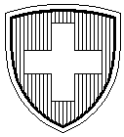


Recht und Politik des Wettbewerbs	**RPW**
Droit et politique de la concurrence	**DPC**
Diritto e politica della concorrenza	**DPC**

2025/4b

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission
concurrence
CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb: Diffusion:
BBL OFCL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

(Form: 727.000.25/4b)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concorrenza
CH-3003 Berne
(Editeur)

Distribuzione:
UFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della

CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Recht und Politik des Wettbewerbs	**RPW**
Droit et politique de la concurrence	**DPC**
Diritto e politica della concorrenza	**DPC**

2025/4b

Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden. Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik.

Organe de publication des autorités suisses de concurrence. Recueil des décisions et communications sur le droit et la politique de la concurrence.

Organo di pubblicazione delle autorità svizzere in materia di concorrenza. Raccolta di decisioni e comunicazioni relative al diritto e alla politica della concorrenza.

Januar/janvier/gennaio 2026

Systematik	**A**	**Tätigkeitsberichte**
		A 1 Wettbewerbskommission
		A 2 Preisüberwacher
	B	**Verwaltungsrechtliche Praxis**
		B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission
		1 Vorabklärungen
		2 Empfehlungen
		3 Stellungnahmen
		4 Beratungen
		5 BGBM
		B 2 Wettbewerbskommission[1]
		1 Vorsorgliche Massnahmen
		2 Untersuchungen
		3 Unternehmenszusammenschlüsse
		4 Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG
		5 Andere Entscheide
		6 Empfehlungen
		7 Stellungnahmen
		8 BGBM
		9 Diverses
		B 3 Bundesverwaltungsgericht
		B 4 Bundesgericht
		B 5 Bundesrat
		B 6 Preisüberwacher
		B 7 Kantonale Gerichte
		B 8 Bundesstrafgericht
	C	**Zivilrechtliche Praxis**
		C 1 Kantonale Gerichte
		C 2 Bundesgericht
	D	**Entwicklungen**
		D 1 Erlasse, Bekanntmachungen
		D 2 Bibliografie
	E	**Diverses**

[1] *Die Entscheide werden in der vorliegenden Sammlung in der von der WEKO entschiedenen und den Parteien mitgeteilten Version publiziert, bereinigt um die Geschäftsgeheimnisse. Massgebend sind ausschliesslich die den Parteien eröffneten Versionen der Entscheide.*

Systématique	**A**	**Rapports d'activité**
		A 1 Commission de la concurrence
		A 2 Surveillance des prix
	B	**Pratique administrative**
		B 1 Secrétariat de la Commission de la concurrence
		1 Enquêtes préalables
		2 Recommandations
		3 Préavis
		4 Conseils
		5 LMI
		B 2 Commission de la concurrence[1]
		1 Mesures provisionnelles
		2 Enquêtes
		3 Concentrations d'entreprises
		4 Sanctions selon l'article 50 ss LCart
		5 Autres décisions
		6 Recommandations
		7 Préavis
		8 LMI
		9 Divers
		B 3 Tribunal administratif fédéral
		B 4 Tribunal fédéral
		B 5 Conseil fédéral
		B 6 Surveillant des prix
		B 7 Tribunaux cantonaux
		B 8 Tribunal pénal fédéral
	C	**Pratique des tribunaux civils**
		C 1 Tribunaux cantonaux
		C 2 Tribunal fédéral
	D	**Développements**
		D 1 Actes législatifs, communications
		D 2 Bibliographie
	E	**Divers**

[1] *Les décisions sont publiées dans le présent recueil dans leur version telle que décidée par la COMCO et notifiée aux parties, à l'exception du caviardage des secrets d'affaires. Seules les décisions dans leur version telle que notifiée aux parties font foi.*

Sistematica	**A**	**Rapporti d'attività**
		A 1 Commissione della concorrenza
		A 2 Sorveglianza dei prezzi
	B	**Prassi amministrativa**
		B 1 Segreteria della Commissione della concorrenza
		1 Inchieste preliminari
		2 Raccomandazioni
		3 Preavvisi
		4 Consulenze
		5 LMI
		B 2 Commissione della concorrenza[1]
		1 Misure cautelari
		2 Inchieste
		3 Concentrazioni di imprese
		4 Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart
		5 Altre decisioni
		6 Raccomandazioni
		7 Preavvisi
		8 LMI
		9 Diversi
		B 3 Tribunale amministrativo federale
		B 4 Tribunale federale
		B 5 Consiglio federale
		B 6 Sorvegliante dei prezzi
		B 7 Tribunali cantonali
		B 8 Tribunale penale federale
	C	**Prassi dei tribunali civili**
		C 1 Tribunali cantonali
		C 2 Tribunale federale
	D	**Sviluppi**
		D 1 Atti legislativi, comunicazioni
		D 2 Bibliografia
	E	**Diversi**

[1] *In questa raccolta, le decisioni sono pubblicate nella versione decisa dalla COMCO e notificata alle parti, eccezion fatta per i passaggi coperti da segreto d'affari. Solo le decisioni nella versione notificata alla parti fanno fede.*

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice **2025/4b**

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

B 2 **Wettbewerbskommission**
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

2. Untersuchungen
Enquêtes
Inchieste

1. Baustoffe und Deponien Bern (1. Teil), 2. Teil im RPW 2025/4c, S 1738 1276

Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano) 1734

Index (deutsch, français e italiano) 1736

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

B 2 Wettbewerbskommission
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

B 2	**2. Untersuchungen** Enquêtes Inchieste
B 2.2	**1. Baustoffe und Deponien Bern (1. Teil), 2. Teil im RPW 2025/4c, Seite 1738**

Hinweis:

Diese Verfügung wurde mit Ausnahme der Dispositivziffern 4, 5 (soweit sich auf Dispositivziffer 4 beziehend), 7 und 9 beim Bundesverwaltungsgericht angefochten. Die Beschwerden sind derzeit dort hängig (Stand: Dezember 2025). Soweit angefochten, ist die Verfügung daher noch nicht rechtskräftig.

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Mai 2024 in Sachen Untersuchung 22-0440 gemäss Art. 27 KG betreffend Baustoffe und Deponien Bern wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG und Art. 5 Abs. 1 KG und wegen unzulässiger Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG gegen

1. ***Alluvia AG**, in Bern,*
   ***K. & U. Hofstetter AG**, in Bern und*
   ***Messerli Kieswerk AG**, in Bern*
   vertreten durch […]
2. ***Daepp Holding AG**, c/o [...], in Oppligen,*
   ***Kieswerk Daepp A.G.**, in Oppligen und*
   ***Aare-Kies AG**, in Kirchdorf BE*
   vertreten durch […]
3. ***Kästli Beteiligungen AG**, in Rubigen und*
   ***Kästli Bau AG**, in Rubigen*
   vertreten durch […]
4. ***Kieswerk Heimberg AG**, in Heimberg*
   vertreten durch […]
5. ***Marti Holding AG**, in Moosseedorf und*
   ***Marti AG Bern**, in Moosseedorf*
   vertreten durch […]
6. ***Vigier Holding AG**, in Luterbach und*
   ***KIESTAG, Kieswerk Steinigand AG**, in Wimmis*
   vertreten durch […]
7. ***Kies AG Aaretal KAGA**, in Jaberg*
   vertreten durch […]

Inhaltsübersicht

A	**Die wesentlichsten Erkenntnisse (Zusammenfassung)**	**1286**
B	**Verfahren**	**1299**
B.1	Gegenstand der Untersuchung	1299
B.2	Verfahrensparteien	1299
B.3	Verfahrensgeschichte	1303
C	**Sachverhalt**	**1324**
C.1	Überblick über den Teil «C. Sachverhalt» / Orientierungshilfe	1324
C.2	Rechtliche Grundlagen hinsichtlich der Fest-stellung des Sachverhalts	1325
C.3	Einführung in die Kies- und Deponiebranchen: Wertschöpfungsketten, Produkte und raumplanungsrechtlicher Rahmen	1327
C.4	Marktverhältnisse in den Bereichen Kies und Deponie im Umfeld von KAGA	1360
C.5	Grundsätzliches zur KAGA	1416
C.6	Die Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA	1437
C.7	Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen	1525
C.8	Kiesbezugspflicht: Wer deponieren will, muss auch Kies beziehen	1564
C.9	Einschränkung des Gebiets, aus dem KAGA unverschmutzten Aushub entgegennahm	1587

D Rechtliche Beurteilung 1593
D.1 Geltungsbereich 1593
D.2 Parteien/Verfügungsadressaten 1599
D.3 Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO 1600
D.4 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften (vorbehaltene Normen) 1601
D.5 Abgrenzung der relevanten Märkte 1603
D.6 Unzulässige Wettbewerbsabreden 1615
D.7 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen 1684
D.8 Zusammenfassung der Beurteilung der Kartellrechtsverstösse 1729

Inhaltsverzeichnis

A Die wesentlichsten Erkenntnisse (Zusammenfassung) 1286
A.1 Produkte/Dienstleistungen und Wertschöpfungsketten 1286
A.1.1 Kiesbranche 1286
A.1.2 Deponiebranche 1286
A.1.3 Verbindungen und Gemeinsamkeiten, aber unterschiedliche Märkte 1286
A.2 Die beteiligten Unternehmen 1287
A.3 Rahmenbedingungen 1288
A.3.1 Abbaurechte an geeigneten Grundstücken als Voraussetzung 1288
A.3.2 Raumplanungsrechtliche Rahmenbedingungen 1289
A.4 Marktverhältnisse 1289
A.4.1 Rohkiesgewinnung 1289
A.4.2 Deponien für unverschmutzten Aushub 1291
A.5 Die untersuchten Verhaltensweisen und deren rechtliche Beurteilung 1294
A.5.1 Die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA 1294
A.5.2 Recht der Aktionärinnen, je ein Mitglied in den VR von KAGA zu entsenden, gelebte Entsendepraxis und Informationsaustausch im VR 1294
A.5.3 Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen und Vereinbarungen über die Nichtweitergabe der Preisvorteile 1295
A.5.4 Koordination der Angebote für die Übernahme der [U01] 1296
A.5.5 Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet 1296
A.5.6 Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub 1296
A.5.7 Einschränkung des Einzugsgebiets bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub (kartellrechtlich zulässig) 1297
A.6 Die verfügten Massnahmen und Sanktionen 1297
A.6.1 Massnahmen 1297
A.6.2 Sanktionen 1298
B Verfahren 1299
B.1 Gegenstand der Untersuchung 1299
B.2 Verfahrensparteien 1299
B.2.1 Alluvia AG, K. & U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG 1300
B.2.2 Daepp Holding AG, Kieswerk Daepp A.G. und Aare-Kies AG 1301
B.2.3 Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG 1301
B.2.4 Kieswerk Heimberg AG 1301
B.2.5 Marti Holding AG und Marti AG Bern, Moosseedorf 1302
B.2.6 Vigier Holding AG und KIESTAG, Kieswerk Steinigand AG 1302
B.2.7 KAGA 1302
B.3 Verfahrensgeschichte 1303
B.3.1 Verfahrensgang 1303
B.3.1.1 Untersuchungseröffnung 1303
B.3.1.2 Hausdurchsuchungen 1303
B.3.1.3 (Informelle) Entsiegelungen zur Datentriage 1303
B.3.1.4 Untersuchungsausdehnung 1304
B.3.1.5 Zwischenverfügungen 1304
B.3.1.5.1 Zwischenverfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse 1304
B.3.1.5.2 Zwischenverfügung betreffend Teilnahme von Parteien an einer Parteieinvernahme 1305
B.3.1.5.3 Zwischenverfügung betreffend Durchführung einer Zeugeneinvernahme und Entfernung von Dokumenten aus den Akten 1305
B.3.1.5.4 Zwischenverfügung betreffend Beweisverwertungsverbot 1305
B.3.1.6 Verfahrenstrennung und Auslösung einer weiteren Untersuchung 1307
B.3.1.7 Vor Antragsversand beanstandete Verfahrensdauer 1307
B.3.1.8 Antrag des Sekretariats an die Parteien zur Stellungnahme (Art. 30 Abs. 2 KG) 1307
B.3.1.9 Einvernehmliche Regelung und in diesem Kontext erfolgte Anpassungen des Antrags 1309

B.3.1.10 Stellungnahmen der Parteien 1311
B.3.1.10.1 KAGA 1311
B.3.1.10.2 Alluvia 1311
B.3.1.10.3 Daepp 1312
B.3.1.10.4 Heimberg 1312
B.3.1.10.5 Kästli-Gruppe 1312
B.3.1.10.6 Marti-Gruppe 1312
B.3.1.10.7 Vigier 1312
B.3.1.11 Keine Beweisanträge der Parteien / (teilweise) Sachverhaltsanerkennungen 1313
B.3.1.12 Eingaben an die WEKO zum per 16. Januar 2024 angepassten Antrag 1313
B.3.1.13 Anhörung der Parteien und Entscheid der WEKO 1314
B.3.1.14 Beurteilung der prozessualen Begehren und Verfahrensanträge 1315
B.3.2 Ermittlungshandlungen und damit verwandte Themen 1319
B.3.2.1 Ermittlungshandlungen 1319
B.3.2.2 Unaufgeforderte Parteieingaben 1322
B.3.2.3 Akteneinsicht 1323
B.3.2.4 Teilnahmen an Einvernahmen 1324
B.3.2.5 Rückgabe der beschlagnahmten Original-Papierdokumente aus den Hausdurchsuchungen 1324
C Sachverhalt 1324
C.1 Überblick über den Teil «C. Sachverhalt» / Orientierungshilfe 1324
C.2 Rechtliche Grundlagen hinsichtlich der Feststellung des Sachverhalts 1325
C.2.1 Freie Beweiswürdigung 1325
C.2.2 Für die Beweiserbringung erforderliches Beweismass 1325
C.2.3 Verteilung der Beweisführungslast sowie der (objektiven) Beweislast 1326
C.2.3.1 Beweisführungslast 1326
C.2.3.2 (Objektive) Beweislast 1326
C.3 Einführung in die Kies- und Deponiebranchen: Wertschöpfungsketten, Produkte und raum-planungsrechtlicher Rahmen 1327
C.3.1 Gegenstand dieses Kapitels 1327
C.3.2 Überblick über die Wertschöpfungsketten in den Bereichen Kies und Deponie 1327
C.3.3 Die hier interessierenden Produkte und Dienstleistungen im Einzelnen 1328
C.3.3.1 Rohkies 1328
C.3.3.1.1 Begriffe 1328
C.3.3.1.2 Gewinnung von Rohkies 1329
C.3.3.1.3 Quellen von Primär-Gesteinskörnungen, vor allem Rohkies, im Kanton Bern 1329
C.3.3.1.4 Nachfrage nach Rohkies 1337
C.3.3.2 Abbaurechte 1339
C.3.3.3 Veredelter Kies / Kiesaufbereitung 1341
C.3.3.3.1 Aufbereitung von Primär-Gesteinskörnungen 1341
C.3.3.3.2 Herstellung von Sekundär-Gesteinskörnungen 1342
C.3.3.3.3 Nachfrager 1343
C.3.3.4 Entsorgung von bestimmten Bauabfällen (Deponie) 1345
C.3.3.4.1 Einleitende Bemerkungen 1345
C.3.3.4.2 Näher interessierende Abfallarten 1346
C.3.3.4.3 Näher interessierende Deponietypen 1346
C.3.3.4.4 Mögliche Verwertungs- resp. Entsorgungswege für die hier interessierenden Bauabfälle 1347
C.3.3.4.5 Die Nachfrage von Entsorgungsleistungen für Bauabfälle 1347
C.3.3.4.6 Anbieter von Entsorgungsleistungen für Bauabfälle 1348
C.3.3.4.7 Ablagerungsvolumina im Kanton Bern 1349
C.3.4 Raumplanungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Errichtung von Kiesgruben, Kieswerken und Deponien 1351
C.3.4.1 Kiesgruben 1352
C.3.4.1.1 Bundesrechtliche Planungspflicht 1352
C.3.4.1.2 Den Sachplan ADT umsetzende Richtpläne als erste Stufe 1352
C.3.4.1.3 Nutzungspläne und Baubewilligungen als zweite Stufe 1357
C.3.4.1.4 Auswirkungen dieser raumplanungsrechtlichen Rahmenbedingungen auf das Wettbewerbsgeschehen 1357
C.3.4.2 Kieswerke 1359
C.3.4.3 Deponien 1359
C.4 Marktverhältnisse in den Bereichen Kies und Deponie im Umfeld von KAGA 1360
C.4.1 Gegenstand dieses Kapitels 1360
C.4.2 Rohkiesgewinnung 1360
C.4.2.1 Die Kiesabbaustellen von KAGA und ihren Aktionärinnen im Kanton Bern 1360
C.4.2.2 Betreiberinnen von Kiesabbaustellen im gesamten Kanton Bern 1362

C.4.2.3 Die Standorte der Kiesabbaustellen im Kanton Bern 1363
C.4.2.4 Betreiberinnen von Kiesabbaustellen nach Planungsregionen 1367
C.4.2.5 Kein wesentlich anderes Bild bei Einbezug der relevanten Steinbrüche 1369
C.4.2.6 Betreiberinnen von Kiesabbaustellen im «Absatzgebiet» von KAGA 1370
C.4.2.7 Betreiberinnen von Kiesabbaustellen im Nachfrageradius der Kundinnen, die sich im «Absatzgebiet» von KAGA befinden 1371
C.4.2.8 Selbsteinschätzung durch KAGA 1372
C.4.2.9 Ausblick auf die zukünftige Entwicklung 1373
C.4.2.10 Zusammengefasstes Beweisergebnis bezüglich Kiesgewinnung 1378
C.4.3 Kiesveredelung 1378
C.4.3.1 Keine Kiesveredelung durch KAGA, sondern nur durch ihre Aktionärinnen 1378
C.4.3.2 Interdependenz von KAGA und ihren Aktionärinnen als Resultat 1379
C.4.3.3 Folge: KAGA-Aktionärinnen können Leerfahrten vermeiden, wenn sie bei KAGA deponieren, unabhängige Dritte hingegen i.d.R. nicht 1381
C.4.3.4 Zusammengefasstes Beweisergebnis bezüglich Kiesveredelung 1382
C.4.4 Deponierung von unverschmutztem Aushub 1382
C.4.4.1 Einleitung 1382
C.4.4.2 Die Deponien für unverschmutzten Aushub von KAGA und ihren Aktionärinnen im Kanton Bern 1382
C.4.4.3 Engpässe von Deponieplatz für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern 1384
C.4.4.3.1 Engpässe in einzelnen Regionen des Kantons Bern 1384
C.4.4.3.2 Engpässe bei KAGA und bei ihren Aktionärinnen 1386
C.4.4.3.3 Zusammenfassung bezüglich der Deponieengpässe 1389
C.4.4.4 Betreiberinnen von Deponien für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern 1389
C.4.4.4.1 Die grössten Betreiberinnen im Kanton Bern 1389
C.4.4.4.2 Die grössten Deponien und «Deponie-Cluster» im Kanton Bern 1391
C.4.4.5 Die Standorte der Deponien für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern 1392
C.4.4.6 Betreiberinnen von Deponien für unverschmutzten Aushub nach Planungsregionen 1396
C.4.4.7 Betreiberinnen von Deponien für unverschmutzten Aushub im Nachfrageradius von Kundinnen, die sich im «Einzugsgebiet» von KAGA befinden 1400
C.4.4.7.1 Vom «Anliefergebiet» über das «Einzugsgebiet» zum Nachfrageradius von Kundinnen, die sich im «Einzugsgebiet» von KAGA befinden 1400
C.4.4.7.2 Deponien im Nachfrageradius von Kundinnen, die sich im «Einzugsgebiet» von KAGA befinden 1403
C.4.4.7.3 Mengenanteile in verschiedenen Umkreisen und damit einhergehende Unter- und Überschätzung der Marktstellung 1405
C.4.4.8 Selbsteinschätzung durch KAGA 1407
C.4.4.9 Sich ergebendes Gesamtbild 1408
C.4.4.10 Ausblick auf die zukünftige Entwicklung 1410
C.4.4.11 Zusammengefasstes Beweisergebnis bezüglich Deponien für unverschmutzten Aushub 1414
C.4.5 Zusammenfassendes Beweisergebnis 1416
C.4.5.1 Zur Rohkiesgewinnung 1416
C.4.5.2 Zur Kiesveredelung 1416
C.4.5.3 Zur Deponierung von unverschmutztem Aushub 1416
C.5 Grundsätzliches zur KAGA 1416
C.5.1 Gegenstand dieses Kapitels 1416
C.5.2 Die Gründungsaktionärinnen und die Entwicklung des Aktionariats der KAGA 1416
C.5.3 Grössenverhältnisse der KAGA 1417
C.5.3.1 Anzahl Mitarbeitende, Standorte und Beteiligungen 1417
C.5.3.2 Angaben zu Volumina von Kies und Deponie 1418
C.5.3.3 Wirtschaftliche Entwicklung der KAGA 1423
C.5.4 Organisation der KAGA und Zusammenarbeit der Aktionärinnen innerhalb der Gremien der KAGA 1427
C.5.4.1 Einleitung 1427
C.5.4.2 Der Verwaltungsrat 1427
C.5.4.2.1 Gelebtes Delegationsrecht der Aktionärinnen 1427
C.5.4.2.2 Zusammensetzung des VR von KAGA 1428
C.5.4.2.3 Rhythmus der Sitzungen 1430
C.5.4.2.4 Inhalt der VR-Sitzungen 1430
C.5.4.3 VRA (Verwaltungsrats-Ausschuss) 1433
C.5.4.3.1 Zusammensetzung 1433
C.5.4.3.2 Frequenz der Sitzungen 1434

C.5.4.3.3 Inhalt der VRA-Sitzungen 1434
C.5.4.3.4 Verteiler der VRA-Protokolle 1434
C.5.4.4 FIKO (Finanz-Kommission) 1434
C.5.4.4.1 Zusammensetzung 1434
C.5.4.4.2 Frequenz der Sitzungen 1434
C.5.4.4.3 Inhalt der FIKO-Sitzungen 1434
C.5.4.4.4 Verteiler der FIKO-Protokolle 1435
C.5.4.5 Finanzausschuss 1435
C.5.5 Ursprünge der KAGA: Kieswerk Uttigen (KWU) 1435
C.6 Die Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA 1437
C.6.1 Gegenstand dieses Kapitels 1437
C.6.2 Der schriftliche KAGA-Vertrag (Wortlaut der Abmachungen, natürlicher Konsens, Beteiligte und Dauer) 1438
C.6.2.1 Der Abschluss des KAGA-Vertrags 1438
C.6.2.2 Die zwei erfolgten Änderungen des KAGA-Vertrages 1441
C.6.2.2.1 Die Änderung von 1977 1441
C.6.2.2.2 Die Änderung von 2012 1443
C.6.2.3 Die gescheiterten Änderungsversuche des KAGA-Vertrages 1447
C.6.2.3.1 Erster Versuch, den KAGA-Vertrag aufzuheben bzw. zu erneuern (2008) 1447
C.6.2.3.2 Zweiter Versuch, den KAGA-Vertrag aufzuheben bzw. zu erneuern (2014) 1448
C.6.2.4 Aussagen zum KAGA-Vertrag in den Einvernahmen 1449
C.6.2.5 Vorbringen zum KAGA-Vertrag in den Stellungnahmen zum Antrag 1451
C.6.2.6 Würdigung zur Dauer des KAGA-Vertrags und den aktuell daran beteiligten Parteien 1452
C.6.2.7 Zusammenfassendes Beweisergebnis 1456
C.6.3 Gegenstände der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA 1456
C.6.3.1 Vorbemerkung: Äusserungen, die ein Verwaltungsrat der KAGA an VR-Sitzungen macht, sind zwei juristischen Personen zuzuordnen 1457
C.6.3.1.1 Grundsätzliches zur Zuordnung von Äusserungen an juristische Personen 1457
C.6.3.1.2 Jede Aktionärin kann eine Person in den VR von KAGA abordnen 1458
C.6.3.1.3 Gelebte Doppelrolle VR-Mitglied von KAGA und zugleich Repräsentant der Aktionärin 1461
C.6.3.1.4 Welchen Aktionärinnen welche Voten im VR zugeordnet werden können 1463
C.6.3.1.5 Die Neuformulierung des Organisationsreglements von KAGA ändert hieran nichts 1464
C.6.3.1.6 Vorbringen zur Zuordnung von Äusserungen von VR-Mitgliedern der KAGA in den Stellungnahmen zum Antrag und der Beurteilung 1464
C.6.3.1.7 Zusammenfassendes Ergebnis zur Zuordnung von Äusserungen von VR-Mitgliedern der KAGA 1466
C.6.3.2 Direkt im Wortlaut des KAGA-Vertrags enthaltene Abmachungen zwischen den Beteiligten 1466
C.6.3.3 Begleitumstände des KAGA-Vertrags 1466
C.6.3.3.1 Was die Vorgängerinnen der KAGA wollten 1467
C.6.3.3.2 Im Rahmen der Gründung der KAGA hervorgehobene Gegenstände der künftigen Zusammenarbeit 1468
C.6.3.3.3 Weitere Hinweise auf den Inhalt der Abmachungen zwischen den Aktionärinnen der KAGA bis heute 1469
C.6.3.4 Einvernahmen 1482
C.6.3.5 Beweiswürdigung und -ergebnis zum Gegenstand der Abmachungen der am KAGA-Vertrag Beteiligten 1487
C.6.3.5.1 Gesamtbild 1487
C.6.3.5.2 Kontinuität in der Zusammenarbeit zwischen den Aktionärinnen 1488
C.6.3.5.3 Gegenstand A: Verhinderung von neuer Konkurrenz im Aaretal 1490
C.6.3.5.4 Gegenstand B: Dosierung des Wettbewerbsdrucks der KAGA 1494
C.6.3.5.5 Gegenstand C: Dosierung des Wettbewerbsdrucks durch die Aktionärinnen 1504
C.6.3.6 Zusammenfassendes Beweisergebnis zu den Gegenständen der Abmachungen der KAGA-Aktionärinnen über ihre Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA 1508
C.6.4 Zweck der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA 1510
C.6.5 Umsetzung und Folgen der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA 1513
C.6.5.1 Gegenstand A: Umsetzung und Folgen der Abmachung über die Verhinderung von neuer Konkurrenz im Aaretal 1513

C.6.5.1.1 Zur Umsetzung 1513
C.6.5.1.2 Zu den Folgen 1514
C.6.5.2 Gegenstand B: Umsetzung und Folgen der Abmachung über die Dosierung des Wettbewerbsdrucks der KAGA 1515
C.6.5.2.1 Grundidee der Aktionärinnen: KAGA ist Dienerin der Aktionärsinteressen 1515
C.6.5.2.2 Gegenstand B.1: Die inhaltlichen Vorgaben für das Verhalten der KAGA 1517
C.6.5.2.3 Gegenstand B.2: Die organisatorischen Massnahmen zur Steuerung der KAGA 1519
C.6.5.3 Gegenstand C: Umsetzung der Abmachung über die Dosierung des Wettbewerbsdrucks durch die Aktionärinnen 1519
C.6.5.3.1 Teilaspekt C.1: Verbot zu Lasten der Aktionärinnen, im KAGA-Gebiet weitere Abbaurechte zu erwerben und über die bisher von den Aktionärinnen betriebenen Gebiete hinaus Kies abzubauen 1519
C.6.5.3.2 Teilaspekt C.2: Regelung des Wettbewerbsverhaltens der Aktionärinnen in der Weiterverwendung der KAGA-Ressourcen 1522
C.6.5.3.3 Teilaspekt C.3: Gegenseitiger Wettbewerbsschutz unter den Aktionärinnen: Loyale Konkurrenz 1524
C.6.5.4 Zusammenfassung zur Umsetzung und zu den Folgen 1524
C.6.6 Zusammenfassendes Beweisergebnis zu den Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA 1524
C.7 Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen 1525
C.7.1 Gegenstand dieses Kapitels 1525
C.7.2 Vorbemerkung: Das Gewähren von Vorzugskonditionen stellt vorliegend sowohl eine Koordination zwischen den Aktionärinnen als auch ein Verhalten von KAGA dar 1526
C.7.3 Bessere Konditionen für Aktionärinnen auch im Bereich Deponie? 1526
C.7.3.1 Direkte Vorzugspreise im Bereich Deponie für Aktionärinnen, nicht aber für Dritte in den Jahren 2001 und 2002 1526
C.7.3.2 Teilweise Übernahme von Deponietransportkosten aufgrund des Transportkostenausgleichs für Rohkies: Indirekte Vorzugspreise für einige Aktionärinnen, nicht aber für Dritte, in den Jahren 2003 bis 2014 1528
C.7.3.3 Transportkostenausgleich für «Export» von Material aus dem Aaretal? 1531
C.7.4 Bessere Listenpreise für die Aktionärinnen für alle Kiesmaterialien 1531
C.7.4.1 Der Grundsatzentscheid für Vorzugspreise zugunsten der Aktionärinnen und die Dauer der Bevorzugung 1531
C.7.4.2 Exkurs: Der gestaffelte Mengenrabatt ab 2015 1534
C.7.4.3 Ausmass der generellen Vorzugspreise für Aktionärinnen 1537
C.7.4.4 Für wen diese generellen Vorteilspreise galten 1541
C.7.4.5 Zweck 1541
C.7.4.6 Zusammenfassendes Beweisergebnis zu den Listenpreisen für Aktionärinnen 1542
C.7.5 Weitere Preisvorteile zu Gunsten der Aktionärinnen für Wandkies 1542
C.7.5.1 «Mengenrabatt» für Aktionärinnen 1542
C.7.5.2 Aktionärsrabatt aufgrund minderer Qualität für Wandkies ab Bümberg 1544
C.7.5.3 Punktuelle Kiesaktionen und Rückvergütungen für die Aktionärinnen 1545
C.7.5.4 Zusammenfassendes Beweisergebnis zu den weiteren Preisvorteilen zugunsten der Aktionärinnen 1547
C.7.6 Transportkostenausgleich für Aktionärinnen beim Bezug von Wandkies 1547
C.7.6.1 Grundlage im KAGA-Vertrag 1547
C.7.6.2 Der Transportkostenausgleich in der ersten Phase (1970 bis 1975) 1548
C.7.6.3 Beginn der zweiten Phase: Wiedereinführung 2001 1548
C.7.6.4 Institutionalisierung des Transportkostenausgleichs in der zweiten Phase und damit verfolgte Zwecke 1548
C.7.6.5 Handhabung und Ausgestaltung des Transportkostenausgleichs in der zweiten Phase 1552
C.7.6.6 Für wen der Transportkostenausgleich in der zweiten Phase galt und welche Auflagen damit verbunden waren 1560
C.7.6.7 Zusammenfassendes Beweisergebnis zum Transportkostenausgleich 1561
C.7.7 Zusammenfassendes Beweisergebnis und Übersicht zu allen Vorzugskonditionen 1562
C.8 Kiesbezugspflicht: Wer deponieren will, muss auch Kies beziehen 1564
C.8.1 Gegenstand dieses Kapitels 1564
C.8.2 Pflicht zum Kiesbezug bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub: Deren Dauer, die daran Beteiligten sowie das damit subjektiv angestrebte Ziel 1564

C.8.2.1 Hintergrund der Pflicht und erste diesbezügliche Diskussionen 1564
C.8.2.2 Einführung der Pflicht zum Kiesbezug bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub im Jahr 2012 1565
C.8.2.2.1 Die abrupte Einführung im März 2012 1565
C.8.2.2.2 Die Beibehaltung für das gesamte Jahr 2012 1566
C.8.2.3 Geltung der Pflicht zum Kiesbezug bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub während den Jahren 2013 und 2014 und deren Aufhebung per 2015 1567
C.8.2.4 Beweisergebnis bezüglich Dauer der Pflicht zum Kiesbezug bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub, der daran Beteiligten sowie dem damit angestrebten Ziel 1568
C.8.3 Von der Bezugspflicht betroffene Produkte 1568
C.8.3.1 Auf der Deponieseite 1568
C.8.3.2 Auf der Gesteinskörnungsseite 1569
C.8.4 Von der Kiesbezugspflicht betroffene Akteure 1570
C.8.4.1 Für wen die Kiesbezugspflicht galt 1570
C.8.4.2 Wen die Kiesbezugspflicht faktisch betraf 1570
C.8.4.3 Wen die doppelte Kiesbezugspflicht faktisch betraf 1572
C.8.4.4 Die Kiesbezugspflicht beschränkte effektiv nur Dritte in ihrem Verhaltensspielraum 1573
C.8.4.4.1 Für das Verhalten der Aktionärinnen von KAGA war die Kiesbezugspflicht bedeutungslos 1574
C.8.4.4.2 Hingegen beschränkte die Kiesbezugspflicht den Verhaltensspielraum Dritter effektiv 1575
C.8.4.4.3 Besonders starke effektive Beschränkung von [U01] und [U04] 1580
C.8.4.5 Zusammenfassendes Beweisergebnis dazu, wessen Verhaltensspielraum die Kiesbezugspflicht effektiv beschränkte 1581
C.8.5 Wie KAGA eine Nichteinhaltung der Kiesbezugspflicht sanktionierte 1582
C.8.5.1 Einleitung 1582
C.8.5.2 Keine Sanktionen gegenüber allen Kundinnen mit Ausnahme von [U04] 1582
C.8.5.3 Sanktion gegenüber [U04]: «Einbindungsversuch» und Sperrung der Deponie 1583
C.8.5.4 Zusammenfassendes Beweisergebnis zur versuchten «Einbindung» und Sperrung von [U04] 1586
C.8.6 Zusammenfassendes Beweisergebnis zur Kiesbezugspflicht 1587
C.9 Einschränkung des Gebiets, aus dem KAGA unverschmutzten Aushub entgegennahm 1587
C.9.1 Gegenstand dieses Kapitels 1587
C.9.2 Hintergrund der Einschränkung des Gebiets, aus dem unverschmutzter Aushub entgegengenommen wurde 1587
C.9.3 Einführung, Umsetzung und Aufhebung 1588
C.9.3.1 Einführung der Einschränkung des Einzugsgebiets im Jahr 2002 1588
C.9.3.2 Umsetzung der Einschränkung des Einzugsgebiets von 2002 bis 2014 1590
C.9.3.2.1 Milde Umsetzung der Einschränkung des Einzugsgebiets bis 2012 1590
C.9.3.2.2 Strikte Umsetzung der Einschränkung des Einzugsgebiets von 2012 bis 2014 1590
C.9.3.3 Aufhebung der Einschränkung des Einzugsgebiets ab 2015 1591
C.9.3.4 Zusammenfassendes Beweisergebnis zur Dauer und Umsetzung der Einschränkung des Einzugsgebiets 1591
C.9.4 Geltung der Einschränkung des Einzugsgebiets für alle Kundinnen von KAGA 1591
C.9.5 Festlegung des Einzugsgebiets, um politischen Druck auszulösen? 1592
C.9.6 Zusammenfassendes Beweisergebnis zur Einschränkung des Gebiets, aus dem KAGA unverschmutzten Aushub entgegennahm 1593
D Rechtliche Beurteilung 1593
D.1 Geltungsbereich 1593
D.1.1 Persönlicher Geltungsbereich 1593
D.1.1.1 Rechtliche Grundlagen 1593
D.1.1.2 Anwendung im konkreten Fall 1596
D.1.2 Sachlicher Geltungsbereich 1599
D.1.3 Örtlicher Geltungsbereich 1599
D.1.4 Zeitlicher Geltungsbereich 1599
D.2 Parteien/Verfügungsadressaten 1599
D.3 Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO 1600
D.4 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften (vorbehaltene Normen) 1601
D.4.1 Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 Abs. 1 KG) 1601
D.4.1.1 Rechtliche Grundlagen 1601
D.4.1.2 Anwendung im konkreten Fall 1602

D.4.2 Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus dem Recht des geistigen Eigentums ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG) 1603

D.5 Abgrenzung der relevanten Märkte 1603

D.5.1 Einleitung 1603

D.5.2 Rechtliche Grundlagen des relevanten Marktes 1604

D.5.2.1 Rechtliche Grundlagen des sachlich relevanten Marktes 1604

D.5.2.2 Rechtliche Grundlagen des räumlich relevanten Marktes 1604

D.5.3 Rohkies 1605

D.5.3.1 Marktgegenseite 1605

D.5.3.2 Sachlich relevanter Markt 1606

D.5.3.2.1 Auf der nachgelagerten Marktstufe – Nachfrage nach veredeltem Kies 1606

D.5.3.2.2 Nachfrage auf Stufe Rohkies 1607

D.5.3.3 Räumlich relevanter Markt 1608

D.5.3.3.1 Auf der nachgelagerten Marktstufe – Nachfrage nach veredeltem Kies 1608

D.5.3.3.2 Nachfrage auf Stufe Rohkies 1609

D.5.4 Abbaurechte 1609

D.5.4.1 Marktgegenseite 1610

D.5.4.2 Sachlich relevanter Markt 1610

D.5.4.3 Räumlich relevanter Markt 1611

D.5.4.4 Zeitliche Dimension 1612

D.5.5 Deponie von unverschmutztem Aushub 1613

D.5.5.1 Marktgegenseite 1613

D.5.5.2 Sachlich relevanter Markt 1613

D.5.5.3 Räumlich relevanter Markt 1614

D.6 Unzulässige Wettbewerbsabreden 1615

D.6.1 Rechtliche Grundlagen 1615

D.6.1.1 Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG 1615

D.6.1.1.1 Verhaltenskoordination (bewusstes und gewolltes Zusammenwirken) 1616

D.6.1.1.2 Mehrzahl von beteiligten Unternehmen 1616

D.6.1.1.3 Wettbewerbsbeschränkung 1616

D.6.1.1.4 Bezwecken oder Bewirken 1617

D.6.1.2 Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG 1618

D.6.1.2.1 Horizontale Wettbewerbsabrede 1618

D.6.1.2.2 Horizontale Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) 1619

D.6.1.2.3 Horizontale Gebiets- oder Kundenabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG) 1619

D.6.1.2.4 Vertikale Wettbewerbsabrede über Mindest- oder Festpreise 1620

D.6.1.3 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung 1621

D.6.1.4 Erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs 1621

D.6.1.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG 1622

D.6.2 Überblick über die aktuellen Aktivitätsbereiche der beteiligten Unternehmen 1623

D.6.3 Die Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA 1625

D.6.3.1 Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG 1625

D.6.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 1625

D.6.3.1.2 Mehrzahl von beteiligten Unternehmen 1626

D.6.3.1.3 Wettbewerbsbeschränkung 1627

D.6.3.1.4 Bezwecken oder Bewirken 1629

D.6.3.1.5 Ergebnis zur Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG 1629

D.6.3.2 Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG 1629

D.6.3.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG 1631

D.6.3.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG 1633

D.6.3.5 Ergebnis zur kartellrechtlichen Zulässigkeit nach Art. 5 KG 1642

D.6.4 Das Recht der Aktionärinnen, je ein Mitglied in den VR von KAGA zu entsenden, die gelebte Entsendepraxis und der Informationsaustausch im VR 1642

D.6.4.1 Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG 1642

D.6.4.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 1642

D.6.4.1.2 Mehrzahl von beteiligten Unternehmen 1643

D.6.4.1.3 Wettbewerbsbeschränkung 1643

D.6.4.1.4 Bezwecken oder Bewirken 1650

D.6.4.1.5 Ergebnis zur Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG 1651

D.6.4.2 Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG 1651

D.6.4.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG 1652

D.6.4.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG 1654

D.6.4.5 Ergebnis zur kartellrechtlichen Zulässigkeit nach Art. 5 KG 1654
D.6.5 Der Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen 1655
D.6.5.1 Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG 1655
D.6.5.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 1655
D.6.5.1.2 Mehrzahl von beteiligten Unternehmen 1656
D.6.5.1.3 Wettbewerbsbeschränkung 1656
D.6.5.1.4 Bezwecken oder Bewirken 1657
D.6.5.1.5 Ergebnis zur Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG 1657
D.6.5.2 Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a oder nach Art. 5 Abs. 4 KG 1657
D.6.5.3 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung 1658
D.6.5.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG 1659
D.6.5.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG 1660
D.6.5.6 Ergebnis zur kartellrechtlichen Zulässigkeit nach Art. 5 KG 1660
D.6.6 Die Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben 1661
D.6.6.1 Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG 1661
D.6.6.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 1661
D.6.6.1.2 Mehrzahl von beteiligten Unternehmen 1661
D.6.6.1.3 Wettbewerbsbeschränkung 1661
D.6.6.1.4 Bezwecken oder Bewirken 1662
D.6.6.1.5 Ergebnis zur Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG 1662
D.6.6.2 Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a oder nach Art. 5 Abs. 4 KG 1662
D.6.6.3 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung 1662
D.6.6.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG 1662
D.6.6.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG 1663
D.6.6.6 Ergebnis zur kartellrechtlichen Zulässigkeit nach Art. 5 KG 1664
D.6.7 Die Koordination der Angebote für die Übernahme von [U01] 1664
D.6.7.1 Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG 1664
D.6.7.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 1664
D.6.7.1.2 Mehrzahl von beteiligten Unternehmen 1665
D.6.7.1.3 Wettbewerbsbeschränkung 1665
D.6.7.1.4 Bezwecken oder Bewirken 1665
D.6.7.1.5 Ergebnis zur Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG 1665
D.6.7.2 Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG 1665
D.6.7.3 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung 1666
D.6.7.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG 1666
D.6.7.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG 1667
D.6.7.6 Ergebnis zur kartellrechtlichen Zulässigkeit nach Art. 5 KG 1667
D.6.8 Das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet 1667
D.6.8.1 Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG 1667
D.6.8.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 1667
D.6.8.1.2 Mehrzahl von beteiligten Unternehmen 1668
D.6.8.1.3 Wettbewerbsbeschränkung 1669
D.6.8.1.4 Bezwecken oder Bewirken 1676
D.6.8.1.5 Ergebnis zur Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG 1677
D.6.8.2 Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG 1677
D.6.8.3 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung 1677
D.6.8.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG 1681
D.6.8.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG 1681
D.6.8.6 Ergebnis zur kartellrechtlichen Zulässigkeit nach Art. 5 KG 1684
D.7 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen 1684
D.7.1 Beurteilung der Marktstellung von KAGA 1684
D.7.1.1 Rechtliche Grundlagen zur marktbeherrschenden Stellung 1685
D.7.1.2 Stellung auf dem Markt für Rohkies 1685
D.7.1.2.1 Der relevante Markt 1685
D.7.1.2.2 Marktstellung von KAGA auf dem relevanten Markt 1686
D.7.1.2.3 Ergebnis 1692

D.7.1.3 Stellung auf dem Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub 1692
D.7.1.3.1 Der relevante Markt 1692
D.7.1.3.2 Marktstellung von KAGA auf dem relevanten Markt 1692
D.7.1.3.3 Ergebnis 1696
D.7.1.4 Zusammenfassung zur marktbeherrschenden Stellung von KAGA 1697
D.7.2 Allgemeines zu missbräuchlichen Verhaltensweisen 1697
D.7.3 Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen 1698
D.7.3.1 Rechtliche Grundlagen zu Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG 1699
D.7.3.1.1 Allgemeines 1699
D.7.3.1.2 Ungleichbehandlung bezüglich Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen 1699
D.7.3.1.3 Handelspartner 1699
D.7.3.1.4 Wettbewerbsverfälschung 1699
D.7.3.1.5 Fehlende sachliche Rechtfertigung 1700
D.7.3.2 Beurteilung der Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen 1701
D.7.3.2.1 Einleitung 1707
D.7.3.2.2 Ungleichbehandlung bezüglich Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen 1701
D.7.3.2.3 Handelspartner 1705
D.7.3.2.4 Wettbewerbsverfälschung 1706
D.7.3.2.5 Fehlende sachliche Rechtfertigung 1713
D.7.3.3 Ergebnis zu den Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen 1717
D.7.4 Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub 1718
D.7.4.1 Rechtliche Grundlagen zu Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG 1718
D.7.4.1.1 Allgemeines 1718
D.7.4.1.2 Getrennte Güter 1718
D.7.4.1.3 Koppelung 1719
D.7.4.1.4 Wettbewerbsbeschränkung 1719
D.7.4.1.5 Fehlende sachliche Rechtfertigung 1719
D.7.4.2 Beurteilung der Kiesbezugspflicht 1720
D.7.4.2.1 Einleitung 1720
D.7.4.2.2 Deponierung von unverschmutztem Aushub und Kies sind getrennte Güter 1720
D.7.4.2.3 Koppelung 1721
D.7.4.2.4 Ergänzung: Auch beim «Tauschgeschäft» mit Deponievolumen handelt es sich um eine Koppelung von getrennten Gütern 1721
D.7.4.2.5 Wettbewerbsbeschränkung 1722
D.7.4.2.6 Fehlende sachliche Rechtfertigung 1725
D.7.4.3 Ergebnis zur Kiesbezugspflicht 1726
D.7.5 Einschränkung des Einzugsgebiets bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub 1727
D.7.5.1 Beurteilung der Wettbewerbsverfälschung und der Rechtfertigung der Einschränkung des Einzugsgebiets bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub 1727
D.7.5.2 Ergebnis zur Einschränkung des Einzugsgebiets bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub 1729
D.8 Zusammenfassung der Beurteilung der Kartellrechtsverstösse 1729
D.8.1 Unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 KG) 1729
D.8.1.1 Die Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA (Art. 5 Abs. 1 KG) 1729
D.8.1.2 Das Recht der Aktionärinnen, je ein Mitglied in den VR von KAGA zu entsenden, die gelebte Entsendepraxis und der Informationsaustausch im VR (Art. 5 Abs. 1 KG) 1730
D.8.1.3 Der Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen (Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG) 1730
D.8.1.4 Die Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben (Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG) 1731
D.8.1.5 Die Koordination der Angebote für die Übernahme von [U01] (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG) 1731
D.8.1.6 Das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet (Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG) 1732
D.8.2 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 KG) 1732
D.8.2.1 Im Kiesbereich: Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Abs. 1 KG) 1732
D.8.2.2 Im Deponiebereich: Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub (Art. 7 Abs. 2 Bst. f i.V.m. Abs. 1 KG) 1733
D.8.2.3 Im Deponiebereich: Einschränkung des Einzugsgebiets bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub (Art. 7 Abs. 2 Bst. a oder e i.V.m. Abs. 1 KG) 1733

A Die wesentlichsten Erkenntnisse (Zusammenfassung)

1. Um den Einstieg in diese umfangreiche Verfügung zu erleichtern, ist es angezeigt, die wesentlichsten Erkenntnisse vorab zusammengefasst darzustellen. Zuerst werden die betroffenen Branchen und die Zusammenhänge zwischen diesen geschildert, um ein Grundverständnis dafür zu etablieren. Alsdann werden die Unternehmen vorgestellt, die im Zentrum dieser Untersuchung stehen. Anschliessend werden die Marktverhältnisse im hier interessierenden Gebiet dargelegt, wobei auch der prägende Einfluss der raumplanungsrechtlichen Rahmenbedingungen zur Sprache kommt. Sodann werden die näher betrachteten Verhaltensweisen der Parteien festgehalten und jeweils die vorgenommene rechtliche Beurteilung dieser Verhaltensweisen präsentiert. Zum Schluss werden die verschiedenen Massnahmen dargelegt, die einerseits zukünftig den rechtmässigen Zustand wiederherstellen resp. sicherstellen sollen und andererseits die Verhaltensweisen in der Vergangenheit finanziell sanktionieren.

A.1 Produkte/Dienstleistungen und Wertschöpfungsketten

2. Die Untersuchung betrifft zum einen die Kiesbranche, zum anderen die Deponiebranche. Es handelt sich dabei um zwei verschiedene Branchen mit je eigenen Wertschöpfungsketten, die unterschiedliche Nachfragebedürfnisse befriedigen. Gleichwohl besteht zwischen ihnen ein enger Zusammenhang.

A.1.1 Kiesbranche

3. **Begriffe**: Wird in der vorliegenden Verfügung von Kies gesprochen, sind damit vereinfacht gesagt gerundete Steinchen gemeint, die durch natürliche Vorgänge entstanden sind. Man spricht auch von ungebrochenen Gesteinskörnungen; dies im Unterschied zu gebrochenen Gesteinskörnungen, sozusagen kantigen Steinchen, die durch den Einsatz von Bruchanlagen in einem mechanischen Prozess entstehen (je nach Grösse Schotter oder Splitt genannt). Kies, genauer Rohkies, wird im Kanton Bern hauptsächlich aus Kiesgruben gewonnen (auch die Gewinnung aus Gewässern ist möglich). Das in Kiesgruben aus dem Untergrund abgegrabene Kies wird auch Wandkies genannt; gewaschen und sortiert wird es als veredelter Kies bezeichnet.

4. **Wertschöpfungskette**: Zur Gewinnung von Rohkies aus Kiesgruben ist quasi ein «Loch» zu graben. Dafür müssen zuvor Abbaurechte an geeigneten Grundstücken erworben und die erforderlichen planungs- und baurechtlichen Bewilligungen eingeholt werden. Nur ein geringer Teil des Rohkieses wird ohne Veredelung verwendet (z.B. von Gärtnern oder auf Baustellen). Nachgefragt wird Rohkies zum weitaus grössten Teil von Kieswerken, die ihn aufbereiten bzw. «veredeln». Kiesgewinnung und Kiesveredelung gehen deshalb Hand-in-Hand und die vertikale Integration von Kiesabbaustelle und Kieswerk ist branchentypisch. Von Kiesabbaustellen anderer Betreiber beziehen vertikal integrierte Kieswerke bloss für Ergänzungslieferungen Rohkies, d.h., wenn beim selber abgebauten Material aktuell bestimmte Korngrössen fehlen. Etwa 50 % des in Kieswerken veredelten Kieses wird ohne weitere Verarbeitung verwendet (z.B. für die Fundationsschicht bei einer Strasse), während die andere Hälfte von Betonwerken zur Herstellung von Beton (ca. 40 %) und von Belagswerken zur Herstellung von Belag (ca. 10 %) gebraucht wird.

A.1.2 Deponiebranche

5. **Begriffe**: Im Deponiebereich ist zwischen verschiedenen Arten von abzulagernden Materialien zu unterscheiden. Vorliegend interessieren primär unverschmutzter Aushub, aber auch Inertstoffe. Beide Materialien fallen bei Bauarbeiten an. Als Aushub wird das ausgehobene Material bezeichnet, das z.B. bei der Erstellung eines neuen Bauwerks anfällt. Kann dieser ohne Weiteres gefahrlos anderswo in die Natur zurückgegeben werden, gilt er als unverschmutzt, was auf den überwiegenden Teil des Aushubs zutrifft. Inertstoffe sind vor allem mineralische Abfälle aus dem Abbruch von Bauwerken, z.B. Betonabbruch.

6. **Wertschöpfungsketten**: Unverschmutzter Aushub muss abtransportiert werden, sofern er nicht auf der Baustelle weiterverwendet werden kann (z.B. zum Auffüllen der Hohlräume zwischen neuem Bauwerk und Untergrund). Wird der Aushub abtransportiert, muss er für gewöhnlich abgelagert werden. Falls er viel Rohkies enthält, kann er jedoch zu Kieswerken zur Veredelung gebracht werden. Rechtlich zulässige Ablagerungsorte für unverschmutzten Aushub sind Aushubdeponien, Deponien «auf grüner Wiese», Deponien vom Typ A sowie solche vom Typ B (Inertstoffdeponien). Von der abgelagerten Menge her sind Aushubdeponien die weitaus Bedeutendsten hiervon. Bei Aushubdeponien handelt es sich um die Auffüllung der «Löcher», die beim vorgängigen Materialabbau, insbesondere von Rohkies in Kiesgruben, entstanden sind. Inertstoffe sind, wenn möglich, für eine Wiederverwendung aufzubereiten, andernfalls müssen sie abgelagert werden. Als Ablagerungsorte kommen für Inertstoffe nur Deponien vom Typ B (Inertstoffdeponien) in Frage, nicht auch Aushubdeponien, Deponien «auf grüner Wiese» oder Deponien vom Typ A. Sind die Voraussetzungen dafür erfüllt, können aber auch in Aushubdeponien Deponiekompartimente des Typs B bewilligt und entsprechend betrieben werden.

A.1.3 Verbindungen und Gemeinsamkeiten, aber unterschiedliche Märkte

7. Die Kies- und die Deponiebranche sind aufgrund des Zusammenspiels von Materialabbau und anschliessender Auffüllung des entstandenen «Lochs» somit eng miteinander verwoben. Wer Rohkies in Kiesgruben abbaut, bietet regelmässig auch Deponievolumen für die Ablagerung von unverschmutztem Aushub an (teilweise auch für die Ablagerung von Inertstoffen), zumal eine Verpflichtung besteht, diese «Löcher» wieder aufzufüllen.

8. Nebst dieser Verbindung weisen die Kies- und die Deponiebranche eine weitere Gemeinsamkeit auf: Die einzelnen Schritte sind jeweils ortsgebunden. Rohkies wird an einer bestimmten Abbaustelle gewonnen, die Veredelung erfolgt am Standort eines Kieswerks, Beton und Belag werden am Standort des jeweiligen Werks

produziert, und eingesetzt werden die Produkte schliesslich am Ort der jeweiligen Baustelle. Am Ort der Baustelle fällt auch das Material an, das (ausser bei einer Wiederverwendung vor Ort) entweder am Standort einer Aufbereitungsanlage recycliert oder am Standort einer Deponie abgelagert wird. Die Materialien müssen also jeweils von einem Ort zum nächsten gelangen, weshalb Transporte in all diesen Bereichen eine wesentliche Rolle spielen. Es sind schwere Materialien, die in volumen- und gewichtmässig grossen Mengen benötigt bzw. abgeführt werden. Relativ zu den Materialkosten resp. Deponiegebühren sind die Transportkosten hoch und machen einen wesentlichen Kostenteil aus. Die Transportkosten steigen mit zunehmender Fahrzeit und -distanz stetig an. Um die Transportkosten zu verringern, werden die stationären Werke, d.h. insbesondere die (branchentypisch vertikal integrierten) Kieswerke, aber auch die Beton- und Belagswerke, regelmässig in unmittelbarer Nähe zu Materialabbaustellen errichtet. Und die Transporteure sind zur Reduktion der Gesamtkosten von Materialtransporten darum bemüht, Leerfahrten zu vermeiden. Sie versuchen also, sowohl auf der Hin- als auch auf der Rückfahrt Material geladen zu haben, z.B. indem sie bei der Hinfahrt unverschmutzten Aushub zur Deponie bringen und von dort auf der Rückfahrt Baumaterialien wie veredelten Kies mitnehmen. Auf beiden Wegen beladene Fahrten werden auch als Retourfuhren bezeichnet.

9. Gemeinsam sind den beiden Bereichen auch die relevanten Wettbewerbsparameter. Die Anforderungen, denen veredelter Kies genügen muss, sind für wichtige weitere Verwendungszwecke durch Normen vorgegeben. Es handelt sich um standardisierte, homogene Produkte. Ähnliches trifft auch auf die Folgeprodukte Beton und Belag zu. Für die Deponierung von unverschmutztem Aushub bestehen ebenfalls Vorschriften, die einzuhalten sind. Wettbewerb spielt nicht über die Qualität, sondern ganz entscheidend über den Preis bzw. die Gesamtkosten. Die Gesamtkosten für die Nachfrager setzen sich zusammen aus dem Material- und/oder Deponiepreis einerseits und den Fahrkosten hin und zurück andererseits. Bei der Wahl der anzufahrenden Abbaustelle oder Deponie sind wegen der Bedeutung der Fahrkosten zum einen die Nähe und zum anderen die Möglichkeit von Retourfuhren zentral.

10. Kartellrechtlich handelt es sich aus Sicht der Marktgegenseite bei den beiden Bereichen um verschiedene sachlich relevante Märkte:

- Im Kiesbereich gehört Rohkies unabhängig der Quelle zum selben sachlich relevanten Markt, d.h. sowohl Rohkies aus Kiesgruben, solcher aus Gewässern als auch solcher aus stark rohkieshaltigen Aushüben. Stein und Fels, ein Ausgangsmaterial für gebrochene Gesteinskörnungen, sind marktnahe Produkte, recyclierbares Baumaterial, Ausgangsmaterial für recyclierte Baustoffe, hingegen nicht.
- Im Deponiebereich gehören für die Deponierung von unverschmutztem Aushub Aushubdeponien, Deponien des Typ A und Deponien «auf grüner Wiese» zum selben sachlich relevanten Markt. Deponien des Typ B, also Inertstoffdeponien, gehören zwar nicht zum selben sachlich relevanten Markt, sind aber marktnahe Produkte.

11. In räumlicher Hinsicht handelt es sich in beiden Bereichen aufgrund der Bedeutung der Transportkosten und deren Anstieg mit zunehmender Fahrdistanz und -zeit um lokale Märkte.

A.2 Die beteiligten Unternehmen

12. Die Untersuchung richtet sich gegen folgende Unternehmen, die sich – mit zwei Ausnahmen – aus mehreren Gruppengesellschaften zusammensetzen:

	Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1bis KG	Verfahrensparteien	
		Operative Gesellschaft	Muttergesellschaft(en)
1	KAGA	KAGA	-
		und Aktionärin von KAGA	
2	Alluvia	Hofstetter und Messerli	Alluvia AG
3	Daepp	Aare-Kies	Kieswerk Daepp A.G., Daepp Holding AG
4	Heimberg	Heimberg	-
5	Kästli-Gruppe	Kästli	Kästli Beteiligungen AG
6	Marti-Gruppe	Marti	Marti Holding AG
7	Vigier	Kiestag	Vigier Holding AG

Die beteiligten Unternehmen.

13. Im Zentrum der Untersuchung steht KAGA, die nahe der Autobahn A6 zwischen Thun und Bern-Süd an mehreren Standorten Kies abbaut und Deponievolumen für unverschmutzten Aushub und für Inertstoffe anbietet. Im vorliegenden Fall sind aber nicht nur die Marktstellung von KAGA und ihr Verhalten von Interesse, sondern auch das Zusammenspiel zwischen ihr und den eng mit ihr verbandelten Aktionärinnen sowie die Interaktionen zwischen den Aktionärinnen, die in diesem Umfeld stattfinden.

14. Die sieben aufgeführten Aktionärinnen halten zusammen das gesamte Aktienkapital an KAGA, wobei sie jeweils über identische Aktienanteile verfügen. Zum Unternehmen Alluvia gehören zwei Aktionärinnen, sodass dieses Unternehmen 2/7 der KAGA-Aktien hält; die übrigen fünf Unternehmen halten je 1/7 der KAGA-Aktien. Der Verwaltungsrat der KAGA besteht aus sieben Mitgliedern, bei denen es sich jeweils um einen Aktionärs-Vertreter (bzw. bei der Alluvia um zwei) der ihn entsendenden Aktionärin handelt.

15. KAGA ist nicht die einzige Verbindung, welche die Aktionärinnen zur Kies- und zur Deponiebranche haben. Vielmehr sind diese ebenfalls, wenn auch in unterschiedlichem Masse, aktuell in diesen und damit verbundenen Bereichen tätig:

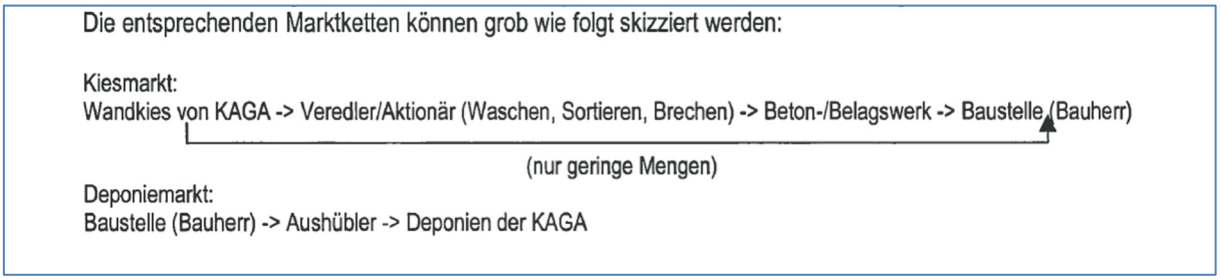
Bereich	KAGA	Alluvia	Daepp	Heimberg	Kästli-Gruppe	Marti-Gruppe	Vigier
Rohkies	X	X	X	(x)	X	X	X
Veredelter Kies		X	X	X	X	X	X
Deponie Aushub unverschmutzt	X	X			X	X	X
Transportdienst-leistungen		X	X	X	X		X
Strassen- und Tiefbau					X	X	

Aktuelle Tätigkeitsbereiche der beteiligten Unternehmen.

16. Drei Anomalien stechen ins Auge:

- KAGA baut Kies ab und betreibt Deponien. Abweichend von der branchentypischen vertikalen Integration hat sie aber kein Kieswerk, weshalb sie den Wertschöpfungsschritt der Kiesveredelung nicht vornimmt. Um den von ihr abgebauten Rohkies absetzen zu können, ist sie von der Nachfrage von Kieswerken anderer abhängig. In der Grössenordnung von etwa [>80]% handelt es sich dabei um ihre Aktionärinnen.
- Heimberg baut aktuell kein Kies ab, hat das aber früher – bis sie ihre Abbaustelle wegen geänderter Grundwasserschutzvorschriften schliessen musste – getan. Aus dieser Zeit verfügt sie nach wie vor über ein Kieswerk, in dem sie Kies veredelt. Bei Heimberg liegt damit eine geschichtlich bedingte Ausnahme von der vertikalen Integration von Kiesabbau und -veredelung vor. Rohkies, den Heimberg insbesondere bei KAGA bezieht, verkauft sie auch unveredelt weiter. Da Heimberg selbst nicht über eine Kiesgrube verfügt, ist sie von der Belieferung der Ressource Rohkies durch Dritte abhängig.
- Daepp baut zwar Kies in Kiesgruben ab, betreibt aber trotzdem keine Deponie. Es ist die nahegelegene KAGA, welche die Deponie in der Abbaustelle von Daepp betreibt und das dortige «Loch» auffüllt.

17. Die Wertschöpfungsketten für KAGA ohne eigene Kiesveredelung sehen gemäss ihrer eigenen Darstellung daher wie folgt aus:



Wertschöpfungsketten gemäss Skizze an einer Sitzung des VR von KAGA.

A.3 Rahmenbedingungen

A.3.1 Abbaurechte an geeigneten Grundstücken als Voraussetzung

18. Um Kies in Kiesgruben abbauen und – sich daraus ergebend – Aushubdeponien betreiben zu können, ist Voraussetzung, dass man über Abbaurechte an Grundstücken verfügt. Verschiedene Faktoren schränken das Angebot an dafür tauglichen Grundstücken wesentlich ein. Zunächst muss ein Grundstück überhaupt über Rohstoffvorkommen verfügen. Zentren hochwertiger Vorkommen sind im Kanton Bern die Hügelzone des Jurasüdfusses vom Neuenburgersee bis in den Oberaargau sowie die Region Bern mit dem Aaretal bis Uttigen bzw. bis zum Kanderdelta im Thunersee. Sodann muss ein Abbau rechtlich zulässig sein. Ausgeschlossen ist er etwa in Bauzonen, Naturschutzgebieten und Grundwasserschutzzonen. Weitere gesetzliche Restriktionen ergeben sich etwa aus dem Gewässerschutz und dem Schutz des Waldes. Schliesslich muss ein Abbau an einem bestimmten Ort auch ökonomisch sinnvoll sein, was in Anbetracht der Bedeutung der Transportkosten unter anderem von der Verkehrsanbindung und der Nachfragesituation in einem gewissen Umkreis abhängt.

19. Die Anzahl Grundstücke, die für einen Kiesabbau aus faktischer, rechtlicher und auch ökonomischer Sicht überhaupt erst in Frage kommen, ist daher limitiert.

A.3.2 Raumplanungsrechtliche Rahmenbedingungen

20. Abbaurechte an Grundstücken sind zwar notwendig, aber noch nicht hinreichend, um Kies abbauen und Aushubdeponien betreiben zu können. Zudem müssen die raumplanungs- und baurechtlichen Voraussetzungen erfüllt sein. Diese Rahmenbedingungen prägen die Marktverhältnisse.

21. Seit 1980 (als das Raumplanungsgesetz in Kraft trat) dürfen Kiesgruben und Deponien nur noch errichtet werden, wenn sie in entsprechenden Raumplänen vorgesehen sind. Erst 1998 erliess der Kanton Bern den ersten kantonsweiten Richtplan bezüglich Abbaus und Deponie (Sachplan ADT). Der Sachplan ADT 98 beruht ebenso wie sein Nachfolger von 2012 auf dem Prinzip der regionalen Selbstversorgung. Pro Region wird eine Richtmenge an abzubauendem Material resp. Deponievolumen vorgegeben, auf das die weitere Planung auszurichten ist. Der Planungshorizont ist dabei ausgesprochen lang: Sogenannte Festsetzungen erfolgen im Richtplan für Standorte, die den Bedarf innert der nächsten 35 Jahre decken sollen. Sogenannte Zwischenergebnisse dienen der längerfristigen Bedarfsdeckung (also nach den nächsten 35 Jahren). Bei Zwischenergebnissen handelt es sich entweder um Standorte, bei denen noch offene Fragen bestehen, oder um solche, die zwar die Voraussetzungen erfüllen würden, mit ihrem Volumen aber die festgelegte Richtmenge der Region überschritten würde. Überarbeitet wird der Richtplan Abbau und Deponie etwa alle 15–20 Jahre.

22. Ist ein Standort im Richtplan Abbau und Deponie eingetragen, ist es damit aber noch nicht getan. Vielmehr muss der Standort anschliessend noch in einem Nutzungsplan grundeigentümerverbindlich umgesetzt werden, der durch die Stimmberechtigten oder das Gemeindeparlament abzusegnen ist. Es handelt sich also um einen politischen Prozess. Erforderlich ist zudem eine Baubewilligung, die unter anderem eine Umweltverträglichkeitsprüfung umfasst.

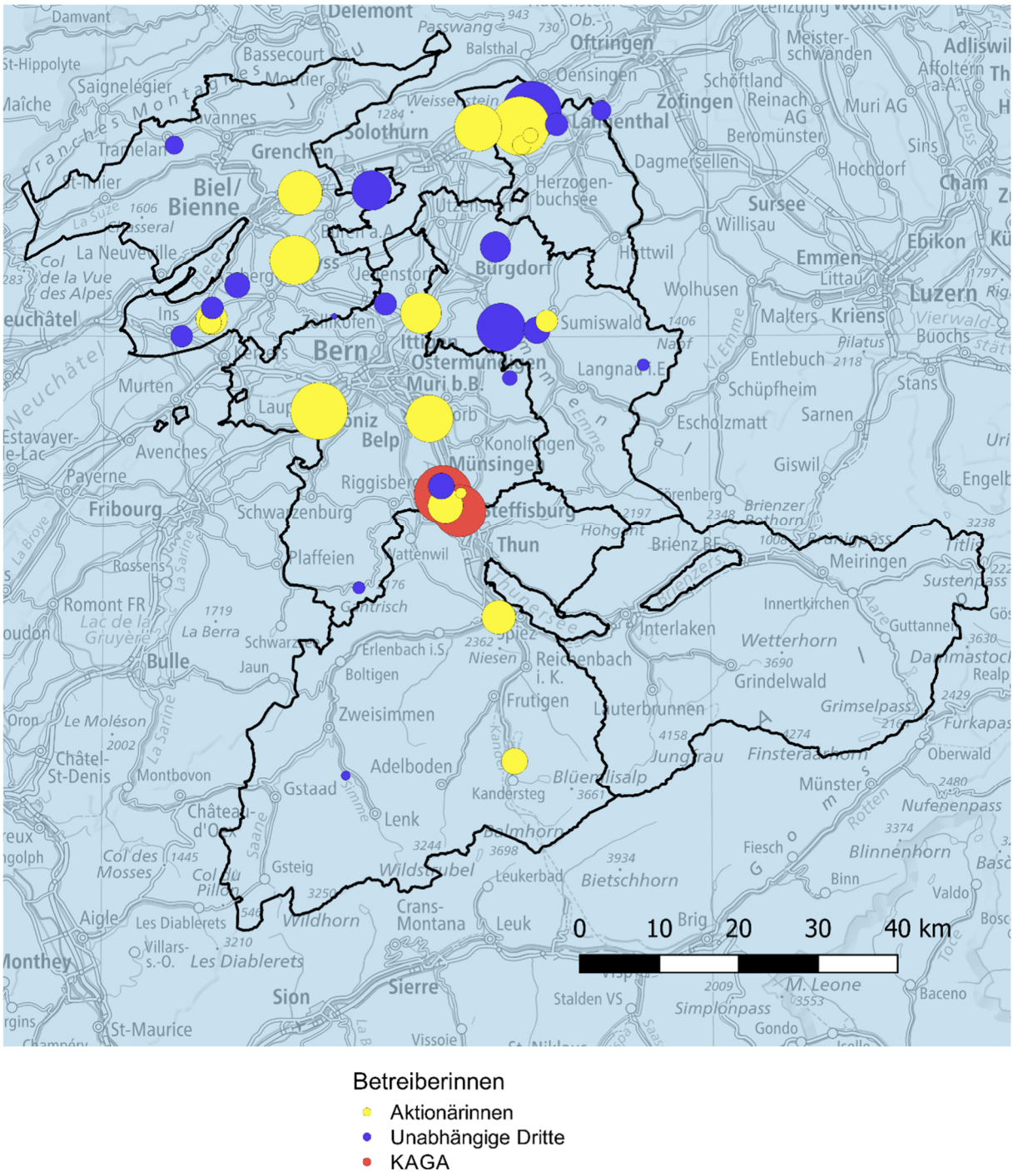
23. Diese raumplanungsrechtlichen Rahmenbedingungen wirken sich unter anderem wie folgt auf die Marktverhältnisse aus:

- Markteintritte haben eine lange Vorlaufzeit von zehn Jahren aufwärts. Weder kurz- noch mittelfristig sind Markteintritte möglich.
- Geplante Markteintritte, insbesondere wer, wo und in welchem Umfang, sind Jahre im Voraus allgemein bekannt.
- Bei der Planung ergeben sich aus den Richtmengen Mengenbeschränkungen. Unter dem Sachplan ADT 98 standen Reserven bereits bestehender Abbaustandorte neuen Abbaustandorten im Wege. Der Sachplan ADT 12 verlangt zwar eine Neutralität gegenüber Erweiterungen bestehender Standorte einerseits und neuen Standorten andererseits. Faktisch sind bestehende Standorte aber weiterhin im Vorteil gegenüber neuen.

A.4 Marktverhältnisse

A.4.1 Rohkiesgewinnung

24. In der folgenden Karte sind basierend auf den Gesamtabbaumengen im Kanton Bern in den Jahren 2004 bis 2015 die Standorte der wesentlichen Kiesabbaustellen von KAGA, ihren Aktionärinnen und den Dritten im Kanton Bern eingetragen:



Standorte der wesentlichen Kiesabbaustellen im Kanton Bern – Grösse anhand des Anteils am Gesamtvolumen des gewonnenen Rohkieses 2004–2015.

25. Im Umkreis von ca. 20 Fahrminuten um die Kiesabbaustellen von KAGA liegen – abgesehen von einer wesentlichen Kiesabbaustelle von [U01], einer Dritten, – primär solche von ihren Aktionärinnen. Folgende Tabelle führt dies vor Augen:

Betreiberin	%-Anteil an Gesamtmenge abgebautem Rohkies im Umkreis von ca. 20 Fahrminuten um KAGA-Abbaustellen	
KAGA		**[45–50]**
KAGA-Aktionärinnen (total)		**[40–45]**
- Kästli (nördlich von KAGA)	[17,5–20]	
- Daepp (bei KAGA)	[12–13]	
- Vigier (südlich von KAGA)	[11–12]	
Dritte (total)		**[10–11]**
- [U01] (bei KAGA)	[6–6,5]	
- [U02] (nicht auf Karte, da zu klein)	[3,25–3,5]	
- [U03] (nicht auf Karte, da zu klein)	[1,25–1,5]	

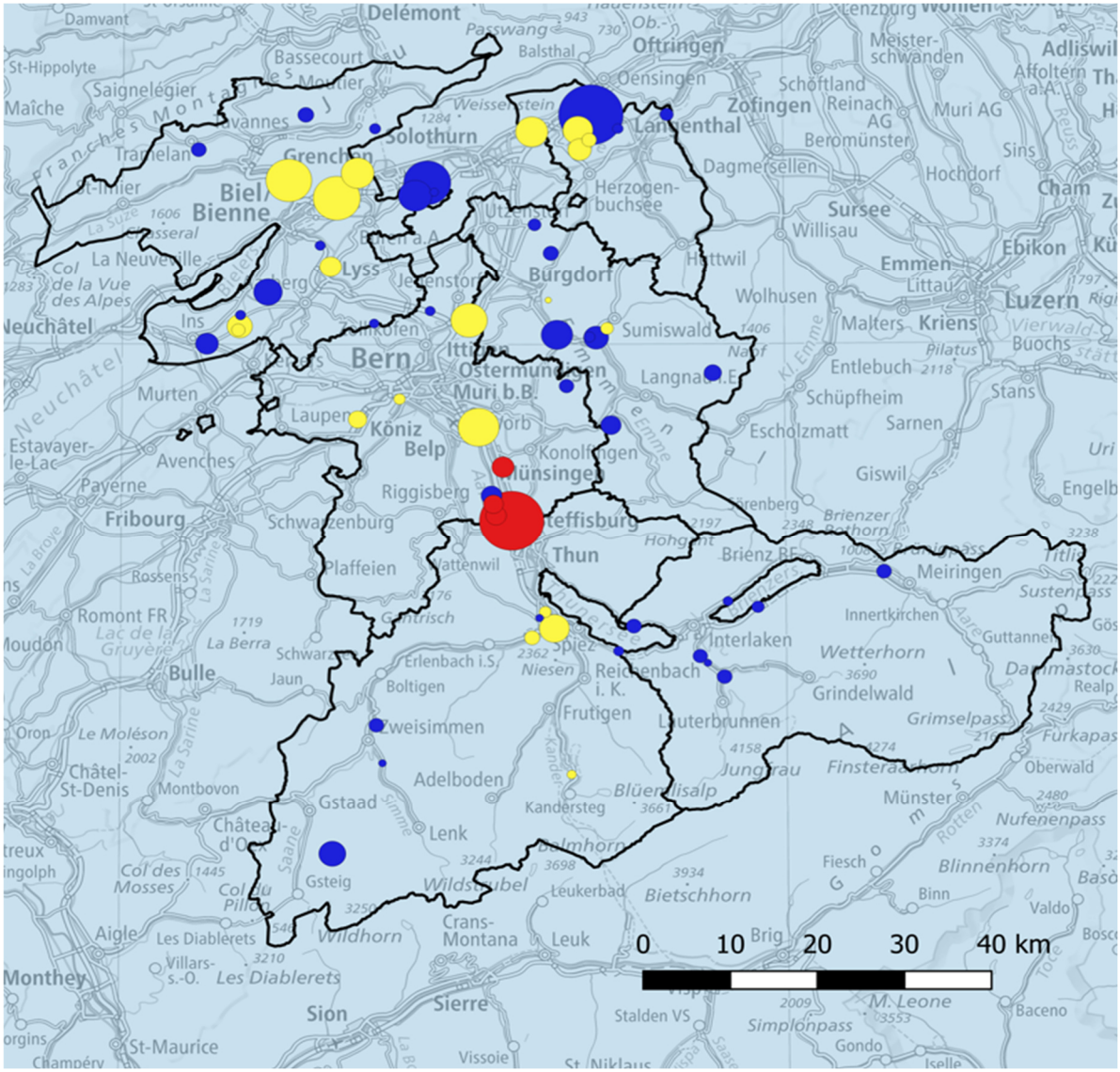
Prozentuale Anteile einzelner Betreiberinnen an der im Umkreis von ca. 20 Fahrminuten um die Abbaustellen von KAGA gewonnenen Rohkies 2004–2015.

26. Selber erachtet KAGA in einer internen Unternehmensanalyse von 2001 die «Region Bern Süd bis Thun Nord, Gürbetal, Aaretal, Chisental» als das relevante Gebiet im Bereich Kies. Im Vergleich zur vorangehenden Tabelle blendet sie damit Vigier, [U03] und allenfalls auch [U02] aus ihrer Betrachtung aus. Ihren Marktanteil in dem von ihr so festgelegten Gebiet beschreibt sie mit «Marktanteil bedeutend (> 50 %)».

27. Die zu erwartende Entwicklung der Anbieterinnen lässt sich den einschlägigen Richtplänen entnehmen. Daraus ergibt sich, dass sich die Kräfteverhältnisse zwischen KAGA und ihren Aktionärinnen einerseits sowie Dritten andererseits in diesem Gebiet in absehbarer Zeit nicht wesentlich verschieben werden.

A.4.2 Deponien für unverschmutzten Aushub

28. In der folgenden Karte sind basierend auf dem gesamten im Kanton Bern deponierten Volumen von unverschmutztem Aushub in den Jahren 2004 bis 2015 die Standorte der wesentlichen Deponien für unverschmutzten Aushub von KAGA, ihren Aktionärinnen und den Dritten im Kanton Bern eingetragen:



Standorte der wesentlichen Deponien für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern – Grösse anhand des Anteils am Gesamtvolumen des deponierten unverschmutzten Aushubs 2004–2015.

29. Die nachfolgende Tabelle führt die Deponien auf, die kantonsweit die grössten Anteile am gesamten deponierten Volumen von unverschmutztem Aushub aufweisen. Hinzuweisen ist auf zwei Spezialfälle: Einerseits die Deponie «auf grüner Wiese» der [U04], die 2018 eröffnet wurde und ca. 2026 das maximal bewilligte Volumen erreicht haben wird. Andererseits die Deponie der Aktionärin Alluvia in Oberwangen, die nach vorgängigem Kiesabbau ab 2015 wieder in wesentlichem Umfang Deponiematerial entgegennehmen konnte. Da die vorangehende Karte auf den Durchschnittswerten der Jahre 2004 bis 2015 basiert, sind diese zwei Deponien darin nicht oder vergleichsweise klein erscheinend abgebildet.

Nr	%-Anteil Kanton Bern	Deponien	Betreiberin		Fahrdistanz gerundet	ca. Fahrzeit
			KAGA oder Aktionärin	Dritte		
1	[13–14]	Bümberg/Uttelo-Bachtelen/Ried/Schönibühl-Bergacher/Türliacher-Bergacher	KAGA		Punkt 0: Bümberg	Punkt 0: Bümberg
2	ca. 3	Eyacher (ab 2018 bis ca. 2026)		[U04]	12	14
3	[4–4,25]	Schwarzbach	Kästli		13	14
4	[3,25–3,5]	Steinigand/Kienberg/Gesigen	Vigier		20	19
5	[3–3,25]	Dicki/Chratzmatt		[U05] ([U06])	28	30+
6	[3,25–3,5]	Silbersboden	Alluvia		34	30
7	[6,5–7]	Oberwangen (ab 2015)	Alluvia		34.5	33
8	[8–8,5]	Mettlen-Dennier/Buchrain/Oberberg		[U07]	50+	45+
9	[8–8,5]	Gryfenberg/Leisern	Vigier		55+	50+
10	[2,5–2,75]	Bärnerschachen	Vigier		60+	45+
11	[15–16]	Neubannboden		[U05] ([U08])	65	45
12	[5–5,5]	Charuque	Vigier		65+	45+
	[>75]	14 Deponien	[45,5–49]	[29–31]	-	-

Aufstellung der vierzehn Deponien mit dem grössten Anteil am Deponievolumen für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern (aufgrund ihrer unmittelbaren Nähe zueinander und demselben Betreiber teilweise in derselben Zeile aufgeführt).

30. Die Deponie von [U01], einer Dritten, befindet sich in unmittelbarer Nähe zu den Deponien von KAGA (vgl. den blauen Punkt bei den roten Punkten auf der Karte in Rz 28). Von den kantonsweit grössten Deponien liegt einzig die «vorübergehende» Deponie «auf grüner Wiese» Eyacher der Dritten [U04] im Umkreis von maximal 20 Fahrminuten und 20 Kilometern Fahrdistanz von den Deponien von KAGA, ansonsten handelt es sich dabei um Deponien von Aktionärinnen von KAGA. Die übrigen kantonsweit grössten Deponien, seien es solche von Aktionärinnen oder solche von Dritten, sind mehr als 30 Fahrminuten oder 30 Kilometer Fahrdistanz von KAGA entfernt. Folgende Tabellen führen die Anteile an unverschmutzten Aushub auf, die auf Deponien von KAGA, von ihren Aktionärinnen und von Dritten in verschiedenen Umkreisen um KAGA abgelagert wurden (mit und ohne die «vorübergehende Deponie Eyacher»):

Umkreis um KAGA	Anteil KAGA	Anteil Aktionärinnen	Anteil Dritte
max. 10 km/max. 10 Min	[90–92,5 %]	0.0 %	[7,5–10 %]
max. 20 km/max. 20 Min	[50–55 %]	[25–30 %]	[15–20 %]
max. 30 km/max. 30 Min	[45–50 %]	[25–30 %]	[20–25 %]
max. 40 km/max. 40 Min	[30–35 %]	[40–45 %]	[25–30 %]

Prozentuale Anteile am in verschiedenen Umkreisen um KAGA deponierten unverschmutzten Aushub unter Mitberücksichtigung der «vorübergehenden» Deponie Eyacher.

Umkreis um KAGA	Anteil KAGA	Anteil Aktionärinnen	Anteil Dritte
max. 10 km/max. 10 Min	[90–92,5 %]	0.0 %	[7,5–10 %]
max. 20 km/max. 20 Min	[55–60 %]	[30–35 %]	[5–10 %]
max. 30 km/max. 30 Min	[50–55 %]	[30–35 %]	[10–15 %]
max. 40 km/max. 40 Min	[30–35 %]	[45–50 %]	[20–25 %]

Prozentuale Anteile am in verschiedenen Umkreisen um KAGA deponierten unverschmutzten Aushub unter Ausblendung der «vorübergehenden» Deponie Eyacher.

31. Besonders ist im Deponiebereich, dass in der Region Bern seit Ende der 90er-Jahre eine Knappheit an Deponievolumen für unverschmutzten Aushub bestand, die sich weiter verschärfte und erst ab 2015 wieder zu entspannen begann. Diese Situation wirkte sich auch auf die umliegenden Regionen aus, namentlich auf das gesamte Aaretal. Die in Rubigen (zwischen Bern und Thun) gelegene Deponie der Aktionärin Kästli war ab Mitte der 90er-Jahre bis Ende 2014 für Dritte geschlossen, d.h., die Kästli-Gruppe nutzte das dortige Deponievolumen ausschliesslich für sich selbst. Die sich in unmittelbarer Nähe von KAGA befindliche Deponie von [U01], einer Dritten, hatte ebenfalls Engpässe und wurde zu ca. 90 % von [U01] selbst genutzt. Sowohl die Kästli-Gruppe als auch [U01] deponierten nicht nur in ihren eigenen Deponien unverschmutzten Aushub, sondern auch in denjenigen der KAGA. In den Deponien von KAGA entstand ca. ab Anfangs 2000 ein Engpass, der etwa in den Jahren 2012 bis 2014 seinen Höhepunkt erreichte und sich ab 2015 nach und nach entschärfte. Weiter im Oberland, bei den Deponien der Aktionärin Vigier, gab es hingegen zu keiner Zeit Annahmebeschränkungen.

32. Noch lange vor dem Höhepunkt dieser Engpässe kam KAGA 2001/2002 in internen Unternehmensanalysen hinsichtlich des Deponiebereichs zu folgenden Selbsteinschätzungen: «Deponien: übermässiger Marktanteil bedingt durch Deponieknappheit». Ihre «Fähigkeit, hohe Preise zu lösen», stufte sie mit der Maximalbewertung von «++» ein mit der Begründung «Deponieknappheit». Ihre Ertragskraft bewertete KAGA insgesamt mit «+» und hielt bei der Begründung fest: «Teilweise Monopolstellung in Deponiebereich; Kies gerät eher unter Druck». Bezüglich «Konkurrenzdruck» stellte sie fest, dass «durch Knappheit des Deponievolumens kein Druck» bestehe.

33. Die zu erwartende Entwicklung der Anbieterinnen lässt sich den einschlägigen Richtplänen entnehmen. Daraus ergibt sich, dass sich die Kräfteverhältnisse zwischen KAGA und ihren Aktionärinnen einerseits sowie Dritten andererseits in diesem Gebiet in absehbarer Zeit nicht wesentlich verschieben werden.

A.5 Die untersuchten Verhaltensweisen und deren rechtliche Beurteilung

A.5.1 Die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA

34. Die Aktionärinnen sind übereingekommen, zusammen den Wettbewerbsdruck zu dämpfen, der von den Kiesvorkommen im Aaretal resp. von deren Abbau auf sie ausgeht. Dieses Zusammenwirken baut auf drei Gegenständen, erstens neue Konkurrentinnen im Aaretal verhindern, zweitens den Wettbewerbsdruck von KAGA dosieren und drittens den Wettbewerbsdruck durch die Aktionärinnen dosieren. Die Grundzüge dieses gemeinsamen Verständnisses sind grossteils schriftlich im KAGA-Vertrag niedergeschrieben worden. Vor allem aber verkörpert sich dieses gemeinsame Verständnis bzw. seine Umsetzung in der KAGA selbst, die von den Aktionärinnen hierfür errichtet und in deren DNA es von Beginn an eingeflochten wurde, etwa durch organisatorische Massnahmen. Das Geschäftsgebaren von KAGA, wie es nunmehr während rund 50 Jahren gelebt wurde, bestätigt und bekräftigt fortlaufend dieses gemeinsame Verständnis und setzt es, reagierend und angepasst auf die jeweils gerade aktuellen Herausforderungen, in konkrete Handlungen um.

35. Die sechs Aktionärs-Unternehmen wirken bewusst und gewollt zusammen, indem sie vereinbart haben, gemeinsam den Wettbewerbsdruck zu dämpfen, der von den umfangreichen Kiesvorkommen im Aaretal resp. von deren Abbau auf sie ausgeht. KAGA ist hieran ebenfalls beteiligt, spätestens seit 1977 in Form einer Vereinbarung. Dieses Zusammenwirken bzw. seine Umsetzung verkörpert sich im Wesentlichen in KAGA selbst und tritt mit deren Geschäftsgebaren stets von Neuem zu Tage. Die hier gegebene Drosselung des Wettbewerbs bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung; es liegt eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vor. Diese Wettbewerbsabrede beeinträchtigt den Wettbewerb erheblich i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG, da sowohl ihr qualitativer als auch ihr quantitativer Aspekt als sehr gewichtig einzustufen sind. Ein wirtschaftlicher Effizienzgrund i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG geht mit ihr nicht einher. Auch bezüglich der «kooperativen» Tätigkeit im Rahmen der KAGA, worin sich diese Wettbewerbsabrede weitgehend verkörpert, sind im vorliegenden Fall keine wirtschaftlichen Effizienzgründe auszumachen. Ohnehin wäre nicht die Zusammenarbeit von derart vielen Unternehmen erforderlich, um allfällige mit KAGA verbundene wirtschaftliche Effizienzvorteile zu realisieren. Kurzum: Die Wettbewerbsabrede lässt sich nicht nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen, weshalb sie unzulässig ist. Da diese Wettbewerbsabrede nicht unter Art. 5 Abs. 3 KG fällt, sondern «nur» gegen Art. 5 Abs. 1 KG verstösst, sind die Beteiligten dafür nicht nach Art. 49a KG zu sanktionieren.

A.5.2 Recht der Aktionärinnen, je ein Mitglied in den VR von KAGA zu entsenden, gelebte Entsendepraxis und Informationsaustausch im VR

36. Die Aktionärinnen haben vereinbart, dass jede Aktionärin ein Mitglied in den VR von KAGA abordnen kann und dadurch Einsitz im VR von KAGA nimmt. Während

der gesamten Existenz von KAGA waren alle entsandten Mitglieder des VR von KAGA zugleich Schlüsselpersonen bei der jeweiligen Aktionärin, die sie abgeordnet hat. Das ist im Zeitpunkt des Verfügungserlasses nach wie vor der Fall. Die entsandten Aktionärsvertreter diskutieren die VR-Geschäfte von KAGA. Sie verfügen über Auskunfts- und Einsichtsrechte und erhalten sämtliche Informationen, die für die Behandlung der VR-Geschäfte erforderlich sind.

37. Dieses «Entsenderecht» haben die Aktionärinnen von 1970 bis dato durchgehend gelebt. Einzig gegenüber der Aktionärin Marti gab es von September 2005 bis August 2007 einen kurzen Unterbruch. Nachdem sich Marti auf die erwähnte Vereinbarung berufen hat, wurde aber auch der von ihr entsandte Vertreter wieder in den VR von KAGA gewählt.

38. Vor allem die Themen zu KAGA, die im VR diskutiert wurden, waren häufig strategischer, zukunftsgerichteter Natur. Unter anderem betrafen sie etwa die künftige Entwicklung von KAGA sowie die aktuellen Preise von KAGA im Rohkies- und Deponiebereich. Die Informationen zu den Aktionärinnen, die im VR von KAGA ausgetauscht wurden, betrafen hingegen nur selten direkt das künftige strategische Verhalten der Aktionärinnen. Jedoch wurden teilweise Angaben ausgetauscht, die es einfacher machen, das Verhalten der Aktionärinnen im Wettbewerb besser zu antizipieren.

39. Die sechs Aktionärs-Unternehmen wirken bewusst und gewollt zusammen, indem sie sich gegenseitig das Recht einräumen, pro Aktionärin ein Mitglied in den VR von KAGA abordnen zu können. Bei den Personen, die in der Vergangenheit in den VR von KAGA entsandt wurden, handelte es sich durchwegs um Schlüsselpersonen bei den Aktionärinnen. Durch die gelebte Doppelrolle der VR-Mitglieder von KAGA wurden sämtliche Informationen im VR von KAGA zugleich zwischen den Aktionärs-Unternehmen ausgetauscht. KAGA ist zwangsläufig auch daran beteiligt. Dieses Zusammenwirken bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung und ist eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG. Diese Wettbewerbsabrede beeinträchtigt den Wettbewerb erheblich i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG, da sowohl ihr qualitativer als auch ihr quantitativer Aspekt als sehr gewichtig einzustufen sind. Ein wirtschaftlicher Effizienzgrund i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG geht mit ihr nicht einher, weshalb sie unzulässig ist. Da diese Wettbewerbsabrede weder unter Art. 5 Abs. 3 noch unter Abs. 4 KG fällt, sondern «nur» gegen Art. 5 Abs. 1 KG verstösst, sind die Beteiligten dafür nicht nach Art. 49a KG zu sanktionieren.

A.5.3 Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen und Vereinbarungen über die Nichtweitergabe der Preisvorteile

40. Diese untersuchte Verhaltensweise besteht genau genommen aus drei unterscheidbaren Verhaltensweisen: Die Gewährung von Vorzugskondition durch die KAGA, die Vereinbarung zwischen der KAGA und ihren Aktionärinnen, diese Vorzugskonditionen nicht an Dritte weiterzugeben, und die Vereinbarung, diese Nichtweitergabe auch unter dem 2015 neu eingeführten Mengenrabatt weiter zu praktizieren.

41. KAGA gewährte ihren Aktionärinnen beim Rohkiesverkauf in mannigfaltiger Hinsicht Vorzugskonditionen, die sie anderen Kundinnen nicht einräumte. Von 1970 bis und mit 2014 begünstigte sie ihre Aktionärinnen mit generell besseren Listenpreisen, wobei die Drittpreise ab 2004 mindestens 40 % höher waren als die Aktionärspreise. KAGA gewährte den Aktionärinnen, nicht aber Dritten, ausserdem «Mengenrabatte» (von 2003 bis und mit 2014), Rabatte für die Minderqualität des Kieses aus der Grube Bümberg (von 2007 bis und mit 2014) und punktuelle Sonderaktionen. In den «Spitzenjahren» 2008 und 2009 war der Drittpreis aufgrund Kumulation dieser Vorteile 68 % resp. 72 % höher als der Aktionärspreis. Zusätzlich gewährte KAGA ihren Aktionärinnen mit Kieswerk von 2002 bis und mit 2014 auch noch einen Transportkostenausgleich, dessen Höhe von der Fahrdistanz und Fahrzeit zum jeweiligen Kieswerk abhing. Der Transportkostenausgleich sollte den Kiesbezug fördern, um dadurch zusätzliches Deponievolumen zu schaffen, das den Nachfragerinnen – gerade in Anbetracht der wahrgenommenen Deponieknappheit – angeboten werden konnte.

42. Dieses Vorzugspreissystem von KAGA zu Gunsten ihrer Aktionärinnen wurde ergänzt durch eine Vereinbarung zwischen den Beteiligten, wonach die Aktionärinnen Kies von KAGA zu mindestens dem Preis an Dritte weiterveräussern, den auch KAGA von den Dritten verlangt (Ausschluss der Arbitragemöglichkeit). Damit wurde den Aktionärinnen insbesondere untersagt, bei ihrer eigenen Preisfestsetzung die Preisvorteile, die sie beim Bezug von Kies bei KAGA hatten, ganz oder teilweise an Dritte weiterzugeben.

43. 2015 änderte KAGA ihr Preissystem. Sie gab die Vorzugspreise für ihre Aktionärinnen auf und wechselte zu einem gestaffelten Mengenrabatt. Von den höheren Rabattstufen dieses Mengenrabatts profitieren faktisch allerdings primär drei Aktionärinnen von KAGA. Das neue Preissystem ist nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Trotz Wechsel des Preissystems waren sich die Beteiligten einig, dass die Aktionärinnen allfällige Preisvorteile, die sie nunmehr aufgrund der von ihnen bezogenen Menge resp. des Mengenrabatts haben, beim Weiterverkauf von KAGA-Kies ebenfalls nicht an Dritte weitergeben dürfen.

44. KAGA ist auf dem Markt für Rohkies im relevanten Gebiet marktbeherrschend. Sie behandelte Aktionärinnen und Drittkundinnen unterschiedlich bei den Listenpreisen, bei einem «Mengenrabatt», bei einem Rabatt für Minderqualität, bei drei Sonderaktionen sowie beim Transportkostenausgleich, obwohl sich die zu vergleichenden Geschäfte hinsichtlich der im Geschäftsverkehr als entscheidend angesehenen Merkmale nicht wesentlich unterschieden. Die unterschiedlich behandelten Kundinnen sind allesamt Handelspartnerinnen von KAGA. Diese Ungleichbehandlungen führten zu Wettbewerbsverfälschungen auf den nachgelagerten Märkten für Kiesveredelung, Tief- und Strassenbau sowie Transportdienstleistungen, indem sie die Konkurrenzsituationen zwischen den auf diesen Märkten tätigen, begünstigten Aktionärinnen einerseits und den mit ihnen konkurrierenden, behinderten Drittkundinnen andererseits verfälschten. Für diese wettbewerbsverfälschenden Ungleichbehandlungen anhand der Aktionärseigenschaft

lagen keine sachlichen Gründe vor, welche rechtfertigend sein könnten. Insbesondere war die Aktionärsbevorzugung nicht geeignet, um damit die Aktionärinnen für ihr Investitionsrisiko zu entschädigen. Der Transportkostenausgleich, mit dem zusätzliches Deponievolumen geschaffen werden sollte, war aufgrund seiner Ausgestaltung über weite Strecken gar nicht erst geeignet, dieses Ziel zu erreichen. Soweit er geeignet war, war eine Ungleichbehandlung der Kundinnen zur Zielerreichung aber nicht erforderlich. Vielmehr wäre eine Gleichbehandlung der Kundinnen dafür ein milderes und erst noch tauglicheres Mittel gewesen. Mit all diesen Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen verstiess KAGA daher gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG. Sie ist dafür nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren. Die kartellrechtliche Zulässigkeit des 2015 neu eingeführten, gestaffelten Mengenrabattsystems ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung und wurde nicht beurteilt.

45. Die Vereinbarung zwischen den sechs Aktionärs-Unternehmen und KAGA, wonach die Aktionärinnen von Dritten für Kies von KAGA mindestens den Preis fordern, den auch KAGA von den Dritten für Kies verlangt, bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung. Sie ist eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Gegenstand dieser Wettbewerbsabrede ist ein Mindestpreis, den die Aktionärinnen bei einem Weiterverkauf von Kies von KAGA einzuhalten haben. Diese Wettbewerbsabrede fällt unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG. Die deshalb vermutete Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist zwar widerlegt, jedoch liegt eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG vor. Effizienzgründe, die diese Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen vermöchten, gehen mit ihr nicht einher. Diese Wettbewerbsabrede ist daher unzulässig und die Beteiligten sind dafür nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren. Dasselbe gilt mutatis mutandis für die entsprechende Vereinbarung unter dem neuen Preissystem, auch wenn der Umfang und die Schwere der damit einhergehenden Wettbewerbsbeschränkung geringer sind als unter dem früheren Preissystem.

A.5.4 Koordination der Angebote für die Übernahme der [U01]

46. Anlässlich des Generationenwechsels stand die Möglichkeit im Raume, dass der Betrieb der [U01] zum Verkauf stehen würde. Im VR von KAGA wurde das diesbezügliche Vorgehen von KAGA und ihren Aktionärinnen festgelegt. Zwischen 2006 und Mai 2007 wurden dabei im VR von KAGA das Angebot von KAGA und, als Rückfallposition, dasjenige von Vigier koordiniert (Marti war zu dieser Zeit nicht im VR von KAGA vertreten). Zudem wurde beschlossen, bei [U04] vorstellig zu werden, um diese durch Inaussichtstellen von Nachteilen in deren Geschäftsbeziehung mit KAGA dazu zu bewegen, von einem Kauf von [U01] abzusehen.

47. Die Koordination zwischen fünf Aktionärs-Unternehmen (alle ausser Marti-Gruppe) und KAGA hinsichtlich der Angebote für die Übernahme der [U01] bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung. Sie ist eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG. Diese Wettbewerbsabrede ist sowohl als Kunden- als auch als Preisabrede zu qualifizieren (Art. 5 Abs. 3 Bst. c resp. Bst. a KG). Sie beeinträchtigt den wirksamen Wettbewerb erheblich. Da keine Effizienzgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG vorliegen, ist sie unzulässig. Weil sie bei Untersuchungseröffnung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist, sind die Beteiligten dafür aber nicht nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG).

A.5.5 Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet

48. Die Aktionärinnen haben sich untereinander und gegenüber KAGA verpflichtet, in einem genau festgelegten Gebiet, das KAGA vorbehalten ist, «weder direkt oder indirekt eigene Ausbeutungsrechte zu erwerben oder sonstwie auf eigene Rechnung Kies und Sand auszubeuten». Dieses Konkurrenzverbot gilt gemäss Vertrag solange eine Aktionärin Aktien an KAGA hält und noch zehn Jahre darüber hinaus.

49. Das Konkurrenzverbot untersagt den Aktionärinnen, Abbaurechte an Grundstücken im KAGA-Gebiet zu erwerben. Davon betroffen sind die potenziellen Anbieter solcher Abbaurechte. Das Konkurrenzverbot betrifft die Aktionärinnen aber nicht nur als Nachfragerinnen, sondern auch als Anbieterinnen. So können sie wegen dem Konkurrenzverbot im KAGA-Gebiet nicht selber Kies abbauen. Faktisch werden sie ausserdem davon abgehalten, im KAGA-Gebiet eigene Kieswerke zu errichten und dort Kies zu veredeln. Schliesslich ist es ihnen dadurch faktisch auch kaum möglich, im KAGA-Gebiet Aushubdeponien zu betreiben.

50. Das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet ist eine Vereinbarung zwischen den sechs Aktionärs-Unternehmen und KAGA, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt. Sie ist eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG. Diese Aufteilung des Gebiets resp. der Kunden, die in diesem Gebiet Abbaurechte anbieten, ist als Marktaufteilungsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zu qualifizieren. Die vermutete Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs lässt sich nicht widerlegen. Eine Selbst-Wenn-Prüfung zeigt, dass das Konkurrenzverbot den wirksamen Wettbewerb jedenfalls erheblich beeinträchtigt und eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG aus mehreren Gründen scheitert. Die Wettbewerbsabrede ist damit unzulässig und die Beteiligten sind nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren.

A.5.6 Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub

51. Von März 2012 bis Ende 2014 verlangte KAGA von Kundinnen, die bei ihr jährlich unverschmutzten Aushub von mehr als 5'000 m^3 deponierten, dass sie im Gegenzug bestimmte Kiesmengen bei ihr beziehen. Das tat sie aufgrund der angespannten Deponieplatzsituation bei ihr, namentlich um ein ausgeglicheneres Verhältnis der Volumina von Kiesabbau und Deponierung zu erreichen. Auf dem Papier waren alle Kundinnen gleichermassen von dieser Bezugspflicht betroffen. Faktisch traf sie aber ausschliesslich Dritte, nicht auch die Aktionärinnen. Besonders stark betroffen waren die Dritten [U04] und [U01]. Bei diesen handelt es sich um die Hauptkonkurrentinnen von KAGA im Deponiebereich in räumlicher

Nähe zu ihr, die zudem zu Aktionärinnen von KAGA in einem Konkurrenzverhältnis stehen. Da [U04] die Kiesbezugspflicht nicht erfüllte, sperrte KAGA ihre Deponie ab September 2013 gegenüber [U04], bis diese die aufgelaufenen Kiesmengen bezogen hat.

52. KAGA ist auf dem Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub im relevanten Gebiet marktbeherrschend. Sie koppelte zwei getrennte Güter, Deponievolumen für unverschmutzten Aushub einerseits, Rohkies andererseits. Mit dieser Koppelung wurden insbesondere [U01] und [U04] behindert, die mit KAGA und Aktionärinnen von ihr in Konkurrenz stehen. Zudem wurde mit dieser Koppelung die Marktgegenseite ausgebeutet. Denn diese musste Kies beziehen, der für sie (mit Ausnahme von [U01]) wenig Nutzen hat, und dies erst noch zu einem Preis, der zwischen 30 % und 60 % höher lag als derjenige, den die Aktionärinnen dafür zu bezahlen hatten. Die mit der Koppelung angestrebte Vergrösserung oder Schonung der vorhandenen Deponievolumina kann diese Wettbewerbsbeschränkung nicht rechtfertigen. Denn die Koppelung war zur Verwirklichung dieses Ziels aufgrund ihrer Ausgestaltung teilweise gar nicht erst geeignet und im Übrigen nicht das mildeste Mittel. Die Kiesbezugspflicht ist damit unzulässig und KAGA verstiess damit gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. f i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG. Sie ist dafür nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren.

A.5.7 Einschränkung des Einzugsgebiets bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub (kartellrechtlich zulässig)

53. KAGA schränkte während einer gewissen Zeit das Einzugsgebiet ein, aus dem sie unverschmutzten Aushub zur Ablagerung entgegennahm. Das tat sie aufgrund der angespannten Deponieplatzsituation bei ihr, namentlich um zu verhindern, dass das Deponievolumen gänzlich «aufgebraucht» wird und sie anschliessend zeitweise gar kein Deponiematerial mehr entgegennehmen kann. Von 2002 bis anfangs 2012 setzte KAGA diese Einschränkung des Einzugsgebiets zurückhaltend und eher sporadisch durch. Ab März 2012 bis Ende 2014 setzte KAGA diese Einschränkung hingegen strikt durch und nahm keinen unverschmutzten Aushub zur Deponierung mehr an, der von ausserhalb dieses Einzugsgebiets stammte.

54. KAGA ist auf dem Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub im relevanten Gebiet marktbeherrschend. Mit der Einschränkung des Einzugsgebiets bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub hat sie ihre marktbeherrschende Stellung aber nicht missbraucht. Dies aufgrund der aus äusseren Umständen angespannten Deponieplatzsituation bei ihr einerseits und der nicht nur formell, sondern auch faktisch alle Kundinnen gleichermassen treffenden Einschränkung andererseits. Das diesbezügliche Verhalten von KAGA war zulässig und sie verstiess damit nicht gegen Art. 7 KG.

A.6 Die verfügten Massnahmen und Sanktionen

A.6.1 Massnahmen

55. Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG sind von der WEKO anzuordnen, wenn entweder der wettbewerbsbeschränkende Störungszustand noch andauert oder wenn eine Wiederholungsgefahr besteht. Die zu treffenden Massnahmen haben sich am Zweck des Kartellgesetzes auszurichten, einen numerus clausus von möglichen Massnahmen gibt es dabei nicht.

56. Unter den neun vorgängig dargestellten untersuchten Verhaltensweisen sind folgende acht Wettbewerbsbeschränkungen unzulässig (bei der Einschränkung des Einzugsgebiets bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub, A.5.7, handelt es sich um eine zulässige Verhaltensweise):

a) A.5.1 Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA;

b) A.5.2 Recht der Aktionärinnen, je ein Mitglied in den VR von KAGA zu entsenden, gelebte Entsendepraxis und Informationsaustausch im VR;

c) A.5.3 Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen;

d) A.5.3 Vereinbarungen über Nichtweitergabe der Vorzugskonditionen;

e) A.5.3 Vereinbarungen über Nichtweitergabe der Preisvorteile unter dem 2015 eingeführten Mengenrabatt;

f) A.5.4 Koordination der Angebote für die Übernahme der [U01];

g) A.5.5 Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet;

h) A.5.6 Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub.

57. Keine Gründe, um Massnahmen anzuordnen, liegen bei diesen drei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vor:

c) A.5.3 Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen.

d) A.5.3 Der Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen.

f) A.5.4 Die Koordination der Angebote für die Übernahme der [U01].

58. Zumindest eine der beiden Voraussetzungen für den Erlass von Massnahmen ist bei den folgenden unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen gegeben, weshalb Massnahmen anzuordnen sind. Mit sechs der sieben Unternehmen, namentlich KAGA, Alluvia, Daepp, Heimberg, Kästli-Gruppe und Marti-Gruppe, schloss das Sekretariat nach Versand des Antrags teilweise einvernehmliche Regelungen (EVR) ab, welche die WEKO genehmigt (Dispositivziffer 4). Diese teilweisen EVR betreffen die nachfolgend aufgeführten Massnahmen hinsichtlich der Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben (drittes Lemma), hinsichtlich des Konkurrenzverbots zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet (viertes Lemma) und hinsichtlich der Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub (fünftes Lemma; betrifft nur KAGA). Nicht Gegenstand der teilweisen EVR sind die nachfolgend in den ersten zwei Lemmata genannten Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1.

a) A.5.1 Hinsichtlich der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA:

Um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, sind tiefgreifende Massnahmen erforderlich, da mit KAGA eine gemeinsame (Infra-)Struktur geschaffen wurde, in der sich diese Wettbewerbsbeschränkung manifestiert. Von einer eigentumsrechtlichen Entflechtung als struktureller Massnahme wird abgesehen, da diese im konkreten Fall unverhältnismässig im engeren Sinne wäre. Ersatzweise wird ein Paket von Verhaltensmassnahmen erlassen, die einen deutlich weniger starken Eingriff darstellen. Mit diesen Massnahmen wird die Einflussnahme der Aktionärinnen auf KAGA zwar nicht vollständig eliminiert (dafür wären strukturelle Massnahmen erforderlich). Sie sind aber geeignet, die wesentlichsten, direkten Einflussnahmen zu verhindern, noch mildere Massnahmen sind nicht ersichtlich und sie erweisen sich ohne Weiteres als verhältnismässig im engeren Sinne. Zwei dieser Massnahmen (Dispositivziffern 1.1 und 1.3) unterbinden Aktionärsvorgaben zur Tätigkeit von KAGA. Zwei Massnahmen (Dispositivziffern 1.2 und 1.5) untersagen die Besetzung des VR und der t Geschäftsleitung von KAGA mit Personen, die bei Aktionärinnen eine Schlüsselposition innehaben oder in den vorangegangenen zehn Jahren innehatten. Eine Massnahme (Dispositivziffer 1.4) reduziert die Einflussnahme des VR von KAGA auf das operative Geschäft von KAGA. Die Massnahmen, die zusätzlich hinsichtlich des Informationsaustauschs angeordnet werden (vgl. sogleich hiernach), schwächen das Zusammenspiel zwischen den Aktionärinnen und KAGA ebenfalls, womit sie indirekt ebenfalls zur Beseitigung dieses Wettbewerbsverstosses beitragen.

b) A.5.2 Hinsichtlich des Rechts der Aktionärinnen, je einen Vertreter in den VR von KAGA zu entsenden, der gelebten Entsendepraxis und dem Informationsaustausch im VR:

Um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, sind einerseits teilweise dieselben Massnahmen erforderlich, wie sie hinsichtlich der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA erlassen werden (Dispositivziffer 1.2 betreffend aktuelle Organe und Personen mit Leitungsfunktion). Diese Massnahmen fussen dadurch auf einer doppelten Begründung. Andererseits sind zusätzliche Massnahmen (Dispositivziffern 1.6–1.8) erforderlich, um zu unterbinden, dass Informationen aus dem VR von KAGA zu den Aktionärinnen gelangen oder umgekehrt. Wie gesagt, dienen diese Massnahmen indirekt ebenfalls der Behebung des vorangehend genannten Verstosses.

e) A.5.3 Hinsichtlich der Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben:

Um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, sind die Aktionärs-Unternehmen zu verpflichten, den Preis, den sie von ihren Kundinnen für Kies von KAGA verlangen, eigenständig festzusetzen (Dispositivziffer 2 resp. Ziffer 1 EVR mit Aktionärs-Unternehmen). KAGA ist zu untersagen, den Aktionärs-Unternehmen einen Mindestpreis zu nennen (Ziffer 1 EVR mit KAGA).

g) A.5.5 Hinsichtlich des Konkurrenzverbots zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet:

Um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, sind die Aktionärs-Unternehmen zu verpflichten, nach eigenem Gutdünken darüber zu entscheiden, ob und gegebenenfalls wo sie im KAGA-Gebiet Abbaurechte erwerben oder anderweitig in diesem Gebiet Kies oder Sand abbauen wollen (Dispositivziffer 3.1 resp. Ziffer 2.1 EVR mit Aktionärs-Unternehmen). Ihnen und KAGA ist zudem zu untersagen, dass sie sich dagegen wehren oder etwas dafür verlangen, wenn Aktionärs-Unternehmen im KAGA-Gebiet im Bereich Kiesabbau tätig werden (Dispositivziffer 3.2 resp. Ziffer 2.2 EVR mit Aktionärs-Unternehmen und Ziffer 2.1 EVR mit KAGA). Zudem sind spezifische Massnahmen zu gewissen Dienstbarkeitsverträgen der Aare-Kies zu treffen (Dispositivziffer 3.3 resp. Ziffer 2.3 EVR mit Aktionärs-Unternehmen mit Ausnahme von Daepp und Ziffer 2.2 EVR mit KAGA).

h) A.5.6 Hinsichtlich der Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub:

Um der bestehenden Wiederholungsgefahr zu begegnen, ist der KAGA zu untersagen, die Möglichkeit zur Deponierung von unverschmutztem Aushub mit dem Bezug von Kies oder anderen Rohstoffen in irgendeiner Weise zu verknüpfen (Ziffer 3.1 EVR mit KAGA). Da die Auswirkungen dieser Koppelung nicht automatisch mit der Aufhebung der Bezugspflicht endeten, ist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands KAGA zu verpflichten, die Sperre der Deponie gegenüber [U04] aufzuheben (Ziffern 3.2 und 3.3 EVR mit KAGA).

59. Unter gewissen Voraussetzungen kann einer allfälligen Beschwerde gegen die Anordnung von Massnahmen die aufschiebende Wirkung, die einer Beschwerde von Gesetzes wegen zukommt, entzogen werden. Bei einem Teil der anzuordnenden Massnahmen sind diese Voraussetzungen erfüllt, weshalb einer Beschwerde gegen diese Massnahmen die aufschiebende Wirkung zu entziehen ist (Dispositivziffer 5). Das betrifft ausgewählte Massnahmen bezüglich des Konkurrenzverbots zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet sowie alle Massnahmen bezüglich der Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub.

A.6.2 Sanktionen

60. Wer an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG beteiligt ist oder marktbeherrschend ist und sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, wird mit einer finanziellen Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG belastet. Diese Sanktion kann bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes betragen.

61. Unter den acht dargestellten unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen sind drei nichtsanktionierbare Verhaltensweisen (A.5.1 Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA; A.5.2 Recht der Aktionärinnen, je ein Mitglied in den VR von KAGA zu entsenden, gelebte Entsendepraxis und Informationsaustausch im VR und A.5.4 Koordination der Angebote für die Übernahme der [U01]). Für die nachfolgenden unzulässigen Verhaltensweisen sind die daran beteiligten Unternehmen nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren:

- Vereinbartes Arbitrageverbot und Verbot, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben (Art. 5 Abs. 4 KG; A.5.3 Rz 42 und 43): KAGA, Alluvia, Daepp, Heimberg, Kästli-Gruppe, Marti-Gruppe und Vigier.
- Vereinbartes Konkurrenzverbot (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG; A.5.5): KAGA, Alluvia, Daepp, Heimberg, Kästli-Gruppe, Marti-Gruppe und Vigier.
- Diskriminierung bei den Kiesverkaufspreisen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG; A.5.3 Rz 41): KAGA.
- Koppelung von Deponievolumen mit Kiesbezug (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG; A.5.6): KAGA.

62. Die WEKO verhängt hierfür folgende Sanktionen (Dispositivziffer 6):

- KAGA: CHF 3'131’100.–, auferlegt an KAGA;
- Alluvia: CHF 383’150.–, solidarisch auferlegt an Hofstetter, Messerli und Alluvia AG;
- Daepp: CHF 304’150.–, solidarisch auferlegt an Aare-Kies, Kieswerk Daepp A.G. und Daepp Holding AG;
- Heimberg: CHF 242’500.–, auferlegt an Heimberg;
- Kästli-Gruppe: CHF 460’750.–, solidarisch auferlegt an Kästli und Kästli Beteiligungen AG;
- Marti-Gruppe: CHF 387’100.–, solidarisch auferlegt an Marti und Marti Holding AG;
- Vigier: CHF 395’000.–, solidarisch auferlegt an Kiestag und Vigier Holding AG.

B Verfahren

B.1 Gegenstand der Untersuchung

63. Mit der vorliegenden Untersuchung klären die Wettbewerbsbehörden, d.h. die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) und das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat), ob gewisse im Kanton Bern tätige Unternehmen der Kies- und Deponiebranchen das Kartellgesetz verletzt haben.

64. Es wird einerseits geprüft, ob die von der Untersuchung betroffenen Unternehmen Vereinbarungen trafen, die den Wettbewerb in unzulässiger Weise reduziert haben, insbesondere indem sie koordinierten, wer wo und in welcher Form tätig ist. Andererseits wird untersucht, ob eine marktbeherrschende Position besteht, die missbraucht wurde, indem insbesondere Geschäftsbeziehungen verweigert, Handelspartner diskriminiert sowie Erzeugnisse nur gekoppelt verkauft wurden.[1]

65. Sanktionsrelevant ist der Zeitraum von 2004 bis heute. Um die Verhaltensweisen der Unternehmen in diesem Zeitraum korrekt festzustellen, einzuordnen und zu beurteilen, können und dürfen die vorangegangenen Jahre aber nicht einfach ausgeblendet werden. Vielmehr ist es teilweise sogar zwingend nötig, mehrere Jahrzehnte zurückzublicken, um die vorliegend geprüften Verhaltensweisen richtig verstehen und einschätzen zu können.

B.2 Verfahrensparteien

66. In der Untersuchung werden die Verhaltensweisen der Aktionärinnen der Kies AG Aaretal KAGA (nachfolgend: KAGA) und der KAGA selbst geprüft. Die nachfolgende Abbildung gibt einen ersten Überblick über das Aktionariat der KAGA und die Entwicklung der Aktionärsverhältnisse. In der Folge werden alle von der Untersuchung betroffenen Unternehmen kurz beschrieben (A.2.1 bis A.2.7).

[1] Vgl. Publikationen im SHAB, Act. I.56 und Act. I.139.

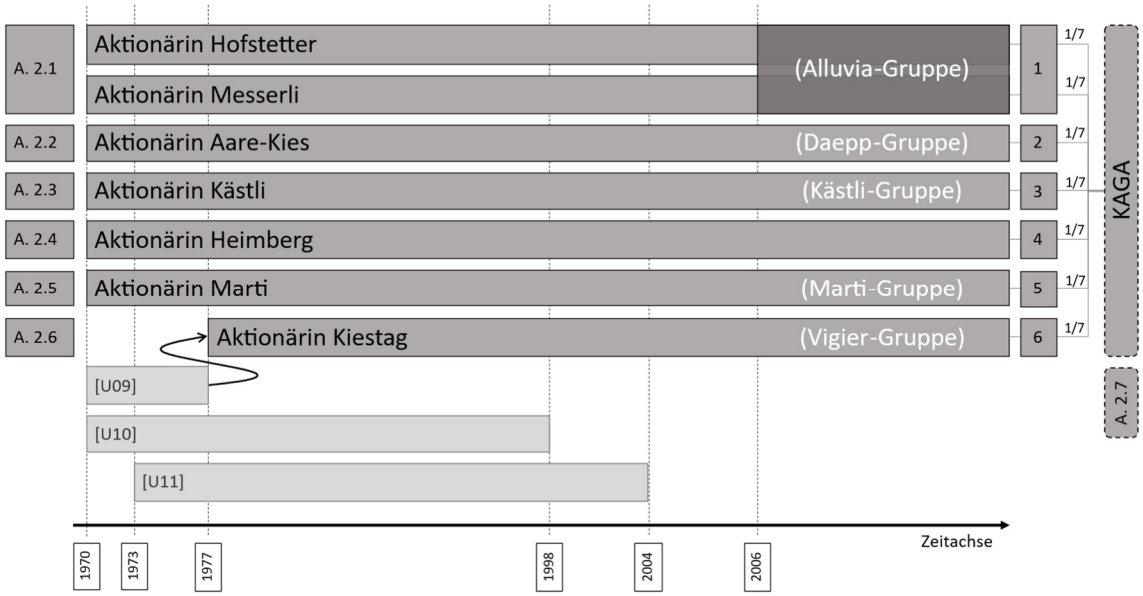


Abbildung 1: Übersicht über die Entwicklung des Aktionariats der KAGA mit Verweisen auf Kapitel B.2.1 bis B.2.7 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

B.2.1 Alluvia AG, K. & U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG

67. 2006 schlossen sich die Gesellschaften K. & U. Hofstetter AG (nachfolgend: Hofstetter) und Messerli Kieswerk AG (nachfolgend: Messerli) unter dem Dach der neu gegründeten HM Holding AG zusammen. Diese übernahm 100 % der Aktien der Hofstetter und 84,5 % der Aktien der Messerli, wobei sie 2011 die restlichen Aktien der Messerli übernahm.[2] 2013 änderte die HM Holding AG ihre Firma in Alluvia Holding AG und 2020 in Alluvia AG.[3] Ab Gründung bis 2016 war [...] Verwaltungsratspräsident (VRP) der Alluvia AG.[4] Zur selben Zeit war er auch VRP der Messerli, während er bei der Hofstetter diese Position ab 2007 übernahm.[5] Diese drei Gesellschaften sind Teil desselben Unternehmens (nachfolgend: Alluvia[6]).[7] Seit 2016 nimmt [...] die Position des VRP bei allen drei Gesellschaften ein.[8]

68. Die Hofstetter ist 1974 durch Umwandlung der K. + U. Hofstetter & Co in eine Aktiengesellschaft entstanden.[9] Sie hat gemäss Handelsregister folgenden Gesellschaftszweck: Betrieb von Kies- und Sandwerken, Herstellung und Lieferung von Transportbeton, einer Autotransportunternehmung, Betrieb von mechanischen Werkstätten, Handel und Vermietung von Maschinen aller Art sowie Erwerb und Veräusserung von Grundstücken.[10] Sie betreibt im Kanton Bern Kiesabbaustellen sowie Kiesaufbereitungs- und Transportbetonwerke; in den Kiesabbaustellen kann Aushubmaterial deponiert werden.[11]

69. Die Messerli ist 1974 durch Umwandlung der Messerli & Co in eine Aktiengesellschaft entstanden.[12] Sie hat gemäss Handelsregister folgenden Gesellschaftszweck: Die Gesellschaft ist tätig in den Bereichen Kies / Transportbeton, Aushub, Rückbau und Wiederverwertung von Baustoffen. Sie bezweckt den Abbau und die Aufbereitung von Steinen und Erden, die Herstellung und den Vertrieb von Frischbeton und verwandten Produkten, Annahme, Aufbereitung und Vertrieb von Sekundärbaustoffen, Ausführung von Trax- und Baggerarbeiten und Transporten. Sie kann auch Liegenschaften erwerben und veräussern.[13] Sie betreibt im Kanton Bern Kiesabbaustellen sowie Kies- und Transportbetonwerke; in den Kiesabbaustellen kann auch Aushubmaterial deponiert werden.[14]

70. Die Hofstetter[15] und die Messerli[16] sind Gründungsgesellschaften der KAGA und halten seit Januar 2004 je 1/7 bzw. die Alluvia zusammen 2/7 des Aktienkapitals von KAGA.[17] Zwischen spätestens 1995 bis 2016 vertrat [...] die Messerli im Verwaltungsrat (VR) der KAGA (in

[2] Handelsregistereintrag Alluvia AG.
[3] Handelsregistereintrag Alluvia AG.
[4] Handelsregistereintrag Alluvia AG.
[5] Handelsregistereintrag Hofstetter und Messerli.
[6] Die Bezeichnung Alluvia wird nachfolgend sowohl für das Unternehmen als solches als auch für eine oder mehrere Gesellschaften dieses Unternehmens verwendet, sofern nur die Zugehörigkeit der entsprechenden Gesellschaft(en) zu diesem Unternehmen interessiert, nicht aber, um welche spezifische Gesellschaft es sich dabei handelt.
[7] Siehe dazu auch weitere Ausführungen hinten Rz 1280.
[8] Handelsregistereintrag Alluvia AG, Hofstetter und Messerli.
[9] Siehe <www.hofstetter.ch > Geschichte (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[10] Handelsregistereintrag Hofstetter.
[11] <www.hofstetter.ch > Werke resp. > Dienstleistungen > Deponie (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[12] Siehe <www.messerli-kieswerk.ch > Geschichte (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[13] Handelsregistereintrag Messerli.
[14] <www.messerli-kieswerk.ch > Werke resp. > Dienstleistungen > Deponie (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[15] Gegründet wurde die KAGA u.a. von der K. + U. Hofstetter & Co (Öffentliche Gründungsurkunde der KAGA vom 20.3.1970, S. 1, Act. II.C.X.8; VRA-Protokoll der KAGA vom 17.1.1975, Traktandum [T.] 8.4, Act. II.C.X.11).
[16] Gegründet wurde die KAGA u.a. von Messerli & Co (Öffentliche Gründungsurkunde der KAGA vom 20.3.1970, S. 2, Act. II.C.X.8; vgl. VR-Protokoll der KAGA vom 29.5.1974, T. 5, Act. II.D.X.2).
[17] Öffentliche Gründungsurkunde der KAGA vom 20.3.1970, S. 1 f., Act. II.C.X.8; VR-Protokoll der KAGA vom 2.12.2004, T. 3, Act. II.B.X.258.

dieser Zeit war er zugleich VRP der Messerli).[18] Seit 2016 vertritt sein Sohn,[19] [...], die Messerli im VR der KAGA (gleichzeitig ist er Mitglied des VR der Messerli).[20] Die Hofstetter wurde von 2000 bis heute (Stand 13.6.2023) von [...] im VR der KAGA vertreten, der seit August 2016 Vizepräsident des VR von KAGA ist (von 2000 bis 2020 war er zugleich Vorsitzender der Geschäftsleitung und Direktor der Hofstetter, nunmehr ist er dort Delegierter des VR).[21]

B.2.2 Daepp Holding AG, Kieswerk Daepp A.G. und Aare-Kies AG

71. Die Aare-Kies AG (nachfolgend: Aare-Kies) ist seit 1962 eine Tochtergesellschaft der Kieswerk Daepp A.G.[22] Letztere ist eine Tochtergesellschaft der Daepp Holding AG, die 2014 gegründet wurde.[23] Derzeit ist [...] VRP aller drei Gesellschaften, die Teil desselben Unternehmens sind (nachfolgend: Daepp[24]).[25]

72. Die Aare-Kies hat gemäss Handelsregister folgenden Gesellschaftszweck: Gewinnung und Aufbereitung von sowie Handel mit Kies, Sand und anderen Aushubmaterialien aller Art auf eigenem oder fremdem Boden, Ausführung von Bagger- und Aushubarbeiten, Ausführung von Transporten.

73. Die Kieswerk Daepp A.G. hat gemäss Handelsregister folgenden Gesellschaftszweck: Gewinnung, Aufbereitung und Handel mit Kies, Sand und andern Aushubmaterialien aller Art auf eigenem oder fremdem Boden sowie die Ausführung von Bagger- und Aushubarbeiten und endlich die Ausführung von Transporten auf eigene und fremde Rechnung. Die Daepp betreibt eine Kiesabbaustelle in Kirchdorf (Ried) und ein Betonwerk in Oppligen (Schönbühl).[26]

74. Die Aare-Kies ist Gründungsgesellschaft der KAGA und die Daepp hält seit Januar 2004 1/7 des Aktienkapitals von KAGA.[27] Zwischen 2000 und 2011 vertrat [...] die Aare-Kies im VR der KAGA (in dieser Zeit zeichnungsberechtigter Sekretär bzw. Mitglied des VR der Aare-Kies).[28] Seit 2011 vertritt [...] die Aare-Kies im VR der KAGA (in dieser Zeit Mitglied des VR der Aare-Kies).[29]

B.2.3 Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG

75. Die Kästli Bau AG (nachfolgend: Kästli) ist eine Tochtergesellschaft der Kästli Beteiligungen AG. Derzeit ist [...] VR beider Gesellschaften, die Teil desselben Unternehmens sind (nachfolgend: Kästli-Gruppe[30]).[31]

76. Die Kästli hat ihren Ursprung in der Bendicht Kaestli & Söhne AG und ist seit 2011 im Handelsregister eingetragen.[32] Sie hat gemäss diesem folgenden Gesellschaftszweck: Betrieb einer Bauunternehmung, Abbau von Sand und Kies, Betrieb von Kies- und Recyclinganlagen aller Art sowie Übernahme von kaufmännischen und technischen Dienstleistungen. Die Gesellschaft kann Zweigniederlassungen in der Schweiz und im Ausland errichten, sich an anderen Unternehmungen des In- und Auslandes beteiligen, gleichartige oder verwandte Unternehmen im In- und Ausland erwerben, errichten oder sich mit solchen zusammenschliessen, Patente, Lizenzen und Vertretungen im In- und Ausland erwerben, verwalten und übertragen, Grundstücke und Liegenschaften erwerben, verwalten oder weiterveräussern sowie alle Geschäfte eingehen und Verträge abschliessen, die geeignet sind, den Zweck der Gesellschaft zu fördern oder direkt oder indirekt damit im Zusammenhang stehen. Die Kästli-Gruppe betreibt Kiesabbaustellen und Deponien in Rubigen, Lützelflüh und Schwarzenburg.

77. Die Kästli bzw. ihre Rechtsvorgängerin[33] ist Gründungsgesellschaft der KAGA und hält seit Januar 2004 1/7 des Aktienkapitals der KAGA.[34] Seit 1997 vertritt [...] die Kästli im VR der KAGA (in dieser Zeit Delegierter oder Mitglied des VR der Kästli bzw. der Kästli AG Bauunternehmung).[35]

B.2.4 Kieswerk Heimberg AG

78. Die Kieswerk Heimberg AG (nachfolgend: Heimberg) ist seit 1948 im Handelsregister eingetragen und ist soweit ersichtlich nicht die Tochtergesellschaft einer anderen Gesellschaft.

79. Die Heimberg hat gemäss Handelsregister folgenden Gesellschaftszweck: Zweck der Gesellschaft ist der Abbau, die Verarbeitung und der Verkauf von Kies- und Sandvorkommen oder gleichartigen Roh- und Fertigprodukten sowie Erbringung von Güter- und Personen-Transportleistungen mit Strassenfahrzeugen aller Art und allgemeine Dienstleistungen im Bausektor. Die Heimberg betreibt keine (Kies-)Abbaustelle, jedoch ein Kieswerk in Heimberg.

---

[18] Handelsregistereintrag KAGA und Messerli.
[19] Siehe <www.hofstetter.ch > Geschichte (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[20] Handelsregistereintrag KAGA und Messerli.
[21] Handelsregistereintrag KAGA und Hofstetter.
[22] Firmenchronik, S. 1, Act. II.C.X.73; siehe auch Aktionärbindungsvertrag vom 20.3.1970, Art. 8 (enthalten in «Sacheinlagevertrag» vom 20.3.1970, Act. II.C.X.8).
[23] Vgl. EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 83 ff., Act. III.4.
[24] Die Bezeichnung Daepp wird nachfolgend sowohl für das Unternehmen als solches als auch für eine oder mehrere Gesellschaften dieses Unternehmens verwendet, sofern nur die Zugehörigkeit der entsprechenden Gesellschaft(en) zu diesem Unternehmen interessiert, nicht aber, um welche spezifische Gesellschaft es sich dabei handelt.
[25] Handelsregistereintrag Aare-Kies, Kieswerk Daepp A.G. und Daepp Holding AG; siehe dazu auch weitere Ausführungen hinten Rz 1280.
[26] EV von [...] vom 13.1.2015, Tz 83 ff., Act. III.4.
[27] Öffentliche Gründungsurkunde der KAGA vom 20.3.1970, S. 1, Act. II.C.X.8; VR-Protokoll der KAGA vom 2.12.2004, T. 3, Act. II.B.X.258; EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 96 ff., Act. III.4.
[28] VR-Protokoll der KAGA vom 23.5.2000, T. 9, Act. II.B.X.258; Handelsregistereintrag KAGA.
[29] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 67 ff., Act. III.4.
[30] Die Bezeichnung Kästli-Gruppe wird nachfolgend sowohl für das Unternehmen als solches als auch für eine oder mehrere Gesellschaften dieses Unternehmens verwendet, sofern nur die Zugehörigkeit der entsprechenden Gesellschaft(en) zu diesem Unternehmen interessiert, nicht aber, um welche spezifische Gesellschaft es sich dabei handelt.
[31] Handelsregister der beiden Gesellschaften; siehe dazu auch weitere Ausführungen hinten Rz 1280.
[32] Siehe Fn 33.
[33] Gegründet wurde die KAGA u.a. von der Bendicht Kaestli & Söhne AG, die spätestens seit 1996 als Kästli AG Bauunternehmung firmierte und deren Geschäftsbereich Baugeschäft 2011 in die Kästli überging (Öffentliche Gründungsurkunde der KAGA vom 20.3.1970, S. 1, Act. II.C.X.8; GV-Protokoll der KAGA vom 20.6.1996, S. 1, Act. II.C.X.13; Handelsregister).
[34] Öffentliche Gründungsurkunde der KAGA vom 20.3.1970, Act. II.C.X.8, S. 1; VR-Protokoll der KAGA vom 2.12.2004, T. 3, Act. II.B.X.258; siehe auch EV von [...] vom 13.1.2015, 105–112, Act. III.5.
[35] Handelsregistereintrag KAGA, Kästli und Kästli AG Bauunternehmung.

80. Die Heimberg ist Gründungsgesellschaft der KAGA und hält seit Januar 2004 1/7 des Aktienkapitals von KAGA.[36] Zwischen 1995 und 2015 vertrat [...] die Heimberg im VR der KAGA (in dieser Zeit Geschäftsführer bzw. Delegierter des VR der Heimberg).[37] Seit 2015 vertritt [...] die Heimberg im VR der KAGA (in dieser Zeit Geschäftsführer und Mitglied des VR der Heimberg).[38]

B.2.5 Marti Holding AG und Marti AG Bern, Moosseedorf

81. Die Marti AG Bern, Moosseedorf (nachfolgend: Marti) ist eine Tochtergesellschaft der Marti Holding AG. Derzeit ist […] VRP beider Gesellschaften, die Teil desselben Unternehmens sind (nachfolgend: Marti-Gruppe[39]).[40]

82. Die Marti firmierte zunächst als A. Marti & Cie AG, später als Marti AG Bern[41] und seit 2009 nunmehr als Marti AG Bern, Moosseedorf.[42] Sie hat gemäss Handelsregister folgenden Gesellschaftszweck: Die Gesellschaft bezweckt die Übernahme und Ausführung von Bauarbeiten jeder Art, die Fabrikation und den Handel mit Baumaterialien und die Vermietung von Baumaschinen. Die Marti betreibt im Kanton Bern keine eigene Kiesabbaustelle und kein eigenes Kieswerk. Ihre Schwestergesellschaft Marti AG Solothurn betreibt eine Kiesabbaustelle in Walliswil sowie eine Deponie in Frutigen.

83. Die Marti[43] ist Gründungsgesellschaft der KAGA und hält seit Januar 2004 1/7 des Aktienkapitals der KAGA.[44] Zwischen 2003 und 2005 vertrat [...] die Marti im VR der KAGA (in dieser Zeit mit Einzelprokura für die Marti).[45] Seit 2007 vertritt [...] die Marti im VR der KAGA (in dieser Zeit Leiter Rechtsdienst der Marti-Gruppe mit Einzelprokura beschränkt auf den Hauptsitz).[46]

B.2.6 Vigier Holding AG und KIESTAG, Kieswerk Steinigand AG

84. Die KIESTAG, Kieswerk Steinigand AG (nachfolgend: Kiestag) ist seit 1972 im Handelsregister eingetragen und ist eine Tochtergesellschaft der Vigier Holding AG.[47] Diverse Personen sind bzw. waren gleichzeitig VR beider Gesellschaften.[48] Die beiden Gesellschaften sind Teil desselben Unternehmens, an dessen Spitze seit 2001 Vicat steht (nachfolgend: Vigier[49]).

85. Die Kiestag hat gemäss Handelsregister folgenden Gesellschaftszweck: Die Gesellschaft bezweckt, als Untergesellschaft des Vigier-Konzerns, die Gewinnung, die Aufbereitung und den Vertrieb von Kies, Sand, Beton und verwandter Produkte, den Betrieb von Deponien, und das Erbringen von Dienstleistungen aller Art im Bauwesen und in der Entsorgung. Sie betreibt eine Kiesabbaustelle und ein Kieswerk in Wimmis. Organisatorisch gehört sie zur Vigier Beton Berner Oberland, die – nebst anderen – eine Regionengruppe der Vigier ist. Die Regionengruppe Vigier Beton Berner Oberland betreibt weitere Kiesabbaustellen und Kies- und Betonwerke in Einigen, Frutigen und St. Stephan sowie eine Deponie in Kienberg.

86. Die Kiestag ist nicht Gründungsgesellschaft der KAGA. Sie hat 1977 das Aktienpaket der damals in Konkurs gegangenen Gründungsgesellschaft [U09] (nachfolgend [U09]) übernommen und hält seit Januar 2004 1/7 des Aktienkapitals der KAGA.[50] Zwischen 2004 und 2013 vertrat [...] die Kiestag im VR der KAGA (in dieser Zeit Mitglied des VR der Kiestag, teilweise Präsident).[51] Seit 2011 vertritt [...] die Kiestag im VR der KAGA (seit 2013 Präsident des VR der Kiestag).

B.2.7 KAGA

87. Die KAGA hat aktuell sieben Aktionärinnen, die seit 2004 je 1/7 der Aktien halten: Hofstetter und Messerli (beide Alluvia), Aare-Kies (Daepp), Kästli (Kästli-Gruppe), Heimberg, Marti (Marti-Gruppe) und Kiestag (Vigier) (siehe B.2.1 bis B.2.6).[52] Jede Aktionärin stellt einen Verwaltungsrat, der somit derzeit aus sieben Mitgliedern besteht.

---

[36] Öffentliche Gründungsurkunde der KAGA vom 20.3.1970, Act. II.C.X.8, S. 1; VR-Protokoll der KAGA vom 2.12.2004, T. 3, Act. II.B.X.258; siehe auch EV von [...] vom 14.1.2015, Rz 102 ff., Act. III.6.

[37] Handelsregistereintrag KAGA und Heimberg; Geschichte der Heimberg unter www.kwheimberg.ch > über uns >Geschichte (zuletzt besucht am 13.6.2023).

[38] Handelsregistereintrag KAGA und Heimberg; VR-Protokoll Nr. 219 der KAGA, S. 1, Act. IV.13; Geschichte der Heimberg unter www.kwheimberg.ch > über uns >Geschichte (zuletzt besucht am 13.6.2023).

[39] Die Bezeichnung Marti-Gruppe wird nachfolgend sowohl für das Unternehmen als solches als auch für eine oder mehrere Gesellschaften dieses Unternehmens verwendet, sofern nur die Zugehörigkeit der entsprechenden Gesellschaft(en) zu diesem Unternehmen interessiert, nicht aber, um welche spezifische Gesellschaft es sich dabei handelt.

[40] Handelsregistereintrag Marti; siehe dazu auch weitere Ausführungen hinten Rz 1280.

[41] Zur Umfirmierung von A. Marti & Cie AG zu Marti AG Bern im Jahr 1973 siehe VR-Protokoll der KAGA vom 17.1.1973, T. 8.1, Act. II.D.X.2.

[42] Handelsregistereintrag Marti.

[43] Damals noch als A. Marti & Cie AG firmierend (Öffentliche Gründungsurkunde der KAGA vom 20.3.1970, S. 1 f., Act. II.C.X.8; VR-Protokoll der KAGA vom 17.1.1973, T. 8.1, Act. II.D.X.2; siehe auch EV von [...] vom 12.5.2015, Rz 125 ff., Act. III.21).

[44] Öffentliche Gründungsurkunde der KAGA vom 20.3.1970, S. 1 f., Act. II.C.X.8; VR-Protokoll der KAGA vom 2.12.2004, T. 3, Act. II.B.X.258; siehe auch EV von [...] vom 14.1.2015, Rz 378 ff., Act. III.6.

[45] Handelsregistereintrag KAGA und Marti; VR-Protokoll der KAGA vom 26.6.2003, T. 1, Act. II.B.X.258; [...] verliess die Marti per September 2005 und trat als VR der KAGA zurück; bis zur Wahl von [...] als neuer Vertreter der Marti entsandte Marti keinen Vertreter an die VR-Sitzungen (VR-Protokolle der KAGA vom 13.9.2005 (T. 2), vom 23.3.2006 (T. 6) und vom 4.7.2007 (T. 1) der KAGA, Act. II.B.X.258 und Act. II.D.X.6).

[46] Handelsregistereintrag Marti; VR-Protokoll der KAGA vom 4.7.2007, T. 1, Act. II.D.X.6; EV von [...] vom 29.1.2015, Rz 296 ff., Act. III.12.

[47] So bereits seit Erwerb der Aktien an KAGA, vgl. nur schon die entsprechenden VR-Protokolle der KAGA, namentlich diejenigen vom 17.5.1977, Einleitung, vom 21.3.1977, T. 3.6 und vom 8.4.1976, T. 3, allesamt Act. II.D.X.2.

[48] Handelsregistereintrag Kiestag und Vigier Holding AG; siehe dazu auch weitere Ausführungen hinten Rz 12800.

[49] Die Bezeichnung Vigier wird nachfolgend sowohl für das Unternehmen als solches als auch für eine oder mehrere Gesellschaften dieses Unternehmens verwendet, sofern nur die Zugehörigkeit der entsprechenden Gesellschaft(en) zu diesem Unternehmen interessiert, nicht aber, um welche spezifische Gesellschaft es sich dabei handelt.

[50] Vereinbarung zwischen KAGA und Kiestag vom 17.5.1977, Act. II.D.X.4; Öffentliche Gründungsurkunde der KAGA vom 20.3.1970, S. 2, Act. II.C.X.8; VR-Protokoll der KAGA vom 2.12.2004, T. 3, Act. II.B.X.258.

[51] Handelsregistereintrag KAGA und Kiestag.

[52] Siehe <www.kaga.ch >Portrait >Organigramm sowie >Links (zuletzt besucht am 13.6.2023).

88. Die KAGA hat gemäss Handelsregister folgenden Gesellschaftszweck: Die Gesellschaft bezweckt den Abbau von Kiesvorkommen, den Betrieb von Kies- und Recyclinganlagen, von Aushub- und Inertstoffdeponien, sowie den Vertrieb von Sand, Kies- und andern Baustoffen. Sie betreibt mehrere Kiesgruben im oberen Aaretal zwischen Thun und Münsingen, welche auch als Deponien genutzt werden.

89. Von 1985 bis zu seiner Pensionierung im Herbst 2015 war [...] Geschäftsführer bzw. Betriebsleiter der KAGA.[53] Er wurde nach einer Übergabeperiode abgelöst durch [...], der ab 1. Juli 2015 Geschäftsführer war und im Februar 2020 wieder aus dem Handelsregister gelöscht wurde.[54] Derzeit hat [...] die Position des Geschäftsführers inne und verfügt – nebst den sieben VR-Mitgliedern – über eine Kollektivzeichnungsberechtigung.[55] Von Februar bis April 2020 war auch [...] wieder als Kollektivzeichnungsberechtigter im Handelsregister eingetragen.[56]

B.3 Verfahrensgeschichte

B.3.1 Verfahrensgang

B.3.1.1 Untersuchungseröffnung

90. Im November 2014 erlangte das Sekretariat Informationen (u.a. aus Medienberichten) über mögliche missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen und allfällige unzulässige Wettbewerbsabreden in der Baustoff- und Deponiebranche im Kanton Bern. Gestützt auf diese Informationen und weitere Abklärungen eröffnete das Sekretariat am 12. Januar 2015 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Kartellgesetzes[57].[58] Die Untersuchung wurde gegen folgende Gesellschaften eröffnet[59]:

- Kies AG Aaretal **KAGA** sowie weitere konzernmässig verbundene Gesellschaften, namentlich ihre Muttergesellschaft;
- **Messerli** Kieswerk AG sowie weitere konzernmässig verbundene Gesellschaften, namentlich ihre Muttergesellschaft (Alluvia Holding AG);
- K. & U. **Hofstetter** AG sowie weitere konzernmässig verbundene Gesellschaften, namentlich ihre Muttergesellschaft (Alluvia Holding AG);
- **Kästli** Bau AG sowie weitere konzernmässig verbundene Gesellschaften, namentlich ihre Muttergesellschaft (Kästli Beteiligungen AG);
- Kieswerk Daepp A.G. sowie weitere konzernmässig verbundene Gesellschaften, namentlich ihre Muttergesellschaft (Daepp Holding AG). Zu den konzernmässig mit Kieswerk Daepp A.G. verbundenen Gesellschaften gehört insbesondere **Aare-Kies**;
- Kieswerk **Heimberg** AG sowie weitere konzernmässig verbundene Gesellschaften, namentlich ihre Muttergesellschaft;
- **KIESTAG**, Kieswerk Steinigand AG, sowie weitere konzernmässig verbundene Gesellschaften, namentlich ihre Muttergesellschaft (Vigier Holding AG).

91. Die Untersuchungseröffnung gab das Sekretariat nach den Hausdurchsuchungen mit Pressemitteilung[60] am 14. Januar 2015 sowie amtlicher Publikation (Art. 28 KG) am 3. Februar 2015 im Schweizerischen Handelsamtsblatt[61] und im Bundesblatt[62] bekannt. Die 30-tätige Frist zur Anmeldung einer Verfahrensbeteiligung nach Art. 28 Abs. 2 KG verstrich ohne Meldung.

B.3.1.2 Hausdurchsuchungen

92. Am 13. Januar 2015 führte das Sekretariat Hausdurchsuchungen an neun Standorten durch.[63] Die Betroffenen wurden zu Beginn der Hausdurchsuchungen über ihre Rechte und die Möglichkeit einer Selbstanzeige nach Art. 49a Abs. 2 KG informiert. Bei den Hausdurchsuchungen wurden umfangreiche Beweismittel sichergestellt bzw. beschlagnahmt.[64] Parallel wurden erste Einvernahmen mit Parteien durchgeführt.[65]

93. Die Kiestag erhob Einsprache gegen die Durchsuchung sämtlicher beschlagnahmter Beweismittel.[66] Die KAGA und eine Inhaberin von durchsuchten Büroräumlichkeiten erhoben Einsprache gegen die Durchsuchung der gespiegelten elektronischen Beweismittel.[67]

B.3.1.3 (Informelle) Entsiegelungen zur Datentriage

94. Am 21. April 2015 führte das Sekretariat im Einverständnis mit der KAGA in Anwesenheit ihres Rechtsvertreters eine Entsiegelung der sichergestellten elektronischen Daten der KAGA durch.[68] Bei dieser Entsiegelung waren ferner der IT-Verantwortliche des Sekretariats sowie zwei nicht mit dem Fall befasste Mitarbeiter des Sekretariats anwesend. Sie verpflichteten sich zum Stillschweigen über die anlässlich der Entsiegelung zur Kenntnis genommenen Inhalte. Anlässlich der Entsiegelung wurden vom Anwaltsgeheimnis geschützte Dokumente aus den mittels Hausdurchsuchung sichergestellten Daten ausgeschieden. Im Anschluss daran sichtete das Sekretariat die auf diese Weise bereinigten Datenträger der KAGA.

---

[53] VR-Protokoll der KAGA vom 9.9.2014, T. 3.1, Act. II.A.X.528 bezüglich Ende; VR-Protokoll vom 20.3.1986, S. 3 f., Act. II.C.X.32 und EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 486–488. bezüglich Anfang. Im VR-Protokoll wird der 1.1.1986 als Anfangsdatum genannt, [...] bezeichnete sich anlässlich der Einvernahme als Geschäftsführer seit 1985. Da das genaue Anfangsdatum nicht weiter relevant ist, erübrigt es sich, dieser Diskrepanz nachzugehen.

[54] VR-Protokoll der KAGA vom 1.9.2015, Einleitung, T. 4 und T. 11, Act. IV.13; VR-Protokoll der KAGA vom 9.9.2014, T. 3.1, Act. II.A.X.528; EV von […] vom 14.2.2017, Rz 47 f., Act. III.30; Handelsregistereintrag KAGA.

[55] Siehe <www.kaga.ch > Portrait > Team (zuletzt besucht am 13.6.2023).

[56] Handelsregistereintrag KAGA.

[57] Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

[58] Act. I.1.

[59] Act. I.2–I.7.

[60] Act. I.29.

[61] Act. I.56. Nachfolgend SHAB.

[62] Act. I.57. Nachfolgend BBl.

[63] Act. I.8–I.16 und I.18.

[64] Act. II.A.1–II.A.5, Act. II.B.1, Act. II.C.1 f., Act. II.D.1, Act. II.E.1 f., Act. II.F.1 f. und Act. II.G.1.

[65] Vgl. hierzu die Ausführungen unter Rz 178.

[66] Act. II.F.1 f.

[67] Act. II.D.1 und Act. II.G.1.

[68] Act. I.54, I.59, I.84 und I.97.

95. Auch die erwähnte Inhaberin der durchsuchten Büroräumlichkeiten erklärte sich zu einer informellen Entsiegelung der sichergestellten elektronischen Daten bereit. Das Sekretariat führte die Entsiegelung in Anwesenheit eines Rechtsvertreters sowie des IT-Verantwortlichen des Sekretariats und zweier nicht mit dem Fall befassten Mitarbeiter des Sekretariats am 13. Februar 2015 durch.[69] Die Mitarbeiter des Sekretariats verpflichteten sich zum Stillschweigen über die anlässlich der Entsiegelung zur Kenntnis genommenen Inhalte. Im Nachgang zu der Entsiegelung wurden am 17. Februar 2015 vom Anwaltsgeheimnis geschützte Dokumente aus den mittels Hausdurchsuchung sichergestellten Daten ausgeschieden.[70] Im Anschluss daran sichtete das Sekretariat die auf diese Weise bereinigten Datenträger.

96. Die Kiestag erklärte sich ebenfalls zu einer informellen Entsiegelung der sichergestellten elektronischen Daten der Kiestag bereit.[71] Am 25. Februar 2015 führte das Sekretariat im Einverständnis mit der Kiestag in Anwesenheit ihres Rechtsvertreters eine Entsiegelung durch.[72] Bei dieser Entsiegelung waren ferner der IT-Verantwortliche des Sekretariats sowie ein nicht mit dem Fall befasster Mitarbeiter des Sekretariats anwesend. Sie verpflichteten sich zum Stillschweigen über die anlässlich der Entsiegelung zur Kenntnis genommenen Inhalte. Im Nachgang zur Entsiegelung wurden am 9. Februar und 1. März 2016 die vom Anwaltsgeheimnis geschützten Dokumente aus den mittels Hausdurchsuchung sichergestellten Daten der Kiestag ausgeschieden.[73] Im Anschluss daran sichtete das Sekretariat in Anwesenheit von Vertretern der Kiestag die auf diese Weise bereinigten Datenträger.

B.3.1.4 Untersuchungsausdehnung

97. Am 19. Mai 2015 dehnte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO die Untersuchung in Bezug auf den Vorwurf der allfälligen unzulässigen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG auf die folgenden Gesellschaften aus[74]:

- **Marti** AG Bern, Moosseedorf, und deren Muttergesellschaft Marti Holding AG sowie weitere konzernmässig verbundene Gesellschaften.

98. Diese Untersuchungsausdehnung gab das Sekretariat mit Schreiben vom 19. Mai 2015[75] den übrigen Verfahrensparteien sowie mit amtlicher Publikation (Art. 28 KG) am 9. Juni 2015 im SHAB[76] und im BBl[77] bekannt. Die 30-tätige Frist zur Anmeldung einer Verfahrensbeteiligung nach Art. 28 Abs. 2 KG verstrich wiederum ohne entsprechende Meldung.

B.3.1.5 Zwischenverfügungen

99. Im Zuge der Untersuchung wurden auf Antrag der jeweiligen Partei insgesamt vier Zwischenverfügungen erlassen. Die Zwischenverfügungen betrafen

- Geschäftsgeheimnisse (nachfolgend B.3.1.5.1),[78]
- die Teilnahme von Parteien an Parteieinvernahmen (nachfolgend B.3.1.5.2),[79]
- die Durchführung einer Zeugeneinvernahme und die Entfernung von Dokumenten aus den Akten (nachfolgend B.3.1.5.3),[80] sowie
- ein Beweisverwertungsverbot (nachfolgend B.3.1.5.4).[81]

B.3.1.5.1 Zwischenverfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse

100. Am 28. Mai 2015 forderte das Sekretariat die Parteien, darunter auch Kiestag, auf, in den bisherigen, sie betreffenden Verfahrensakten bis am 19. Juni 2015 allfällige Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen und die Schwärzungen zu begründen.[82] Zudem wies das Sekretariat darauf hin, dass es sich bei unzureichenden Gründen veranlasst sehen werde, über die fraglichen Geschäftsgeheimnisse in einer kostenpflichtigen Zwischenverfügung zu befinden.[83] Nach Fristerstreckung[84] nahm die Kiestag am 29. Juni 2015 zu ihren Geschäftsgeheimnissen Stellung und bezeichnete in den Dokumenten zu schwärzende Passagen.[85]

101. Am 14. Juli 2015 teilte das Sekretariat Kiestag im Einzelnen mit, inwiefern es deren Schwärzungsanträge entspreche und welche Informationen es den übrigen Parteien ganz oder teilweise offenzulegen gedenke.[86] Weiter setzte es Kiestag Frist bis zum 20. August 2015, um zur beabsichtigten Offenlegung gegenüber den Parteien letztmals Stellung zu nehmen und/oder ihre Anträge anzupassen. Sodann wies es Kiestag erneut darauf hin, dass gegebenenfalls über deren Anträge in einer kostenpflichtigen Zwischenverfügung befunden werde.

102. Mit Eingabe vom 18. August 2015 hielt Kiestag an ihren Schwärzungsanträgen bezüglich zweier Passagen im Protokoll der Parteieinvernahme der Kiestag und der KAGA vom 27. Januar 2015 fest.[87] Die übrigen Schwärzungsanträge zog Kiestag zurück.

103. Daraufhin erliess das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO am 27. August 2015 eine Zwischenverfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse.[88] Diese Zwischenverfügung ist in Rechtskraft erwachsen.[89]

[69] Act. I.65.
[70] Act. I.69 und Act. I.76.
[71] Act. I.55 und I.64.
[72] Act. I.77.
[73] Act. I.378.
[74] Act. I.110.
[75] Act. I.111–I.116.
[76] Act. I.139.
[77] Act. I.138.
[78] Act. V.1.1.
[79] Act. V.2.1.
[80] Act. V.3.1.
[81] Act. V.4.1.
[82] Vgl. Rz 180.
[83] Betreffend Kiestag Act. I.124 f.
[84] Act. I.147 f.
[85] Act. I.152.
[86] Act. I.170.
[87] Act. I.180.
[88] Act. V.1.
[89] Act. V.2.

B.3.1.5.2 Zwischenverfügung betreffend Teilnahme von Parteien an einer Parteieinvernahme

104. Alluvia beantragte mit Eingaben vom 31. August und 25. September 2015 den Ausschluss der anderen Parteien von ihrer Parteieinvernahme am 14. Oktober 2015 und verlangte im Falle der Ablehnung ihres Antrags den Erlass einer anfechtbaren Zwischenverfügung.[90] Sie begründete ihren Antrag im Wesentlichen damit, dass Art. 18 und 27 Verwaltungsverfahrensgesetz[91] lediglich die Teilnahme an Zeugeneinvernahmen und das Akteneinsichtsrecht der Parteien regeln würden und nicht Parteieinvernahmen zum Gegenstand hätten. Weder Art. 39 noch 42 KG führten zu einer analogen Anwendung von Art. 18 und 27 VwVG. Art. 42 KG verweise auf Art. 64 des Bundesgesetzes über den Zivilprozess[92], der sich nicht zur Teilnahme anderer Parteien bei einer Parteieinvernahme äussere. Der Verweis in Art. 39 KG auf das VwVG führe zur Anwendung von Art. 19 VwVG bzw. Art. 37, 39–41 und 43–61 BZP. Diese Normen sähen die Möglichkeit der Teilnahme an Einvernahmen anderer Parteien nicht vor. Auf Art. 38 BZP, der eine Grundlage zur Beiwohnung an der Einvernahme anderer Parteien darstellen könnte, verweise Art. 19 VwVG gerade nicht. Ein Vergleich mit anderen Verfahrensregelungen wie derjenigen im Bundesgerichtsgesetz[93] zeige, dass bezüglich der Teilnahme an Einvernahmen anderer Parteien im KG-Verfahren zumindest Unklarheit bestehe. Auch in der Lehre finde sich keine Bestätigung für eine solche gesetzliche Grundlage. Die Verteidigungsrechte seien dadurch gewahrt, dass sämtliche Parteien in jedem Fall Einblick in die geschäftsgeheimnisbereinigten Protokolle der Einvernahmen hätten. Einzig in speziellen Konstellationen stelle die Anwesenheit der anderen Parteien und die Möglichkeit, Zusatzfragen zu stellen, einen erheblichen Mehrwert der Verteidigungsrechte dar. Vorliegend sei keine solche Konstellation ersichtlich. Schliesslich könne die Teilnahme an einer Parteieinvernahme auch nicht auf die EMRK gestützt werden. Parteiöffentliche Parteieinvernahmen seien in Mehrparteienverfahren kaum effizient zu bewerkstelligen. Auch machte Alluvia geltend, das Recht auf rechtliches Gehör räume den Parteien kein Teilnahmerecht an der Parteieinvernahme ein.[94]

105. Daraufhin erliess das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO am 5. Oktober 2015 eine Zwischenverfügung betreffend Teilnahme von Parteien an Parteieinvernahmen, in welcher der Antrag von Alluvia abgewiesen wurde.[95]

106. Alluvia reichte gegen diese Zwischenverfügung am 13. Oktober 2015 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (nachfolgend BVGer) ein.[96] Am 13. Oktober 2015 untersagte das BVGer dem Sekretariat superprovisorisch, die Parteieinvernahme der Alluvia durchzuführen.[97] Die Wettbewerbsbehörden nahmen fristgerecht Stellung beim BVGer.[98]

107. Mit Urteil vom 18. Februar 2016 wies das BVGer die Beschwerde der Alluvia ab.[99] Das BVGer entschied, dass das Sekretariat erstens die Kompetenz habe, Parteieinvernahmen durchzuführen, und zweitens Parteieinvernahmen in Anwesenheit der übrigen Parteien durchführen könne. Die Ausschlussgründe würden sich nach Art. 18 VwVG richten. Gemäss BVGer bestehe keine reelle Gefahr, dass die befragte Person durch die Anwesenheit anderer Parteien Geschäftsgeheimnisse preisgebe. Die Vorkehren des Sekretariats zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen bei Einvernahmen würden diese Gefahr bestmöglich minimieren. Das Urteil wurde nicht angefochten und ist in Rechtskraft erwachsen.

B.3.1.5.3 Zwischenverfügung betreffend Durchführung einer Zeugeneinvernahme und Entfernung von Dokumenten aus den Akten

108. Alluvia stellte den Antrag, dass das Sekretariat eine bestimmte Person nicht als Zeugen, sondern als Partei zu befragen habe, und dass gewisse Dokumente aus den Akten zu entfernen seien.[100] Zur Begründung führte sie aus, dass es sich bei der einzuvernehmenden Person um einen ehemaligen Mitarbeiter von ihr handle und ehemalige Vertreter einer Partei gemäss ständiger Praxis des Sekretariats nicht als Zeugen, sondern als Partei befragt würden.

109. In der Folge erliess das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO am 8. Dezember 2015 eine Zwischenverfügung betreffend die Zulässigkeit einer Zeugeneinvernahme sowie Belassen von Dokumenten in den Akten, in der die Anträge von Alluvia abgewiesen wurden.[101]

110. Alluvia reichte gegen diese Zwischenverfügung am 13. Dezember 2015 Beschwerde beim BVGer ein. Am 15. Dezember 2015 untersagte das BVGer dem Sekretariat superprovisorisch, die Zeugeneinvernahme durchzuführen, und führte danach den Schriftenwechsel durch.[102] Mit Urteil vom 17. Februar 2016 trat das BVGer nicht auf die Beschwerde von Alluvia ein, da ein drohender, nicht wieder gutzumachender Nachteil nicht ausgewiesen war.[103] Das Urteil wurde nicht angefochten und ist in Rechtskraft erwachsen.

B.3.1.5.4 Zwischenverfügung betreffend Beweisverwertungsverbot

111. Am 28. Mai 2015 forderte das Sekretariat KAGA auf, bis am 19. Juni 2015 allfällige Geschäftsgeheimnisse bezüglich eines Teils der sie betreffenden Aktenstücke zu bezeichnen.[104] Diese Gelegenheit nahm KAGA mit Eingabe vom 18. Juni 2015 wahr.[105] Darin führte sie

[90] Act. I.208 und I.252. Ferner Rz 182.
[91] Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).
[92] Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).
[93] Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).
[94] Act. I.252.
[95] Act. V.2.1.
[96] Act. V.2.2.
[97] Act. V.2.2–V.2.25 und I.262–I.268.
[98] Act. V.2.2–V.2.25.
[99] Act. V.2.26.
[100] Siehe dazu auch Rz 184.
[101] Act. V.3.1.
[102] Act. V.3.2–V.3.3.
[103] Act. V.3.8.
[104] Siehe Rz 180 m.w.H.
[105] Act. I.145.

u.a. aus, dass verschiedene Einvernahmeprotokolle Informationen zum Anwalts-Klienten-Verhältnis enthalten würden, die vom Anwaltsgeheimnis erfasst seien. Diese Passagen beträfen Fragen und Antworten, die im Zusammenhang mit einer anwaltlichen Beratung der KAGA stünden und aus diesem Grund vom Anwaltsgeheimnis gedeckt seien. Diese Fragen hätten vom Sekretariat überhaupt nicht gestellt werden dürfen und seien deshalb zu schwärzen; die Antworten würden einem Beweisverwertungsverbot unterliegen. Das Sekretariat lehnte es mit Schreiben vom 2. Juli 2015 ab, diese Stellen zu schwärzen.[106] Mit Eingabe vom 9. Juli 2015 verzichtete KAGA zwar auf eine Schwärzung der fraglichen Protokollstellen im Verhältnis zu den übrigen Parteien, behielt sich aber vor, sich auf das Beweisverwertungsverbot zu berufen, wenn die WEKO im künftigen Verfahren die fraglichen Protokollstellen verwerten würde.[107]

112. Darauf erwiderte das Sekretariat mit Schreiben vom 13. Juli 2015, dass nicht verwertbare Beweise aus den Verfahrensakten zu entfernen wären.[108] Die KAGA habe unter Berufung auf ein Beweisverwertungsverbot die Schwärzung von Passagen in Verfahrensakten beantragt. Sinngemäss habe es sich dabei um einen Antrag auf Entfernung der entsprechenden Passagen aus den Verfahrensakten gehandelt. Diesen Antrag habe KAGA mit Eingabe vom 9. Juli 2015 zurückgezogen. Damit könne darauf verzichtet werden, darüber zu befinden, ob die betreffenden Passagen gegebenenfalls infolge eines Beweisverwertungsverbots aus den Verfahrensakten zu entfernen wären. Die betreffenden Protokollstellen würden integral in den Verfahrensakten belassen und den anderen Parteien in ungeschwärzter Fassung offengelegt werden. Das Sekretariat beabsichtige, diese Akten vollumfänglich zu verwerten.

113. Mit Schreiben vom 24. und 26. August 2015 forderte das Sekretariat KAGA auf, in weiteren Protokollen von Parteieinvernahmen der KAGA allfällige Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen.[109] KAGA teilte dem Sekretariat mit Eingabe vom 3. September 2015 mit, dass sie vorläufig darauf verzichte, in den betreffenden Protokollen Geschäftsgeheimnisse geltend zu machen.[110] Allerdings würden diese Aktenstücke teilweise wiederum Informationen aus dem Anwalts-Klienten-Verhältnis enthalten, die dem Anwaltsgeheimnis unterstünden und deshalb einem Beweisverwertungsverbot unterliegen würden. Daran ändere weder der Umstand etwas, dass die befragten Personen in pauschaler Weise auf ihr Recht zur Aussageverweigerung hingewiesen worden seien, noch der rein formelle Umstand, dass diese Passagen vorerst in den Verfahrensakten belassen würden. Sollten diese Aussagen im Verfahren durch die WEKO verwertet werden, so werde sich die KAGA auf das Beweisverwertungsverbot berufen.

114. Am 7. September 2015 forderte das Sekretariat KAGA daher auf, gegebenenfalls einen entsprechenden Verfahrensantrag zu stellen und in den Aktenstücken genau zu bezeichnen, bei welchen Informationen die KAGA ein Beweisverwertungsverbot geltend mache, damit darüber im Rahmen einer kostenpflichtigen Zwischenverfügung befunden werden könne.[111]

115. Mit Eingabe vom 18. September 2015 verzichtete KAGA explizit darauf, einen Verfahrensantrag betreffend Beweisverwertungsverbot zu stellen.[112] Sie lehne es ab, dass dazu eine (kostenpflichtige) Zwischenverfügung ergehe. Über das Beweisverwertungsverbot habe erst die WEKO als (end-)verfügende Behörde zu entscheiden. Den weiteren Ausführungen der KAGA war aber zu entnehmen, dass sie in der Sache daran festhielt, dass die fraglichen Protokollstellen nicht verwertet werden dürften. Dazu nahm das Sekretariat am 9. Oktober 2015 Stellung und legte dar, dass die Argumentation der KAGA, dass erst die WEKO als (end-)verfügende Behörde über ein bereits während der Untersuchung durch das Sekretariat von einer Partei vorgebrachtes Beweisverwertungsverbot zu entscheiden habe, fehl gehe.[113] Das Vorgehen der KAGA, einerseits ein Beweisverwertungsverbot geltend zu machen, andererseits explizit auf einen Verfahrensantrag auf Entfernung der fraglichen Aktenstellen zu verzichten, sei widersprüchlich. Das Sekretariat setzte KAGA Frist bis 21. Oktober 2015, um zu präzisieren, ob und in Bezug auf welche konkreten Aktenstellen sie am Beweisverwertungsverbot festhalte oder nicht. Falls sie daran generell oder in Bezug auf bestimmte Aktenstellen festhalte, werde darüber mit kostenpflichtiger Zwischenverfügung zu entscheiden sein.

116. In der Eingabe vom 20. Oktober 2015 hielt KAGA an ihren Ausführungen gemäss Eingabe vom 18. September 2015 fest.[114] Dazu erwiderte das Sekretariat am 22. Oktober 2015 im Wesentlichen, dass die Eingabe der KAGA vom 20. Oktober 2015 keinen explizit formulierten Antrag enthalte.[115] Auch im Gesamtkontext sei der Eingabe kein Antrag zu entnehmen. Weiter forderte das Sekretariat KAGA letztmals auf, dem Sekretariat umgehend einen entsprechenden Antrag zu stellen, falls sie ihren Äusserungen nicht diese Bedeutung habe zumessen wollen. Ansonsten erachte das Sekretariat diese Angelegenheit als abgeschlossen.

117. Mit Eingabe vom 26. Oktober 2015 bekräftige KAGA ihre Auffassung, dass diese Streitsache nicht mit Zwischenverfügung zu erledigen sei.[116] Für den Fall, dass das Sekretariat dennoch auf einem Verfahrensantrag beharren sollte, beantrage sie aber, dass die von ihr bezeichneten Aktenstellen aus den Verfahrensakten zu entfernen seien. Sollte die WEKO auf die unverwertbaren Informationen abstellen, so werde sie sich auf das Beweisverwertungsverbot berufen. Dies gelte unabhängig davon, ob nun eine Zwischenverfügung ergehe oder nicht, und unabhängig davon, ob KAGA diese Zwischenverfügung anfechten werde oder nicht.

[106] Act. I.158.
[107] Act. I.165.
[108] Act. I.166.
[109] Act. I.191 und I.201.
[110] Act. I.217.
[111] Act. I.220.
[112] Act. I.246.
[113] Act. I.259.
[114] Act. I.270.
[115] Act. I.272.
[116] Act. I.273.

118. Am 2. Februar 2016 erliess das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Zwischenverfügung betreffend Beweisverwertungsverbot, in welcher der Antrag von KAGA abgewiesen wurde.[117]

119. KAGA reichte gegen die Zwischenverfügung am 1. März 2016 Beschwerde beim BVGer ein,[118] worauf der Schriftenwechsel vor BVGer erfolgte.[119]

120. Mit Urteil vom 15. August 2017 trat das BVGer auf die Beschwerde von KAGA nicht ein.[120] Das BVGer begründete den Entscheid damit, dass an der Aufhebung der angefochtenen Zwischenverfügung kein schutzwürdiges Interesse bestehe. Das Sekretariat liess das Urteil den übrigen Parteien am 21. August 2017 zukommen.[121] Das Urteil wurde nicht angefochten und ist in Rechtskraft erwachsen.

B.3.1.6 Verfahrenstrennung und Auslösung einer weiteren Untersuchung

121. Im Rahmen der Ermittlungen ergaben sich Hinweise auf möglicherweise unzulässige Wettbewerbsabreden zwischen Alluvia und der Kästli-Gruppe. Mit Zwischenverfügung vom 21. November 2016 trennte das Sekretariat daher im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO die Untersuchung «22-0477: KTB-Werke» von der vorliegenden Untersuchung ab.[122] Das abgetrennte Verfahren wurde gegen Alluvia und die Kästli-Gruppe geführt. Mit Verfügung vom 10. Dezember 2018 entschied die WEKO über die abgetrennte Untersuchung.[123] Sowohl Alluvia als auch die Kästli-Gruppe haben gegen diese Verfügung Beschwerde erhoben. Das Verfahren ist derzeit (Stand: 13.6.2023) beim BVGer pendent.

122. Ferner hat die am 5. März 2019 eröffnete Untersuchung «22-0497: Belagswerke Bern» ihren Ursprung in der vorliegenden Untersuchung[124] und es wurden etliche Beweismittel aus dieser Untersuchung in jener übernommen. Mit Verfügung vom 6. Dezember 2021 entschied die WEKO über jene Untersuchung.[125] Mehrere der dortigen Parteien haben dagegen Beschwerde erhoben. Das Verfahren ist derzeit (Stand: 13.6.2023) beim BVGer pendent.

B.3.1.7 Vor Antragsversand beanstandete Verfahrensdauer

123. Nachdem das Sekretariat im April 2022 die telefonische Anfrage von Daepp zur Aufnahme von Verhandlungen zu einer einvernehmlichen Regelung zum damaligen Zeitpunkt ablehnte, aber diese Möglichkeit für die Zeit nach dem Antragsversand in Aussicht stellte, wandte sich Daepp mit Schreiben vom 11. April 2022 an den Direktor des Sekretariats. In diesem Schreiben beanstandete sie unter dem Titel «Rechtsverzögerung/Rechtsverweigerung» die bisherige Verfahrensdauer und die Ablehnung von Verhandlungen zu einer einvernehmlichen Regelung zum damaligen Zeitpunkt. Bevor sie eine Rechtsverweigerungsbeschwerde erhebe, möchte sie zuvor das direkte Gespräch suchen.[126] Im Antwortschreiben vom 20. April 2022 legte das Sekretariat die Gründe für die Verfahrensdauer dar und bekräftigte seine Bereitschaft, nach Antragsversand die Möglichkeit einer einvernehmlichen Regelung vertiefter zu prüfen.[127] Daepp bekräftigte im Anschluss ihren Unmut über die Verfahrensdauer, erhob aber keine Rechtsverweigerungs- oder -verzögerungsbeschwerde.[128]

B.3.1.8 Antrag des Sekretariats an die Parteien zur Stellungnahme (Art. 30 Abs. 2 KG)

124. Mit Schreiben vom 28. Juni 2023 stellte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag zur Stellungnahme zu.[129] In Anbetracht des Umfangs des Antrags stellte es den Parteien diesen auch in elektronischer Form zu und bediente sie mit einer Zusammenfassung davon.[130] Das Sekretariat beantragte darin den Erlass des folgenden Dispositivs:

1. 1.1 K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Aare-Kies AG, Kieswerk Daepp A.G., Daepp Holding AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern, Marti Holding AG, KIESTAG, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG wird untersagt, für eine Aktionärin eine Person in den VR von Kies AG Aaretal KAGA zu entsenden. Diese Pflicht ist innert zwölf Monaten, nachdem diese Dispositivziffer gegenüber allen dadurch verpflichteten Parteien in Rechtskraft erwachsen ist, umzusetzen.

1.2 K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Aare-Kies AG, Kieswerk Daepp A.G., Daepp Holding AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern, Marti Holding AG, KIESTAG, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG wird untersagt, an der GV von Kies AG Aaretal KAGA Personen in den VR von Kies AG Aaretal KAGA zu wählen, auf die im Verhältnis zu einer Aktionärin oder einer mit dieser konzernmässig verbundenen Gesellschaft eine der in Art. 728 Abs. 2 Ziff. 1, 2, 3 oder 5 OR aufgezählten Situationen zutrifft oder die ehemaliges Organ oder ehemalige Arbeitnehmende einer Aktionärin oder einer mit dieser aktuell oder ehemals konzernmässig verbundenen Gesellschaft ist. Diese Pflicht ist innert zwölf Monaten, nachdem diese Dispositivziffer gegenüber allen dadurch verpflichteten Parteien in Rechtskraft erwachsen ist, umzusetzen.

[117] Act. V.4.1.
[118] Act. V.4.2.
[119] Act. V.4.3–V.4.9.
[120] Act. V.4.10.
[121] Act. I.570–571.
[122] Act. V.5.1–V.5.2. Siehe ferner auch RPW 2022/1, 6.
[123] RPW 2020/1, 78–226, *KTB-Werke*.
[124] Vgl. RPW 2022/1, 6; ferner Ziffer VII des Presserohstoffs vom 22.2.2022 zur Untersuchung «22-0497: Belagswerke Bern», abrufbar unter <www.weko.admin.ch> Medien > Medieninformationen > Medienmitteilungen 2022 > 22.2.2022 WEKO: Berner-Belagswerk verletzte Kartellgesetz > Presserohstoff (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[125] WEKO, 6.12.2021, *Belagswerke Bern* <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[126] Act. I.617 f.
[127] Act. I.619.
[128] Act. I.627.
[129] Act. VIII.3–VIII.9.
[130] Act. VIII.2 und VIII.12.

1.3 Kies AG Aaretal KAGA wird untersagt, an der GV von ihr Personen zur Wahl in den VR von Kies AG Aaretal KAGA vorzuschlagen, auf die im Verhältnis zu einer Aktionärin oder einer mit dieser aktuell oder ehemals konzernmässig verbundenen Gesellschaft eine der in Art. 728 Abs. 2 Ziff. 1, 2, 3 oder 5 OR aufgezählten Situationen zutrifft oder die ehemaliges Organ oder ehemalige Arbeitnehmende einer Aktionärin oder einer mit dieser aktuell oder ehemals konzernmässig verbundenen Gesellschaft ist.

1.4 Kies AG Aaretal KAGA wird untersagt, Personen in ihrer Geschäftsleitung zu beschäftigen, auf die im Verhältnis zu einer Aktionärin oder einer mit dieser aktuell oder ehemals konzernmässig verbundenen Gesellschaft eine der in Art. 728 Abs. 2 Ziff. 1, 2, 3 oder 5 OR aufgezählten Situationen zutrifft oder die ehemaliges Organ oder ehemalige Arbeitnehmende einer Aktionärin oder einer mit dieser aktuell oder ehemals konzernmässig verbundenen Gesellschaft ist. Diese Pflicht ist innert zwölf Monaten ab dem Zeitpunkt, in dem der VR von Kies AG Aaretal KAGA den Dispositivziffern 1.1–1.3 entspricht, umzusetzen.

1.5 Kies AG Aaretal KAGA wird berechtigt und verpflichtet, innerhalb ihres Gesellschaftszwecks nach eigenem Gutdünken über die Aufnahme oder die Aufgabe von wirtschaftlichen Tätigkeiten zu entscheiden.

1.6 K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Aare-Kies AG, Kieswerk Daepp A.G., Daepp Holding AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern, Marti Holding AG, KIESTAG, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG wird untersagt, Kies AG Aaretal KAGA irgendwelche Vorgaben über deren wirtschaftliche Tätigkeiten innerhalb des Gesellschaftszwecks der Kies AG Aaretal KAGA zu machen.

1.7 K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Aare-Kies AG, Kieswerk Daepp A.G., Daepp Holding AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern, Marti Holding AG, KIESTAG, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG wird untersagt, an der GV der Kies AG Aaretal KAGA für eine Einschränkung des Gesellschaftszwecks der Kies AG Aaretal KAGA zu stimmen.

1.8 K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Aare-Kies AG, Kieswerk Daepp A.G., Daepp Holding AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern, Marti Holding AG, KIESTAG, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG wird untersagt, an der GV der Kies AG Aaretal KAGA für die Ausschüttung einer Substanzdividende zu stimmen. Dieses Verbot fällt dahin, nachdem der VR von Kies AG Aaretal KAGA ununterbrochen während drei Jahren den Dispositivziffern 1.1–1.3 und kumulativ die Geschäftsleitung von Kies AG Aaretal KAGA ununterbrochen während zwei Jahren der Dispositivziffer 1.4 entsprochen hat.

1.9 Kies AG Aaretal KAGA wird verpflichtet, eine Rückstellung von mindestens 33,3 % des Jahresgewinns zu äufnen, bis diese Rückstellung CHF 7 Mio. erreicht hat. Über die Verwendung dieser Rückstellung darf Kies AG Aaretal KAGA frühestens beschliessen, nachdem ihr VR den Dispositivziffern 1.1–1.3 und ihre Geschäftsleitung der Dispositivziffer 1.4 entsprechen. Eine Auflösung dieser Rückstellungen wegen Nichtbenötigung darf Kies AG Aaretal KAGA frühestens beschliessen, nachdem ihr VR ununterbrochen während drei Jahren den Dispositiv-ziffern 1.1–1.3 und kumulativ ihre Geschäftsleitung ununterbrochen während zwei Jahren der Dispositivziffer 1.4 entsprochen hat. Kies AG Aaretal KAGA wird zudem verpflichtet, ihre Revisionsstelle zu beauftragen, die Einhaltung dieser Pflicht in ihrer jährlichen Revision zu überprüfen.

1.10 Kies AG Aaretal KAGA wird untersagt, mit K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Aare-Kies AG, Kieswerk Daepp A.G., Daepp Holding AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern, Marti Holding AG, KIESTAG, Kieswerk Steinigand AG, oder Vigier Holding AG neue vertragliche Vereinbarungen einzugehen, die entweder eine feste Dauer von mehr als drei Jahren haben oder unbefristet sind, aber nur unter bestimmten Umständen oder der Einhaltung von mehr als dreijährigen Kündigungsfristen gekündigt werden können. Ausgenommen hiervon sind neue vertragliche Vereinbarungen über Rekultivierungsarbeiten. Dieses Verbot fällt dahin, nachdem der VR von Kies AG Aaretal KAGA ununterbrochen während drei Jahren den Dispositivziffern 1.1–1.3 und kumulativ die Geschäftsleitung von Kies AG Aaretal KAGA ununterbrochen während zwei Jahren der Dispositivziffer 1.4 entsprochen hat.

1.11 K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Aare-Kies AG, Kieswerk Daepp A.G., Daepp Holding AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern, Marti Holding AG, KIESTAG, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG wird untersagt, Einfluss auf die eigenständige Preissetzung von Kies AG Aaretal KAGA zu nehmen, sobald der VR von Kies AG Aaretal KAGA den Dispositivziffern 1.1–1.3 entspricht. Nicht untersagt wird den Verpflichteten damit, einzeln mit Kies AG Aaretal KAGA die jeweils für sie geltenden Preise und übrigen Geschäftskonditionen auszuhandeln.

1.12 Kies AG Aaretal KAGA wird verpflichtet, dem Sekretariat der Wettbewerbskommission Kopien der Protokolle der Sitzungen ihres VR sowie von Ausschüssen ihres VR einzureichen; und zwar jeweils innert zehn Tagen ab Protokollerstellung, spätestens aber 30 Tage nach Durchführung der jeweiligen Sitzung. Diese Pflicht fällt dahin, wenn der VR von Kies AG Aaretal KAGA den Dispositivziffern 1.1–1.3 entspricht.

2. 2.1 K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Aare-Kies AG, Kieswerk Daepp A.G., Daepp Holding AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern, Marti Holding AG, KIESTAG, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG werden verpflichtet, den Preis, den sie von ihren Kundinnen für Kies verlangen, eigenständig und ohne Beachtung eines von Kies AG Aaretal KAGA genannten Mindestpreises festzusetzen.

2.2 Kies AG Aaretal KAGA wird untersagt, den in Dispositivziffer 2.1 genannten Gesellschaften einen Mindestpreis für den Weiterverkauf von Kies von ihr zu nennen.

3. 3.1 K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Aare-Kies AG, Kieswerk Daepp A.G., Daepp Holding AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern, Marti Holding AG, KIESTAG, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG werden verpflichtet, nach eigenem Gutdünken darüber zu entscheiden, ob und gegebenenfalls wo sie im KAGA-Gebiet Abbaurechte erwerben oder anderweitig in diesem Gebiet Kies oder Sand abbauen wollen.

3.2 Kies AG Aaretal KAGA, K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Aare-Kies AG, Kieswerk Daepp A.G., Daepp Holding AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern, Marti Holding AG, KIESTAG, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG wird untersagt,

3.2.1 von den in Dispositivziffer 3.1 genannten Gesellschaften zu verlangen, dass diese im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte erwerben oder anderweitig in diesem Gebiet kein Kies oder Sand abbauen;

3.2.2 von einer in Dispositivziffer 3.1 genannten Gesellschaft, die im KAGA-Gebiet Abbaurechte erwirbt oder anderweitig in diesem Gebiet Kies oder Sand abbaut, irgend etwas dafür zu verlangen.

3.3 Kies AG Aaretal KAGA wird verpflichtet, allfällige bereits von der Aare-Kies AG abgeschlossene Dienstbarkeitsverträge, die Aare-Kies AG gestützt auf Ziffer 3 der Vereinbarung vom 16. Mai 2012 an Kies AG Aaretal KAGA übertragen hat, innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieser Dispositivziffer zu denselben Konditionen wieder an Aare-Kies AG zu übertragen und alle dafür erforderlichen Schritte auf eigene Kosten vorzunehmen.

3.4 Kies AG Aaretal KAGA, K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Alluvia AG, Kästli Bau AG, Kästli Beteiligungen AG, Kieswerk Heimberg AG, Marti AG Bern, Marti Holding AG, KIESTAG, Kieswerk Steinigand AG, und Vigier Holding AG wird untersagt, von Aare-Kies AG die Übertragung der von der Vereinbarung vom 16. Mai 2012 im Perimeter «Ried» erfassten Dienstbarkeitsverträge an Kies AG Aaretal KAGA zu verlangen, sollten sich die Eigentums- oder Inhaberverhältnisse bei Aare-Kies AG verändern.

4. Kies AG Aaretal KAGA wird

4.1 untersagt, die Möglichkeit zur Deponierung von unverschmutztem Aushub bei von ihr derzeit betriebenen Deponien vom (vorgängigen, gleichzeitigen oder späteren) Bezug von Kies oder anderen Rohstoffen wie RC-Material abhängig zu machen, in irgendeiner Weise damit zu verknüpfen oder die Konditionen zur Deponierung von unverschmutztem Aushub je nach Bezug solcher Rohstoffe zu variieren.

4.2 verpflichtet, die Deponiesperre gegenüber [U04] per sofort aufzuheben und [U04] dies schriftlich mit eingeschriebenem Brief (mit Kopie an die Wettbewerbsbehörde) mitzuteilen.

4.3 untersagt, von [U04] die Aufholung des noch bestehenden «Rückstands» beim Kiesbezug oder – im Falle der Nichtaufholung – ersatzweise irgendeine andere Leistung dafür zu verlangen. KAGA hat [U04] mit eingeschriebenem Brief (mit Kopie an die Wettbewerbsbehörde) hierüber zu informieren.

5. Einer allfälligen Beschwerde wird bezüglich der Dispositivziffern 1.7, 1.8, 1.9, 1.10, 1.12, 3.2, 4.1, 4.2 und 4.3 die aufschiebende Wirkung entzogen.

6. Mit einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1, 3 und 4 sowie im Falle der Kies AG Aaretal KAGA Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 KG belastet werden:

6.1 die Kies AG Aaretal KAGA mit einem Betrag von CHF 3'195'000.–;

6.2 die K. & U. Hofstetter AG, die Messerli Kieswerk AG und die Alluvia AG solida-risch mit einem Betrag von CHF 395'000.–;

6.3 die Aare-Kies AG, die Kieswerk Daepp A.G. und die Daepp Holding AG solidarisch mit einem Betrag von CHF 395'000.–;

6.4 die Kästli Bau AG und die Kästli Beteiligungen AG solidarisch mit einem Betrag von CHF 475'000.–;

6.5 die Kieswerk Heimberg AG mit einem Betrag von CHF 250'000.–;

6.6 die Marti AG Bern und die Marti Holding AG solidarisch mit einem Betrag von CHF 395'000.–;

6.7 die KIESTAG, Kieswerk Steinigand AG und die Vigier Holding AG solidarisch mit einem Betrag von CHF 395'000.–.

7. Die Untersuchung gegen Kies AG Aaretal KAGA hinsichtlich der von 2002 bis 2014 praktizierten Einschränkung des Einzugsgebiets bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub wird eingestellt.

125. Zudem beantragte das Sekretariat, den Parteien seien, soweit sie sich an unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen beteiligt hätten, die Verfahrenskosten anteilsmässig aufzuerlegen. Weiter beantragte es, dass nach Eintritt der Rechtskraft der Verfügung gegenüber allen Parteien die beschlagnahmten Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Person zurückzugeben und die beim Sekretariat vorhandenen, kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten zu löschen seien.

B.3.1.9 Einvernehmliche Regelung und in diesem Kontext erfolgte Anpassungen des Antrags

126. Gleichzeitig mit der Zustellung des Antrags zur Stellungnahme an die Parteien teilte das Sekretariat diesen mit, dass sie sich bis 15. August 2023 melden sollen, falls sie Interesse am Abschluss einer einvernehmlichen Regelung (EVR) hätten.[131] Innert (teilweise sogar von Amtes wegen) erstreckter Frist[132] und nach diversen Rückfragen[133] meldeten sechs der sieben von der Untersuchung betroffenen Unternehmen ihr Interesse am Abschluss einer teilweisen EVR – beschränkt auf

[131] Act. VIII.3–VIII.9, jeweils Ziff. 5.
[132] Act. VIII.17, VIII.22, VIII.28, VIII.30, VIII.35, VIII. 36 und VIII.42.
[133] Siehe insb. Act. VIII.21, VIII.26, VIII.38, VIII.40, VIII.41, VIII.43, VIII.44, VIII.50, VIII. 75–79 und VIII.82.

die Massnahmen gemäss Dispositivziffern 2 und 3 des Antrags sowie bei KAGA ausserdem Dispositivziffer 4 des Antrags – an. In der speziell gelagerten Situation des konkreten Falls bot das Sekretariat Hand zu einer solchen teilweisen EVR. Es stellte diesen Unternehmen die entsprechend angepassten Rahmenbedingungen der Verhandlungen über eine EVR zu,[134] welche die Unternehmen unterzeichneten.[135]

127. Die Gespräche über den Abschluss einer EVR fanden zwischen Ende August und September 2023 statt.[136] Die sechs interessierten Unternehmen, namentlich Alluvia, Daepp, Heimberg, Kästli-Gruppe, Marti-Gruppe und KAGA, stimmten dem teilweisen einvernehmlichen Abschluss des Verfahrens zu und unterzeichneten die entsprechende Teil-EVR.[137] Darin stellte das Sekretariat unter anderem in Aussicht, für den Abschluss der EVR eine Reduktion der Sanktion gegenüber dem ursprünglich beantragten Sanktionsbetrag von 6–8 % (bei Daepp, die bereits vor Antragsversand ernsthaftes Interesse am Abschluss einer EVR bekundete[138]) resp. 1–3 % (bei allen übrigen Unternehmen) zu beantragen.[139] Der Vigier, die nicht am Abschluss einer (teilweisen) EVR interessiert war, stellte das Sekretariat den Text der Teil-EVR zur Kenntnisnahme zu und gab ihr damit die Gelegenheit, sich zu melden, sollte sie nunmehr Interesse am Abschluss einer Teil-EVR bekunden.[140] Vigier zog es letztlich vor, keine Teil-EVR abzuschliessen.[141]

128. Anlässlich der EVR-Verhandlungen klärte das Sekretariat noch zwei Sachverhaltspunkte ab. Beide betreffen den Vertrag vom 16. Mai 2012 zwischen KAGA und Daepp resp. dessen (zumindest teilweise) unterbliebene Umsetzung.[142] Infolge dieser Abklärungen verzichtete das Sekretariat im angepassten Antrag vom 16. Januar 2024 darauf, die ursprünglich in Dispositivziffer 3.3 des Antrags vorgesehene Massnahme bei der WEKO zu beantragen. Zudem hatte sich im Laufe der EVR-Verhandlungen gezeigt, dass geringfügige Umformulierungen des ursprünglichen Wortlauts der Dispositivziffern 2.1, 3.1 und 4.1 des Antrags angebracht waren – dies nicht nur im Wortlaut der EVR, sondern ebenso im Dispositiv des Antrags hinsichtlich Vigier, d.h., demjenigen Unternehmen, das nicht am Abschluss einer Teil-EVR interessiert war.

129. Diese Anpassungen im Dispositiv des Antrags resp. in den entsprechenden Passagen der EVR gegenüber dem in Rz 124 festgehaltenen Wortlaut stellen sich wie folgt dar:

> *2.1 […] werden verpflichtet, den Preis, den sie von ihren Kundinnen für von den Abbaustellen der Kies AG Aaretal KAGA bezogenen Kies verlangen, eigenständig und ohne Beachtung eines von Kies AG Aaretal KAGA genannten Mindestpreises festzusetzen.*
>
> *3.1 […] werden verpflichtet, keine Verpflichtung einzugehen oder aufrechtzuerhalten, wonach sie im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte erwerben oder anderweitig auf einen Abbau von Kies oder Sand in diesem Gebiet verzichten. ~~nach eigenem Gutdünken darüber zu entscheiden, ob und gegebenenfalls wo sie im KAGA-Gebiet Abbaurechte erwerben oder anderweitig in diesem Gebiet Kies oder Sand abbauen wollen.~~*
>
> *3.3 [gestrichen, da nicht mehr erforderlich]*
>
> *4. Kies AG Aaretal KAGA wird*
>
> *4.1 untersagt, die Möglichkeit zur Deponierung von unverschmutztem Aushub bei von ihr derzeit betriebenen Deponien vom (vorgängigen, gleichzeitigen oder späteren) Bezug von Kies oder anderen Rohstoffen wie RC-Material abhängig zu machen~~, in irgendeiner Weise damit zu verknüpfen~~ oder die Konditionen zur Deponierung von unverschmutztem Aushub je nach Bezug solcher Rohstoffe zu variieren.*

130. Das Sekretariat sicherte im Rahmen der EVR-Verhandlungen sodann zu, bei vier Rz des Antrags geringfügige Anpassungen bzw. Klarstellungen vorzunehmen und den Antrag in entsprechend angepasster Form der WEKO zu unterbreiten.

131. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2023 informierte das Sekretariat sämtliche Parteien, also insbesondere auch Vigier, die keine EVR abschloss, über alle vorgenannten, beabsichtigten Anpassungen im Antrag, den es der WEKO unterbreitet.[143] Dadurch erhielten die Parteien die Möglichkeit, sich bereits in ihren Stellungnahmen zum Antrag dazu zu äussern, soweit sie das als geboten erachteten.

132. Im Rahmen der EVR-Verhandlungen kam weiter die Frage nach einer Sanktionsreduktion bei Anerkennung des Sachverhalts auf. Das Sekretariat informierte die Parteien, dass es für eine umfassende Anerkennung des Sachverhalts eine Reduktion der Sanktion gegenüber dem ursprünglich beantragten Sanktionsbetrag um 15 % zu beantragen gedenke.[144] Mit Schreiben vom 24. Oktober 2023 anerkannte Daepp den Sachverhalt integral.[145] Keine andere Partei hat den Sachverhalt umfassend anerkannt.[146]

133. Die hiervor geschilderten, den Parteien noch während laufender Frist zur Stellungnahme zum Antrag mitgeteilten[147] Vorkommnisse bedingten die entsprechenden, angekündigten Anpassungen im Antrag, den das Sekretariat der WEKO unterbreitete. Das Sekretariat passte den Antrag, den es der WEKO zukommen liess, per 16. Januar 2024 an. Bei dieser Gelegenheit hat das Sekretariat zudem die seit Versand des Antrags an die Parteien[148] ergangene Rechtsprechung in den angepassten Antrag eingearbeitet und die Kosten aufdatiert, wobei es diese Änderungen den Parteien nicht vorgängig zur Stellungnahme mitteilte. Den per 16. Januar 2024 angepassten und in dieser Form der WEKO unterbreiteten Antrag hat das Sekretariat den Parteien nach

[134] Act. VIII.73, VIII.80, VIII.81, VIII.86, VIII.87 und VIII.88.
[135] Act. VIII.74, VIII.102, VIII.103, VIII.107, VIII.109 und VIII.112.
[136] Act. VIII.155.
[137] Act. VIII.143 (Heimberg), VIII.145 (Daepp), VIII.146 (Marti), VIII.147 (KAGA), VIII.149 (Kästli) und VIII.151 (Alluvia).
[138] Siehe etwa Rz 123.
[139] Siehe Fn 137, jeweils Bst. A.d.
[140] Act. VIII.142.
[141] Act. VIII. 144 und VIII.154.
[142] Siehe Rz 980 in fine zu diesen zwei Sachverhaltspunkten.
[143] Act. VIII.155 und VIII.142.
[144] Vgl. Act. VIII.131.
[145] Act. VIII.139.1.
[146] Vgl. Act. VIII.156, VIII.159, VIII.161–164.
[147] Rz 131.
[148] Rz 124.

Ankündigung im Schreiben vom 31. Januar 2024[149] am 2. Februar 2024 elektronisch zugänglich gemacht.[150] Dabei stellte es den angepassten Antrag neben der ordentlichen Version in einer zweiten Version zu, in der die vorgenommenen Änderungen markiert waren (für die einfachere Nachvollziehbarkeit).[151]

B.3.1.10 Stellungnahmen der Parteien

134. Das Sekretariat räumte den Parteien mit Schreiben vom 28. Juni 2023 (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien) Frist bis 29. September 2023 ein, um zum Antrag Stellung zu nehmen. In Anbetracht des Umfangs des Antrags bemass es diese Frist bewusst doppelt so lang als üblich. Gleichzeitig stellte es in Aussicht, eine erste Fristerstreckung bis 30. November 2023 zu bewilligen, wies aber zugleich darauf hin, dass ein zweites Erstreckungsgesuch praxisgemäss nur bei qualifizierten Gründen bewilligt werde.[152] Sämtliche Parteien beantragten eine Fristerstreckung.[153] Das Sekretariat gewährte diese Erstreckung vollumfänglich bei denjenigen sechs Unternehmen, die eine Erstreckung bis 30. November 2023 beantragten,[154] und teilweise – nämlich bis 30. November 2023 – bei Vigier, die trotz der bereits im Schreiben vom 28. Juni 2023 erfolgten Vorankündigung eine Erstreckung bis 30. Dezember 2023 beantragte.[155] Während laufender Stellungnahmefrist informierte das Sekretariat bereits alle Parteien über die aufgrund der EVR-Verhandlungen beabsichtigten Anpassungen im Antrag, den es der WEKO unterbreiten wird.[156] Alle Parteien reichten ihre Stellungnahmen fristgerecht ein. Im Folgenden werden die Rechtsbegehren der Parteien wiedergegeben. Auf die einzelnen Vorbringen der Parteien wird, soweit geboten, nicht hier, sondern an entsprechender Stelle in den Erwägungen eingegangen.

B.3.1.10.1 KAGA

135. KAGA stellte mit ihrer Stellungnahme vom 29. November 2023 zum Antrag des Sekretariats[157] folgende Rechtsbegehren:

In der Sache:

1. *Die zwischen dem Sekretariat der WEKO und der KAGA vereinbarte einvernehmliche Regelung (Art. 29 KG) sei zu genehmigen, und die KAGA sei maximal mit einer Sanktion in der Höhe von CHF 510'089 zu belasten (einschliesslich einer Reduktion für den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung [Art. 29 KG]), und der KAGA seien maximal die im ANTRAG vorgesehenen Verfahrenskosten zu auferlegen.*
2. *<u>Eventualiter:</u> Für den Fall der Abweisung von Antrag 1 sei die zwischen dem Sekretariat der WEKO und der KAGA vereinbarte einvernehmliche Regelung (Art. 29 KG) zu genehmigen, die KAGA sei maximal mit der im ANTRAG vorgesehenen Sanktion zu belasten (unter Berücksichtigung einer Reduktion für den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung [Art. 29 KG]), und der KAGA seien maximal die im ANTRAG vorgesehenen Verfahrenskosten zu auferlegen.*
3. *Die Dispositiv-Ziffern 1.3, 1.4, 1.5, 1.9, 1.10 und 1.12 des Antrags des Sekretariats der WEKO vom 29. Juni 2023 in der Untersuchung 22-0440 seien aufzuheben, und diese Massnahmen seien im Ermessen der WEKO gemäss den Ausführungen in dieser Stellungnahme (Abschnitt 4) zu streichen, <u>eventuell</u> anzupassen.*

und zum Verfahren:

4. *Für den Fall, dass die WEKO die EVR gemäss Antrag 1 und 2 wider Erwarten nicht genehmigen sollte, sei der KAGA eine neue Frist von mindestens 30 Tagen (erstreckbar um die gleiche Frist) anzusetzen, um sich erneut und umfassend zum Antrag des Sekretariats der WEKO vom 29. Juni 2023 in der Untersuchung 22-0440 zu äussern.*
5. *Dispositiv-Ziffer 5 des Antrags des Sekretariats der WEKO vom 29. Juni 2023 in der Untersuchung 22-0440 sei ersatzlos zu streichen, soweit darin einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung in Bezug auf die Dispositiv-Ziffern 1.9, 1.10 und 1.12 entzogen werden soll.*
6. *Vor Erlass einer Verfügung der WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG) sei vor der WEKO eine Anhörung (Art. 30 Abs. 2 KG) durchzuführen, an welcher die KAGA teilnimmt und die anderen Verfahrensparteien teilnehmen können; sollten mit anderen Parteien dieser Untersuchung vor Erlass einer Verfügung der WEKO Anhörungen durchgeführt werden, sei der KAGA und ihren Rechtsvertretern Gelegenheit zu geben, daran teilzunehmen.*

B.3.1.10.2 Alluvia

136. Alluvia reichte mit Schreiben vom 30. November 2023 ihre Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats[158] ein mit folgenden:

Anträgen zur Sache:

1. *Es sei die einvernehmliche Regelung vom 26. Oktober 2023 / 2. November 2023 zu genehmigen und die vom Sekretariat beantragte Sanktion von CHF 395'000 um mindestens 3 % zu reduzieren;*
2. *<u>Es seien die beantragten Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1.1, 1.2, 1.6, 1.7, 1.8, 1.9 und 1.11 nicht anzuordnen;</u>*
3. *Es seien den Untersuchungsadressatinnen höchstens die in Dispositivziffer 8.2 beantragten Verfahrenskosten aufzuerlegen.*

Verfahrensanträgen:

i. *Die Untersuchungsadressatinnen seien vor dem Entscheid der Wettbewerbskommission (Art. 30 Abs. 1 KG) anzuhören (Art. 30 Abs. 2 KG);*
ii. *Allfällige Anhörungen der anderen Verfahrensparteien seien parteiöffentlich durchzuführen;*
iii. *Für den Fall, dass Massnahmen gemäss oder ähnlich zu Dispositivziffer 1 angeordnet werden sollten, sei einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht zu entziehen;*
iv. *Für den Fall, dass das Sekretariat die einvernehmliche Regelung vom 26. Oktober 2023 / 2. November 2023 der Wettbewerbskommission nicht zur Genehmigung vorlegen sollte oder die Wettbewerbskommission die einvernehmliche Regelung vom 26. Oktober 2023 / 2. November 2023 nicht genehmigen sollte, sei eine neue Frist von mindestens zwei Monaten zur Stellungnahme anzuordnen.*

[149] Act. IX.1.
[150] Act. IX.2.
[151] Siehe Act. XIII.190 resp. Act. XIII.192.
[152] Act. VIII.3–VIII.9, jeweils Ziff. 1.
[153] Act. VIII.116, VIII.117, VIII.119, VIII.124, VIII.125, VIII.127 und VIII.137.
[154] Act. VIII.128–130, VIII.132 und VIII.133.
[155] Act. VIII.131.
[156] Rz 131.
[157] Act. VIII.156.
[158] Act. VIII.162.

B.3.1.10.3 Daepp

137. Daepp stellte mit ihrer Stellungnahme vom 30. November 2023 zum Antrag des Sekretariats[159] folgende Rechtsbegehren:

1. *Die zwischen der Daepp-Gruppe und dem Sekretariat der Wettbewerbskommission getroffene einvernehmliche Regelung sei zu genehmigen.*
2. *Die beantragten Massnahmen 1.1 – 1.3 seien ersatzlos zu streichen.*
3. *Die Massnahmen 1.4 – 1.12 seien im Hinblick auf ihre Verhältnismässigkeit zu überprüfen.*
4. *Die Sanktion sei im Fall der Daepp-Gruppe angemessen zu reduzieren, weil dieselbe in einem berechtigten Vertrauen auf einen zeitgerechten Entscheid enttäuscht wurde.*

B.3.1.10.4 Heimberg

138. Heimberg stellte mit ihrer Stellungnahme vom 30. November 2023 zum Antrag des Sekretariats[160] folgende Rechtsbegehren:

«Zur Sache:

1. *Die gemäss Antrag des Sekretariats beantragte Sanktion gegen Heimberg sei angesichts der Bereitschaft von Heimberg, eine einvernehmliche Regelung einzugehen, um mindestens 3 % und angesichts der mit vorliegender Stellungnahme erklärten Bereitschaft zur teilweisen Sachverhaltsanerkennung, zusätzlich um mindestens 10 %, d.h. insgesamt um mindestens 13 % zu reduzieren.*
2. *Die beantragten Massnahmen gemäss Dispositivziffern 1.1, 1.2, 1.6, 1.7, 1.8, 1.10 und 1.11 im Entwurf des Antrags des Sekretariats seien gegenüber Heimberg abzuweisen.*
3. *Die Heimberg auferlegten Verfahrenskosten seien zu reduzieren.*

Zum Verfahren:

4. *Vor Erlass einer Verfügung der WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG) sei eine Anhörung (Art. 30 Abs. 2 KG) durchzuführen, an welcher Heimberg teilnehmen und sich zum Antrag im Rahmen eines Plädoyers äussern kann.*

B.3.1.10.5 Kästli-Gruppe

139. Kästli-Gruppe unterbreitete mit Schreiben vom 30. November 2023 ihre Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats[161] mit folgenden:

«Anträgen:

1. *Die zwischen dem Sekretariat und Kästli geschlossene einvernehmliche Regelung über einen Teil des Untersuchungsverfahrens i.S.v. Art. 29 KG (Teil-EVR) sei zu genehmigen, die beantragten Massnahmen gemäss Ziff. 1 des Dispositivs des Antrags seien abzuweisen, Kästli sei mit keiner Sanktion zu belasten und Kästli seien maximal die im Antrag ausgewiesenen anteilmässigen Verfahrenskosten aufzuerlegen.*
2. *Eventualiter, die zwischen dem Sekretariat und Kästli geschlossene einvernehmliche Regelung über einen Teil des Untersuchungsverfahrens i.S.v. Art. 29 KG (Teil-EVR) sei zu genehmigen, die beantragten Massnahmen gemäss Ziff. 1 des Dispositivs des Antrags seien abzuweisen, Kästli sei mit einer Sanktion von maximal 50 % des Betrags gemäss den Vorbemerkungen zur Teil-EVR zu belasten, ohne eine Erhöhung für erschwerende Umstände und abzüglich der Reduktion für den Abschluss der Teil-EVR, und Kästli seien maximal die im Antrag ausgewiesenen anteilmässigen Verfahrenskosten aufzuerlegen.*

und den prozessualen Begehren:

3. *Vor Erlass einer Verfügung sei vor der Wettbewerbskommission eine Anhörung durchzuführen (Art. 30 Abs. 2 KG).*
4. *Einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission im Untersuchungsverfahren 22-0440 sei vollumfänglich, insbesondere auch bezüglich allfälligen den Dispositivziffern 1.7, 1.8, 1.9, 1.10 und 1.12 des Antrags entsprechenden Anordnungen, die aufschiebende Wirkung zu gewähren.*
5. *Für den Fall, dass die einvernehmliche Regelung über einen Teil des Untersuchungsverfahrens i.S.v. Art. 29 KG (Teil-EVR) nicht genehmigt werden sollte, sei Kästli eine neue Frist von 2 Monaten (erstreckbar um die gleiche Frist) anzusetzen zur erneuten Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats der WEKO vom 29. Juni 2023 in der Untersuchung 22-0440.*

B.3.1.10.6 Marti-Gruppe

140. Marti-Gruppe stellte mit ihrer Stellungnahme vom 30. November 2023 zum Antrag des Sekretariats[162] folgende:

Anträge:

1. *Die teilweise Einvernehmliche Regelung (Teil-EVR) vom 26. Oktober/2. November 2023 sei zu genehmigen.*
2. *Es sei von weiteren Massnahmen abzusehen.*
3. *Es sei von einer Sanktion abzusehen, eventuell sei die Sanktion erheblich zu reduzieen.*
4. *Vor Erlass der Verfügung sei der Marti Holding AG und der Marti AG Bern, Moosseedorf sowie den übrigen Verfahrensbeteiligten die Gelegenheit zu geben, sich an einer Anhörung vor der WEKO zu äussern.*
5. *Es seien der Marti Holding AG und der Marti AG Bern, Moosseedorf keine Kosten aufzuerlegen, eventuell seien die ihnen auferlegten Kosten erheblich zu reduzieren.*

B.3.1.10.7 Vigier

141. Vigier stellte mit ihrer Stellungnahme vom 30. November 2023 zum Antrag des Sekretariats[163] folgende:

Rechtsbegehren

Die vorliegende Untersuchung sei ohne weitere Konsequenzen und Kostenfolgen für Vigier einzustellen.

Eventualiter,

sei die Sanktion gegenüber Vigier zu reduzieren und

seien die vom Sekretariat beantragten Dispositiv Ziffern 1, 2 und 3 nicht anzuordnen.

Verfahrensanträge

1. *Es sei der Antrag auf ein vernünftiges Mass zu kürzen und Vigier nochmals zur Stellungnahme zuzustellen.*
2. *Der Antrag sei Vigier nochmals zur Stellungnahme zuzustellen, sofern die WEKO plant, im Rahmen ihrer Verfügung vom beantragten Dispositiv abzuweichen.*

[159] Act. VIII.157.
[160] Act. VIII.161.
[161] Act. VIII.163.
[162] Act. VIII.159.
[163] Act. VIII.164.

3. *Es sei eine Anhörung vor der Wettbewerbskommission durchzuführen und Vigier sei die Möglichkeit zu geben an den Anhörungen der anderen Parteien teilzunehmen.*

4. *Der im vom Sekretariat beantragten Dispositiv Ziffer 5 festgehaltene Entzug der aufschiebenden Wirkung sei für die Vigier betreffenden Massnahmen 1.7-1.10 und 3.2 nicht anzuordnen.*

B.3.1.11 Keine Beweisanträge der Parteien / (teilweise) Sachverhaltsanerkennungen

142. Ebenfalls mit Schreiben vom 28. Juni 2023 ersuchte das Sekretariat die Parteien, innert derselben Frist, die es zur Stellungnahme zum Antrag gewährte,[164] allfällige Beweisanträge zu stellen und diese zu begründen.[165] Keine der Parteien stellte in ihrer Stellungnahme zum Antrag (oder später, etwa in einem separaten Schreiben oder anlässlich der Anhörungen) Beweisanträge.[166]

143. Im Rahmen der EVR-Verhandlungen kam die Frage nach einer Sanktionsreduktion bei Anerkennung des Sachverhalts auf. Das Sekretariat informierte die Parteien, dass es für eine umfassende Anerkennung des Sachverhalts eine Reduktion der Sanktion um 15 % zu beantragen gedenke.[167]

144. Mit Schreiben vom 24. Oktober 2023 anerkannte Daepp den Sachverhalt integral.[168]

145. Heimberg erklärte in ihrer Stellungnahme zum Antrag ihre Bereitschaft, den Sachverhalt insoweit anzuerkennen, als sie diesem nicht widerspreche. Sie könne nicht die Bereitschaft zur Anerkennung jenes Sachverhalts in Aussicht stellen, der zur Begründung der Massnahmen gegen Heimberg gemäss Dispositivziffer 1 herangezogen werde. Für diese teilweise Sachverhaltsanerkennung beantragte Heimberg eine Sanktionsreduktion von mindestens 10 %.[169]

146. Alluvia anerkannte in ihrer Stellungnahme zum Antrag die Sachverhaltsfeststellungen im Antrag ausdrücklich nicht. Jedoch anerkannte sie darin in Bezug auf konkrete Verhaltensweisen in tatsächlicher Hinsicht spezifisch aufgeführte Sachverhaltspunkte ausdrücklich. Eine Sanktionsreduktion beantragte Alluvia hierfür nicht.[170]

147. KAGA hielt in ihrer Stellungnahme zum Antrag fest, dass sie den Sachverhalt nicht umfassend anerkennen könne. Soweit sie in ihrer Stellungnahme zu Passagen im Antrag keine Stellung nehme, sei damit keine Anerkennung des Sachverhalts verbunden.[171]

148. Kästli-Gruppe hielt in ihrer Stellungnahme zum Antrag fest, dass der Abschluss einer EVR ausdrücklich nicht als Schuldeingeständnis zu werten sei und nicht als Einverständnis mit der Sachverhaltsfeststellung (und der rechtlichen Würdigung) im Antrag zu verstehen sei.[172]

149. Marti-Gruppe hielt in ihrer Stellungnahme zum Antrag fest, sie sei mit der Interpretation, Beweiswürdigung und rechtlichen Beurteilung durch das Sekretariat nicht einverstanden. Die Sachverhaltsdarstellung im Antrag werde nur insoweit anerkannt, als dies in ihrer Stellungnahme ausdrücklich gesagt werde.[173]

150. Vigier äusserte sich in ihrer Stellungnahme zum Antrag nicht ausdrücklich zu einer allfälligen Sachverhaltsanerkennung. Sie hielt aber fest, dass wesentliche Sachverhaltsfeststellungen im Antrag auf unvollständigen und unrichtigen Erhebungen basieren würden.[174] Damit ist klar, dass Vigier die Sachverhaltsfeststellungen im Antrag nicht anerkennt.

B.3.1.12 Eingaben an die WEKO zum per 16. Januar 2024 angepassten Antrag

151. Mit Schreiben vom 6. März 2024 an die WEKO nahm Alluvia unaufgefordert Stellung zu dem per 16. Januar 2024 angepassten, der WEKO unterbreiteten Antrag.[175] Sie nahm Bezug auf Rz 1487 des angepassten Antrags, in dem das Sekretariat das am 28. November 2023 ergangene Urteil des BVGer B-3290/2018 aufnahm und sich kurz dazu äusserte. Alluvia sah ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, da ihr diese Anpassungen nicht vorgängig zur Stellungnahme unterbreitet wurden. Weiter äusserte sie sich in Rz 7–17 ihres Schreibens zu diesem Urteil und dessen Bedeutung für die Beurteilung im vorliegenden Fall. Schliesslich unterbreitete sie der WEKO einen modifizierten Antrag Nr. 1 zur Sache[176]:

1. *Es sei die mittels einvernehmlicher Regelung vom 26. Oktober 2023 / 2. November 2023 (act. VIII.150) vereinbarten Massnahmen zu genehmigen und der vom Sekretariat gestellte Antrag auf Sanktionierung von Hofstetter und Messerli abzuweisen bzw. für die von der EVR erfassten Verhaltensweisen keine Sanktion auszufällen.*

2. *Eventualiter seien der Antrag bzw. die Teil-EVR einschliesslich der Vorbemerkungen Bst. d) und f) mit Bezug auf die Tatkomplexe Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet sowie Nichtweitergabe von Preisvorteilen für KAGA-Rohkies im Sinne der vorstehenden Erwägungen zu überarbeiten und Hofstetter und Messerli sei vor der Anhörung durch die WEKO die Gelegenheit zu geben, sich zum dergestalt überarbeiteten Antrag schriftlich zu äussern.*

3. *Subeventualiter sei Hofstetter und Messerli vor der Anhörung durch die WEKO die Gelegenheit zu geben, zu act. VIII.192 umfassend schriftlich Stellung zu nehmen. Dazu sei eine Frist von mindestens zwei Monaten (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien) anzusetzen.*

4. *Sub-Subeventualiter, für den Fall, dass die WEKO am geplanten Anhörungstermin festhalten will, sei Hofstetter und Messerli Gelegenheit zu geben, sich umfassend und ohne zeitliche Beschränkung zu ihren Vorbringen in Bezug auf die von der EVR erfassten Tatkomplexe zu äussern.*

---

[164] Siehe dazu inkl. den gewährten Fristerstreckungen Rz 134.
[165] Act. VIII.3–VIII.9, jeweils Ziff. 3.
[166] Vgl. Act. VIII.156 (KAGA), VIII.157 (Daepp), VIII.159 (Marti-Gruppe), VIII.161 (Heimberg), VIII.162 (Alluvia), VIII.163 (Kästli-Gruppe), VIII.164 (Vigier), alle e contrario, ferner Act. IX.30 Rz 15 f.
[167] Vgl. Act. VIII.131.
[168] Act. VIII.139.1.
[169] Act. VIII.161, Rz 9 f. sowie Rechtsbegehren 1.
[170] Act. VIII.162, Rz 7 f. sowie Rechtsbegehren 1 e contrario.
[171] Act. VIII.156, Rz 8.
[172] Act. VIII.163, Rz 5 Ziff. 2.
[173] Act. VIII.159, Rz 7 f., auch Rz 6.
[174] Act. VIII.164, Rz 10.
[175] Act. IX.8 zur gesamten Rz.
[176] Zum ursprünglichen Antrag Nr. 1 in der Sache siehe Rz 136.

152. Mit Schreiben vom 6. März 2024 an die WEKO nahm auch die Kästli-Gruppe unaufgefordert Stellung zu dem per 16. Januar 2024 angepassten, der WEKO unterbreiteten Antrag.[177] Sie nahm Bezug auf den angepassten Antrag, in dem das Sekretariat das am 28. November 2023 ergangene Urteil des BVGer B-3290/2018 aufnahm und sich kurz dazu äusserte. Kästli-Gruppe sah ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, da ihr diese Anpassungen nicht vorgängig zur Stellungnahme unterbreitet wurden. Weiter äusserte sie sich in ihrem Schreiben zu diesem Urteil und dessen Bedeutung für die Beurteilung im vorliegenden Fall. Sie unterbreitete der WEKO daher folgende Anträge, wobei sie in Rz 7 ihres Schreibens präzisierte, dass der (zentrale) Teil «B. Vereinbarungen» der Teil-EVR unverändert bleiben könne:

1. *Es sei die Teil-EVR vom 27. Oktober 2023 / 3. November 2023 vor der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission in Bezug auf die Vorbemerkungen lit. d) und f) dergestalt zu modifizieren,*
   a. *Dass das Sekretariat darauf verzichtet, eine Sanktionierung von Kästli zu beantragen;*
   b. *Eventualiter, dass der vom Sekretariat für Kästli zu beantragende Sanktionsbetrag um mindestens CHF 350'000 reduziert wird.*
2. *Es sei Kästli vor der Anhörung durch die Wettbewerbskommission eine angemessene Frist von mindestens einem Monat zu gewähren, zum Antrag des Sekretariats in der an die Wettbewerbskommission übersandten Fassung schriftlich Stellung zu nehmen.*

153. Im Auftrag der Präsidentin der WEKO wurden die Schreiben der Alluvia und der Kästli-Gruppe am 12. März 2024 beantwortet.[178] In diesen Antwortschreiben wurde zunächst festgehalten, dass die WEKO am 11. März 2024 beschlossen hat, auf das Geschäft einzutreten, und dass sie keine zusätzlichen Beweismassnahmen beschlossen hat. Weiter wurde festgestellt, dass es sich bei den von Alluvia und Kästli-Gruppe aufgegriffenen Anpassungen im angepassten Antrag umfangmässig und inhaltlich um sehr bescheidene Ergänzungen handle. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlange nicht, dass derart geringfügige Anpassungen zur erneuten Stellungnahme zugestellt werden. Da die Parteien ohnehin die Möglichkeit gehabt hätten, sich dazu zu äussern, sei erst recht keine Verletzung des rechtlichen Gehörs ersichtlich. Sodann wurde festgehalten, dass es den Parteien unbenommen sei, sich an den Anhörungen vor der WEKO auch mündlich zum erwähnten Urteil des BVGer zu äussern. Möglich seien ferner weitere schriftliche Eingaben dazu, was nicht als Verstoss gegen Bst. b der Vorbemerkungen der EVR erachtet werde, da das fragliche Urteil erst nach deren Abschluss ergangen sei. Die Berücksichtigung weiterer schriftlicher Eingaben durch die WEKO könne zugesichert werden, sofern diese bis spätestens 12. April 2024 einträfen. Schliesslich wurde mitgeteilt, dass die WEKO es nicht als Verstoss gegen Bst. f der Vorbemerkungen der EVR erachten würde, falls trotz Einhaltung des in Bst. d der Vorbemerkungen der EVR in Aussicht gestellten Sanktionsrahmens eine Beschwerde bezüglich der Sanktionierung erhoben würde, sofern und soweit die diesbezüglichen Argumente in der Beschwerde auf Geschehnissen und Urteilen bauen würden, die erst nach Unterzeichnung der EVR eingetreten resp. ergangen sind (was insbesondere für das erwähnte Urteil des BVGer zutrifft).

154. Das Sekretariat informierte alle Parteien am 12. März 2024 darüber, dass die WEKO beschloss, auf das Geschäft einzutreten und dass sie keine zusätzlichen Beweismassnahmen beschlossen hat. Gleichzeitig liess es allen Parteien die zwei in der vorangehenden Randziffer dargelegten Antwortschreiben zukommen.[179] Nach durchgeführter Geschäftsgeheimnisbereinigung[180] liess das Sekretariat den Parteien am 19. März 2024 zudem die Schreiben der Alluvia resp. der Kästli-Gruppe vom 6. März 2024 zur Kenntnisnahme zukommen.[181]

B.3.1.13 Anhörung der Parteien und Entscheid der WEKO

155. Am 25. März 2024 hörte die WEKO wie beantragt[182] KAGA, Alluvia, Heimberg, Kästli-Gruppe, Marti-Gruppe und Vigier an. Die jeweils anderen Parteien waren an diesen Anhörungen ebenfalls anwesend. Daepp verzichtete auf eine Anhörung sowie auf eine Teilnahme an den Anhörungen der anderen Parteien.[183] Keine der anwesenden Parteien stellte anlässlich der Anhörungen Beweisanträge. Da auch die Kommissionsmitglieder keine gestellt haben, wurde das Beweisverfahren geschlossen.[184] Während KAGA, Marti-Gruppe und Vigier an den Anhörungen ihre schriftlich gestellten Anträge[185] unverändert bestätigten,[186] gab es bei Alluvia, Heimberg und Kästli-Gruppe gewisse Änderungen bei den Anträgen:

156. Alluvia führte aus, beim angepassten Antrag vom 16. Januar 2024, bei dem die vorgenommenen Änderungen markiert seien, würde bei den ehemaligen Randziffern nicht die korrekte Nummer angegeben. So werde beispielsweise Rz 1851 des angepassten Antrags als mit Rz 1833 des ursprünglichen Antrags übereinstimmend angegeben, richtig sei jedoch Rz 1835. Alluvia beantragte deshalb neu, das Sekretariat sei anzuweisen, der WEKO eine korrekte Vergleichsversion zukommen zu lassen, die auch den Parteien zuzustellen sei.[187]

157. Gegenüber den Anträgen in ihrer Stellungnahme änderte Heimberg ihr Rechtsbegehren 1.[188] Sie beantragte nunmehr als Rechtsbegehren 1: «Die vom Sekretariat beantragte Sanktion gegen Heimberg sei um mindestens 145'000 Franken zu reduzieren». Die Rechtsbegehren 2 und 3 liess sie unverändert.[189]

[177] Act. IX.9 zur gesamten Rz.
[178] Act. IX.10 f. zur gesamten Rz.
[179] Act. IX.12.
[180] Act. IX.21, IX.23, IX.24 und IX.26.
[181] Act. IX.27.
[182] Siehe Rz 135 ff. hiervor.
[183] Act. VIII.180.
[184] Act. IX.30. Rz 15 f.
[185] Rz 135, 140 resp. 141.
[186] Siehe Act. IX.30 Beilagen 4, 5 und 6.
[187] Act. IX.30 Beilage 1 Rz 3.
[188] Zu ihrem ursprünglichen Rechtsbegehren 1 siehe Rz 138.
[189] Act. IX.30 Beilage 3 Ziffer 1.

158. Kästli-Gruppe bestätigte ihr Rechtsbegehren 1 und zog ihr Eventualbegehren 2 zurück. Dies ausdrücklich im Vertrauen auf die Zusicherung der WEKO gemäss Ziffer 3 des Schreibens vom 12. März 2024 in Bezug auf Bst. f der Vorbemerkungen der EVR.[190] Neu stellte Kästli-Gruppe den Antrag, es sei eine bestimmte Passage im angepassten Antrag bezüglich der Kästli-Gruppe zu streichen.[191]

159. Den Parteien wurde – gerade auch mit Blick auf das Urteil des BVGer B-3290/2018 vom 28. November 2023 – am 12. März 2024 zugesichert, dass allfällige weitere schriftliche Eingaben, die bis spätestens am 12. April 2024 einträfen, von der WEKO bei ihrem Entscheid berücksichtigt werden könnten. Mit ihren Schreiben vom 10. April 2024 machten KAGA, Kästli-Gruppe und Vigier von dieser Möglichkeit Gebrauch und äusserten sich insbesondere zum erwähnten Urteil und dessen Bedeutung für den vorliegenden Fall aus ihrer Sicht.[192] Alluvia tat dasselbe mit Schreiben vom 11. April 2024.[193] Kästli-Gruppe und Vigier hielten dabei unverändert an ihren bisherigen Anträgen fest, während KAGA einen neuen Unter-Antrag 1bis zum bestehenden Antrag 1 stellte:[194]

Eventualiter: Sofern die WEKO nicht beweist, dass zwischen den Aktionärinnen und der KAGA ein aktuelles oder potenzielles Wettbewerbsverhältnis besteht, sei die zwischen dem Sekretariat der WEKO und der KAGA vereinbarte einvernehmliche Regelung (Art. 29 KG) zu genehmigen, und die KAGA sei maximal mit einer Sanktion in der Höhe von CHF 403'147 zu belasten (einschliesslich einer Reduktion für den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung [Art. 29 KG]), und der KAGA seien reduzierte Verfahrenskosten zu auferlegen.

Alluvia gab in ihrem Schreiben vom 11. April 2024 ihre konsolidierten Anträge wieder, soweit diese nach den Anhörungen der Alluvia noch relevant bzw. unerledigt waren:[195]

Anträge zur Sache

1. *Es seien die mittels einvernehmlicher Regelung vom 26. Oktober / 2. November 2023 (act. VIII.150) vereinbarten Massnahmen zu genehmigen und der vom Sekretariat gestellte Antrag auf Sanktionierung von Hofstetter und Messerli abzuweisen bzw. für die von der EVR erfassten Verhaltensweisen keine Sanktion auszufällen;*
2. *Es seien die beantragten Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1.1, 1.2, 1.6, 1.7, 1.8, 1.9 und 1.11 nicht anzuordnen;*
3. *Es seien den Untersuchungsadressatinnen höchstens die in Dispositivziffer 8.2 (gemäss Antrag vom 27. Juni 2023; act. VIII.7) beantragten Verfahrenskosten aufzuerlegen.*

Verfahrensanträge:

Für den Fall, dass Massnahmen gemäss oder ähnlich zu Dispositivziffer 1 angeordnet werden sollten, sei einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht zu entziehen;

Für den Fall, dass die Wettbewerbskommission die einvernehmliche Regelung vom 26. Oktober 2023 / 2. November 2023 gemäss Antrag 1 oben nicht genehmigen sollte, sei eine neue Frist von mindestens zwei Monaten zur Stellungnahme anzuordnen.

160. Nach mehrfacher Beratung fällte die WEKO am 17. Mai 2024 den vorliegenden Entscheid.

B.3.1.14 Beurteilung der prozessualen Begehren und Verfahrensanträge

161. Mehrere Parteien stellten Anträge zum Verfahren bzw. prozessuale Begehren.[196] Es ist angezeigt, dass die WEKO einleitend über diese Anträge befindet:

162. Zunächst wird davon Kenntnis genommen, dass Alluvia ihre im Schreiben vom 6. März 2024 gestellten Eventual-, Subeventual- und Sub-Subeventualanträge[197] in ihrer Eingabe vom 11. April 2024, in der sie ihre nach der Anhörung noch aktuellen Anträge konsolidiert festhielt, nicht mehr aufführt.[198] Sie erachtet diese Anträge demnach zumindest implizit als nicht mehr relevant bzw. als erledigt. Diese Anträge sind somit als von Alluvia zurückgezogen zu betrachten, womit es sich erübrigt, darauf weiter einzugehen.

163. Soweit Parteien eine Anhörung durch die WEKO sowie eine Anwesenheit an den Anhörungen anderer Parteien beantragten,[199] kam die WEKO diesen Begehren mit der Durchführung der Anhörungen, an denen die jeweils anderen Parteien zugelassen waren,[200] vollumfänglich nach. Diese Anträge haben sich damit erledigt.[201]

164. Soweit Parteien eine zusätzliche Stellungnahmefrist beantragten, falls die WEKO die abgeschlossenen EVR nicht genehmigen sollte,[202] sei auf Dispositivziffer 4 verwiesen, wonach die WEKO die EVR genehmigt. Diese Anträge haben sich dementsprechend erledigt.

165. Soweit Parteien beantragten, es sei darauf zu verzichten, bezüglich einzelner Anordnungen die aufschiebende Wirkung zu entziehen,[203] ist auf die Beurteilung der entsprechenden Massnahmen resp. des Entzugs der aufschiebenden Wirkung zu verweisen.[204] Die WEKO befasst sich an jener Stelle ausführlich damit.

166. Vigier beantragte in ihrer einlässlichen Stellungnahme zum Antrag vom 30. November 2023, dem letzten Tag der – inklusive Gerichtsferien – insgesamt fünfmonatigen Stellungnahmefrist,[205] der Antrag sei auf ein vernünftiges Mass zu kürzen und ihr nochmals zur Stellungnahme zuzustellen.[206] Zur Begründung führte sie aus, die Dauer des Verfahrens und der Umfang des

[190] Siehe dazu Rz153.
[191] Act. IX.30 Beilage 2 S. 1.
[192] Act. IX.34–36.
[193] Act. IX.37.
[194] Act. IX.34 Rz 5.
[195] Act. IX.37 Rz 14.
[196] Siehe zu den ursprünglichen Anträgen Rz 135–141 und zu deren Anpassungen und Ergänzungen Rz 151 f. sowie 156–159.
[197] Rz 151.
[198] Rz 159.
[199] KAGA (Rechtsbegehren 6); Heimberg (Rechtsbegehren 4), Kästli-Gruppe (Rechtsbegehren 3), Marti-Gruppe (Rechtsbegehren 4) sowie Vigier (Rechtsbegehren 3).
[200] Rz 155.
[201] So auch Alluvia, die ihre ursprünglichen Verfahrensanträge i. und ii. nach Durchführung der Anhörungen nicht mehr aufrecht erhielt (vgl. Rz 136 einerseits und Rz 159 andererseits).
[202] KAGA (Rechtsbegehren 4), Kästli-Gruppe (Rechtsbegehren 5) und Alluvia (Verfahrensantrag ii).
[203] KAGA (Rechtsbegehren 5), Kästli-Gruppe (Rechtsbegehren 4), Vigier (Rechtsbegehren 4) und Alluvia (Verfahrensantrag i).
[204] Rz 2211 ff.
[205] Rz 134.
[206] Rz 141.

Antrags seien unverhältnismässig. Der Antrag verletze ihr Recht auf rechtliches Gehör und wirksame Verteidigung.[207] Das Sekretariat lehnte dieses Begehren implizit ab, indem es den angepassten Antrag ungekürzt der WEKO unterbreitete. Und die WEKO lehnte es implizit ab, den angepassten Antrag zur Kürzung an das Sekretariat zurückzuweisen, indem sie am 11. März 2024 auf das Geschäft eintrat. Mit E-Mail vom 12. März 2024 wurde Vigier mitgeteilt, dass die WEKO auf das Geschäft eintritt und am 25. März 2024 die Anhörungen der Parteien, u.a. von Vigier, durchführen wird.[208] Spätestens ab da musste für Vigier klar sein, dass nicht nur das Sekretariat ihrem Kürzungsantrag nicht nachkam, sondern ebenso wenig die WEKO. An der Anhörung vom 25. März 2024 äusserte sich Vigier wiederum einlässlich zum ungekürzten angepassten Antrag.[209] Mit der bereits erfolgten, impliziten Abweisung dieses Begehrens durch das Sekretariat und die WEKO hat es an sich sein Bewenden. Der Vollständigkeit halber sei dennoch Folgendes festgehalten:

167. Es ist fraglich, ob Vigier jemals ein ernsthaftes, legitimes Interesse mit diesem Begehren verfolgte: So stellte sie dieses Begehren nicht umgehend nach Erhalt des angeblich überlangen Antrags zu Beginn der laufenden Stellungnahmefrist und verlangte dabei, ihr sei diese Frist vorerst abzunehmen, bis ihr Kürzungsantrag beurteilt sei. Vielmehr stellte sie dieses Begehren am letzten Tag der Frist und äusserte sich zugleich einlässlich und umfassend zum Antrag. Mit anderen Worten stellte sie dieses Begehren zu einem Zeitpunkt, in dem es aufgrund der einlässlichen und umfassenden Stellungnahme bereits obsolet war und dessen Gutheissung bloss noch zusätzlichen Aufwand sowohl bei den Behörden als auch bei den Parteien (inklusive Vigier) verursacht hätte. Mit dem von Vigier an den Tag gelegten Verhalten – nicht aber mit diesem Begehren – steht denn auch in Einklang, dass sich Vigier den Anhörungen durch die WEKO ohne vorgängige Antragskürzung nicht widersetzte, sondern sich an ihrer Anhörung erneut umfassend zur Sache äusserte. Abgesehen davon war das Begehren auch inhaltlich unberechtigt: Weshalb sich Vigier nicht soll wirksam verteidigt haben können, begründet sie einzig mit dem Umfang des Antrags. Dass die Begründung unverständlich oder nicht nachvollziehbar wäre, macht sie nicht geltend. Ebenso wenig bezeichnet sie spezifische Passagen im Antrag, die ihres Erachtens redundant sind oder sich nicht auf den entscheidwesentlichen Sachverhalt beschränken würden[210]. Der Umfang des Antrags war zwar in der Tat gross. Der Antrag war aber weder übermässig noch unnötig lang. Es galt, zahlreiche unterschiedliche und dennoch miteinander verwobene Verhaltensweisen mehrerer Parteien auf verschiedenen Märkten zu behandeln, deren Ursprünge teilweise etliche Jahrzehnte zurückreichen. Gerade vorliegend war es besonders wichtig, die sachverhaltsspezifischen Einzelheiten des konkreten Falls minutiös herauszuarbeiten und diese zu würdigen, um zu verhindern, dass der Entscheid unzutreffend als allgemeine «Kriminalisierung» von «Partnerwerken» missverstanden wird.[211] Dem grossen Umfang des Antrags wurde dahingehend Rechnung getragen, dass den Parteien eine entsprechend lange Frist zur Stellungnahme gewährt wurde.[212] Dadurch war es Vigier – ebenso wie den anderen Parteien[213] – ohne Weiteres möglich, sich wirksam zu verteidigen. Vigier hat die gegen sie erhobenen Vorwürfe ausreichend verstanden und konnte sich detailliert dazu äussern. Das belegen sowohl ihre Stellungnahme zum Antrag als auch ihre mündlichen Ausführungen an der Anhörung. Es bedurfte also keiner Kürzung des Antrags, um eine wirksame Verteidigung zu ermöglichen.

168. Vigier beantragte in ihrer Stellungnahme ferner, der Antrag sei ihr nochmals zur Stellungnahme zuzustellen, sofern die WEKO plant, im Rahmen der Verfügung vom beantragten Dispositiv abzuweichen. Sie macht geltend, gemäss Lehre und Rechtsprechung – wofür sie ein Urteil der ehemaligen REKO/WEF von 2005 mit den dortigen Nachweisen anführt – habe sie Anspruch auf eine zweite Stellungnahme, wenn sich das Dispositiv der Verfügung von demjenigen im Antrag unterscheide.[214]

169. Dies trifft jedenfalls in dieser Absolutheit nicht zu. Nicht jede Abweichung des Dispositivs der Verfügung der WEKO vom im Antrag des Sekretariats beantragten Dispositiv begründet einen Anspruch auf erneute Stellungnahme, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen: Gemäss jüngerer bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung gilt Art. 30 Abs. 2 KG, der spezialgesetzlich ein umfassenderes Recht zur Stellungnahme einräumt als der Anspruch auf rechtliches Gehör es tut, einzig hinsichtlich des Antrags des Sekretariats. Im Verfahren vor der WEKO greife demgegenüber «bloss» der Anspruch auf rechtliches Gehör.[215] Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlange nicht, dass die Parteien Gelegenheit erhalten, sich zu jedem möglichen Ergebnis zu äussern, und die Behörde habe nicht ihre Begründung den Parteien vorweg zur Stellungnahme zu unterbreiten.[216] Es genüge vielmehr, wenn sich die Parteien zu den sachlichen und rechtlichen Grundlagen des Entscheids äussern und ihre Standpunkte einbringen können.[217] Dabei beschränke sich der Gehörsanspruch grundsätzlich auf den rechtserheblichen Sachverhalt. Hinsichtlich der Rechtsanwendung gewähre er nur in bestimmten Situationen eine Äusserungsmöglichkeit, namentlich bei für die Parteien unvorhersehbarer Schliesslich sei zu beachten, dass die WEKO nicht an den Antrag des Sekretariats gebunden sei. Dass ihre Verfügung teilweise davon abweiche, könne (müsse

[207] Act. VIII.164 Rz 14–16.
[208] Act. IX.12.
[209] Act. IX.30 Beilage 5.
[210] Dahingehend die Beanstandung im Urteil des BVGer, B-710/2014 vom 16.11.2022 E. 15.2.2, das von Vigier als Argument angeführt wird (siehe Act. VIII.164 Rz 14–16).
[211] So aber gleichwohl der Vorwurf von Vigier, siehe Act. VIII.164 Rz 25.
[212] Rz 134.
[213] Die anderen Parteien haben im Übrigen nicht geltend gemacht, der Umfang des Antrags habe sie an einer wirksamen Verteidigung gehindert.
[214] Act. VIII.164 Rz 17, unter Bezugnahme auf REKO/WEF, 27.9.2005, RPW 2005/4, 678 f. E. 4.1, *Ticketcorner* in Fn 8.
[215] BVGer, B-3938/2013 vom 30.10.2019, E. 4.1.1, *Dargaud*.
[216] BVGer, B-3938/2013 vom 30.10.2019, E. 4.1.1 m.H. auf BGE 132 II 257 E. 4.2, *Dargaud*.
[217] BGer, 2A.430/2006 vom 6.2.2007 E. 7.2, *Buchpreisbindung II*.

Rechtsanwendung, bei geänderter Rechtslage oder bei einem besonders grossen Ermessensspielraum.[218] aber nicht) gerade Folge der vorgängigen Anhörung zum Antrag sein – allein die Tatsache einer gewissen Abweichung begründe noch keinen Anspruch darauf, sich erneut dazu äussern zu können.[219]

170. Diese Rechtsprechung des BVGer überzeugt. Das erweiterte Stellungnahmerecht gemäss Art. 30 Abs. 2 KG betrifft gemäss eindeutigem Gesetzeswortlaut einzig den Antrag des Sekretariats, nicht hingegen die Verfügung der WEKO. Im Einklang damit wird in der Botschaft ausgeführt, in Erweiterung des Anspruchs auf rechtliches Gehör könnten die Parteien schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen.[220] Die Systematik bekräftigt dieses Ergebnis, wird im KG doch deutlich zwischen dem Antrag des Sekretariats zum einen und der Verfügung der WEKO zum anderen unterschieden (siehe etwa Art. 18 Abs. 3, Art. 23 Abs. 1 und Art. 30 Abs. 1 KG), was zeigt, dass die Wortwahl in Art. 30 Abs. 2 KG keineswegs zufällig ist. Auch in teleologischer Hinsicht ist es schlüssig, dass das erweiterte Stellungnahmerecht nach Art. 30 Abs. 2 KG ausschliesslich den Antrag des Sekretariats beschlägt: Die erweiterte Partizipationsmöglichkeit der Parteien dient auch dazu, dass die WEKO als Entscheidbehörde gestützt auf den Antrag des ermittelnden Sekretariats einerseits und den Stellungnahmen der Parteien andererseits, ähnlich einem Gericht, über die Sache befinden kann. Beide Seiten – das ermittelnde Sekretariat mit seinem Antrag und die Parteien mit ihrer Stellungnahme dazu – sollen sich vor der WEKO schriftlich und umfassend zur Sache äussern können. Bezüglich der Verfügung der urteilenden WEKO ist die Ausgangs- und Sachlage eine andere und es besteht insofern weder Grund noch Bedürfnis, den Anspruch auf rechtliches Gehör zu erweitern. Als Auslegungsergebnis ist daher zusammenfassend festzuhalten, dass das erweiterte Stellungnahmerecht gemäss Art. 30 Abs. 2 KG nur den Antrag des Sekretariats betrifft, hingegen im Verfahren vor der WEKO nicht gilt. Vor der WEKO kommt «nur» der Anspruch auf rechtliches Gehör zum Zuge.

171. Soweit die REKO/WEF im Urteil, das Vigier anführt, etwas anderes entschieden haben sollte,[221] ist diese Ansicht durch die jüngere Rechtsprechung des BVGer überholt. Abgesehen davon vermag auch die im fraglichen Urteil angeführte Begründung nicht zu überzeugen: So fällt auf, dass im fraglichen Entscheid nicht klar zwischen dem Anspruch auf rechtliches Gehör und dem erweiterten Stellungnahmerecht nach Art. 30 Abs. 2 KG unterschieden wird. Weiter fehlt es an einer (rechtlichen) Begründung dafür, weshalb Art. 30 Abs. 2 KG auch für die Verfügung der WEKO gelten sollte. Die REKO/WEF äusserte damals die Befürchtung, dass bei einem anderen Verständnis das Sekretariat bloss eine oberflächliche Teiluntersuchung durchführen könnte, zu der sie die Parteien anhört, und anschliessend die WEKO Nachbesserungen anordnet und echte Änderungen vornimmt, wodurch das Äusserungsrecht unterlaufen würde. Diese Befürchtung rechtfertigt aber nicht eine grundsätzliche Erweiterung des Stellungnahmerechts vor der WEKO, sondern bringt lediglich die Selbstverständlichkeit zum Ausdruck, dass Sekretariat und WEKO die Rechte nach Art. 30 Abs. 2 KG nicht umgehen dürfen. Die Befürchtung erscheint auch inhaltlich unberechtigt: Zunächst setzt diese Befürchtung ein bewusst pflichtwidriges Vorgehen des Sekretariats voraus, dass von der WEKO – ebenfalls pflichtwidrig – gedeckt würde. Für solche Zustände bei den Wettbewerbsbehörden bestehen jedoch keine Anzeichen. Sodann dürfte das befürchtete Vorgehen regelmässig unter anderem Sachverhaltsabklärungen der WEKO bedingen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gilt vor der WEKO uneingeschränkt. Zu (rechtsrelevanten) Sachfragen sind die Parteien infolgedessen ohnehin anzuhören, was ein solches Treiben auch ohne Ausdehnung des erweiterten Stellungnahmerechts unterbindet. Und falls es schliesslich dennoch einmal zum befürchteten Verhalten kommen sollte, wäre im konkreten Einzelfall auf eine Umgehung von Art. 30 Abs. 2 KG zu erkennen. Abhilfe gegen eine solche Umgehung ist sachgerechterweise dadurch zu schaffen, indem im spezifischen (hypothetischen) Fall auf ein missbräuchliches Vorgehen der Wettbewerbsbehörden erkannt würde und nicht, indem aufgrund (der Befürchtung) eines derartigen Einzelfalls das erweiterte Stellungnahmerecht überschiessend generell auf die Verfügung der WEKO ausgedehnt wird. Es bleibt demnach beim Auslegungsergebnis, wonach das erweiterte Stellungnahmerecht gemäss Art. 30 Abs. 2 KG vor der WEKO nicht gilt. Vor der WEKO gilt «nur», aber immerhin, der Anspruch auf rechtliches Gehör.

172. Zu prüfen bleibt, ob der Anspruch auf rechtliches Gehör im vorliegenden Fall ein Recht der Parteien begründet, sich vorgängig zur Verfügung der WEKO äussern zu können. Einleitend ist klarzustellen, dass dieses Recht allen betroffenen Parteien gleichermassen zustünde. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist von Amtes wegen zu respektieren, eines Antrags der Parteien bedarf es hierfür nicht. Der entsprechende Antrag von Vigier ist demnach überflüssig, zumal er auch nicht dazu führen kann, dass ihr deshalb eine zusätzliche, nicht vorgesehene Stellungnahmemöglichkeit gewährt wird, den anderen Parteien mangels Antrags hingegen nicht.

173. In der Sache verhält es sich so, dass die WEKO keine zusätzlichen Sachverhaltsabklärungen traf; im Übrigen beantragte auch keine der Parteien weitere Beweismassnahmen.[222] Die einschlägigen kartellrechtlichen Normen waren bekannt und die WEKO wendet keine anderen Normen an (insbesondere solche, mit deren Anwendung die Parteien nicht rechnen konnten). Zu Beidem konnten sich die Parteien in ihren Stellungnahmen zum Antrag sowie an den mündlichen Anhörungen vor der WEKO eingehend äussern. Damit hatten sie die Möglichkeit, sich vorweg zu den Grundlagen des Entscheids, insbesondere zum Sachverhalt und zu den

[218] BGer, 2A.492/2002 vom 17.6.2003 E. 3.2.3, *Elektra Baselland*; BVGer, B-3938/2013 vom 30.10.2019, E. 4.1.1 m.w.H., *Dargaud*.
[219] BVGer, B-3938/2013 vom 30.10.2019, E. 4.1.1 m.w.H., *Dargaud*. Ferner, wenn auch bezüglich der ComCom, BGE 132 II 257 E. 4.2.
[220] Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, 605 Ziff. 254.24.
[221] Siehe dazu und zum Folgenden REKO/WEF, 27.9.2005, RPW 2005/4, 678 f. E. 4.1., *Ticketcorner*.
[222] Rz 142 und 155.

anwendbaren Rechtsnormen, zu äussern. Der Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör betreffend Möglichkeit zur vorgängigen Äusserung ist damit gewahrt.[223]

174. Daran ändert nichts, dass das Dispositiv der Verfügung der WEKO bezüglich der Dispositivziffern 1 und 5 von den diesbezüglichen Anträgen des Sekretariats abweicht.[224] Diese Abweichungen stützen sich weder auf zusätzliche Sachverhaltsfeststellungen noch auf die Anwendung anderer Rechtsnormen. Vielmehr hat die WEKO dasselbe Verhalten gestützt auf dieselben Rechtsnormen gewürdigt. Sie kam dabei im Übrigen zum selben Ergebnis wie im Antrag, nämlich dass es sich um kartellrechtswidriges Verhalten handelt. Die Abweichungen betreffen einzig die Massnahmen, die nach Art. 30 Abs. 1 KG zu treffen sind, also die angeordneten Rechtsfolgen. Die Abweichungen beruhen einerseits auf einer Berücksichtigung der diesbezüglichen Vorbringen der Parteien und andererseits auf einer vom Antrag abweichenden Einschätzung, welches die besten zu treffenden Massnahmen sind. Diese Abweichungen im Dispositiv allein, die nicht auf einer anderen Gewichtung des bislang erhobenen Sachverhalts fussen,[225] begründen keinen Anspruch auf eine erneute vorgängige Stellungnahmemöglichkeit. Denn der Anspruch auf rechtliches Gehör bezieht sich primär auf die (rechtserheblichen) Sachfragen und verlangt gerade nicht, dass Parteien die Gelegenheit erhalten, sich zu jedem möglichen Ergebnis zu äussern, das von der entscheidenden Behörde ins Auge gefasst wird. Und die Behörde hat in diesem Sinne nicht ihre Begründung vorgängig den Parteien zur Stellungnahme zu unterbreiten.[226] Darauf würde es aber hinauslaufen, wenn den Parteien die Gelegenheit gegeben werden müsste, sich vorweg zu jeglichen Abweichungen des Dispositivs der Verfügung der WEKO im Verhältnis zu den Anträgen des Sekretariats äussern zu können, auch wenn diese Abweichungen – wie hier – nicht auf neuen oder wesentlich anders gewichteten Sachfragen basieren. Kurzum: Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich vorliegend kein Recht der Parteien, sich vorgängig zu den Abweichungen bezüglich der Dispositivziffern 1 und 5 äussern zu können, weshalb davon abzusehen ist, ihnen hierzu Gelegenheit zu geben. Ergänzend sei erwähnt, dass die Stossrichtung der Anordnungen in Dispositivziffer 1 (und 5) dieser Verfügung dieselbe ist wie diejenige der Dispositivziffer 1 (und 5) des Antrags des Sekretariats, wozu sich die Parteien äussern konnten. Deshalb kann das Ergebnis vorliegend selbst hinsichtlich der hierbei vorgenommenen Ermessensausübung nicht als für die Parteien überraschend oder gar unvorhersehbar bezeichnet werden. Eine erneute Stellungnahmemöglichkeit erübrigt sich auch aus diesem Blickwinkel. Dem ohnehin überflüssigen Antrag von Vigier auf Gewährung einer zusätzlichen Gelegenheit zur Stellungnahme ist daher nicht nachzukommen, da der Anspruch auf rechtliches Gehör dies nicht erheischt.

175. Kästli-Gruppe beantragte in ihrem Schreiben vom 6. März 2024 erstens eine Überarbeitung der Vorbemerkungen Bst. d und f der EVR hinsichtlich des vom Sekretariat beantragten Sanktionsbetrags (Antrag 1) und zweitens die Einräumung einer zusätzlichen Stellungnahmefrist, um zum angepassten Antrag des Sekretariats Stellung nehmen zu können (Antrag 2). Aus Sicht der WEKO haben sich diese beiden Anträge mit ihrem Antwortschreiben vom 12. März 2024 bereits erledigt.[227] In diesem Sinne interpretiert sie auch den Rückzug des Eventualantrags 2 der Stellungnahme von Kästli-Gruppe vom 30. November 2023, den die Kästli-Gruppe anlässlich ihrer Anhörung vornahm.[228] In aller Kürze sei bezüglich der zwei Anträge gleichwohl noch Folgendes festgehalten: Antrag 1 ist in rechtlicher Hinsicht schwierig nachvollziehbar. Für die Aushandlung und Formulierung von EVR ist das Sekretariat zuständig. Die WEKO kann abgeschlossene EVR entweder genehmigen oder nicht genehmigen, sie kann sie jedoch nicht modifizieren. Weiter ist ausschliesslich das Sekretariat für den Antrag zuständig; es entscheidet allein, welche Sanktionsbeträge es darin beantragt. Die WEKO kann dem Sekretariat den Antragsinhalt nicht vorgeben. Die WEKO ist aber auch nicht an die Anträge des Sekretariats gebunden und kann frei über die Sanktionsbeträge entscheiden, die sie verfügt. Antrag 1 liegt somit gleich in mehrfacher Hinsicht ausserhalb der Zuständigkeit der WEKO, weshalb die WEKO nicht darauf eintreten kann. Auf das Anliegen der Kästli-Gruppe, das sie mutmasslich mit Antrag 1 zu verfolgen sucht, wurde bereits im Antwortschreiben vom 12. März 2024 eingegangen, worauf verwiesen sei. Bezüglich Antrag 2 ist festzuhalten, dass die geringfügigen Ergänzungen im angepassten Antrag keinen Anspruch auf eine erneute Möglichkeit zur vorgängigen Stellungnahme hierzu auslösten. Abgesehen davon hatten die Parteien auch ohne formelle Fristansetzung die Gelegenheit, sich dazu zu äussern – etliche Parteien, darunter u.a. Kästli-Gruppe, nutzten diese Möglichkeit, teilweise sogar mehrfach[229].

176. Alluvia beantragte an der Anhörung, das Sekretariat sei anzuweisen, der WEKO eine korrekte Vergleichsversion des angepassten Antrags zukommen zu lassen, die auch den Parteien zuzustellen sei.[230] Sie machte geltend, im angepassten Antrag vom 16. Januar 2024, bei dem die vorgenommenen Änderungen gegenüber dem an die Parteien versandten Antrag markiert seien, sei bei den ehemaligen Randziffern nicht die korrekte Nummer angegeben. Die Verweise in den Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats vom 27. Juni 2023 auf bestimmte Randziffern des Antrags verwiesen daher an einen falschen Ort. In der Tat weichen die Randziffern, die im angepassten Antrag vom 16. Januar 2024 als frühere Randziffern angegeben sind, aus nicht nachvollziehbaren Gründen geringfügig von den zutreffenden ehemaligen Randziffern ab: Ab Rz 72 sind sie um eine

[223] Statt anderer etwa BGer, 2C_933/2018 vom 25.3.2019 E. 4.2 m.w.H.
[224] Vgl. Rz 124 Dispositivziffern 1 und 5 mit den Dispositivziffern 1 und 5 der vorliegenden Verfügung.
[225] Siehe zur diesbezüglichen Überlegung BGer, 2C_124/2013 vom 25.11.2013 E. 3.3.2.
[226] BGE 132 II 257 E. 4.2; bestätigt etwa in BGer, 2C_933/2018 vom 25.3.2019 E. 4.2.
[227] Siehe dazu Rz 153.
[228] Rz 158.
[229] So insbesondere die Kästli-Gruppe mit Schreiben vom 6.3.2024 (Act. IX.9), anlässlich der mündlichen Anhörung (Act. IX.30) und nochmals mit Schreiben vom 10.4.2024 (Act. IX.36).
[230] Rz 156.

Ziffer verschoben, ab Rz 105 bis zum Ende des Antrags einheitlich um stets zwei Ziffern. Der WEKO ist es aber problemlos möglich, die jeweils zutreffende ehemalige Randziffer festzustellen, indem sie einfach bei der angegebenen Randziffer zwei Ziffern dazurechnet. Das Verständnis und die Lesbarkeit der Stellungnahmen zum Antrag werden dadurch in keiner Weise geschmälert. Die WEKO kann die Argumente der Parteien auch so ohne Weiteres richtig zuordnen und diese umfassend und ohne Abstriche berücksichtigen. Eine Überarbeitung der Vergleichsversion des angepassten Antrags ist hierfür nicht erforderlich. Zudem scheint Alluvia dieses Begehren gar nicht mehr aufrecht zu halten. In ihrer Eingabe vom 11. April 2024 fasst sie konsolidiert die Rechtsbegehren zusammen, die ihres Erachtens nach der Anhörung noch relevant bzw. unerledigt sind. Dieses Begehren führt sie dort nicht auf, womit sie implizit bekundet, dieses als nicht mehr relevant zu erachten. Hätte Alluvia an diesem Begehren festgehalten, wäre es abzuweisen gewesen.

177. Kästli-Gruppe beantragte an der Anhörung vor der WEKO, eine bestimmte Passage im Antrag sei zu streichen.[231] Sie störte sich an einem bestimmten Begriff, der in dieser Passage des Antrags verwendet wurde. Dieses Begehren bezieht sich ausdrücklich auf die Begründung des Antrags. Der Antrag ist allerdings bereits an die Parteien und die WEKO versandt worden. Das lässt sich von vornherein nicht mehr rückgängig machen. Zudem ist die Formulierung des Antrags Sache des Sekretariats, nicht der WEKO.[232] Die WEKO kann daher schon nur mangels Zuständigkeit nicht auf dieses Begehren eintreten. Sofern die Kästli-Gruppe – entgegen dem Wortlaut ihres Begehrens – eigentlich beantragen möchte, dass die WEKO in ihrer Verfügung den fraglichen Begriff nicht verwendet, erscheint fraglich, ob auf ein so verstandenes Begehren eingetreten werden könnte. Denn dieses bezöge sich auf die Begründung der Verfügung, nicht auf das Dispositiv der Verfügung (oder die künftige Publikation der Verfügung, die derzeit noch nicht Streitgegenstand ist oder auch noch gar nicht sein kann). Wie dem auch sei: Inhaltlich hat die WEKO ein gewisses Verständnis für das Anliegen der Kästli-Gruppe und kann dieses nachvollziehen. Sie wird den fraglichen Begriff in der Verfügung daher nicht verwenden. Damit ist dem Anliegen der Kästli-Gruppe Genüge getan.

B.3.2 Ermittlungshandlungen und damit verwandte Themen

B.3.2.1 Ermittlungshandlungen

178. Das Sekretariat führte zeitgleich mit den Hausdurchsuchungen sowie im Anschluss an diese eine Serie von insgesamt 21 Einvernahmen durch. Zwischen dem 13. Januar 2015 und dem 12. Mai 2015 wurden Parteieinvernahmen mit Alluvia (Hofstetter und Messerli), Daepp, Heimberg, KAGA, Kästli und Kiestag[233], eine Zeugeneinvernahme[234] und zwei Einvernahmen mit mutmasslich von der Untersuchung betroffenen Unternehmen, u.a. Marti,[235] durchgeführt.

179. Von Februar 2015 bis Mai 2016 sichtete das Sekretariat die beschlagnahmten Papiere und wertete die sichergestellten elektronischen Daten aus. Die Parteien wurden vorgängig über ihr Recht informiert, der Sichtung der elektronischen Daten beizuwohnen[236]. Kästli, Alluvia, Heimberg und Kiestag nahmen hieran teil,[237] die übrigen Parteien verzichteten darauf.[238]

180. Im Mai 2015 leitete das Sekretariat die Bereinigung von Geschäftsgeheimnissen sämtlicher bis zu diesem Zeitpunkt erfolgter Korrespondenz sowie der diversen Einvernahmeprotokolle ein.[239] Die diesbezügliche Geschäftsgeheimnisbereinigung konnte (z.T. nach Fristerstreckungen)[240] Anfang September 2015 abgeschlossen werden.[241]

181. Am 15. September 2015 führte das Sekretariat eine weitere Zeugeneinvernahme durch, worüber es die Parteien informierte.[242] Vertreter der Alluvia, Daepp, Heimberg und Kiestag nahmen an der Zeugeneinvernahme teil, die übrigen Parteien verzichteten darauf.[243]

182. Mit Vorladung vom 19. resp. 25. August 2015 setzte das Sekretariat für den 14. Oktober 2015 eine Parteieinvernahme der Lehmann Transport AG (nachfolgend: Lehmann), die zu Alluvia gehört,[244] an.[245] Gleichzeitig informierte es die übrigen Parteien darüber.[246] In der Folge beantragte Alluvia den Ausschluss der übrigen Parteien von der Parteieinvernahme und verlangte im Falle der Ablehnung ihres Antrags den Erlass einer anfechtbaren Zwischenverfügung.[247] Nach dem Schriftenwechsel[248] erliess das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied der WEKO am 5. Oktober 2015 die bereits erwähnte[249] Zwischenverfügung betreffend Teilnahme von Parteien an Parteieinvernahmen gegenüber Alluvia[250] und bediente die übrigen Parteien mit einer Kopie.[251] Alluvia reichte dagegen am 13. Oktober 2015 Beschwerde beim BVGer ein.[252] Dieses untersagte dem Sekretariat gleichentags superprovisorisch, die Parteieinvernahme der zu Alluvia gehörenden Lehmann durchzuführen, worüber das Sekretariat die Parteien umgehend informierte.[253] Mit Urteil vom 18. Februar 2016 wies das BVGer die Beschwerde der Alluvia ab.[254] Das Urteil des BVGer liess das Sekretariat den übrigen

[231] Rz 158.
[232] Vgl. Art. 23 Abs. 1 sowie Art. 30 Abs. 1 KG.
[233] Act. I.19–I.28, I.40 f., I.44–I.47, I.62, I.72, I.75, I.79–I.81 (Vorladungen); Act. III.1–III.12 und III.14–III.19 (Protokolle).
[234] Act. I.53 (Vorladung), Act. III.13 (Protokoll).
[235] Act. I.99–I.100 (Vorladungen), Act. III.20 f. (Protokolle).
[236] Act. I.96, I.102, I.118, I.137, I.174, I.175 und I.367.
[237] Act. I.119, I.140, I.160, I.176, I.179 und I.368.
[238] Act. I.101, I.107, I.117, I.160 und I.178.
[239] Act. I.120–I.136.
[240] Act. I.147 f. (Kiestag), I.149, I.151 und I.164 (Alluvia), sowie I.159 und I.161 (Heimberg).
[241] Act. I.141–I.146, I.150, I.152–I.158, I.162 f., I.165–I.173, I.177, I.180 f., I.191, I.200 f., I.217, I.221 f., I.240 und I.248.
[242] Act. I.182–I.189 und III.22 (Protokoll). Die diesbezügliche Geschäftsgeheimnisbereinigung findet sich in Act. I.249 und I.251.
[243] Act. I.202–I.207 und III.22.
[244] Siehe Fn 2318.
[245] Act. I.182, I.190, I.192 f.
[246] Act. I.184–I.189.
[247] Act. I.208.
[248] Act. I.209–216, I.218 f., I.224 f., I.241–I.243, I.245, I.247, I.250 und I.252.
[249] Dazu Rz 104 ff.
[250] Act. V.2.1.
[251] Act. I.253–I.258.
[252] Act. V.2.2.
[253] Act. V.2.2–V.2.25 und I.262–I.268.
[254] Act. V.2.26.

Parteien zur Kenntnis zukommen.[255] Mit Schreiben vom 10. März 2016 teilte die Alluvia dem Sekretariat mit, dass sie auf einen Weiterzug ans Bundesgericht (nachfolgend BGer) verzichte.[256] Mit Vorladung vom 23. März 2016 setzte das Sekretariat die Parteieinvernahme der Lehmann neu für den 26. April 2016 an und informierte die übrigen Parteien über die Möglichkeit der Teilnahme an dieser Parteieinvernahme.[257] In der Folge nahmen Vertreter der Alluvia selber sowie der Heimberg und Kiestag an der Parteieinvernahme teil; die übrigen Parteien verzichteten darauf.[258] Den Parteien wurde das geschäftsgeheimnisbereinigte Protokoll zugestellt.[259]

183. Zwischen Mitte Oktober und Anfang November 2015 stellte das Sekretariat der Alluvia, Daepp, Heimberg, KAGA, Kästli und der erwähnten Inhaberin der durchsuchten Büroräumlichkeiten die bei ihnen beschlagnahmten und aufgrund der elektronischen Sichtungen als zu diesem Zeitpunkt verfahrensrelevant qualifizierten elektronischen Dokumente zu und räumte ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme ein.[260] Heimberg, Kästli und die erwähnte Inhaberin der durchsuchten Büroräumlichkeiten beantragten je eine Fristerstreckung, die das Sekretariat gewährte.[261] Gegen die Aufnahme der als verfahrensrelevant qualifizierten elektronischen Dokumente in die Verfahrensakten erhoben Daepp, Heimberg und KAGA keine Einwände.[262] Alluvia, Kästli und die erwähnte Inhaberin der durchsuchten Büroräumlichkeiten beantragten hingegen, dass einzelne Dokumente nicht zu den Verfahrensakten zu nehmen seien, mit der Begründung, dass diese Dokumente entweder nicht von Verfahrensparteien erstellt worden seien, nicht unter den Untersuchungsgegenstand fielen oder dem Anwaltsprivileg unterstünden.[263] Das Sekretariat teilte Alluvia mit Schreiben vom 20. November 2015 mit, dass es kein Beschlagnahmehindernis der fraglichen Dokumente sehe, woraufhin sich Alluvia mit Schreiben vom 2. Dezember 2015 erneut der Aufnahme widersetzte.[264] Die Anträge von Kästli und der Inhaberin der Büroräumlichkeiten hiess das Sekretariat teilweise gut.[265] Gleichzeitig teilte das Sekretariat Alluvia, Kästli und der Inhaberin der Büroräumlichkeiten mit, dass es ihre Anträge bezüglich der (restlichen) fraglichen Dokumente als Einsprache werte und setzte ihnen Frist, um die entsprechende Siegelung der Dokumente zu beantragen.[266] In der Folge erklärten sich Alluvia, Kästli und die Inhaberin der Büroräumlichkeiten weiterhin nicht mit der Aufnahme der fraglichen Dokumente in die Verfahrensakten einverstanden, verzichteten jedoch zugleich auf deren Siegelung.[267] Alluvia und Kästli behielten sich weiter ausdrücklich vor, ihre Einwände gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt erneut geltend zu machen.[268]

184. Am 11. November 2015 stellte das Sekretariat einem ehemaligen Mitarbeiter der Alluvia einen Fragebogen zu, den dieser am 17. November 2015 beantwortete.[269] Mit Vorladung vom 25. November 2015 lud das Sekretariat diesen ehemaligen Mitarbeiter der Alluvia für den 17. Dezember 2015 für eine Zeugeneinvernahme vor und informierte gleichzeitig die Parteien darüber.[270] In der Folge teilten die übrigen Parteien ihre Teilnahme resp. den Verzicht darauf dem Sekretariat mit.[271] Alluvia stellte mit Eingabe vom 2. Dezember 2015 u.a. das Gesuch, dass die Vorladung an ihren ehemaligen Mitarbeiter korrigiert und die Anfragen an die Parteien zur Teilnahme an dieser Zeugeneinvernahme – mit Ausnahme der Anfrage an Alluvia – zu annullieren seien. Zudem beantragte sie, dass der Fragebogen vom 11. November 2015 an den ehemaligen Mitarbeiter der Alluvia sowie dessen Antwort dazu aus den Verfahrensakten zu entfernen seien.[272] Mit Schreiben vom 3. Dezember 2015 informierte das Sekretariat Alluvia, dass die Wettbewerbsbehörden beabsichtigen, über diese Anträge im Rahmen einer kostenpflichtigen Zwischenverfügung zu befinden.[273] Mit E-Mail vom 7. Dezember 2015 teilte Alluvia mit, dass sie an ihren Anträgen festhalte.[274] Daraufhin erliess das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO am 8. Dezember 2015 die bereits erwähnte[275] Zwischenverfügung betreffend Zulässigkeit der Zeugeneinvernahme sowie Entfernung von Dokumenten aus den Akten.[276] Dagegen reichte Alluvia am 13. Dezember 2015 Beschwerde beim BVGer ein. Am 15. Dezember 2015 untersagte das BVGer dem Sekretariat superprovisorisch, die Zeugeneinvernahme durchzuführen, worüber das Sekretariat die Parteien umgehend informierte.[277] Mit Urteil vom 17. Februar 2016 trat das BVGer nicht auf die Beschwerde ein.[278] Das Urteil des BVGer liess das Sekretariat den übrigen Parteien zur Kenntnis zukommen.[279] Mit Schreiben vom 10. März 2016 teilte Alluvia dem Sekretariat mit, dass sie auf einen Weiterzug ans BGer verzichte.[280] Mit Vorladung vom 23. März 2016 setzte das Sekretariat die Zeugeneinvernahme daraufhin neu für den 28. April 2016 an und informierte gleichzeitig die Parteien über die Möglichkeit der Teilnahme an dieser Zeugeneinvernahme.[281] In der Folge nahmen Vertreter der Alluvia, Daepp, KAGA, Kästli, Heimberg und Kiestag an der Zeugeneinvernahme teil; Marti verzichtete auf die Teilnahme.[282] Das Protokoll der Zeugeneinvernahme stellte das Sekretariat allen Parteien am Folgetag zur Kenntnis zu.[283]

[255] Act. I.360–I.366.
[256] Act. V.3.9.
[257] Act. I.371 (Vorladung), I.372–I.377 (Information an Partei).
[258] Act. III.23 und I.388 f., I.391–I.395.
[259] Act. I.399, I.417, I.419, I.429 und I.430 f.
[260] Act. I.260 f., I.269, I.275 f. und I.280.
[261] Act. I.274, I.278 f. und I.282–I.284.
[262] Act. I.271 (Daepp), I.277 und I.281 (KAGA), I.285 f. und I.289 (Heimberg).
[263] Act. I.287 (Alluvia), I.290 (Kästli), I.291 (Inhaberin der Büroräumlichkeiten).
[264] Act. I.288 und I.290.
[265] Act. I.332 (Kästli) und I.330 (Inhaberin der Büroräumlichkeiten).
[266] Act. I.330–332.
[267] Act. I.333 f. (Inhaber der Büroräumlichkeiten), I.335 f., I.346 f., I.357, I.359 und I.369 (Kästli), I.337–I.339, I.348, I.356, I.358 und I.369a (Alluvia).
[268] Act. I.369 (Kästli) und I.369a (Alluvia).
[269] Act. VI.1 und VI.2.
[270] Act. I.292–I.299.
[271] Act. I.300 f., I.309, I.312 und I.314 f.
[272] Act. I.310.
[273] Act. I.311.
[274] Act. I.313.
[275] Rz 108 ff.
[276] Act. V.3.1.
[277] Act. V.3.2–V.3.3.
[278] Act. V.3.8.
[279] Act. I.349–I.355.
[280] Act. V.3.9.
[281] Act. I.370 (Vorladung), I.371–I.377 (Information an Parteien).
[282] Act. III.24 und I.388 f., I.391–I.395.
[283] Act. I.400–I.407.

185. Mit Vorladungen vom 30. März 2016 setzte das Sekretariat für den 2. und 4. Mai 2016 zwei weitere Zeugeneinvernahmen an, worüber es die Parteien informierte und zur Teilnahme einlud.[284] In der Folge nahmen verschiedene Vertreter der Parteien an den Zeugeneinvernahmen teil.[285] Im Anschluss an die Zeugeneinvernahmen wurden den Parteien gleichentags die Zeugeneinvernahmeprotokolle zur Einsicht zugestellt.[286]

186. Am 12. April 2016 wandte sich das Sekretariat mit einem Auskunftsbegehren betreffend die Marktverhältnisse in der Baustoff- und Deponiebranche im Kanton Bern an die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (JGK), Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR).[287] Nach erfolgter Fristerstreckung[288] reichte die JGK mit Schreiben vom 18. Mai 2016 eine umfangreiche Beantwortung der ihr gestellten Fragen beim Sekretariat ein.[289]

187. Im Mai 2016 stellte das Sekretariat der Kiestag die bei ihr sichergestellten und aufgrund der elektronischen Sichtung als zu diesem Zeitpunkt verfahrensrelevant qualifizierten elektronischen Dokumente zu und räumte ihr Gelegenheit ein, allfällige Beschlagnahmehindernisse geltend zu machen und entsprechend Einsprache (Art. 50 Abs. 3 VStrR) gegen die Beschlagnahme dieser als verfahrensrelevant qualifizierten elektronischen Dokumente zu erheben.[290] Kiestag verzichtete auf eine Stellungnahme und erhob keine Einwände.

188. Von April 2016 bis August 2017 leitete das Sekretariat die Geschäftsgeheimnisbereinigung der anlässlich der Hausdurchsuchungen bzw. in deren Nachgang beschlagnahmten Papier- und elektronischen Dokumente ein. Dabei nahm es zuvor eine Prüfung allfälliger Geschäftsgeheimnisse in diesen Dokumenten vor. Die Parteien erhielten sodann die Gelegenheit, allfällige zusätzliche Geschäftsgeheimnisse geltend zu machen. Im August 2017 konnte die Geschäftsgeheimnisbereinigung abgeschlossen werden.[291]

189. Mit Vorladung vom 12. Mai 2016 setzte das Sekretariat für den 8. Juni 2016 eine weitere Zeugeneinvernahme an, worüber es die Parteien informierte und zur Teilnahme einlud.[292] In der Folge nahmen verschiedene Vertreter der Parteien an der Zeugeneinvernahme teil.[293] Im Anschluss an die Zeugeneinvernahme wurde den Parteien gleichentags das Zeugeneinvernahmeprotokoll zur Kenntnis zugestellt.[294]

190. Am 24. August 2016 wandte sich das Sekretariat mit einem Fragebogen an einen ehemaligen Mitarbeiter der 2014 liquidierten KTB AG.[295] Mit Eingabe vom 25. August 2016 teilte dieser mit, dass er auf eine Mitarbeit verzichten wolle,[296] woraufhin das Sekretariat mit Schreiben vom 30. August 2016 ankündigte, ihn als Zeugen vorzuladen.[297] Mit Vorladung vom 6. September 2016 lud das Sekretariat diesen ehemaligen Mitarbeiter für den 6. Oktober 2016 für eine Zeugeneinvernahme vor.[298] Weiter setzte es mit Vorladung vom 6. September 2016 für den 19. Oktober 2016 eine weitere Parteieinvernahme mit der Alluvia an.[299] Gleichzeitig informierte das Sekretariat die Parteien über die Zeugen- und die Parteieinvernahme.[300] In der Folge teilten die Parteien ihre Teilnahme resp. den Verzicht darauf dem Sekretariat mit.[301] Bezugnehmend auf die Telefongespräche vom 19. September 2016 mit Alluvia und Kästli bat das Sekretariat mit E-Mail vom 21. September 2016, allfällige Anträge zu den Zeugen- und Parteieinvernahmen schriftlich einzureichen.[302] Am 30. September 2016 bzw. am 3. Oktober 2016 teilten Alluvia und Kästli mit, dass sie auf einen formellen Antrag, die Einvernahmen ohne die übrigen Parteien durchzuführen, verzichten.[303] Am 10. Oktober 2016 sandte das Sekretariat den Parteien das Protokoll der Zeugeneinvernahme zu.[304] Am 27.Oktober 2016 gewährte es der Alluvia die Gelegenheit, Geschäftsgeheimnisse im Einvernahmeprotokoll zu bezeichnen.[305] Die Alluvia kam dieser Aufforderung mit Schreiben vom 4. November 2016 nach.[306]

191. Mit Schreiben vom 13. September 2016 wandte sich das Sekretariat betreffend Bereinigung um Amts- und Geschäftsgeheimnisse im Auskunftsbegehren vom 18. April 2016 an das AGR des JGK.[307] Mit Schreiben vom 28. September 2016 bezeichnete die JGK die Amts- und Geschäftsgeheimnisse,[308] die das Sekretariat teilweise berücksichtigte.[309] Mit Schreiben vom 18. Oktober 2016 hielt die JGK an ihrem Antrag fest.[310] Das Sekretariat machte daraufhin mit Schreiben vom 3. November 2016 einen Vorschlag zur Abdeckung, dem sich die JGK nicht innert Frist widersetzte.[311]

[284] Act. I.379 f. (Vorladung), I.381–I.387 (Information an Parteien).
[285] Act. III.25 f. und I.389–I.395.
[286] Act. I.410 f. und I.413 f.
[287] Act. VI.3 und VI.4.
[288] Act. I.396 f.
[289] Act. VI.5.a–5.d.
[290] Act. I.415.
[291] Act. I.398, I.412 und I.418 (KAGA), I.416, I.437–I.439 (Daepp), I.434, I.442 f., I.446, I.453, I.455 f., I.459a–I.459c, I.494, I.497, I.501 f. (Heimberg), I.443, I.447, I.450, I.461.a–461.c, I.483, I.489, I.491, I.499.a–499.i, I.512, I.516, I.520, I.536 (Kiestag), I.444, I.448 f., I.454–I.454.l, I.457, I.472 f., I.563, I.565 f., I.568 f., I.573 (Inhaberin der Büroräumlichkeiten), I.451, I.463, I.513–515, I.542, I.547, I.552, I.556 f., I.559 (Kästli) und I.452, I.462, I.511, I.517 f., I.539, I.543, I.546, I.548–I.551, I.555, I.558, I.560–I.562 (Alluvia), betreffend Alluvia und Kästli siehe ferner Act. I.521 und I.535 (Alluvia) und Act. I.522 f., I.531 f. und I.537 (Kästli).
[292] Act. I.420 (Vorladung), I.421 –I.427 (Information an Parteien).
[293] Act. I.428 f., I.432 f., I.435 f.
[294] Act. I.440 f.
[295] Act. VI.6.
[296] Act. I.458.
[297] Act. I.460.
[298] Act. I.464.
[299] Act. I.465.
[300] Act. I.466-I.471.
[301] Act. I.474; I.476 f.; I.480–482.
[302] Act. I.478 f.
[303] Act. I.486 f.
[304] Act. I.492 f.
[305] Act. I.498.
[306] Act. I.505.
[307] Act. I.475.
[308] Act. I.484.
[309] Act. I.490.
[310] Act. I.496.
[311] Act. I.504.

192. Mit Vorladung vom 3. Januar 2017 setzte das Sekretariat für den 14. Februar 2017 eine Parteieinvernahme der KAGA an.[312] Gleichzeitig informierte es die übrigen Parteien über diese Parteieinvernahme.[313] In der Folge teilten die Parteien ihre Teilnahme resp. den Verzicht auf Teilnahme dem Sekretariat mit.[314] Im Anschluss an die Parteieinvernahme wurde den Parteien am 15. Februar 2017 das Einvernahmeprotokoll zur Kenntnis zugestellt.[315]

193. Am 22. Februar 2017 stellte das Sekretariat ein Auskunftsbegehren an Marti[316], welches mit Eingabe vom 17. März 2017 beantwortet wurde[317].

194. Mit Schreiben vom 29. August 2017 wandte sich das Sekretariat an die Geschäftsprüfungskommission des Grossen Rates des Kantons Bern (GPK) und verlangte die Herausgabe eines Berichts, den die Finanzkontrolle des Kantons Bern im Auftrag der GPK verfasst hatte.[318] Im Fokus dieses Berichts stehen der Kanton Bern und seine Rolle im Kiesabbau- und Deponiewesen sowie Auswirkungen auf die Preissituation. Die GPK bestätigte den Eingang des Schreibens am 18. September 2017 und teilte mit, dass sie voraussichtlich Ende Oktober 2017 über das Begehren entscheiden werde.[319] Mit Schreiben vom 26. Oktober 2017 teilte die GPK mit, dass ihr aus übergeordneten staatsrechtlichen Gründen eine Herausgabe des Berichts nicht möglich sei.[320] Am 6. März 2018 trafen sich eine Delegation der GPK sowie des Sekretariats zu einer Besprechung des Ersuchens sowie der abschlägigen Antwort.[321] Im Nachgang dazu ersuchte das Sekretariat zumindest um Auskunft bezüglich der beim «interkantonale[n] Vergleich von Angebotspreisen» angewandten Methodik.[322] Aber auch diesbezüglich wurde letztlich jegliche Auskunft seitens der GPK verweigert.[323]

195. Am 28. September 2017 richtete das Sekretariat ein Auskunftsbegehren an KAGA,[324] das diese nach Fristerstreckung[325] am 10. November 2017 beantwortete.[326] Am 2. November 2017 richtete das Sekretariat ferner Fragen zum Datenabgleich an KAGA,[327] welche diese nach Fristerstreckung[328] am 24. November 2017 beantwortete.[329]

196. Am 13. November 2017 stellte das Sekretariat zwölf Kundinnen von KAGA einen Fragebogen zur Baustoff- und Deponiebranche zu,[330] wobei eine dieser Gesellschaften, die Uhlmann AG, Teil der Kästli-Gruppe ist[331]. Nach mehrfachen Nachfragen[332] und Fristerstreckungen[333] verfügte das Sekretariat schliesslich im März 2018 über die Antworten aller zwölf Kundinnen.[334] Am 4. April 2018 stellte das Sekretariat diesen zwölf Kundinnen die seitens des Sekretariats um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Version ihrer Fragebögen zur Stellungnahme zu.[335] Die zur Kästli-Gruppe gehörende Kundin erklärte ausdrücklich ihr Einverständnis mit der vorgeschlagenen Geschäftsgeheimnisbereinigung,[336] während die übrigen Kundinnen dies konkludent durch unbenutzten Ablauf der Antwortfrist taten.

197. Mit Schreiben vom 13. Dezember 2017 stellte das Sekretariat fünf unabhängigen Betreiberinnen von Abbaustellen in der Region einen Fragebogen zur Baustoff- und Deponiebranche zu.[337] Die Antworten gingen nach Fristerstreckungen[338] und Rückfragen[339] bis April 2018 beim Sekretariat ein.[340] Im Februar 2022 stellte das Sekretariat diesen fünf Betreiberinnen die seitens des Sekretariats um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Version ihrer Fragebögen zur Stellungnahme zu.[341] Indem sie die Antwortfrist unbenutzt verstreichen liessen, erklärten sich alle Betreiberinnen, wie im Schreiben des Sekretariats vom Februar 2022 ausgeführt, mit der vorgeschlagenen Geschäftsgeheimnisbereinigung einverstanden.

198. Mit Schreiben vom 25. Mai 2022 ersuchte das Sekretariat drei Parteien um Angaben zu ihren Umsätzen.[342] Die Antworten gingen am 9. Juni,[343] 20. Juni[344] und 14. Juli 2022[345] ein.

B.3.2.2 Unaufgeforderte Parteieingaben

199. Alluvia reichte im Nachgang zu ihren Parteieinvernahmen vom 15. Januar 2015, 17. Februar 2015 und 16. März 2015 jeweils Stellungnahmen mit Korrekturen und Ergänzungen ein.[346]

200. Weiter reichten KAGA sowie Kästli im Nachgang zur Zeugeneinvernahme vom 4. Mai 2016 jeweils eine Stellungnahme ein.[347]

201. Im Nachgang zur Parteieinvernahme vom 14. Februar 2017 reichte KAGA am 24. Februar 2017 das Organisationsreglement der KAGA und Protokolle der Sitzungen der Finanzkommission von KAGA (FIKO) ein.[348] Wie anlässlich der Einvernahme zugesagt, informierte KAGA zudem mit Schreiben vom 24. April 2017[349] und 4. Juli 2017[350] über die künftige Organisation der Finanzen der KAGA.

[312] Act. I.524.
[313] Act. I.525–530.
[314] Act. I.533–534; I.538; I.540 f.
[315] Act. I.544 f.
[316] Act. IV.9.
[317] Act. IV.10.
[318] Act. VI. 12.
[319] Act. VI.14.
[320] Act. VI.20.
[321] Act. VI.53.
[322] Act. VI.58.
[323] Act. VI.59 f., VI.62 f.
[324] Act. IV.11.
[325] Act. I.581 f.
[326] Act. IV.13.
[327] Act. IV.12.
[328] Act. I.584 f.
[329] Act. IV.14.
[330] Act. VI.21.
[331] Siehe Act. I.588.
[332] Siehe etwa Act. VI.28–31, VI.33, VI.39 f.
[333] Etwa Act. I.586 f., I.589 f., I.592 f., I.595, I.598–600, I.602–604.
[334] Act. VI.22–25; Act. VI. 27; VI.34–36, VI.41 f., VI.44 f., VI.51, IV.15.
[335] Act. VI.55.
[336] Act. I.613.
[337] Act. VI.32.
[338] Etwa Act. I.609, I.612.
[339] Act. I.611.
[340] Act. VI.38, VI.43 und VI.48, VI.52, VI.54 und VI.57.
[341] Act. VI.73–77.
[342] Act. I.630–I.632.
[343] Act. IV.16.
[344] Act. IV.17.
[345] Act. IV.18 f.
[346] Act. IV.1–IV.3.
[347] Act. IV.4–IV.5.
[348] Act. IV.6.
[349] Act. IV.7.
[350] Act. IV.8.

B.3.2.3 Akteneinsicht

202. Zwei Tage nach Untersuchungseröffnung reichte Kiestag ein erstes Akteneinsichtsgesuch ein.[351] Das Sekretariat lehnte dieses mit der Begründung ab, dass es derzeit eine Serie von Einvernahmen durchführe, weitere Ermittlungsmassnahmen beabsichtige und angesichts des kurzen Zeitraums seit der Untersuchungseröffnung sowie der engen Beziehungen der Kiestag zu anderen Verfahrensparteien der Verdacht bestehe, dass Kiestag andere Parteien oder allfällige Zeugen beeinflussen könnte. Dabei handle es sich jedoch nur um einen zeitlichen Aufschub, zumal auch noch vorgängig eine Geschäftsgeheimnisbereinigung erfolgen müsse. Es werde allen Parteien spätestens bei Zusendung des Antrags ein Aktenverzeichnis zukommen lassen und alsdann auch Akteneinsicht gewähren.[352]

203. Ebenfalls im Januar 2015 reichte auch Daepp ein Akteneinsichtsgesuch ein.[353] Das Sekretariat lehnte dieses mit derselben Begründung wie bei der Kiestag ab.[354]

204. Im März 2015 reichte Kiestag ein weiteres Gesuch um Akteneinsicht sowie ein Gesuch um Teilnahme an Einvernahmen von nicht am Verfahren beteiligten Unternehmen ein.[355] Das Akteneinsichtsgesuch lehnte das Sekretariat mit Bezug auf sein Schreiben vom Januar 2015[356] erneut mit einem zeitlichen Aufschub ab. Es werde nach Abschluss der Einvernahmeserie sowie der Geschäftsgeheimnisbereinigung der bislang aufgenommenen Akten allen Parteien ein Aktenverzeichnis zukommen lassen und Akteneinsicht gewähren.

205. Nach Abschluss der Geschäftsgeheimnisbereinigung im September 2015 orientierte das Sekretariat die Parteien am 9. September 2015 über den Stand der Verfahrensakten durch Versand des Aktenverzeichnisses.[357] Zudem wurden die digitalisierten Verfahrensakten auf einem gesicherten Server des Bundes zum Download bereitgestellt und den Parteien ein entsprechendes Passwort zum Abrufen der Dateien mitgeteilt, also Akteneinsicht gewährt.

206. In der Folge gewährte das Sekretariat eine weitere Akteneinsicht am 2. Dezember 2015.[358] Im Anschluss an die später erfolgten Einvernahmen wurde den Parteien jeweils umgehend die Einvernahmeprotokolle zugesandt.

207. Nach der Geschäftsgeheimnisbereinigung der beschlagnahmten und als verfahrensrelevant qualifizierten Papier- und elektronischen Dokumente gewährte das Sekretariat den Parteien am 2. Oktober 2017 Akteneinsicht in sämtliche Beweismittel durch Versand des Aktenverzeichnisses und Bereitstellung der digitalisierten Akten zum Download.[359]

208. Auf Nachfrage von Kiestag am 28. Februar 2019 sandte das Sekretariat ihr im März 2019 ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zu und teilte gleichzeitig mit, dass die Geschäftsgeheimnisbereinigung noch nicht bei allen neu aufgenommenen Dokumenten durchgeführt worden sei.[360] Auf Nachfrage von Heimberg sandte das Sekretariat ihr im Juli 2019 ebenfalls ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zu und teilte gleichzeitig mit, dass die Geschäftsgeheimnisbereinigung noch nicht bei allen neu aufgenommenen Dokumenten durchgeführt worden sei.[361]

209. Nachdem insbesondere die Antworten der angefragten Unternehmen auf die Fragebogen geschäftsgeheimnisbereinigt waren,[362] stellte das Sekretariat den Parteien mit Schreiben vom 25. Mai 2022 wiederum das Aktenverzeichnis zu und stellte die neu aufgenommenen, digitalisierten Akten zum Download bereit.[363] Auf Ersuchen einer Partei stellte das Sekretariat dieser die vollständigen Verfahrensakten erneut zum Download bereit.[364]

210. Mit dem Antrag stellte das Sekretariat den Parteien mit Schreiben vom 28. Juni 2023 wiederum die neu aufgenommenen, digitalisierten Akten zum Download bereit.[365] Es wies zugleich darauf hin, dass die vom Kanton Bern eingereichten Controlling-Daten aufgrund der enthaltenen Amts- und Geschäftsgeheimnisse nur geschwärzt zugestellt werden könnten. Unter Einhaltung bestimmter Regeln könne jedoch in den Räumlichkeiten des Sekretariats Einblick in die ungeschwärzten Controlling-Daten genommen werden. Die Parteien wurden gebeten, sich an das Sekretariat zu wenden, sollten sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wollen.[366] Keine der Parteien teilte innert Frist – oder auch nach deren Ablauf im Rahmen der Stellungnahmen zum Antrag[367] – mit, Einsicht in die ungeschwärzten Controlling-Daten des Kantons Bern nehmen zu wollen.

211. Den per 16. Januar 2024 angepassten Antrag stellte das Sekretariat den Parteien, wie im Schreiben vom 31. Januar 2024 angekündigt,[368] am 2. Januar 2024 zu. Gleichzeitig stellte es ihnen wiederum die neu aufgenommenen, digitalisierten Akten mit Stand 23. Januar 2024 zum Download bereit.[369]

212. Die Eingaben von Alluvia und Kästli-Gruppe vom 6. März 2024,[370] die Antwortschreiben darauf vom 12. März 2024[371] sowie die weiteren schriftlichen Eingaben von KAGA, Kästli-Gruppe und Vigier vom 10. April 2024 und von Alluvia vom 11. April 2024[372] wurden allen Parteien jeweils zeitnah, gegebenenfalls nach vorgängiger Bereinigung allfälliger Geschäftsgeheimnisse, per E-Mail zugestellt.[373] Ebenfalls per E-Mail wurden die Parteien mit dem Rahmenprotokoll der Anhörungen inkl. Beilagen bedient.[374]

---

[351] Act. I.30.
[352] Act. I.37.
[353] Act. I.34.
[354] Act. I.39.
[355] Act. I.88.
[356] Siehe Rz°202 resp. Act. I.37.
[357] Act. I.226–I.239.
[358] Act. I.302–I.308.
[359] Act. I.574–I.580.
[360] Act. I.614 f.
[361] Act. I.616.
[362] Siehe hierzu Rz 196 f.
[363] Act. I.629–I.640.
[364] Act. I.641–I.644, I.646, I.648–650.
[365] Act. VIII.12.
[366] Act. VIII.3–VIII.9, jeweils Ziff. 4 und Beilage 3.
[367] Act. VIII.156 (KAGA), VIII.157 (Daepp), VIII.159 (Marti), VIII.161 (Heimberg), VIII.162 (Alluvia), VIII.163 (Kästli), VIII.164 (Vigier) e contrario.
[368] Act. IX.1.
[369] Act. IX.2.
[370] Siehe Rz 151 f.
[371] Siehe Rz 153 f.
[372] Siehe Rz 159.
[373] Act. IX.12, IX.27 und IX.44.
[374] Act. IX.31.

B.3.2.4 Teilnahmen an Einvernahmen

213. Zusammen mit ihrem Gesuch um Akteneinsicht reichte die Kiestag im März 2015 ein Gesuch um Teilnahme an Einvernahmen ein.[375] Das Sekretariat teilte der Kiestag mit, dass es ihr Gesuch um Teilnahme an Einvernahmen grundsätzlich gutheisst, jedoch aufgrund der Wahrung wesentlicher öffentlicher oder privater Interessen nicht ausschliessen kann, dass Einvernahmen in Abwesenheit der Parteien erfolgen und die Einsicht in die Einvernahmeprotokolle vorerst verweigert wird.[376]

214. Anlässlich der für den 15. September 2015 angesetzten Zeugeneinvernahme sowie der für den 14. Oktober 2015 angesetzten Parteieinvernahme sowie für alle folgenden Zeugen- und Parteieinvernahmen bestanden keine Gründe für den Ausschluss der Parteien mehr, so dass das Sekretariat die Parteien jeweils vorgängig über die Einvernahmen informierte.[377] In der Folge machten die Parteien teilweise von ihrem Anwesenheitsrechts Gebrauch.[378]

B.3.2.5 Rückgabe der beschlagnahmten Original-Papierdokumente aus den Hausdurchsuchungen

215. Anlässlich der Hausdurchsuchungen wurden bei den durchsuchten Gesellschaften diverse Papierdokumente beschlagnahmt sowie elektronische Daten kopiert und gespiegelt.[379]

216. Von einem Grossteil der beschlagnahmten Original-Papierdokumente wurden von Februar bis Mai 2015 Kopien erstellt und die Originale in der Folge den Parteien retourniert.[380] Die für die Untersuchung relevanten Papierdokumente wurden in Kopie in die Akten übernommen.

217. Die restlichen Original-Papierdokumente sowie die Datenträger mit den gespiegelten Daten befinden sich nach wie vor im Besitz der Wettbewerbsbehörden.

C Sachverhalt

C.1 Überblick über den Teil «C. Sachverhalt» / Orientierungshilfe

218. Die Sachverhaltsfeststellungen fallen mit nahezu 400 Seiten umfangreich aus und sind sehr detailliert. Um die Lektüre zu erleichtern, wird an dieser Stelle einleitend der Aufbau des Teils «Sachverhalt» erläutert. In Ergänzung zu den teilweise selbsterklärenden Kapiteltiteln wird hier überblicksartig gezeigt, welches die Kernthemen der Kapitel sind. Dabei wird auch erwähnt, für welche kartellrechtlichen Prüfpunkte diese Sachverhaltsfeststellungen wichtig sind. Die dargestellten Verbindungen zwischen Sachverhaltsfeststellungen und Rechtlichem bzw. Subsumtion dienen bloss dem einfacheren Verständnis. Sie sind weder ab- noch ausschliessend. D.h., Sachverhaltsfeststellungen in einem Kapitel können ohne Weiteres auch für weitere, in dieser Orientierungshilfe nicht erwähnte kartellrechtliche Prüfpunkte bedeutsam sein. Und da die Marktgegebenheiten ineinandergreifen, etliche Interdependenzen bestehen und die Geschehnisse zuweilen miteinander verwoben sind, können Sachverhaltsfeststellung in einem Kapitel freilich auch für mehrere kartellrechtliche Prüfpunkt zugleich relevant sein.

219. Im Kapitel C.2 werden einleitend die rechtlichen Grundlagen hinsichtlich der Feststellung des Sachverhalts dargelegt.

220. Kapitel C.3 umfasst im Wesentlichen zwei Themen, die beide für das grundsätzliche Verständnis der Kies- und Deponiebranchen und der dortigen Marktgegebenheiten wesentlich sind. Zum einen (Unterkapitel C.3.3, auch C.3.2) werden die in dieser Untersuchung interessierenden Produkte näher betrachtet, wobei unter anderem die in diesem Dokument verwendeten Begriffe geklärt werden. Erörtert wird in diesen Unterkapiteln, aus welchen Quellen im Kanton Bern Rohkies gewonnen wird und wer diesen nachfragt. Das enge Zusammenspiel mit der nachfolgenden Marktstufe der Kiesveredelung sowie die Bedeutung der Transportkosten in diesem Bereich (wie auch in der Deponiebranche) kommen ebenfalls zur Sprache. Betrachtet werden ferner die Abbaurechte, die erforderlich sind, um Kies in Kiesgruben abbauen zu können, sowie die Anforderungen, die Grundstücke erfüllen müssen, um für eine Kiesgewinnung überhaupt in Frage zu kommen. Schliesslich werden die unterschiedlichen Deponiearten sowie deren Anbieterinnen und Nachfragerinnen vorgestellt. Zum anderen (Unterkapitel C.3.4) werden die raumplanungsrechtlichen Rahmenbedingungen dargestellt, die vor allem Kiesgruben und Deponien betreffen und wesentliche Hürden sind, um in diesen Bereichen tätig zu werden. Kapitel C.3 ist vor allem für das Grundverständnis der Kies- und Deponiebranchen und der Zusammenhänge zwischen diesen zentral. Dieses Grundverständnis erleichtert es, die später näher betrachteten Verhaltensweisen in ihrer gesamten Tragweite zu erfassen und einzuordnen. Bedeutung hat das Kapitel sodann für die Marktabgrenzungen, die Charakterisierung der Märkte und Produkte, die Marktstellung (insbesondere mit Blick auf die Marktzutrittsschranken), die vorbehaltenen Vorschriften sowie die erforderlichen Massnahmen.

221. Im Kapitel C.4 geht es vor allem um die Abbaustellen und Deponien von KAGA, von ihren Aktionärinnen und von Dritten im Umfeld von KAGA. Näher betrachtet werden insbesondere die Standorte und Grössen dieser Abbaustellen und Deponien. Dieses Kapitel ist vor allem für die Einschätzung der Marktstellung der Verfahrensparteien und insbesondere die Beurteilung einer allenfalls marktbeherrschenden Stellung der KAGA von Bedeutung.

222. Im Kapitel C.5 werden die Ursprünge der KAGA, deren Grösse und Organisation vorgestellt. Ein besonderes Augenmerk gilt dabei dem VR von KAGA. Dieses Kapitel vermittelt ein Grundverständnis für die KAGA und den Beziehungen zwischen ihr und ihren Aktionärinnen. Besondere Bedeutung hat es für den Informationsaustausch, der im VR von KAGA erfolgt.

---

[375] Act. I.88.
[376] Act. I.89.
[377] Vgl. ausführlich Rz 182 f.
[378] Act. III.22–III.30.
[379] Siehe Rz 92.
[380] Act. I.70 f. (Heimberg), I.68, I.73 f. (Kästli), I.84, I.89 f., I.94 (KAGA), I.91–I.93, I.97 (Alluvia), I.102–I.104, I.109 (Inhaberin der Büroräumlichkeiten) und I.105 f. (Daepp).

223. Im Kapitel C.6 werden die Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA behandelt. Dieses Kapitel bildet das Kernstück der Sachverhaltsfeststellungen hinsichtlich der koordinierten Verhaltensweisen der Parteien, also der unter Art. 5 KG zu würdigenden Verhaltensweisen. Aufgezeigt werden im Detail die drei Gegenstände der Zusammenarbeit der Aktionärinnen im Rahmen der KAGA, die sich – jedenfalls teilweise – in KAGA selbst verkörpern, wie sich diese im Laufe der Jahre entwickelt haben und wie sie gelebt wurden. Unterkapitel C.6.3.5 ist der Nucleus dieser Sachverhaltsfeststellungen. Erörtert wird in diesem Kapitel ausserdem, dass und weshalb Äusserungen eines VR-Mitglieds im VR von KAGA nicht nur KAGA, sondern zugleich auch der Aktionärin zugeordnet werden können, die dieses VR-Mitglied entsandt hat (Unterkapitel C.6.3.1). Dieses Kapitel ist von besonderer Bedeutung für die rechtliche Würdigung der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA sowie die insofern erforderlichen Massnahmen. Aber auch für die weiteren beurteilten Verhaltensweisen ist dieses Kapitel von grosser Bedeutung, insbesondere für das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet und die Koordination der Angebote für die Übernahme von [U01], die nicht zusätzlich noch in separaten Kapiteln aufgegriffen werden, sowie den Informationsaustausch, der im VR von KAGA erfolgt (dazu auch Kapitel C.5).

224. Im Kapitel 0 werden die mannigfaltigen Vorzugskonditionen behandelt, die KAGA ihren Aktionärinnen, nicht aber Dritten, insbesondere im Kiesbereich zukommen liess. Besondere Bedeutung hat dieses Kapitel vor allem für Beurteilung, ob hierin eine missbräuchliche Verhaltensweise von KAGA zu erblicken ist. Ferner ist es für den mit dem Preissystem von KAGA zusammenhängenden Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen und die Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben, bedeutend.

225. Im Kapitel C.8 wird erörtert, inwiefern KAGA von ihren Kundinnen verlangte, bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub im Gegenzug Kies zu beziehen oder künftiges Deponievolumen abzutreten. Genauer betrachtet wird dabei insbesondere, welche Kundinnen dadurch in ihrem Verhaltensspielraum effektiv beschränkt wurden und wie KAGA auf die Nichteinhaltung der Bezugspflicht reagierte. Dieses Kapitel ist vor allem für die Beurteilung bedeutend, ob hierin eine missbräuchliche Verhaltensweise von KAGA zu erblicken ist sowie für die diesbezüglich erforderlichen Massnahmen.

226. Im Kapitel C.9 wird erörtert, inwiefern KAGA das Gebiet einschränkte, aus dem sie unverschmutzten Aushub zur Deponierung entgegennahm. Dieses Kapitel ist für die Beurteilung bedeutend, ob hierin eine missbräuchliche Verhaltensweise von KAGA zu erblicken ist.

C.2 Rechtliche Grundlagen hinsichtlich der Feststellung des Sachverhalts

C.2.1 Freie Beweiswürdigung

227. Im Kartellverwaltungssanktionsverfahren, das als strafrechtsähnliches Verfahren zu qualifizieren ist,[381] gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP). Feste Beweisregeln bestehen nicht.[382] Mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung nicht zu vereinbaren ist insbesondere, wenn einem gesetzlich vorgesehenen, objektiv tauglichen Beweismittel zum Vornherein ein fester Beweiswert zugemessen wird, etwa indem ihm jeder Beweiswert abgesprochen wird.[383] Unzulässig ist deshalb etwa, der Aussage einer Selbstanzeigerin bereits zum Voraus die Tauglichkeit abzusprechen, den rechtsgenüglichen Beweis erbringen zu können[384] – angezeigt ist vielmehr stets, die im konkreten Einzelfall vorliegenden Beweismittel zu prüfen und zu würdigen.[385] Aus dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung ergibt sich ferner die Selbstverständlichkeit, dass eine Tatsache auch durch Indizien nachgewiesen werden kann.[386]

C.2.2 Für die Beweiserbringung erforderliches Beweismass

228. Der Beweis einer Tatsache ist im Allgemeinen erbracht, wenn die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von deren Verwirklichung überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit (also ohne jeden Zweifel) festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.[387] Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann.[388] Es muss sich vielmehr um erhebliche und unüberwindliche Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.[389] Dieses Beweismass wird auch «Regelbeweismass», «Vollbeweis», «Beweismass des vollen Beweises», «ordentlicher Beweis» und «Überzeugungsbeweis» genannt.

[381] BGE 139 I 72 E. 2.2.2, *Publigroupe*.
[382] BVGer, B-829/2012 vom 26.6.2018 E. 7.4.2, *Granella Holding AG und Aarvia Bau AG*.
[383] Deutlich, wenn auch zum Zivilprozessrecht, BGE 143 I 297 E. 9.3.2 S. 333.
[384] Mit der Aufstellung einer solchen festen Beweisregel den Grundsatz der freien Beweiswürdigung verletzend BVGer, B-8430/2010 vom 23.9.2014 E. 5.4.34, *Baubeschläge/Koch AG*. Dieses Urteil wurde jedoch durch BGer, 2C_1017/2014 vom 7.10.2017 aufgehoben, da das BVGer den rechtsrelevanten Sachverhalt nicht festgestellt hat. Das BVGer hat diese feste Beweisregel jüngst erneut erwähnt, wobei es deren Charakter als feste Beweisregel zu verkennen scheint (siehe BVGer, B-4596/2019 vom 6.6.2023, *Leasing – CA Auto Finance*: einerseits E. 3.2.4.4 f., in der diese feste Beweisregel aufgeführt wird, andererseits E. 3.2.1.2, in welcher der Grundsatz der freien Beweiswürdigung festgehalten wird). Selbstverständlich richtig ist, dass sich weder am Beweismass noch am Untersuchungsgrundsatz etwas ändert, ob nun die Aussage einer Selbstanzeigerin vorliegt oder nicht (BVGer, B-4596/2019 vom 6.6.2023 E. 3.2.4.4, *Leasing – CA Auto Finance*).
[385] So deutlich jüngst BVGer, B-5172/2019 vom 26.10.2023 E. 6.7.1.13–20, *Engadin II*. Zutreffend bereits BVGer, B-829/2012 vom 26.6.2018, *Granella Holding AG und Aarvia Bau AG*, in dem die in der vorangehenden Fn aufgeführte Rechtsprechung des BVGer in E. 7.5.5.1 ff. aufgegriffen und im Ergebnis in E. 7.5.5.4 – mit zurückhaltendenden Worten – zurechtgerückt wurde. Unklar BVGer, B-761/2014 vom 16.11.2022 E. 9.2.3, *SAS*, wo in derselben Erwägung beide Rechtsprechungslinien wiedergegeben werden, ohne den inhärenten Widerspruch zu thematisieren.
[386] BVGer, B-829/2012 vom 26.6.2018 E. 7.4.3.6, *Granella Holding AG und Aarvia Bau AG*.
[387] BVGer, B-829/2012 vom 26.6.2018 E. 7.4.3.1, *Granella Holding AG und Aarvia Bau AG* m.w.H.; BVGer, B-654/2018 vom 18.4.2024 E. 6.3, *Engadin III Zindel*.
[388] BGE 144 IV 345 E. 2.2.1.
[389] Vgl. etwa BGE 124 IV 86 E. 2a; 144 IV 345 E. 2.2.1.

229. Ausnahmsweise ist von diesem «Regelbeweismass» abzuweichen, d.h., es reicht ein geringeres Ausmass an Überzeugung aus, damit eine Tatsache als erwiesen gilt. Diese Ausnahmen ergeben sich entweder aus dem Gesetz oder wurden durch die Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet.[390] Für Kartellverwaltungssanktionsverfahren erkannte die Rechtsprechung, dass hinsichtlich bestimmter Tatsachen, namentlich komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte, keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen sind. Vielmehr schliesst die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, eine strikte Beweisführung regelmässig aus. Das BGer hält daher fest: «Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen».[391] Gemäss BGer ist das etwa der Fall, wenn es um den Nachweis der Marktstellung geht, da eine Feststellung u.a. der Marktverhältnisse sowie der Substituierbarkeit von Gütern kaum je exakt möglich sei.[392] Auch bezüglich Kausalität,[393] Marktabgrenzung[394] und Effizienzgründen[395] kommt gemäss BGer dieses relativierte Beweismass zur Anwendung. Gemäss BVGer ist das ferner der Fall, wenn es um mögliche Auswirkungen von Abreden auf den Wettbewerb geht.[396]

230. Nur wenn das jeweils erforderliche Mass der Überzeugung erreicht ist, sind die entsprechenden Tatsachen einem Kartellverwaltungssanktionsentscheid als Fundament zu Grunde zu legen. Andernfalls sind diese Gegebenheiten nicht erstellt; es liegt insofern Beweislosigkeit vor. Diesfalls kommen die Regeln über die Verteilung der (objektiven) Beweislast zum Zuge.

C.2.3 Verteilung der Beweisführungslast sowie der (objektiven) Beweislast

C.2.3.1 Beweisführungslast

231. Verstösse gegen das Kartellgesetz sind gemäss dem auch im Kartellverwaltungssanktionsverfahren anwendbaren Untersuchungsgrundsatz grundsätzlich durch die Behörden zu untersuchen (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG). Diese haben den rechtserheblichen Sachverhalt aus eigener Initiative richtig und vollständig abzuklären – und zwar losgelöst davon, wer die (objektive) Beweislast bezüglich eines bestimmten Sachumstandes trägt. Von der Behörde zu untersuchen sind also sowohl belastende als auch entlastende Tatsachen. Dazu sind alle rechtserheblichen Aspekte zu ermitteln, sämtliche notwendigen Unterlagen zu beschaffen und die erforderlichen Beweise abzunehmen. Aufgrund dieser Pflicht zur richtigen und vollständigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts liegt die Beweisführungslast im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren bei den Wettbewerbsbehörden[397]

232. Der Untersuchungsgrundsatz wird allerdings durch die Mitwirkungspflicht der Parteien ergänzt, die in Art. 13 VwVG statuiert ist resp. sich aus dem verfassungsmässigen Grundsatz von Treu und Glauben ableitet. Der strafrechtsähnliche Charakter von Kartellverwaltungssanktionsverfahren und die sich daraus ergebenden Garantien verdrängen diese Mitwirkungspflicht nicht vollständig. Insbesondere Rechtfertigungsgründe haben die Behörden nur insoweit von sich aus zu untersuchen, als dass sich aufgrund der konkreten Sachlage die Möglichkeit des Vorliegens bestimmter Rechtfertigungsgründe aufdrängt. Bezüglich nichtoffensichtlicher Aspekte, die zur Rechtfertigung dienen könnten, obliegt es hingegen den sachnäheren Parteien, diese substantiiert vorzutragen,[398] um so dahingehende Ermittlungen der Wettbewerbsbehörden anzustossen und zu unterstützen.

C.2.3.2 (Objektive) Beweislast

233. Die Verteilung der (objektiven) Beweislast regelt, zu wessen Lasten es sich auswirkt, wenn eine Tatsache nach durchgeführtem Beweisverfahren unbewiesen geblieben ist. Sie kommt somit zum Zuge, wenn das Vorhandensein einer Tatsache oder ihr Gegenstück, das Nichtvorhandensein einer Tatsache, nicht mit der gemäss einschlägigem Beweismass erforderlichen Sicherheit festgestellt werden kann. Liegt hingegen ein Beweisergebnis vor, stellt sich die Frage der objektiven Beweislast gar nicht erst.[399]

234. Die Verteilung der (objektiven) Beweislast ergibt sich aus den materiellen Normen des KG, namentlich aus Art. 5 und 7 KG. Im Allgemeinen hat derjenige das Vorhandensein einer Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (vgl. Art. 8 ZGB). Für rechtsbegründende Tatsachen trägt demnach derjenige die (objektive) Beweislast, der dieses Recht geltend macht, für rechtshindernde oder -vernichtende Tatsachen sein Gegenüber. In einem Kartellverwaltungssanktionsverfahren geht es insbesondere darum, ob die Voraussetzungen für die Sanktionierung eines Unternehmens erfüllt sind. Die (objektive) Beweislast für diejenigen Tatsachen, die eine solche Sanktionierung auslösen, tragen die Wettbewerbsbehörden.

---

[390] BGE 140 III 610 E. 4.1.
[391] BGE 139 I 72 E. 8.3.2, *Publigroupe*.
[392] BGE 139 I 72 E. 8.3.2, *Publigroupe*.
[393] BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 10.4.3.1, *Sport im Pay-TV*. Unter Bezugnahme auf die zivilrechtliche Rechtsprechung zum Beweismass hinsichtlich der Kausalität bezeichnet das BGer das anwendbare Beweismass in diesem Urteil als dasjenige der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.
[394] BGE 139 I 72 E. 9.2.3.4, *Publigroupe*; BGer, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 8.2.3, *Supermédia*.
[395] BGer, 2A.430/2006 vom 6.2.2007 E. 10.4. Dieses Urteil betraf zwar einen Sachverhalt, der sich noch vor Einführung der kartellverwaltungsrechtlichen Sanktionen ereignete. Da Effizienzgründe aber die beschuldigten Unternehmen entlasten, ist von vornherein kein Grund ersichtlich, weshalb insofern nach Einführung der Sanktionsmöglichkeit etwas Anderes gelten sollte.
[396] BVGer, B-829/2012 vom 26.6.2018 E. 7.4.3.5 in fine, *Granella Holding AG und Aarvia Bau AG*; BVGer, B-5685/2012 vom 17.12.2015 E. 4.5.3.2, *Altimum/WEKO*.
[397] Allgemein ebenso zu Verwaltungsverfahren, wenn auch nicht spezifisch zu kartellrechtlichen Sanktionsverfahren, BGer, 2C_58/2017 vom 23.6.2017 E. 2.2.1 m.w.H.
[398] Vgl. BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 Rz 570 m.w.H., *Preispolitik Swisscom ADSL*.
[399] BGE 134 II 235 E. 4.3.4; 130 III 591 E. 5.4.

C.3 Einführung in die Kies- und Deponiebranchen: Wertschöpfungsketten, Produkte und raumplanungsrechtlicher Rahmen

C.3.1 Gegenstand dieses Kapitels

235. Dieses Kapitel dient primär dazu, ein grundsätzliches Verständnis für die Kies- und Deponiebranchen zu etablieren, bevor die wettbewerbsrechtlich relevanten Ereignisse und die konkreten Marktgegebenheiten im Umfeld von KAGA festgestellt werden. Vorab erfolgt deshalb ein Überblick über die Wertschöpfungsketten (Unterkapitel C.3.2). Anschliessend werden im Unterkapitel C.3.3 die in dieser Untersuchung interessierenden Produkte und Dienstleistungen näher betrachtet, wobei unter anderem die in diesem Dokument verwendeten Begriffe geklärt werden. Erörtert wird in diesem Unterkapitel, aus welchen Quellen im Kanton Bern Rohkies gewonnen wird und wer diesen nachfragt. Das enge Zusammenspiel mit der nachfolgenden Marktstufe der Kiesveredelung sowie die Bedeutung der Transportkosten in diesem Bereich (wie auch im Bereich Deponie) kommen ebenfalls zur Sprache. Betrachtet werden anschliessend die Abbaurechte, die erforderlich sind, um Kies in Kiesgruben abbauen zu können, sowie die Anforderungen, die Grundstücke erfüllen müssen, um für eine Kiesgewinnung überhaupt in Frage zu kommen. Sodann werden die unterschiedlichen Deponiearten sowie deren Anbieterinnen und Nachfragerinnen vorgestellt. Schliesslich werden im Unterkapitel C.3.4 die raumplanungsrechtlichen Rahmenbedingungen dargestellt, die vor allem Kiesgruben und Deponien betreffen und Hürden sind, um in diesen Bereichen tätig zu werden.

236. Wie im Überblick ausgeführt,[400] ist dieses Kapitel vor allem für das Grundverständnis der Kies- und Deponiebranchen und der Zusammenhänge zwischen diesen zentral. Dieses Grundverständnis erleichtert es, die später näher betrachteten Verhaltensweisen in ihrer gesamten Tragweite erfassen und einordnen zu können. Bedeutung hat das Kapitel sodann für die Marktabgrenzungen, die Charakterisierung der Märkte und Produkte, die Marktstellung (insbesondere mit Blick auf die Marktzutrittsschranken und damit die potenzielle Konkurrenz), die vorbehaltenen Vorschriften sowie für die erforderlichen Massnahmen.

C.3.2 Überblick über die Wertschöpfungsketten in den Bereichen Kies und Deponie

237. Im Kiesbereich sieht die Wertschöpfungskette vereinfacht wie folgt aus: Sand und Kies werden aus Kiesgruben oder Gewässern gewonnen. Dafür müssen zuvor die entsprechenden Abbaurechte erworben und die erforderlichen Bewilligungen eingeholt werden. Der so gewonnene Rohkies wird nur in geringem Ausmass zur direkten Verwendung auf Baustellen nachgefragt. Primär sind es Kieswerke, die Rohkies benötigen und zu «veredeltem Kies» aufbereiten. Der veredelte Kies wiederum wird entweder ohne weitere Verarbeitung verwendet (beispielsweise für die Fundationsschicht bei einer Strasse) oder aber als Bestandteil zur Herstellung von Beton oder Belag in Beton- oder Belagswerken gebraucht. Verwendung finden all diese Produkte primär im Baugewerbe.

238. Im Deponiebereich sieht die Wertschöpfungskette vereinfacht wie folgt aus: Auf Baustellen fällt regelmässig Abfall wie Aushub oder Bauschutt an. Solches Material muss – wenn es nicht auf der Baustelle wiederverwendet werden kann – weggebracht werden und wird entweder wiederaufbereitet oder abgelagert. Bei Deponien hängt es vom Bewilligungstyp ab, welche Materialien dort entgegengenommen werden dürfen. Nebst den erforderlichen öffentlich-rechtlichen Bewilligungen müssen Deponien auch über die entsprechenden zivilrechtlichen Deponierechte bezüglich der von ihnen genutzten Grundstücke verfügen.

239. Beiden Bereichen ist gemein, dass die einzelnen Schritte ortsgebunden sind: Rohkies wird an einer bestimmten Abbaustelle gewonnen, die Veredelung erfolgt am Standort eines Kieswerks, Beton wird am Standort eines Betonwerks produziert, Belag am Standort eines Belagswerks, und eingesetzt werden die Produkte schliesslich am Ort der jeweiligen Baustelle. Am Ort der jeweiligen Baustelle fällt auch der Abfall an, der (ausser bei einer Wiederverwendung vor Ort) entweder am Standort einer Deponie abgelagert oder am Standort einer Aufbereitungsanlage recycliert wird. Das Material muss also jeweils von einem Ort zum nächsten gelangen, weshalb Transporte in all diesen Bereichen eine wesentliche Rolle spielen. Die Transportkosten sind relativ zu den Materialkosten resp. Deponiegebühren hoch.

240. Bei der Kies- sowie bei der Deponiebranche handelt es sich um zwei unterschiedliche Branchen mit je eigenen Wertschöpfungsketten, die mehrere Produkte und Dienstleistungen umfassen. Allerdings besteht – zumindest im Kanton Bern – ein sehr enger Zusammenhang zwischen diesen beiden Branchen, was sich bereits daran zeigt, dass für sie ein gemeinsamer kantonaler Sachplan «Abbau Deponie Transporte» erlassen wurde. Denn bei der im Kanton Bern mit Abstand wichtigsten Art der Rohkiesgewinnung, namentlich dem Abbau in Kiesgruben, entsteht durch den Abbau eben eine Grube, ein «Loch». Dieses «Loch» wiederum bietet sich dafür an, mit Aushub gefüllt und so als Ablagerungsstätte verwendet zu werden, zumal Kiesgrubenbetreiber verpflichtet sind, die Grube wieder aufzufüllen. Kiesabbau in Gruben geht daher regelmässig Hand in Hand mit der Entgegennahme von Aushub zur Auffüllung der durch den Abbau entstandenen Gruben. Evident ist, dass die Möglichkeit zur Auffüllung voraussetzt, dass zuvor Kies abgebaut und damit eben «Loch» geschaffen worden ist. Die umgekehrte Reihenfolge – auf einem Stück Land zunächst Aushub abzulagern und erst danach den nunmehr zusätzlich unter dem Aushub begrabenen Kies abzubauen – wäre unsinnig. Eine Kiesgrube besteht zuweilen aus mehreren Sektoren, die etappenweise bewirtschaftet werden – in einem Sektor wird Rohkies abgebaut, während in einem anderen, bereits abgebauten Sektor die Auffüllung vorgenommen wird. Deponien «auf grüner Wiese», d.h. ausserhalb eines solchen «Lochs», sind im Kanton Bern demgegenüber die seltene Ausnahme; derzeit besteht bloss eine derartige Deponie.

[400] Rz 220.

241. Die Wertschöpfungsketten in den Bereichen Kies und Deponie lassen sich vereinfacht grafisch wie folgt darstellen:

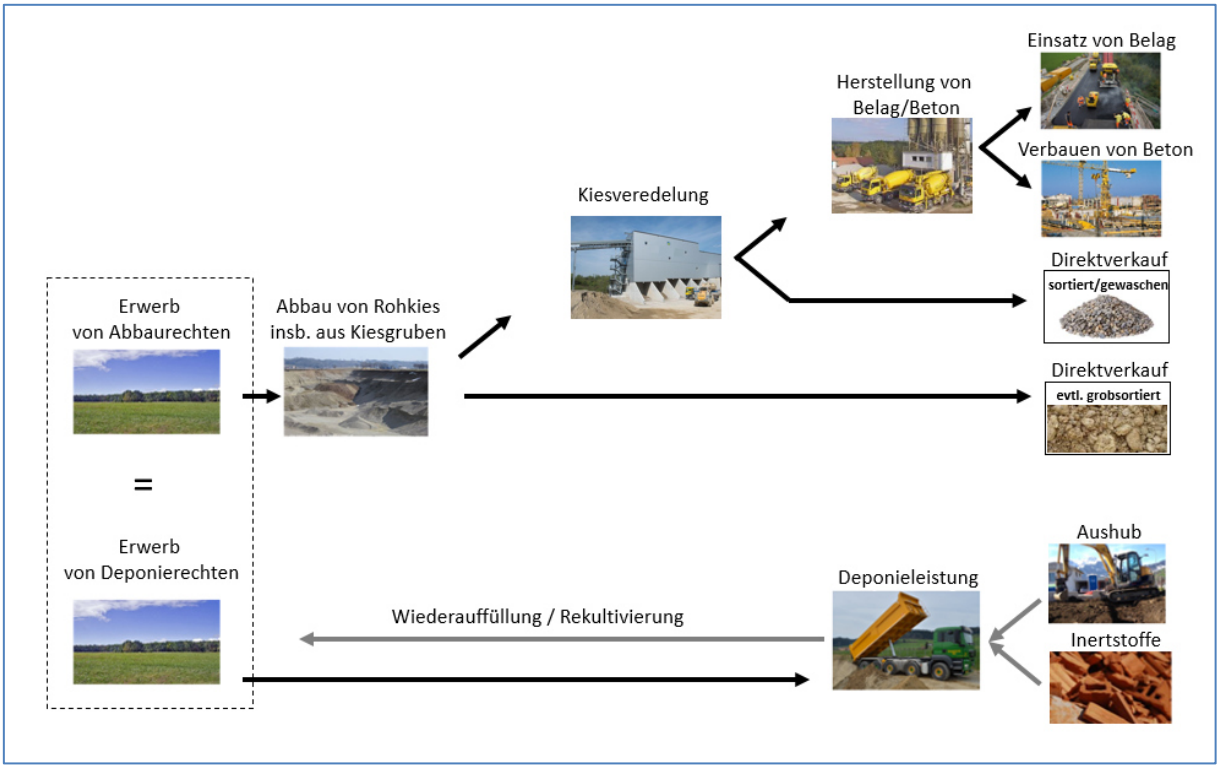


Abbildung 2: Wertschöpfungsketten in den Bereichen Kies und Deponie.

242. Wie Dokumente aus den Hausdurchsuchungen zeigen, skizzieren die branchenkundigen Parteien die Wertschöpfungsketten – hier aus Sicht von KAGA – ebenfalls dergestalt:

Die entsprechenden Marktketten können grob wie folgt skizziert werden:

Kiesmarkt:
Wandkies von KAGA -> Veredler/Aktionär (Waschen, Sortieren, Brechen) -> Beton-/Belagswerk -> Baustelle (Bauherr)
(nur geringe Mengen)

Deponiemarkt:
Baustelle (Bauherr) -> Aushübler -> Deponien der KAGA

Abbildung 3: Wertschöpfungsketten in den Bereichen Kies und Deponie gemäss Skizze an einer Sitzung des VR von KAGA (Quelle: Protokoll zur Strategiesitzung VR KAGA vom 28.2.2002, T. 6, Act. II.X.D.10).

C.3.3 Die hier interessierenden Produkte und Dienstleistungen im Einzelnen

243. Nachfolgend werden die Produkte und Dienstleistungen dargestellt, die in der vorliegenden Untersuchung von Interesse sind. Es handelt sich dabei um Folgende:

- Rohkies, siehe C.3.3.1
- Abbaurechte, siehe C.3.3.2
- Veredelter Kies / Kiesaufbereitung, siehe C.3.3.3
- Entsorgung von bestimmten Bauabfällen (Deponie), siehe C.3.3.4

C.3.3.1 Rohkies

C.3.3.1.1 Begriffe

244. Unter Rohkies werden im Rahmen dieser Untersuchung natürliche, ungebrochene Primär-Gesteinskörnungen verstanden. Bei natürlichen Gesteinskörnungen handelt es sich um solche, die aus mineralischen Vorkommen gewonnen werden und ausschliesslich mit mechanischen Prozessen aufbereitet werden. Dies im

Gegensatz zu künstlichen Gesteinskörnungen, die industriell hergestellt werden oder als industrielles Nebenerzeugnis anfallen. Da künstliche Gesteinskörnungen (z.B. Hüttensand und Steinkohlenflugasche) hier nicht weiter interessieren, wird nachfolgend auf das Adjektiv «natürlich» verzichtet. Weil Rohkies in seiner ursprünglichen (gerundeten) Form belassen wird, handelt es sich dabei um eine ungebrochene Gesteinskörnung. Die Bezeichnung Primär-Gesteinskörnungen dient spezifisch zur Abgrenzung gegenüber Sekundär-Gesteinskörnungen, die aus recyklierten Materialien bestehen.[401]

245. Abzugrenzen ist Rohkies gegenüber (natürlichen) gebrochenen Primär-Gesteinskörnungen. Ausgangsmaterial sind auch bei diesen Gesteine aus der Natur, z.B. aus einem Steinbruch. Allerdings haben diese Gesteinskörnungen nicht mehr ihre ursprüngliche Form, da sie eben aus einem Steinbruch gelöst werden. Anschliessend werden sie regelmässig durch den Einsatz von Brechanlagen in einem mechanischen Prozess noch weiter gebrochen und aufbereitet. Je nach Grösse der gebrochenen Gesteinskörnungen werden sie als Schotter, Splitt oder Brechsand bezeichnet. Gebrochene Gesteinskörnungen weisen im Vergleich zu ungebrochenen Gesteinskörnungen, also insbesondere Rohkies, andere Kornformen und -rundungen auf.[402] Dies wirkt sich auf ihre Eigenschaften aus, übt doch etwa der Bruchflächenanteil einen wesentlichen Einfluss auf die Packungsdichte (Hohlraumgehalt) aus.[403]

246. Abzugrenzen ist Rohkies sodann gegenüber Sekundär-Gesteinskörnungen wie etwa RC-Kiesgemischen. Diese sind Gesteinskörnungen aus rezyklierten Materialien, d.h., sie werden durch Wiederaufbereitung von Abfällen hergestellt.

C.3.3.1.2 Gewinnung von Rohkies

247. Wie Rohkies gewonnen wird, hängt unter anderem von den geologischen Gegebenheiten in einem Gebiet ab, insbesondere davon, wo entsprechende Rohkiesvorkommen vorhanden sind und ob deren Abbau wirtschaftlich ist. Im Kanton Bern hat die Gewinnung von Rohkies aus Kiesgruben die grösste Bedeutung. Die zweitwichtigste Abbauform ist – mit deutlichem Abstand – die Rohkiesgewinnung aus Gewässern. Erfolgt der Abbau in Kiesgruben, wird der so gewonnene Rohkies auch als Wandkies bezeichnet. Einmal gewonnen, unterscheidet sich Wandkies aber nicht von Rohkies, der aus Gewässern gewonnen worden ist. Aus Steinbrüchen wiederum wird nicht Rohkies gewonnen, sondern Fels und Gesteine, aus denen durch Zerkleinerung gebrochene Gesteinskörnungen hergestellt werden.

248. Die verschiedenen Abbaugebiete von Rohkies unterscheiden sich sowohl durch die Grösse und Qualität der Vorkommen als auch durch die Zusammensetzung des Materials, d.h., durch die Anteile der verschiedenen Korngrössen, die dort vorhanden sind.[404] Selbst innerhalb einer Abbaustelle kann die Qualität und Zusammensetzung des Materials je nach Ablagerungsschicht unterschiedlich und daher schwankend sein.[405]

249. Je nach Region sind Aushübe im Rahmen von Bauarbeiten eine weitere Quelle von Rohkies. Dies ist dort der Fall, wo der auszuhebende Boden stark rohkieshaltig ist. Bei dieser Quelle kann allerdings nicht von einer eigentlichen Rohkiesgewinnung gesprochen werden. Denn der Aushub wird nicht vorgenommen, um an das Rohkies zu gelangen, sondern um das an diesem Ort geplante Bauprojekt zu realisieren. Dass der Aushub Rohkies enthält, der weiterverwendet werden kann, ist zwar willkommen, aber nicht Ziel und Zweck der Vornahme des Aushubs; vielmehr fällt das Rohkies beiläufig an. Entsprechend ist diese Quelle von Rohkies auch nicht stetig, sondern abhängig von der Bau- resp. Aushubtätigkeit und der dabei angetroffenen Zusammensetzung des auszuhebenden Bodens.

C.3.3.1.3 Quellen von Primär-Gesteinskörnungen, vor allem Rohkies, im Kanton Bern

Datengrundlage

250. Gemäss kantonalem Sachplan «Abbau Deponie Transporte» von 2012 (nachfolgend: Sachplan ADT 12) ist der Kanton für die Sammlung und Auswertung von Daten verantwortlich, die für die Raum- und Umweltplanung relevant sind. Er erhebt die abgebauten und abgelagerten Materialmengen und veröffentlicht periodisch einen Controllingbericht.[406] Das Sekretariat hat deshalb beim Kanton Bern unter anderem diese Controlling-Daten einverlangt[407] und sie für die Jahre 2001–2015 erhalten (mit Ausnahme des Jahres 2011, in dem systembedingt keine Daten erhoben wurden).[408]

251. Im Controllingbericht 2017[409] wird seitens des Kantons zu diesen Daten festgehalten, dass das Amt für Wasser und Abfall (AWA) sie jährlich mittels Fragebogen an Unternehmen erhebt und die gemeldeten Daten anschliessend plausibilisiert. Klargestellt wird im Controllingbericht 2017 gleichzeitig aber auch, dass die Qualität

[401] Aufgrund dieser spezifischen begrifflichen Abgrenzung kann hier offenbleiben, ob Sekundär-Gesteinskörnungen den natürlichen oder den künstlichen Gesteinskörnungen zuzuordnen wären.

[402] Vgl. etwa S. 40 des Fachbericht Sand und Kies des Rohstoffsicherungskonzept Hessen, abrufbar unter www.hlnug.de > Themen > Geologie > Rohstoffe und Geoenergien > Rohstoffsicherungskonzept Hessen (zuletzt besucht am 13.6.2023).

[403] **CONRAD SCHINDLER**/RAINER KÜNDIG/WERNER STALDER, 5.5 Kies und Sand: Eigenschaften und Anforderungen, in: Die mineralischen Rohstoffe der Schweiz. Schweizerische Geotechnische Kommission, Kündig/Mumenthaler/Eckardt/Keusen/Schindler/Hofmann/Vogler/Guntli (Hrsg.), 1997, S.159 ff., insbesondere S. 161.

[404] MARKUS SAURER, Studie zu den Markt- und Wettbewerbsverhältnissen in der Berner Kies- und Deponiebranche, 6; abrufbar unter <www.ksebern.ch> Medien > Publikationen (zuletzt besucht am 13.6.2023). Vgl. ferner **CONRAD SCHINDLER**/RAINER KÜNDIG/DIDIER AEBY/PIERRE BLANC/FRANZ HOFMANN/RIET RAGETH, 5.2 Rohstoffsituation und Entnahmestellen in den Kantonen, in: Die mineralischen Rohstoffe der Schweiz. Schweizerische Geotechnische Kommission, Kündig/Mumenthaler/Eckardt/Keusen/Schindler/Hofmann/Vogler/Guntli (Hrsg.), 1997, 112 ff. Ebenso Act. VI.54 und 57, jeweils Antwort auf Frage 7.

[405] So im Ergebnis auch etwa EV von [...] vom 13.1.2015 Rz 97-99, Act. III.4, wonach die Qualität des Rohkieses von KAGA nicht immer dieselbe ist, sondern schwankt.

[406] Sachplan ADT 12, S. 27, abrufbar unter www.raumplanung.dij.be.ch > Raumplanungsthemen > Wirtschaft und Energie > Abbau, Deponie und Transport > Sachplan ADT (zuletzt besucht am 13.6.2023).

[407] Act. VI.3.

[408] Act. VI.5 und VI.11 (die mit Act. VI.11 eingereichten Controlling-Daten, namentlich Beilage 1 [Act. VI.11.a] sind diejenigen, auf denen die hiernach dargestellten Auswertungen basieren).

[409] Abrufbar unter: www.gr.be.ch > Sessionen > Sessionen nach Jahren > Novembersession 2017 > Sessionsunterlagen komplett, darin ab S. 431 (zuletzt besucht am 13.6.2023).

der Rückmeldungen unterschiedlich und eine vollständige Überprüfung nicht möglich sei. Zudem würden Daten teilweise auf Schätzungen der Unternehmen beruhen, weshalb sie mit Unsicherheiten behaftet seien.[410] Schliesslich seien die Rückmeldungen zuweilen auch unvollständig.[411] Ein Datenabgleich zwischen internen Zahlen der KAGA mit den sie betreffenden Controlling-Daten zeigte denn auch Unterschiede. KAGA erläuterte, dass im Deponiebereich Unterschiede zwischen ihren internen Mengenangaben und denjenigen, die sie gegenüber dem Kanton Bern gemacht hat, vor allem in Differenzen zwischen dem angenommenen Volumen und dem abgelagerten Volumen liegen dürften, da an einigen Stellen dieses, an anderen Stellen jenes Volumen angegeben sei. Weitere Abweichungen könnten zudem mit unterschiedlichen Umrechnungsfaktoren (Kubik in Tonne oder Volumen lose und fest) zusammenhängen. KAGA stellt aber auch klar, dass ihre gegenüber dem Kanton Bern gemeldeten Mengen massgebend seien.[412]

252. Nach dem Gesagten sind die Controlling-Daten des Kantons Bern mit gewissen Unsicherheiten behaftet und erscheinen nicht in jedem Detail exakt. Entscheidend für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung sind jedoch nicht die auf die letzte Stelle exakten Zahlen eines bestimmten Jahres, sondern die Grössenordnung der Abbau- und Deponievolumina sowie die ungefähren Grössenverhältnisse der einzelnen Abbaustellen, Deponien und Akteure im Kanton Bern. Und dafür sind die Controlling-Daten, die auf Angaben der Unternehmen beruhen, welche zudem vom AWA als Fachbehörde plausibilisiert worden sind, eine zuverlässige und solide Grundlage, die diese Verhältnisse hinreichend und mit der erforderlichen Überzeugungskraft abzubilden vermögen, zumal diese – wie sich zeigen wird – eine eindeutige Sprache sprechen. Es wird daher im Folgenden auf diese Zahlen abgestellt.[413]

253. Bei der Betrachtung der Controlling-Daten ist schliesslich zu beachten, dass der Kanton Bern im Jahr 2012 die Erhebungsmethodik geändert hat. Die Daten bis und mit dem Jahr 2010 sind deshalb zum Teil nicht mit denjenigen der späteren Zeit (ab dem Jahr 2012) vergleichbar. Noch grösser sind die Abweichungen zu Controlling-Daten, die vor dem Jahr 2008 erhoben worden sind.[414] Daraus ergeben sich drei Zeitperioden, innerhalb derer die von den Wettbewerbsbehörden ausgewerteten Controlling-Daten untereinander ohne Vorbehalte vergleichbar sind: 1) 2001–2007, 2) 2008–2010 und 3) 2012–2015.

Abbauvolumen Rohkies in den sechs Regionalkonferenzen des Kantons Bern

254. Hauptträger für die Planung im Bereich Ver- und Entsorgung sind im Kanton Bern die Regionen resp. sechs Regionalkonferenzen.[415] Der Kanton Bern erfasst und weist seine Controlling-Daten im Controllingbericht 2017 aufgeteilt nach neun Regionen aus:

- vier dieser Regionen stimmen je mit einer Regionalkonferenz überein (Oberaargau, Emmental, Bern-Mittelland, Oberland Ost),
- eine Regionalkonferenz (Thun-Oberland West) setzt sich aus drei Regionen (Entwicklungsraum Thun, Kandertal und Obersimmental-Saanenland) zusammen. Die Richtplanung Thun-Oberland West erfolgt je einzeln durch die drei Regionen in entsprechenden Teil-Richtplänen. Der Einfachheit halber wird nachfolgend auch diese Planungsregion als Regionalkonferenz bezeichnet.

255. Die erhobenen Controlling-Daten lassen sich daher ohne Weiteres den einzelnen Regionalkonferenzen zuordnen.

[410] Controllingbericht 2017 (Fn. 409), S. 6.
[411] Controllingbericht 2017 (Fn. 409), S. 32.
[412] Act. IV.14.
[413] Kommt hinzu, dass die nachträgliche Erhebung noch genauerer Daten unmöglich erscheint, jedenfalls aber unverhältnismässig aufwändig wäre. Die Wettbewerbsbehörden wären dafür nämlich ebenfalls über weiteste Strecken auf Angaben der Unternehmen angewiesen, wobei nicht ersichtlich ist, weshalb und inwiefern die von den Wettbewerbsbehörden so ermittelten Daten zuverlässiger sein sollten als die vom AWA zeitnah erhobenen. Der den Daten zugrundeliegende Zeitraum liegt mehrere Jahre in der Vergangenheit. Unternehmen müssten sich für ihre Datenangaben auf die bei ihnen noch vorhandenen Unterlagen von damals stützen, deren nachträgliche Vervollständigung oder Verifizierung im heutigen Zeitpunkt nur noch schwer, wenn überhaupt, möglich ist und jedenfalls mit einem ausgesprochen grossen Aufwand verbunden wäre. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung ist schliesslich davon auszugehen, dass solch nachträgliche Datenangaben ungenauer oder bestenfalls gleich genau sein dürften wie die in der Vergangenheit zeitnah gemachten, jährlichen Meldungen an das AWA.
[414] Controllingbericht 2017 (Fn. 409), S. 6.
[415] Ausführlicher dazu Rz 330 ff.

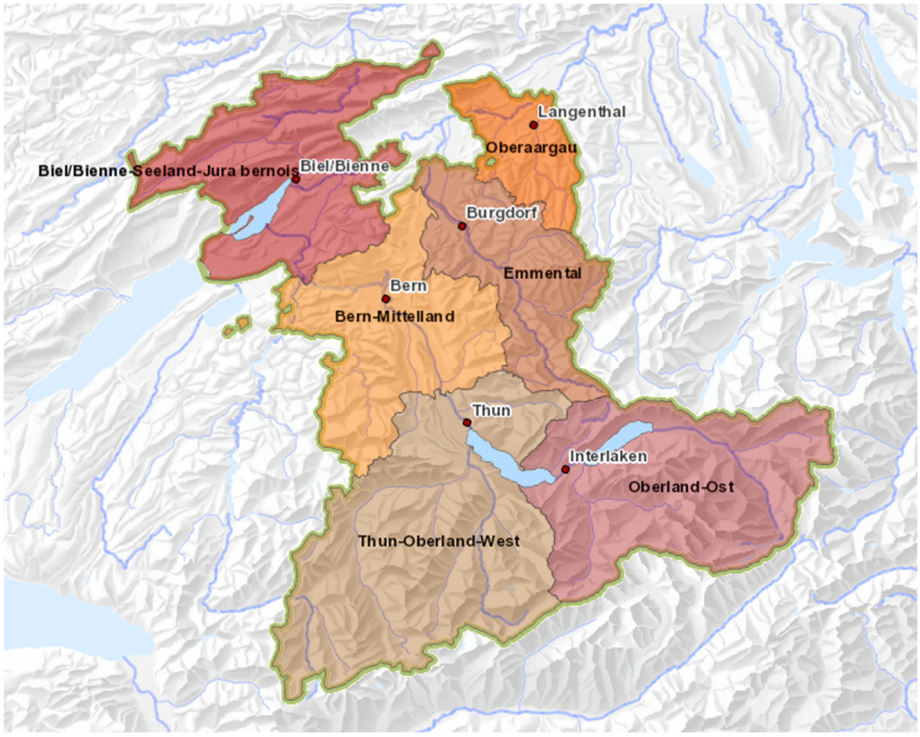


Abbildung 4: Die sechs Regionalkonferenzen im Kanton Bern (Quelle: Geoportal des Kantons Bern[416]).

256. Die Regionalkonferenz Thun-Oberland-West (TOW) ist, wie ausgeführt, in drei Regionen unterteilt: Entwicklungsraum Thun, Obersimmental-Saanenland und Kandertal. Die nachfolgende Abbildung zeigt diese Aufteilung.

Abbildung 5: Teilregionen der Regionalkonferenz TOW (Quelle: Geoportal des Kantons Bern[417]).

[416] Abrufbar unter <www.agi.dij.be.ch> Geoportal > Karten > Angebot an Karten > Administrative Einteilungen > Karte anzeigen, Häkchen bei Regionalkonferenzen (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[417] Abrufbar unter <www.agi.dij.be.ch> Geoportal > Karten > Angebot an Karten > Administrative Einteilungen > Karte anzeigen, Häkchen bei Regionalkonferenzen und Raumplanungsregionen (zuletzt besucht am 13.6.2023).

257. Im Kanton Bern wird Rohkies primär aus Kiesgruben gewonnen, in vergleichsweise bescheidenem Ausmass auch aus Gewässern. Die Gewinnung von Rohkies in Steinbrüchen aus Nagelfluh ist derart unbedeutend, dass diese Möglichkeit der Rohkiesgewinnung im Controllingbericht 2017 gar nicht erst erwähnt wird.[418] Die jährliche Gesamtmenge von im Kanton Bern gewonnenem Rohkies beträgt um die 3 Mio. m^3. Die Gesamtmenge schwankt dabei von Jahr zu Jahr, wobei diese Schwankungen eher bescheiden sind. Die grösste Schwankung ist zwischen 2010 und 2012 auszumachen, wobei zu berücksichtigen ist, dass mangels Datenerhebung im Jahr 2011 eine einjährige Lücke dazwischen besteht und, wie ausgeführt, die Erhebungsmethodik ab dem Jahr 2012 umgestellt worden ist.[419] Die gewonnene Gesamtmenge kann trotz der jährlichen Schwankungen über den betrachteten Zeitraum hinweg als durchaus konstant[420] und die Schwankungen entsprechend als unbedeutend bezeichnet werden.

258. Grafisch sieht die Aufteilung von Rohkies aus Kiesgruben (im Controllingbericht mit «Abbau Kies/Sand» bezeichnet; nachfolgend in den Abbildungen z.T. abgekürzt als «Kies und Sand») und solchem aus Gewässern (auch «Kiesentnahme aus Gewässern») wie folgt aus:

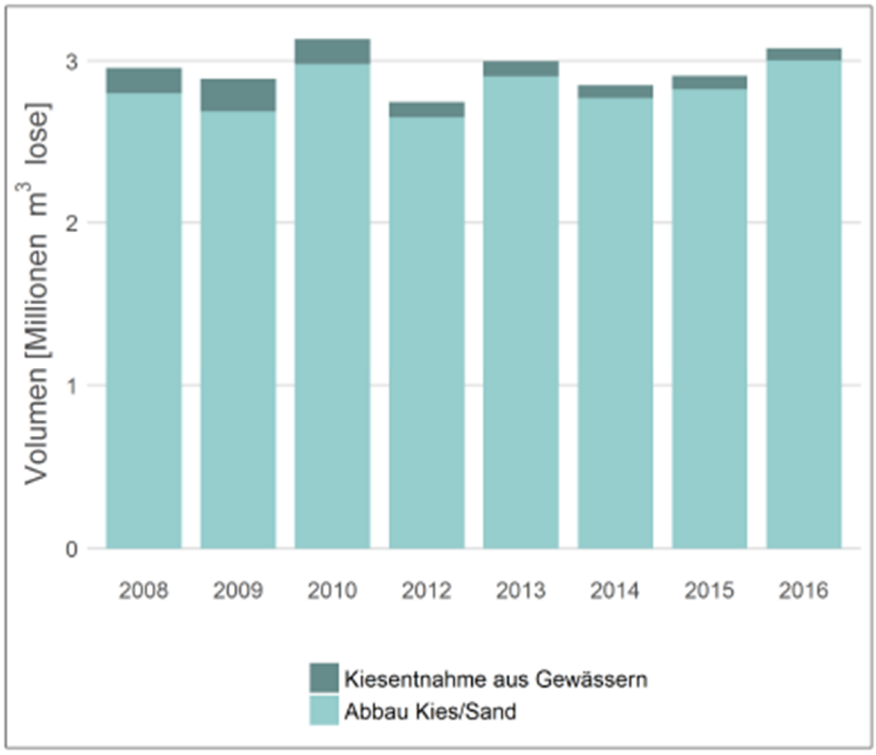


Abbildung 6: Gewonnener Rohkies aus Kiesgruben und Gewässern (Quelle Controllingbericht 2017 [Fn. 409], S. 7).

259. Das Volumen an gewonnenem Rohkies unterscheidet sich dabei je nach Regionalkonferenz erheblich. In absoluten Zahlen verteilt sich das Volumen von gewonnenem Rohkies in Kubikmetern wie folgt auf die sechs Regionalkonferenzen:

[418] Controllingbericht 2017 (Fn. 409), S. 7.
[419] Vgl. Controllingbericht 2017 (Fn. 409), S. 6.
[420] So auch Controllingbericht 2017 (Fn. 409), S. 7.

Abbildung 7: Gewonnener Rohkies in Kubikmetern nach Regionalkonferenzen, absolute Zahlen (Quelle eigene Auswertungen der Controlling-Daten [Fn 408]).

260. Diese Daten zeigen, dass nur in zwei Regionalkonferenzen (Thun-Oberland West und Oberland-Ost) Rohkies aus Gewässern gewonnen wird. Ausserdem ist festzustellen, dass die Rohkiesgewinnung aus Gewässern nur einen bescheidenen Teil ([…]) zum gesamten im Kanton Bern gewonnenen Rohkiesvolumen beiträgt.[421]

261. Nachfolgend wird für jede der sechs Regionalkonferenzen der prozentuale Anteil an der gesamthaft im Kanton Bern gewonnen Rohkiesmenge angegeben, jeweils für die drei in Rz 253 genannten Zeiträume. Die kantonale Gesamtmenge (Gewinnung aus Kiesgruben und aus Gewässern) stellen dabei in jedem der drei Zeiträume 100 % dar.

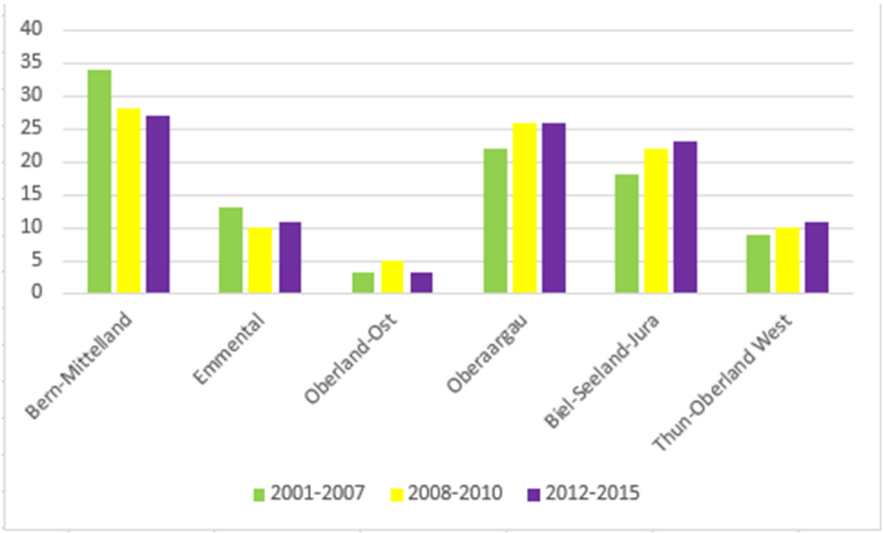


Abbildung 8: Gewonnener Rohkies nach Regionalkonferenzen, relative Zahlen/Prozentangaben (Quelle eigene Auswertungen der Controlling-Daten [Fn 408]).

[421] Vgl. dazu auch die Abbildung bei Rz 258.

262. Ersichtlich wird, dass sich das Volumen der Rohkiesgewinnung hauptsächlich auf drei Regionalkonferenzen aufteilt: Bern-Mittelland ([…]), Biel-Seeland-Jura ([…]) und Oberaargau ([…]) sind zusammen für rund drei Viertel des Gesamtvolumens des im Kanton Bern gewonnenen Rohkieses verantwortlich, während auf das Emmental […] entfallen, Thun-Oberland West […] ausmacht und Oberland-Ost […] beiträgt.

Abbauvolumen Fels und Stein in den sechs Regionalkonferenzen des Kantons Bern

263. Nebst Rohkies wird im Kanton Bern auch Fels und Stein in Steinbrüchen (nachfolgend z.T. abgekürzt mit Fels) gewonnen. Daraus lassen sich gebrochene Gesteinskörnungen wie Schotter, Splitt und Brechsand herstellen.[422] Da bezüglich der Gewinnung von Fels und Stein die Umstellung der Erhebungsmethodik im Jahr 2012 für die Controlling-Daten eine wesentliche Änderung brachte, lassen sich die erfassten Volumen aus der Periode 2008–2010 nicht mit den späteren Daten vergleichen. Dieser Bruch in den erhobenen Daten zeigt sich grafisch mit aller Deutlichkeit. Anschliessend werden die Daten ab dem Jahr 2012 verwendet.

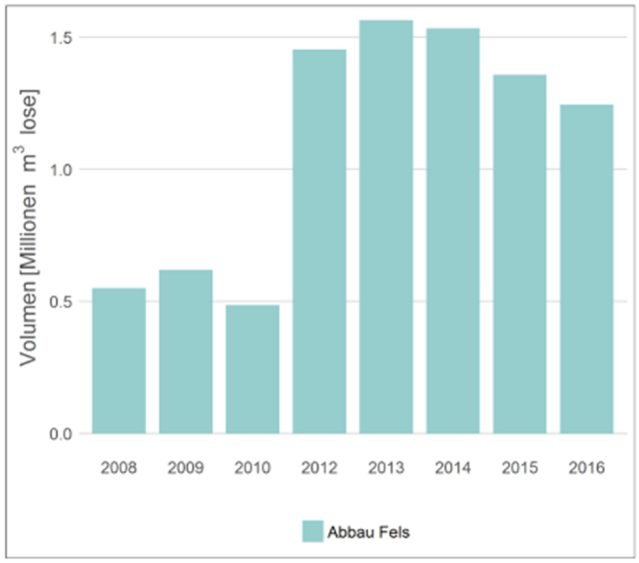


Abbildung 9: Abgebauter Fels (Quelle Controllingbericht 2017 [Fn. 409], S. 9).

264. Wie bei der Gewinnung von Rohkies ist auch der Abbau von Fels innerhalb des Kantons Bern sehr ungleich verteilt, wie die nachfolgende Abbildung zeigt:

[422] Siehe Rz 245.

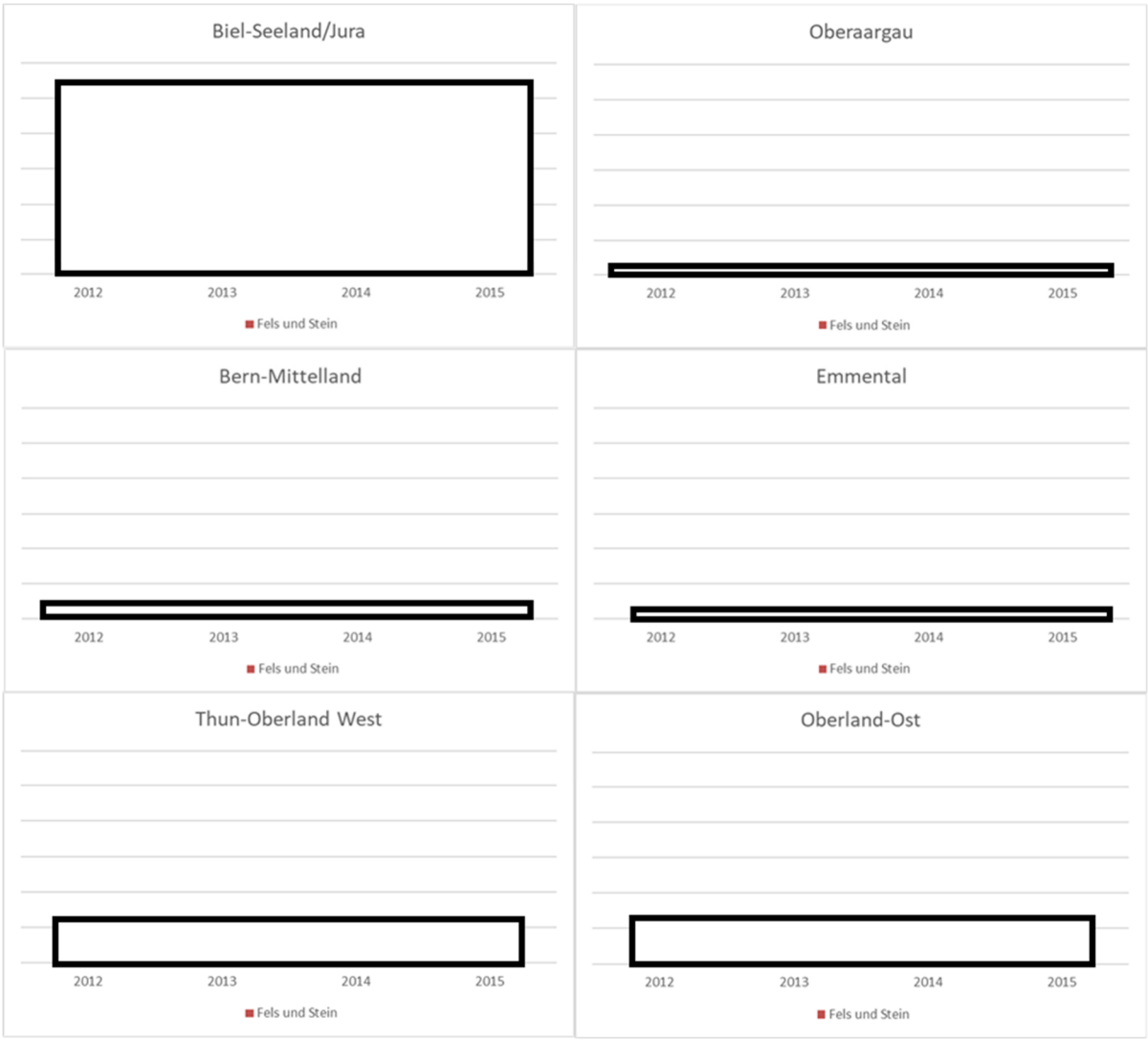


Abbildung 10: Abgebauter Fels in Kubikmetern nach Regionalkonferenzen, absolute Zahlen (Quelle eigene Auswertungen der Controlling-Daten [Fn 408]).

265. Das prozentuale Verhältnis im Durchschnitt der Jahre 2012–2015 zwischen den Regionalkonferenzen zeichnet folgendes Bild:

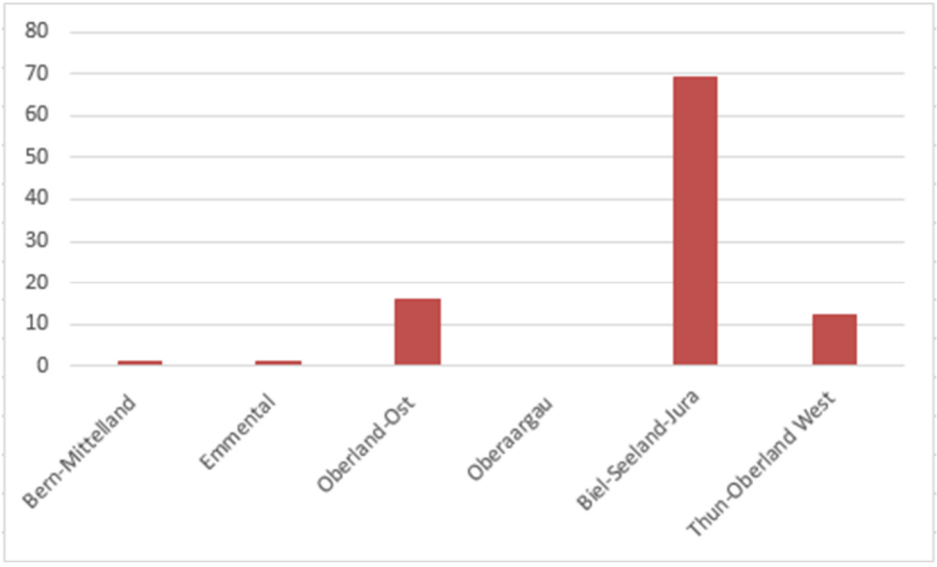


Abbildung 11: Abgebauter Fels nach Regionalkonferenzen, relative Zahlen/Prozentangaben (Quelle eigene Auswertungen der Controlling-Daten [Fn 408]).

266. Die Controlling-Daten zeigen, dass Fels vor allem in der Regionalkonferenz Biel-Seeland-Jura abgebaut wird ([…] des Gesamtvolumens) sowie in deutlich bescheidenerem Ausmass auch in den Regionalkonferenzen Oberland-Ost und Thun-Oberland West. Auf die Regionalkonferenzen Bern-Mittelland und Emmental entfallen jeweils noch […], während in der Regionalkonferenz Oberaargau […] Fels abgebaut wird.

Weitere Quellen von Primär-Gesteinskörnungen

267. Nebst der Rohstoffgewinnung im Kanton Bern kommt als weitere Quelle von Primär-Gesteinskörnungen der Import aus anderen Kantonen oder gar dem Ausland in Frage. Der Kanton Bern hat im Rahmen seines Controllings von 2001 bis 2010 auch dazu Daten erfasst. Dabei differenzierte er nicht zwischen den einzelnen Materialien, sondern erfasste das importierte Volumen für Kies, Fels und Ton gesamthaft. Das jährlich im Durchschnitt in den Kanton Bern importierte Volumen dieser Materialien im Zeitraum 2001–2010 belief sich auf [65'000–70'000] m^3. Die primären Herkunftskantone waren dabei Solothurn, Freiburg und Neuenburg.[423] Selbst bei Unterstellung der extremsten Variante, nämlich dass das gesamte importierte Material ausschliesslich Rohkies gewesen ist, würden diese Importe im Median der Jahre 2001–2010 bloss [<2,5] % der im Kanton Bern gewonnenen Rohkiesmenge ausmachen, mit einem Höchstwert von [3–4] % im Jahr 2005 und einem Tiefstwert von [<1] % zwei Jahre zuvor im Jahr 2003. Die tatsächlichen Werte dürften freilich tiefer sein, da es unrealistisch ist, dass sich die Importe ausschliesslich auf ein einziges Material, und dies erst noch ausschliesslich in seiner unveredelten Form, beschränkt haben. Viel wahrscheinlicher ist, dass auch andere Materialien und veredelter Kies importiert worden sind. Die Berechnung der Extremvariante zeigt jedoch, dass die Menge von importiertem Material im Verhältnis zur im Kanton Bern gewonnenen Menge derart gering ist, dass die Importe die Marktverhältnisse im Kanton Bern nicht merklich zu beeinflussen vermochten. Für die Zwecke dieser Untersuchung erübrigt sich daher, vertiefter auf die importierten Materialien einzugehen – sie sind vernachlässigbar.

268. Dass Importe von Primär-Gesteinskörnungen aus anderen Kantonen keine grössere Bedeutung haben, erstaunt nicht. Denn wie noch dargelegt wird,[424] machen die Transportkosten – gerade bei Rohkies – einen wesentlichen Teil der Gesamtkosten aus, da die Gesamtkosten für ein bestimmtes Volumen Rohkies mit zunehmender Transportdistanz und -zeit zunehmen. In Anbetracht dessen erscheint es nicht nur naheliegend, dass das in den Kanton Bern importiere Rohkiesvolumen gering ist, sondern auch, dass die dennoch erfolgten Importe aus anderen Kantonen in erster Linie in jene Berner Regionen gelangten, die an andere Kantone angrenzen und nicht in weiter entfernte Gebiete im «Kantonsinneren». Die Kiesabbaustellen von KAGA liegen nicht in der Nähe von Kantonsgrenzen.[425] Nebst dem ohnehin geringen Volumen ist dies ein weiterer Grund, weshalb Rohkiesimporte aus anderen Kantonen keinen bedeutsamen Einfluss auf das Marktverhalten von KAGA haben können.

269. Wie bereits ausgeführt,[426] kann Rohkies auch aus kiesigen Aushüben stammen, die im Rahmen von Bauarbeiten anfallen. Vor allem im Raum Thun sind Aushübe sehr stark rohkieshaltig.[427] Den Kiesanteil bei einem Aushub in diesem Gebiet schätzt eine Partei auf 80 bis 90 %, wobei sie diesen ausgesprochen hohen Kiesanteil als Besonderheit des Raums Thun bezeichnet.[428] In anderen Regionen des Kantons Bern enthalten Aushübe zwar ebenfalls Rohkies, jedoch in deutlich geringerem Ausmass. So rechnete etwa die verantwortliche Unternehmung im Zusammenhang mit dem grossen Aushub im Wankdorf bei der Stadt Bern mit einem verwertbaren Kiesanteil von circa 12,5 %.[429]

270. Rohkies, der bei Aushüben anfällt, wird von den beteiligten Unternehmen soweit möglich im Rahmen ihrer Tätigkeit selber weiterverwendet. Dadurch reduziert sich ihre Nachfrage nach Rohkies im selben Ausmass, in dem sie bei Aushüben auf Rohkies stossen – sie versorgen sich insofern gleich selbst. Die Nachfrage nach Rohkies ist deshalb insbesondere bei im Raum Thun tätigen Unternehmen entsprechend reduziert.[430] Soweit die beteiligten Unternehmen das bei Aushüben vorgefundene Rohkies nicht selbst verwenden können, verkaufen sie dieses in der Regel an Kieswerke zur Veredelung weiter.[431]

271. Wie viel Rohkies in der Vergangenheit bei Aushüben angefallen ist, wird vom Kanton Bern im Controlling nicht erhoben. Das mag allenfalls dazu führen, dass der gestützt auf die erhobenen Daten ermittelte Rohstoff-Bedarf etwas zu gering eingeschätzt wird.[432] Für die

[423] Vgl. Act. VI.5.a, Antwort auf Frage 7.
[424] Vgl. Rz 274 ff.
[425] Siehe Rz 362.
[426] Rz 249.
[427] In dem Sinn EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 490-492, Act. III.7; EV von [...] vom 21.1.2015 Rz 93-96 und 299 f., Act. III.9; Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016 Rz 131, Act. III.26.
[428] EV von [...] vom 21.1.2015 Rz 299 f. und 93 f., Act. III.9.
[429] Vgl. die Berechnungen in Act. II.C.X.66.
[430] EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 490-492, Act. III.7; EV von [...] vom 21.1.2015 Rz 92-96, Act. III.9; Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 130-132, Act. III.26. Zum Eigengebrauch vgl. ferner Act. II.C.X.66.
[431] EV von [...] vom 14.1.2015 Rz 291-293, Act. III.6; EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 429 f., Act. III.7; EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 159 f., Act. III.2. Ferner etwa Act. VI.52, Antwort auf Frage 17 und Act. VI.57, Antwort auf Frage 7.
[432] Dahingehend die (teilweise identischen) Stellungnahmen der Gemeinde Oberbalm, der Kiesabbau Urtenen-Schönbühl KSU, der Hofstetter und der Messerli , der KRD Bern Mittelland sowie der SVP Bern-Mittelland und der SVP Stadt Bern gemäss Mitwirkungsbericht ADT der Regionalkonferenz Bern-Mittelland, S. 8, 47, 48, 66, 88 resp. 107 f., abrufbar unter <www.bernmittelland.ch> Themen > Raumplanung > Projekte > Abbau, Deponie, Transporte (ADT) > Mitwirkungsbericht (Detailauswertung) (zuletzt besucht am 13.6.2023).

vorliegende Untersuchung bleibt das Volumen des bei Aushüben anfallenden Rohkieses ohne Belang (vgl. sogleich), weshalb weitergehende Abklärungen dazu unterbleiben können.[433]

272. Ob bei Aushüben Rohkies anfällt, hängt ausschliesslich von der Bautätigkeit und der Zusammensetzung des auszuhebenden Bodens ab. Ziel und Zweck dieser Tätigkeit ist nicht, an diesen Rohkies zu gelangen, sondern zu einem bestimmten Zeitpunkt ein Bauprojekt an einem bestimmten Ort zu realisieren, der vom Bauherrn aufgrund anderer Faktoren als dem dort möglicherweise im Boden liegenden Rohkies ausgewählt wurde. Dieser Rohkies fällt also beiläufig zur Bautätigkeit an und wird nicht gezielt gewonnen. Anders als die Rohkiesgewinnung in Kiesgruben und aus Gewässern ist diese Quelle von Rohkies daher unberechenbar und nicht längerfristig vorausseh- und planbar. Die Quelle ist nicht stetig, sondern schwankend und abhängig von Dritten, nämlich den Bauherrn, die sich für oder gegen die Realisierung eines Bauprojekts an einem bestimmten Ort zu einem bestimmten Zeitpunkt entscheiden. Es sind denn auch nicht im Bereich der Kiesgewinnung tätige Unternehmen, die diese Quelle von Rohkies «erschliessen», sondern andere, nicht auf Kies spezialisierte Unternehmen wie Aushub- und Bauunternehmen sowie allenfalls Landschaftsgärtner, die den Aushub vornehmen und so nebenbei diesen Rohkies freilegen. Sie tun dies nicht, um als Akteure auf dem Rohkiesmarkt aufzutreten und im dortigen Spiel von Angebot und Nachfrage mitzumischen, sondern um ihrer primären Aufgabe nachzukommen. Die von ihnen zu einem bestimmten Zeitpunkt in Aushüben freigelegte Rohkiesmenge können sie nicht steuern, auf die Nachfrage nach Rohkies und deren Veränderungen können sie also nicht reagieren. Vielmehr fällt zu einer bestimmten Zeit bei einer bestimmten Baustelle einfach der Rohkies aus Aushüben an, der gerade anfällt. Zudem sind die «Anbieter» von rohkieshaltigen Aushüben zugleich «Nachfrager» von Deponieleistungen. Ihnen geht es vor allem darum, diese (rohkieshaltigen) Aushübe irgendwo ablagern resp. deponieren zu können, soweit sie sie nicht selber verwenden können.[434] Ist eine eigene Verwendung der (rohkieshaltigen) Aushübe nicht möglich, sind sie mit anderen Worten darauf angewiesen, diese «loszuwerden»; ihr Angebot von (rohkieshaltigen) Aushüben ist gleichzeitig ihre Nachfrage nach Deponievolumen. Abhängig von der konkreten Angebots- und Nachfragesituation in diesen beiden Bereichen bezahlen die «Anbieter» von rohkieshaltigen Aushüben letztlich sogar für ihr «Angebot».[435] Aufgrund dieser Gegebenheiten vermag diese Quelle von Rohkies (resp. vermögen diese Rohkies-«Anbieter») keine, jedenfalls keine nennenswerte, disziplinierende Wirkung auf die Akteure im Rohkiesmarkt zu entfalten. Dass bei Grossbauprojekten vor allem im Raum Thun (z.B. Stockhorn Arena/Stadion) zuweilen grössere Volumen an Rohkies aus Aushüben anfallen können,[436] die im entsprechenden Jahr auch von den im Bereich Kiesgewinnung tätigen Unternehmen in ihrer Planung berücksichtigt werden,[437] ändert hieran ebenso wenig wie die Tatsache, dass Kieswerke auch Rohkies aus Aushüben zur Veredelung ankaufen.

C.3.3.1.4 Nachfrage nach Rohkies

Die Nachfrager

273. Der grösste Teil Rohkies wird von Kieswerken nachgefragt, die den Rohkies aufbereiten, d.h. veredeln.[438] Oder mit den Worten einer Partei, die dies wie folgt treffend auf den Punkt gebracht hat: «(…) eine Kiesgrube errichten und zu betreiben nützt noch nichts, wenn man das Kies nicht verarbeiten kann. (…) Das Kies aus der Grube ist das Wandkies. Dieses braucht man nur wenig. Im Richtplan ist man angehalten, das Kies auch zu verarbeiten. Also sollte hintendran auch ein Kieswerk sein».[439] Bloss zu einem sehr kleinen Teil[440] findet Rohkies aus Kiesgruben direkt auf Baustellen Verwendung, z.B. im Strassen- und Gartenbau.[441] Als Nachfrager treten diesfalls insbesondere (Strassen)Bauunternehmen und Landschaftsgärtner auf. Soweit solche Unternehmen ihren Rohkiesbedarf bereits mit kiesigen Aushüben decken können, wie dies vor allem im Raum Thun der Fall ist,[442] reduziert sich ihr ohnehin sehr kleiner Nachfrageanteil noch weiter. Mit den Worten einer Partei: «Für den Bezug von Kies ab Wand [bei den Abbaustellen von KAGA] ist kein Bedürfnis am Markt da, sondern nur für die Kieswerke. (…)

[433] Abgesehen davon wären Abklärungen, die hierzu zuverlässige Resultate liefern würden, kaum möglich, jedenfalls aber unverhältnismässig aufwändig. Befragt werden müssten alle Unternehmen, die im Kanton Bern Aushübe vorgenommen haben, was nebst Aushubunternehmen auch etwa Bauunternehmen und Landschaftsgärtner sind. Dass diese den Rohkies, der bei Aushüben angefallen ist, vor der Weiterverwendung gewogen bzw. das Volumen schriftlich in auswertbarer Form erfasst hätten, gestützt worauf nunmehr die historischen Volumina eruiert werden könnten, erscheint wenig realistisch. Die an Kieswerke verkauften Mengen zu rekonstruieren, erscheint gestützt auf Buchhaltungsunterlagen der Kieswerke zwar möglich, jedoch ungenügend, wäre das Ergebnis doch trotz des damit verbundenen grossen Aufwands bloss bruchstückhaft, da das Volumen des von den beteiligten Unternehmen selber verwendeten Rohkieses nach wie vor unbekannt wäre. Das fällt umso mehr ins Gewicht, weil ein Verkauf an Kieswerke erst erfolgt, soweit der Rohkies nicht selber weiterverwendet werden kann; der Verkauf betrifft bloss den «Überschuss».

[434] Rz 270.

[435] So verlangt etwa Heimberg für die Deponierung von «kiesige[m] Aushub» CHF 5.– pro Tonne (siehe <www.kwheimberg.ch/images/content/KH_Preisliste_2023.pdf> Artikel Nr. 1000 unter «Deponie» auf S. 24 [zuletzt besucht am 13.6.2023]).

[436] So das an der Einvernahme von [...] vom 21.1.2015 Rz 289 f., Act. III.9, erwähnte Grossbauprojekt Stadion Thun, bei dem gemäss Angabe von ihm 180'000 m^3 Rohkies aus Aushüben angefallen sind. Beim Grossbauprojekt Stadion Wankdorf in der Stadt Bern wurde mit einem Rohkiesvolumen von 50'000 m^3 gerechnet (Act. II.C.X.66).

[437] VR-Protokoll der KAGA vom 2.12.2009 T. 2.4, Act. II.A.X.161, bezüglich Stadion Thun.

[438] Vgl. etwa Saurer (Fn 404), 6. In dem Sinn auch EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 472 f. und 506 f., Act. III.7.

[439] EV von [...] vom 22.1.2015 Rz 93-98, Act. III.10.

[440] So hielt eine Partei im Mitwirkungsverfahren zum regionalen Richtplan der Regionalkonferenz Bern-Mittelland fest, «Der Markt wird *praktisch ausschliesslich* mit aufbereiteten Kieskomponenten bedient (…)» (Hervorhebung durch Wettbewerbsbehörde), vgl. Mitwirkungsbericht Regionaler Richtplan ADT (Fn 432), S. 48, ferner S. 87.

[441] Im Sachplan ADT 98 (Fn 635), S. 13, wurde sogar ein diesbezüglicher Grundsatz 12 festgehalten, in dem u.a. ausgeführt ist: «Die direkte Endverwendung von Kies ab Wand für den allgemeinen Strassen- und Tiefbau widerspricht dem Gebot der haushälterischen Nutzung von Baurohstoffen und ist, ausgenommen bei Seitenentnahmen im Güterwegebau, zu vermeiden».

[442] Hiervor Rz 269 ff.

Daher existiert im Raum Thun gar kein Bedürfnis für den Bezug von Kies ab Wand [durch andere Unternehmen als Kieswerke]».[443] Dass nur ein sehr kleiner Anteil am gewonnenen Rohkies an Nicht-Kieswerke geht, bestätigen auch die Angaben von vier angefragten, unabhängigen Unternehmen, die im Raum Bern Kiesgruben und -werke betreiben.[444] Deren zwei gaben an, den gesamten Rohkies für ihren Eigenbedarf zu verwenden, d.h. zur Veredelung in ihrem Kieswerk,[445] während die zwei anderen den Anteil Rohkiesverkauf an Kundinnen auf 10 % schätzten, ihren Eigenbedarf zur Veredelung in ihrem Kieswerk auf 90 %.[446]

Ort der Nachfrage und Transportkosten

274. Rohkies kann grundsätzlich überall hin transportiert werden. Allerdings zeichnet sich Rohkies durch einen im Vergleich zu seinem Gewicht und seinem Volumen geringen Preis aus.[447] Bei KAGA etwa kostet gemäss Preisliste 2023 eine Tonne ungewaschener und unsortierter Rohkies ab Wand ohne MwSt und ohne Rabatte CHF 6.30 (Bümberg) resp. CHF 9.20 (Bergacher).[448] Ein Kubikmeter dieses Rohkieses wiegt nahezu zwei Tonnen[449] und kostet somit ca. CHF 12.30 (Bümberg) resp. CHF 17.95 (Bergacher). Transportiert wird Rohkies regelmässig auf dem Landweg von Lastwagen. Die Kosten des Transports dieses schweren und in der Regel in grossen Volumen nachgefragten Materials sind im Verhältnis zum Materialpreis hoch und steigen mit zunehmender Transportzeit und -distanz. Dabei steigen einige Kostenfaktoren eher proportional zur Fahrzeit (Lohnkosten), andere eher zur Fahrdistanz (Treibstoffkosten; Schwerverkehrsabgabe), wobei Fahrzeit und -distanz in der Regel stark korrelieren.[450] Das führt dazu, dass die Transportkosten bei zunehmender Fahrzeit und -distanz einen immer grösseren Anteil an den Gesamtkosten eines Rohkiesbezugs ausmachen.

275. Transportkosten lassen sich optimieren, indem Leerfahrten minimiert werden, also sowohl auf der Hin- als auch auf der Rückfahrt Material transportiert wird (in beide Richtungen beladene Transporte werden nachfolgend auch als Retourfuhren bezeichnet). Die Kosten für eine Hin- und Rückfahrt können so auf zwei Materialtransporte aufgeteilt werden, anstatt dass diese Kosten vollumfänglich auf einen einzigen Materialtransport entfallen. Salopp ausgedrückt werden so zwei Fliegen auf einen Streich geschlagen. Entsprechend gross ist das Interesse von mit dem Transport befassten Unternehmen, Leerfahrten zu vermeiden.[451] Die Möglichkeit, Retourfuhren machen zu können, spielt bei ihren Überlegungen und Berechnungen, ob nun dieser oder jener Anbieter von Materialien oder Deponieleistungen angefahren werden soll, daher eine wesentliche Rolle.[452] Wenn beispielsweise Aushübe deponiert und Kieskomponenten bezogen werden sollen, setzen sich die Gesamtkosten aus dem Deponiepreis, dem Preis für die Kieskomponenten und den Transportkosten für den jeweiligen Hin- und Rückweg zusammen.[453] Bietet nun etwa eine Deponiestelle keine Kieskomponenten an, bedeutet dies, dass eine dortige Deponierung mit einer leeren Rückfahrt verbunden ist und die Kieskomponenten anderweitig beschafft werden müssen, wodurch weitere Transportkosten anfallen. Bietet die Deponiestelle hingegen Kieskomponenten an, können diese auf der Rückfahrt von der Deponierung transportiert werden. Diesen Gedanken hat eine auf den Transport spezialisierte Person an ihrer Einvernahme wie folgt auf den Punkt gebracht: «Es ist nicht korrekt, dass es teurer wird, je weiter man fährt. Es kommt darauf an, ob man Material wieder mit zurück nehmen kann. So kann eine Fahrt von 20 km nach Bern teurer sein, als wenn man 30 km hin und zurück fährt».[454]

276. Für die Nachfrager sind nun die Gesamtkosten, d.h. die Material- und die Transportkosten zusammen, entscheidend.[455] Entsprechend kommen für sie nur Abbaustellen in Frage, die in einer «sinnvollen Distanz» zum Verwendungsort des Kieses, d.h. zu ihrem Kieswerk resp. zu ihrer Baustelle, liegen.[456] Der Standort der Abbaustelle ist also wichtig.[457] Denn je weiter ein Verwendungsort von einem bestimmten Abbauort entfernt ist, desto wahrscheinlicher ist es, dass ein anderer Abbauort näher liegt, der alsdann aufgrund der kürzeren Distanz zum konkreten Verwendungsort preislich konkurrenzfähiger ist.[458] Für die Höhe der Gesamtkosten spielt dabei, wie ausgeführt,[459] auch die Möglichkeit von Retourfuhren mit eine Rolle; dies insbesondere für Transportunternehmen, die anstreben, ihre Fahrten zu optimieren.[460]

[443] EV von [...] vom 21.1.2015 Rz 92-96, auch 99 («Es ist einfach kein Verlangen danach da»), Act. III.9. In dem Sinn auch die Feststellung einer anderen Partei «Wir [Daepp] verkaufen fast kein Kies ab Wand selber», EV von [...] vom 19.3.2015 Rz 102, Act. III.19.

[444] Act. VI.38, 52, 54 und 57, jeweils Antwort auf Frage 6. Act. VI.48 ist insofern nicht aufschlussreich, da bei diesem Unternehmen das Rohkies-Abbauvolumen seit 2016/2017 erschöpft ist, mithin die Rohkiesgewinnung und das Kieswerk ab da eingestellt worden sind (vgl. Act. VI.48, Antworten auf die Fragen 5, 25b und 30).

[445] Act. VI.52 und 54, jeweils Antwort auf Frage 6.

[446] Act. VI.38 und 57, jeweils Antwort auf Frage 6.

[447] In dem Sinn auch SAURER (Fn 404), 23.

[448] Abrufbar unter <www.kaga.ch> Preisliste (zuletzt besucht am 13.6.2023).

[449] Ein Kubikmeter Rohkies wiegt etwa 1,95 Tonnen, vgl. die Berechnungen eines KAGA-Mitarbeiters bezüglich des Transportkostenausgleichs, Act. II.D.X.154 S. 6 «Schüttgewicht in to / m^3».

[450] RPW 2020/1, 99 Rz 100, *KTB-Werke*.

[451] EV von [...] vom 26.4.2016 Rz 115 f., 131, 235 f., Act. III.23. Ferner etwa Act. VI.34 und 42, jeweils Antworten auf Fragen 14 und 18.

[452] In dem Sinn EV von [...] vom 26.4.2016 Rz 210-213 und 234-237, Act. III.23.

[453] EV von [...] vom 26.4.2016 Rz 239-242, Act. III.23.

[454] EV von [...] vom 26.4.2016 Rz 296-298, auch 301 f., Act. III.23. Ebenso Act. VI.34, Antwort auf Frage 18.

[455] Vgl. statt anderer etwa Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016 Rz 142 f., Act. III.26; hinsichtlich Deponieleistungen Zeugeneinvernahme von [...] vom 2.5.2016 Rz 142-144 und 147-149, Act. III.25.

[456] Vgl. EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 432-435, Act. III.7, wonach Alluvia wegen der Distanz ihrer Kieswerke zu den Kiesgruben von KAGA ohne Transportkostenausgleich nie einen Kubikmeter Rohkies von dort beziehen würde. Dies würden nur Aktionärinnen machen, die in einer sinnvollen Distanz zu KAGA seien. Als sinnvolle Distanz zum Bezug von Rohkies aus Aushüben bezeichnet er «maximal 25 km» (EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 429 f., Act. III.7).

[457] Zeugeneinvernahme von [...] vom 5.2.2015 Rz 203, Act. III.13.

[458] In dem Sinn Zeugeneinvernahme von [...] vom 5.2.2015 Rz 120 ff., Act. III.13.

[459] Siehe die vorangehende Rz, ferner etwa EV von [...] vom 26.4.2016 Rz 593-600, Act. III.23, wonach (Kies)Werke bei ihren Auslieferungen leere Rückfahrten hätten, während Transportunternehmen diese vermeiden würden.

[460] EV von [...] vom 26.4.2016 Rz 593-600, Act. III.23 – dies gemäss seinen Angaben im Unterschied zu Auslieferungen, die von Kies- oder Betonwerken vorgenommen werden, da dort regelmässig eine leere Rückfahrt erfolgt.

277. Die vorangehenden Ausführungen betreffend Transportkosten gelten mutatis mutandis auch für andere schwere Baumaterialien[461] wie etwa für veredelten Kies und für die Deponierung von Aushüben.[462] Zu beachten ist, dass Transportkosten verhältnismässig einen umso geringeren Anteil an den Gesamtkosten ausmachen, je grösser die Materialkosten resp. die Deponiekosten sind.[463] Oder anders gewendet: die Transportkosten von A nach B fallen hinsichtlich der Gesamtkosten verhältnismässig weniger ins Gewicht, wenn bei vergleichbarem spezifischem Gewicht ein teureres Material transportiert wird.[464] Da ein Kubikmeter Rohkies beispielsweise nur rund die Hälfte eines Kubikmeters veredelten Kieses kostet, ist der Transportkostenanteil beim Ersten im Verhältnis deutlich höher als beim Zweiten.[465]

278. Kieswerke, die mit weitem Abstand bedeutendsten Nachfrager von Rohkies, sind stationäre Bauwerke. Da die Transportkosten von Rohkies ein wesentlicher Kostenpunkt sind, kann und wird die Entfernung eines Kieswerks zu Abbaustellen selbstverständlich bereits bei seiner Erstellung berücksichtigt. Um die Transportkosten möglichst gering zu halten, werden Kieswerke regelmässig in Kiesgruben selbst oder in unmittelbarer Nähe dazu gebaut,[466] wodurch der Rohkies in der Regel mittels Förderbänder zu ihnen transportiert werden kann.[467] Ergänzend ist auf die Ausführungen an anderer Stelle verwiesen, wo näher auf den Zusammenhang zwischen Kiesgruben und Kieswerken eingegangen wird.[468]

279. Anders verhält es sich, wenn Rohkies für einmal direkt auf Baustellen verwendet wird, denn deren Standort wird freilich nicht in Abhängigkeit von ihrer Entfernung zu Abbaustellen festgelegt. Die befragten Transportunternehmen nannten als Distanz, die in der Regel zwischen den Abbaustellen und den Verwendungsorten (d.h. den Baustellen) liegt, grossmehrheitlich maximal 20 km.[469] Die Hälfte von ihnen gab an, jeweils die nächstgelegene Kiesgrube auszuwählen und anzufahren,[470] während bei zwei weiteren die Möglichkeit für Retourfuhren für die Wahl der Abbaustelle entscheidend war.[471] Nach Angaben des [U14][472] soll die durchschnittliche Transportdistanz für Kies im Normalfall bei rund 10 km liegen,[473] wobei nicht näher präzisiert wird, ob dies für Rohkies, veredelten Kies oder beides zutreffen soll. Ein Vertreter von Kiestag hielt kurz und bündig fest: «Alles was mehr als 15 bis 20 km weit weg ist, ist nicht mehr rentabel».[474] In Bezug auf die sechs Kieswerke von Kästli-Gruppe und Alluvia stellte die WEKO durch Auswertung der Lieferscheindaten fest, dass 86 % des Kieses[475] innerhalb eines Radius von einer Fahrzeit von 20 Minuten verkauft wird.[476]

C.3.3.2 Abbaurechte

280. Die Gewinnung von Rohkies in Kiesgruben setzt voraus, dass der Kiesgrubenbetreiber über die erforderlichen privatrechtlichen Rechte an den betroffenen Grundstücken verfügt. Entweder ist er selber Eigentümer der Grundstücke oder er verfügt über beschränkte dingliche Rechte an diesen, namentlich Grunddienstbarkeiten, die ihn zum Abbau von Bodenbestandteilen, insbesondere Rohkies, berechtigen (sogenannte Ausbeutungsrechte). Zu ihrer Errichtung bedürfen all diese dinglichen Rechte einer Eintragung im Grundbuch.[477] Der Einräumung dieser Rechte an Grundstücken liegen entsprechende Verträge, namentlich Kauf- oder Dienstbarkeitsverträge, zu Grunde, die – sofern es sich um ein landwirtschaftliches Grundstück handelt – einer Bewilligung des Erwerbs nach BGBB[478] bedürfen.[479] Der Umfang der dinglichen Berechtigung ergibt sich bei Dienstbarkeitsverträgen aus dem Grundbucheintrag, hilfsweise aus den diesem zu Grunde liegenden privatrechtlichen Verträgen sowie den öffentlich-rechtlichen Bewilligungen.[480] Mit den Abbaurechten gehen in der Regel korrespondierende Wiederauffüllungs- und Rekultivierungsrechte einher, zumal die öffentlich-rechtlichen Bewilligungen regelmässig dahingehende Verpflichtungen vorsehen.[481]

281. Die privatrechtlichen Verträge werden zwischen den Grundeigentümern als Anbietern und den an einer Ausbeutung (d.h. Abbau und Wiederauffüllung) interessierten Unternehmen als Nachfragern abgeschlossen. Für die Einräumung der Rechte erhalten die Grundstü-

[461] In Bezug auf Beton siehe etwa Einvernahme von [...] vom 26.3.2015 Rz 277-280, 284-286, Act. III.20.
[462] In Bezug auf die Deponie siehe etwa Zeugeneinvernahme von [...] vom 2.5.2016 Rz 138-149 und 247-251, Act. III.25.
[463] Vgl. etwa RPW 2020/1, 96 f. Rz 85, *KTB-Werke*, wonach der Transport beim Beton für rund 15 % des Gesamtpreises verantwortlich ist, während dieser Anteil bei Kies doppelt so hoch ist, wobei an jener Stelle nicht weiter zwischen Rohkies und veredeltem Kies unterschieden worden ist (vgl. RPW 2020/1, 97 Rz 91, *KTB-Werke*).
[464] Illustrativ die Verhältnisangaben bei Saurer (Fn 404), 22.
[465] RPW 2020/1, 105 Rz 114, *KTB-Werke*.
[466] RPW 2020/1, 94 Rz 69, *KTB-Werke*.
[467] Siehe etwa <[…]>; <www.kaestligruppe.ch> Baustoffe > Herstellung (beide zuletzt besucht am 13.6.2023).
[468] Rz 286.
[469] Act. VI.22-25, 34-36, 41, 42 und 44: 20 km wurden viermal genannt (Act. VI.25, 36, 42 und 44), einmal 5-10 km (Act. VI.22), einmal 10 km (Act. VI.35), einmal 10-15 km Luftlinie (Act. VI.34), einmal 10-20 km (Act. VI.41), einmal 25 km (Act. VI.24) und einmal 30-40 km (Act. VI.23).
[470] Act. VI.22, 25, 35, 41 und 44, jeweils Antwort auf Frage 18.
[471] Act. VI.34 und 42, jeweils Antwort auf Frage 18. Ein weiteres Transportunternehmen, nämlich dasjenige, welches als Regeldistanz zwischen Abbaustelle und Verwendungsort den mit Abstand höchsten Wert von 30-40 km nannte, gab an, nicht den am nächsten gelegenen Abbauort anzufahren, da die Wandkiespreise in der Region Bern zu teuer seien (Act. VI.23, Antwort auf Frage 18). Für ein anderes Transportunternehmen sind «Preis, Qualität, Distanz zum Einsatzort, Vermeidung von Leerfahrten» entscheidend (Act. VI.36, Antwort auf Frage 18). Ein Transportunternehmen bezieht ausschliesslich bei seiner «Partnerfirma» Rohkies (Act. VI.24, Antwort auf Frage 18).
[472] […] (vgl. dazu <[…]>, zuletzt besucht am 13.6.2023).
[473] So rapportiert von Saurer (Fn 404), 21.
[474] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 215 f., Act. III.1.
[475] Mit Kies sind dort sowohl Rohkies als auch veredelter Kies gemeint (vgl. RPW 2020/1, 97 Rz 91, *KTB-Werke*), wobei diese Angabe aufgrund der geringen Nachfrage nach Rohkies durch Nicht-Kieswerke primär veredelten Kies betrifft.
[476] RPW 2020/1, 99 ff. Rz 106 und insbesondere Abbildung 6, *KTB-Werke*).
[477] Für den Erwerb von Grundeigentum Art. 656 Abs. 1 (die Ausnahmefälle von Abs. 2 dieser Bestimmung sind in vorliegendem Zusammenhang nicht von Bedeutung) des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10.12.1907 (ZGB; SR 210), für Grunddienstbarkeiten Art. 731 Abs. 1 ZGB und für Personaldienstbarkeiten Art. 781 Abs. 3 i.V.m. Art. 731 Abs. 1 ZGB.
[478] Bundesgesetz vom 4.10.1991 über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB; SR 211.412.11).
[479] Art. 61 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 64 Abs. 1 Bst. c BGBB und dazu BGer, 2C_157/2017 vom 12.9.2017 E. 4.3.
[480] BGE 137 III 444 E. 2.2 E. 4.2.1 und Regeste.
[481] Vgl. zur Auslegung eines «Kiesausbeutungsrechts» BGE 137 III 444, insbesondere E. 4.1.2 zu den regelmässig in den öffentlich-rechtlichen Bewilligungen anzutreffenden Verpflichtungen.

ckeigentümer regelmässig ein Entgelt.[482] Dieses kann bei Dienstbarkeitsverträgen entweder ein periodisch fixer Betrag, ein nach abgebauten/wiederaufgefüllten Kubikmetern bestimmter Betrag oder eine Kombination davon sein.[483] Die Höhe des vereinbarten Entgelts ist Ergebnis der Verhandlung zwischen den Grundeigentümern und den an einer Ausbeutung interessierten Unternehmen, wobei Erstere an einem hohen, Zweitere an einem tiefen Preis interessiert sind. Bei diesen Verhandlungen weisen Grundeigentümer gerne auf bessere Angebote hin, die sie von anderen Interessierten erhalten haben, um so einen für sie vorteilhafteren Vertrag auszuhandeln.[484] Diese Verträge werden in der Regel abgeschlossen, lange bevor der Abbau beginnt resp. überhaupt feststeht, ob dieser zulässig sein wird. Denn dafür sind öffentlich-rechtliche Bewilligungen erforderlich, wobei die Unternehmen im Rahmen der Richtplanung – also zu einem frühen Zeitpunkt – gehalten sind, bei ihren Standorteingaben für sogenannte «Festsetzungen»[485] die privatrechtliche Sicherung der Abbau- und Deponiegebiete mittels entsprechender Verträge darzutun.[486] Dieses zeitliche Auseinanderfallen ebenso wie die lange Abbau- und Wiederauffüllungsdauer führen dazu, dass die vertraglichen Konditionen weit im Voraus für die Zukunft vereinbart werden, wenn bezüglich der künftigen Nachfrage- und Preisentwicklung höchstens Erwartungen und Schätzungen, nicht aber gesicherte Informationen bestehen.

282. Freilich kommen nicht jedwelche Grundstücke für den Abschluss solcher Verträge in Frage. Vielmehr muss eine Kiesgewinnung am entsprechenden Ort überhaupt erst zulässig sein und als sinnvoll und realistisch erscheinen. Das hängt von verschiedenen Faktoren ab, die das Angebot tauglicher Grundstücke wesentlich einschränken.[487]

- Erforderlich ist zunächst einmal, dass das Grundstück überhaupt über Rohstoffe verfügt, die dort gewonnen werden können. Wo und in welchem Ausmass Rohstoffvorkommen vorhanden sind, hängt von der Geologie der Gebiete ab. Die Rohstoffvorkommen sind über Jahrtausende entstanden und natürlich beschränkt. Zentren hochwertiger Vorkommen sind im Kanton Bern die Hügelzone des Jurasüdfusses vo-m Neuenburgersee bis in den Oberaargau sowie die Region Bern mit dem Aaretal bis Uttigen bzw. bis zum Kanderdelta im Thunersee.[488] Um zu ermitteln, wie es sich mit der Rohstoffsituation auf einem Grundstück verhält, werden regelmässig geologische Abklärungen durchgeführt.
- Die Rohkiesgewinnung muss faktisch möglich sein. Ist ein Grundstück z.B. bereits mit einer Strasse oder Bahnlinie bebaut, lässt sich darunter nicht mehr Rohkies gewinnen.
- Weiter muss ein Rohstoffabbau aus rechtlicher Sicht am betreffenden Ort zulässig sein. Einschränkungen bestehen in mehrfacher Hinsicht. Raumplanungsrechtlich[489] ist die Errichtung oder Erweiterung einer Kiesabbaustelle etwa unzulässig, wenn das Grundstück in einer Bauzone eingezont ist oder in einem Naturschutzgebiet oder -objekt liegt.[490] In archäologischen Schutzgebieten ist eine Kiesgewinnung zwar nicht generell ausgeschlossen, jedoch nur unter gesteigerten Voraussetzungen zulässig.[491] In Grundwasserschutzzonen und -arealen[492] ist eine Rohkiesgewinnung unzulässig.[493] Aus dem Gewässerschutz ergeben sich noch anderweitige Einschränkungen. So muss bei der Ausbeutung von «Kies, Sand und anderem Material» in Gewässerschutzbereichen Au, die zum Schutz unterirdischer nutzbarer Gewässer dienen[494] und im Kanton Bern weitflächig vorhanden sind,[495] eine Materialschicht von mindestens 2 Metern über dem Grundwasserhöchstspiegel belassen werden und die Ausbeutungsfläche so begrenzt sein, dass die natürliche Grundwasserneubildung gewährleistet ist.[496] Weitere rechtliche Einschränkungen können sich etwa aus dem Natur- und Heimatschutz,[497] dem Landschaftsschutz[498] oder dem Schutz des Waldes[499] ergeben.
- Sodann muss eine Rohstoffgewinnung am fraglichen Ort auch aus ökonomischer Sicht Sinn machen. Dies hängt wiederum von mehreren Faktoren ab. Wesentlich ist etwa die Grösse des dortigen Rohstoffvorkommens. Da die Transportkosten ein zentraler Kostenpunkt sind,[500] spielt auch etwa die verkehrstechnische Anbindung des Grundstücks eine Rolle sowie die Angebots- und Nachfragesituation in einem gewissen Umkreis zur möglichen Abbaustelle.[501]

---

[482] Zeugeneinvernahme von [...] vom 2.5.2016 Rz 337 f., 343-345, Act. III.25.

[483] Auf die ersten beiden Möglichkeiten hinweisend etwa Act. VI.54, Antwort auf Frage 9.

[484] Zeugeneinvernahme von [...] vom 2.5.2016 Rz 352 f., 373 ff., Act. III.25.

[485] Eine «Festsetzung» ist ein planungsrechtliches Instrument, das für eine bestimmte Fläche behördenverbindlich festlegt, dass dort in Zukunft Kies abgebaut werden kann (siehe dazu insb. unten, Rz 341).

[486] Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 30; Zeugeneinvernahme von [...] vom 2.5.2016 Rz 329-331, Act. III.25.

[487] Zeugeneinvernahme von [...] vom 2.5.2016 Rz 389 ff., Act. III.25.

[488] **SCHINDLER**/KÜNDIG/AEBY/BLANC/HOFMANN/RAGETH (Fn 404), S. 112.

[489] Einschlägig sind insbesondere das RPG und die Raumplanungsverordnung vom 28.6.2000 (RPV; SR 700.1) auf Bundesebene, das Baugesetz vom 9.6.1985 (BauG; BSG 721.0) und die Bauverordnung vom 6.3.1985 (BauV; BSG 721.1) auf kantonaler Ebene und die diesbezüglichen kommunalen Erlasse sowie die jeweils umsetzenden Pläne wie etwa Richt- und Nutzungspläne.

[490] Art. 30 Abs. 1 BauV.

[491] Art. 30 Abs. 2 BauV.

[492] Art. 20 f. des Bundesgesetzes vom 24.1.1991 über den Schutz von Gewässern (Gewässerschutzgesetz, GSchG; SR 814.20).

[493] Vgl. insbesondere Anhang 4 Ziff. 221 Abs. 1 Bst. d, Ziff. 221bis Abs. 1 Bst. d, Ziff. 221ter Abs. 1, Ziff. 222 Abs. 1, Ziff. 223 sowie Ziff. 23 Abs. 1 der Gewässerschutzverordnung vom 28.10.1998 (GSchV; SR 814.201); BGE 119 Ib 174 E. 3.

[494] Art. 19 GSchG i.V.m. Art. 29 Abs. 1 Bst. a GSchV.

[495] Vgl. die Gewässerschutzkarte des Kantons Bern, abrufbar unter <www.agi.dij.be.ch> Geoportal > Karten > Angebot an Karten > Gewässerschutzkarte (zuletzt besucht am 13.6.2023).

[496] Anhang 4 Ziff. 221 Abs. 3 Bst. a und b GSchV.

[497] Siehe etwa Art. 18a und 23b des Bundesgesetzes vom 1.7.1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451); ferner Art. 29 der Verordnung vom 16.1.1991 über den Natur- und Heimatschutz (NHV; SR 451.1).

[498] Siehe etwa das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler (BLN), das u.a. die Aarelandschaft zwischen Thun und Bern als grossräumige Erholungslandschaft führt.

[499] Vgl. etwa Art. 5 des Bundesgesetzes vom 4.10.1991 über den Wald (Waldgesetz, WaG; SR 921.0), wonach Rodungen einer Ausnahmebewilligung bedürfen und grundsätzlich eine Wiederaufforstung erforderlich ist (Art. 7 WaG).

[500] Rz 274 ff.

[501] Siehe hierzu etwa Zeugeneinvernahme von [...] vom 2.5.2016 Rz 324-328, Act. III.25.

- Selbst wenn alle erforderlichen Faktoren gegeben sind, das entsprechende Grundstück daher geeignet ist und ein entsprechender Vertrag abgeschlossen wird, steht noch nicht fest, dass dort tatsächlich Rohkies gewonnen werden kann. Denn dafür ist erforderlich, dass dieser Standort bei der Richtplanung festgesetzt wird und so der Grundstein für den Erhalt der erforderlichen öffentlich-rechtlichen Bewilligungen gelegt wird.

C.3.3.3 Veredelter Kies / Kiesaufbereitung

C.3.3.3.1 Aufbereitung von Primär-Gesteinskörnungen

Veredelte, ungebrochene Gesteinskörnungen

283. Der grösste Anteil an Rohkies wird von Kieswerken nachgefragt,[502] die ihn aufbereiten, d.h. veredeln. Diese Aufbereitung ist notwendig, da die natürlichen Rohkiesvorkommen in ihrer Zusammensetzung und Reinheit normalerweise nicht den Anforderungen für eine weitere Verwendung genügen.[503] Die Aufbereitung beginnt regelmässig mit dem Waschen, bei dem der Rohkies von abschlämmbaren (z.B. Lehm) und verunreinigenden Teilen (z.B. Holz) separiert wird. Alsdann wird der Rohkies durch Sieben nach Korngrössen in verschiedene Korngruppen sortiert (sogenannte Klassierung), wobei sich die Bandbreiten der ausgesiebten Korngrössen[504] insbesondere nach den für Gesteinskörnungen gültigen SN-EN-Normen[505] orientieren. Grössere Gesteinskörner werden oftmals mit Brechanlagen zerkleinert – es werden daraus also gebrochene Gesteinskörnungen,[506] namentlich Splitt und Brechsand, von einer geringeren Korngrösse hergestellt. Abhängig vom Verwendungszweck werden die zuvor sortierten und klassierten Gesteinskörnungen schliesslich nach bestimmten Rezepten in einem vorgegebenen Verhältnis zusammengemischt.[507]

284. Die Anforderungen, denen veredelter Kies genügen muss, sind für zentrale Verwendungszwecke durch Normen vorgegeben. So bestehen etwa Vorgaben für Gesteinskörnungen für Beton, für Asphalt oder für den Ingenieur- und Strassenbau.[508] Ein Kieswerk kann sich durch ein Zertifizierungsunternehmen, z.B. den [U12][509] oder die [U13][510], zertifizieren lassen, um nachzuweisen, dass der von ihm veredelte Kies diesen Normen entspricht. Aufgrund dieser Normen sind die veredelten Kiesprodukte, die Kieswerke anbieten, in wesentlichen Bereichen qualitativ vereinheitlicht.[511] Auch wenn klassierte Gesteinskörnungen in einem bestimmten Verhältnis nach einem «kundenspezifischen» Rezept gemischt werden, resultiert ein qualitativ weitestgehend einheitliches Kiesprodukt, losgelöst davon, ob nun dieses oder jenes Kieswerk die Mischung vornimmt, da die Einheitlichkeit durch die Klassierung und das Rezept sichergestellt wird. Es handelt sich also um homogene Güter.

285. Damit ein Kieswerk die einzelnen Komponenten den Normen und Rezepten entsprechend mischen kann, bedarf es der dafür verlangten Ausgangsmaterialien. Diese erhält es vor allem durch die eigene Aufbereitung von Rohkies. Wie sich der Rohkies zusammensetzt, ist allerdings von Abbaustelle zu Abbaustelle unterschiedlich und kann selbst innerhalb einer Abbaustelle je nach Schicht variieren.[512] Infolgedessen kann es sein, dass ein Kieswerk zu einer bestimmten Zeit von einer bestimmten Komponente zu wenig hat und von einer anderen mehr als es benötigt. Diesfalls ist es darauf angewiesen, zusätzlich entweder anders zusammengesetzten Rohkies aus einer anderen Quelle (andere Kiesgrube, Aushübe) zu beziehen und aufzubereiten oder die bei ihm in zu geringem Ausmass vorhandenen Komponenten von einem anderen Kieswerk zu erwerben.[513] So ist es einem Kieswerk möglich, die ganze «Palette» an möglichen Mischungen herzustellen und anzubieten. Dass je nach Zusammensetzung des Rohkieses Komponenten ergänzt werden müssen, liegt in der Natur der Sache. Dass es bei der Beschaffung von ergänzenden Komponenten durch Kieswerke zu Schwierigkeiten gekommen wäre, wurde den Wettbewerbsbehörden nicht zugetragen. Rohkies aus verschiedenen Kiesgruben ist daher, obwohl er sich womöglich unterschiedlich zusammensetzt und Qualitätsunterschiede auch Einfluss auf die Produktionskosten haben mögen,[514] für Kieswerke im Hinblick auf ihre Veredelungstätigkeit als grundsätzlich austauschbar zu bezeichnen.

286. Ebenso wie eine Kiesgrube darauf angewiesen ist, dass ein Kieswerk den gewonnenen Rohkies abnimmt,[515] ist ein Kieswerk darauf angewiesen, dass es von einer Kiesgrube Rohkies zur Veredelung beziehen kann. Kurzum: Kiesgrube und Kieswerk gehen Hand in Hand[516] – wer eine Kiesgrube betreibt, betreibt zugleich auch ein Kieswerk und vice versa.[517] In der Praxis

[502] Dazu Rz 273.
[503] Siehe etwa <www.daeppbeton.ch> Produkte > Kies/Sand > Aufbereitung (zuletzt besucht am 13.6.2023). In dem Sinne auch etwa EV von [...] vom 22.1.2015 Rz 93-98, Act. III.10.
[504] Z.B. eine Bandbreite von Korngrössen zwischen 0 und 4 mm (diese Korngrösse wird als Sand bezeichnet) oder eine solche von 8 und 16 mm.
[505] Für einen Überblick über die gültigen SN-EN-Normen siehe <www.sugb.ch> Infos > Aktuelle Normen (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[506] Zum Begrifflichen siehe Rz 245.
[507] Zu diesen Abläufen siehe etwa <www.daeppbeton.ch> Produkte > Kies/Sand > Aufbereitung (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[508] Siehe Fn 505.
[509] […].
[510] […].
[511] In dem Sinn auch Act. VI.34, Antwort auf Frage 14.
[512] Rz 248.
[513] EV von [...] vom 22.1.2015 Rz 94-96, Act. III.10; EV von [...] vom 26.4.2016 Rz 434 f., 512-515, Act. III.23; Zeugeneinvernahme von [...] vom 5.2.2015 Rz 151 ff., Act. III.13; ferner Act. VI.38, Antwort auf Frage 17, vgl. auch Antwort auf Frage 11; Act. VI.57, Antworten auf Fragen 7 und 15-17.
[514] Vgl. etwa Act. VI. 54, Antwort auf Frage 7.
[515] Siehe Rz 273.
[516] Das zeigt sich auch etwa darin, dass die Nomenklatur NOGA 2008 (abrufbar unter <www.bfs.admin.ch> Statistiken finden > Industrie, Dienstleistungen beim Untertitel «Grundlagen und Erhebungen» > Nomenklaturen > Allgemeine Systematik der Wirtschaftszweige > Publikationen NOGA 2008 > Erläuterungen [zuletzt besucht am 13.6.2023]) das «Brechen und Mahlen von Kies» noch als Teil der Kiesgewinnung selbst auffasst und dieser Klasse (0812) zuordnet. Die Aufbereitung von Erzen und anderen Mineralen wird bewusst nicht von deren Gewinnung separiert und dem verarbeitenden Gewerbe (Kapitel C) zugeteilt, sondern dem Bergbau und der Gewinnung von Steinen und Erden (Kapitel B) zugeordnet (vgl. NOGA 2008, S. 24).
[517] SAURER (Fn 404), 25, nennt in seiner Studie als Marktakteure denn auch einzig «Kiesunternehmer». Er unterscheidet also nicht zwischen Betreibern von Kiesgruben einerseits und Betreibern von Kieswerken andererseits, sondern fasst diese als einen einzigen Marktakteur zusammen. Mit anderen Worten geht er ohne Weiteres – zu Recht – davon aus, dass jeweils ein und dieselbe Person sowohl Kiesgruben als auch Kieswerke betreibt.

kommt zuweilen vor, dass derselbe Betreiber mehrere Kiesgruben und -werke betreibt, aber nicht in jeder Kiesgrube ein Kieswerk steht.[518] Hintergrund dafür dürfte regelmässig sein, dass die Kosten für eine Verdoppelung der Infrastruktur «Kieswerk» grösser sind als die Transportkosten, die entstehen, wenn der Rohkies aus der Kiesgrube ohne Kieswerk in die Kiesgrube mit Kieswerk desselben Betreibers transportiert wird (was eine räumliche Nähe von Kiesgruben und -werk voraussetzt). Auch bei dieser Konstellation ist sichergestellt, dass der gewonnene Rohkies durch Kieswerke desselben Betreibers abgenommen und veredelt wird resp., dass die Kieswerke durch Rohkies aus Kiesgruben desselben Betreibers versorgt werden. Im Ergebnis das Gleiche gilt für den Fall, dass derselbe Betreiber Kiesgruben und -werke betreibt, jedoch nicht bei jedem Kieswerk eine (noch abbaubare) Kiesgrube vorhanden ist.[519]

287. Echte Ausnahmen vom Grundsatz, wonach jemand, der ein Kieswerk betreibt, auch über eine Kiesgrube verfügt, sind nur selten zu beobachten[520] und gehen auf besondere Entwicklungen zurück. So können etwa Kieswerke, deren vor Ort liegende Rohkiesvorräte erschöpft sind oder aus anderen Gründen nicht mehr abgebaut werden dürfen, unter Umständen dennoch weiterbetrieben werden. Dies, weil sich der Weiterbetrieb eines bereits erstellten und genutzten Kieswerks mit gekauftem Rohkies anderer Kiesgruben oder stark rohkieshaltiger Aushübe gleichwohl noch rechnen kann, da die Erstellungskosten für das Kieswerk schon angefallen sind und dessen Wiederverkaufswert gering sein dürfte.[521]

288. Hingegen ist den Wettbewerbsbehörden kein Fall bekannt, in dem jemand ein Kieswerk erstellte, obwohl von Anfang an weder er noch eine ihm nahestehende Person über eine Kiesgrube oder eine andere Rohkiesabbaustelle in sinnvoller Nähe verfügte. Es ist den Wettbewerbsbehörden also kein Fall bekannt, in dem es von Anfang an die Geschäftsstrategie gewesen wäre, ein Kieswerk ohne zugehörige Kiesgrube resp. Abbaustelle zu betreiben. Ein solches Geschäftsmodell erschiene betriebswirtschaftlich wenig erfolgsversprechend.

289. Ebenso wenig ist den Wettbewerbsbehörden – freilich mit Ausnahme von KAGA – eine Ausnahme vom Grundsatz bekannt, wonach jemand, der über eine Kiesgrube (zumindest eine solche von einer gewissen Grösse) verfügt, auch ein Kieswerk betreibt.

Veredelte *gebrochene* Gesteinskörnung

290. Wie ausgeführt, werden aus Rohkies auch gebrochene Gesteinskörnungen hergestellt, indem grössere Gesteinskörner mittels Brechern zerkleinert werden.[522] Rohkies ist daher ein geeignetes Ausgangsmaterial, um sowohl veredelte ungebrochene Gesteinskörnungen herzustellen als auch gebrochene.

291. Zum anderen werden gebrochene Gesteinskörnungen aus Stein und Fels hergestellt, die in Steinbrüchen abgebaut werden. Je nach den geologischen Gegebenheiten werden in Steinbrüchen auch andere Materialien wie etwa Marmor, Sandstein oder Gips abgebaut, die ganz anderen Verwendungszwecken dienen und andere Nachfrager bedienen – derartige aus Steinbrüchen stammende Materialien interessieren hier nicht weiter. Da Nagelfluh, wie ausgeführt,[523] seit längerem nicht mehr von praktischer Bedeutung ist, werden in Steinbrüchen keine ungebrochenen Gesteinskörnungen (mehr) gewonnen, sondern ausschliesslich gebrochene Gesteinskörnungen. Wenn das Ausgangsmaterial in Steinbrüchen gewonnen wird, erfolgt die Herstellung gebrochener Gesteinskörnungen in Aufbereitungsanlagen, bei denen ebenfalls Brecher zum Einsatz gelangen. Und auch hier erfolgt danach eine Sortierung und Klassierung.

292. Das Verhältnis zwischen Steinbrüchen einerseits und Aufbereitungsanlagen andererseits ist jedenfalls für die hier näher interessierenden Materialien ein ähnliches wie dasjenige zwischen Kiesgruben und Kieswerken. Es kann daher auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen werden.[524]

C.3.3.3.2 Herstellung von Sekundär-Gesteinskörnungen

293. Die Herstellung von Sekundär-Gesteinskörnungen, d.h. von Gesteinskörnungen aus recycliertem Baumaterial, beginnt mit der Trennung der verschiedenen Materialien, z.B. in Beton- oder Mischabbruch. Das kann auf der Baustelle selbst oder im Recyclingbetrieb erfolgen. Das sortierte Material wird vom Recyclingbetrieb alsdann gebrochen und Fremdkörper werden entfernt. Allenfalls wird das Material sodann gewaschen. Die resultierenden Gesteinskörner werden anschliessend – ebenso wie dies bei den primären Gesteinskörnern der Fall ist – nach ihrer Korngrösse gesiebt und klassiert.[525]

294. Ähnlich wie bei der Kiesveredelung bestehen auch bei Sekundär-Gesteinskörnungen diverse Vorgaben und Qualitätsanforderungen.[526] Ebenfalls vergleichbar ist die Möglichkeit zur Zertifizierung, um nachzuweisen, dass der Recyclingbetrieb resp. die von ihm hergestellten Sekundär-Gesteinskörnungen diesen Vorgaben entsprechen. Aufgrund dessen sind auch Sekundär-Gesteinskörnungen in wesentlichen Bereichen bezüglich Qualität vereinheitlicht.

---

[518] So beispielsweise die Ausgangslage bei Act. VI.52, Antwort auf Frage 5.

[519] So etwa die Ausgangslage bei Alluvia. Vgl. dazu auch RPW 2020/1, 107 Rz 124, *KTB-Werke*.

[520] Vgl. auch RPW 2020/1, 107 Rz 124 Fn 172, *KTB-Werke*, wonach zwei befragte Personen spontan keine solchen Kieswerke nennen konnten.

[521] So beispielsweise die Ausgangslage bei Act. VI.57, Antwort auf Fragen 15-17 und bei Heimberg (vgl. EV von [...] vom 14.1.2015, Rz 103–106, Act. III.6). Anders hingegen die Ausgangslage bei Act. VI.48, Antwort auf Fragen 5, 18, 25b und 30, wo nach Erschöpfung der Rohkiesvorräte auch der Betrieb des vorhandenen Kieswerks eingestellt worden ist.

[522] Rz 283.

[523] Rz 257.

[524] Hiervor Rz 286.

[525] Siehe zu diesem Ablauf etwa Act. VI.5a, Antwort auf die Frage 15.

[526] Für eine Übersicht siehe etwa ARV, Aushub-, Rückbau- und Recycling-Verband Schweiz, Reglement ARV-Gütesicherung für rezyklierte Gesteinskörnungen und RC-Kiesgemische, 2012, Kap. A und B; ferner etwa Bundesamt für Umwelt BAFU, Richtlinie für die Verwertung mineralischer Bauabfälle, 2. Aufl. 2006, Kap. 5, beide abrufbar unter <www.arv.ch> Fachthemen > Merkblätter und Richtlinien > Recycling-Baustoffe > Reglement ARV-Gütesicherung resp. Richtlinie für die Verwertung mineralischer Baustoffe (zuletzt besucht am 13.6.2023).

295. Die Herstellungskosten von Sekundär-Gesteinskörnungen sind höher als diejenigen für die Aufbereitung von Primär-Gesteinskörnungen.[527] Hingegen ist das Ausgangsmaterial günstiger: Während bei Kieswerken die Beschaffung des Ausgangsmaterials, d.h. der Primär-Gesteinskörnungen, ein Kostenpunkt darstellt, können Recyclingbetriebe mit der Beschaffung resp. Annahme des Ausgangsmaterials, d.h. von Abfällen, Einnahmen generieren. Dadurch werden die höheren Herstellungskosten von Sekundär-Gesteinskörnungen letztlich wieder in etwa wettgemacht.[528]

296. Die Verwertung von Abfällen, d.h., dass diese recykliert anstatt deponiert werden, hat in den vergangenen Jahren stetig zugenommen. Im Kanton Bern stieg die Verwertungsquote von 57 % im Jahre 2005 auf 73 % im Jahr 2014 an;[529] im November 2017 lag die Recyclingrate bei mineralischen Rückbaustoffen bei über 80 %.[530] Bei der Verwertungsquote von 80 % belief sich der Anteil von Sekundär-Gesteinskörnungen am Gesamtbedarf von Gesteinskörnungen (also aller gebrochener und ungebrochener Gesteinskörnungen zusammen) laut Herausgeberschaft der Verwendungsempfehlungen mineralischer Recycling-Baustoffe für die Kantone Bern und Solothurn auf ungefähr 20 %.[531] Zuvor war dieser Anteil noch deutlich geringer gewesen.[532] So schätzte etwa der [U14] im Jahr 2015 das Verhältnis von Recyclingmaterialien zu Kiesprodukten «ab Werk» auf 1:9, also auf 10 %, wobei er präzisierte, dass damit der Anteil Recyclingmaterial unterschätzt werden dürfte, da die von Bauunternehmen selbst aufbereiteten Recyclingmaterialien unberücksichtigt blieben.[533] Ein Jahr zuvor, im Jahr 2014, schätzte die BVE gemeinsam mit dem KSE Bern den Anteil «aktuell auf ca. 15 %».[534] Im Einklang mit diesen Zahlen steht auch die Schätzung des Bundesamtes für Topografie, das den Recyclinganteil an «Sand, Kies, Schotter» im Jahr 2014 mit «ca. 10-15 %» benennt,[535] sowie die Schätzung von «ca. 10 %» auf der Homepage einer Partei.[536] Im Jahr 2014 hat der Anteil Recyclingmaterial demnach zwischen etwa 10 % und 15 % ausgemacht. Dass dieser Anteil im November 2017 auf 20 % und damit mindestens 5 % höher geschätzt wird, zeigt die rasche Entwicklung in diesem Bereich. Unter Zugrundelegung eines eher steilen Anstiegs ist entsprechend davon auszugehen, dass der Anteil Recyclingmaterial zu Beginn des relevanten Zeitraums im Jahr 2004 noch im tiefen einstelligen Prozentbereich lag.

C.3.3.3.3 Nachfrager

297. Veredelter Kies, veredelte gebrochene Gesteinskörnungen und Sekundär-Gesteinskörnungen werden einerseits zur Produktion von Beton, Belag (Asphaltmischgut) und Mörtel in entsprechenden Werken verwendet und andererseits direkt auf Baustellen eingesetzt. Nachfrager sind dementsprechend einerseits Betonwerke (deren Anlagen auch für die Produktion von Mörtel verwendet werden können)[537] und Belagswerke, andererseits Bauunternehmen. Gemäss Schätzung des [U14] macht die Nachfrage der Betonwerke rund 40 % aus, diejenige von Belagswerken rund 10 %, während 50 % in den Direkt- oder Einzelverkauf gehen.[538] Die Nachfrage dieser Akteure leitet sich letztlich von der Nachfrage der Bauherren nach Bauwerken ab, für deren Erstellung diese Materialien verwendet werden.

298. Da die 40 % der Nachfrage der Betonwerke auf wenige, dafür eher grosse und konstant beziehende Kundinnen entfällt (im Gegensatz zu den 50 % des Direkt- und Einzelverkaufs), sind die Betonwerke die wichtigsten Abnehmerinnen.[539] Wertmässig ist zwar Zement der bedeutendste Ausgangsstoff von Beton.[540] Mit Blick auf das Gewicht entfällt bei Beton aber rund 80–85 % der festen Ausgangsstoffe auf die Gesteinskörnung, während Zement bloss ca. 13 % davon ausmacht. Aufgrund der erwähnten Transportkosten[541] sind Betonwerke oft in unmittelbarer Nähe von Kieswerken angesiedelt, von denen sie gewichtsmässig am meisten Material beziehen.[542] Beton wiederum wird sowohl im Hoch- als auch im Tiefbau vielseitig eingesetzt und ist dort der mit Abstand wichtigste Baustoff.[543] Je nach Verwendungszweck und Art und Weise der Einbringung muss der Beton unterschiedliche Eigenschaften aufweisen, die insbesondere von den verwendeten Ausgangsstoffen (z.B. der Korngrösse der Gesteinskörnung), deren Mischverhältnissen und allfälligen beigefügten Zusatzstoffen und -mitteln abhängen. Diese Eigenschaften sowie die zu ihrer Überprüfung vorgesehenen Methoden sind normiert,[544] wobei – wie bereits bei veredeltem Kies[545] – Konformitäts-Zertifizierungen für Betonwerke

[527] Die Aufbereitungskosten für Primär-Gesteinskörnungen (zur anschliessenden Betonherstellung) betragen «ca. 5.– CHF/t» (vgl. AURELIA KUSTER/LUKAS GUYER/PASCAL ARPAGAUS, Förderung von mineralischen Recyclingbaustoffen und Wiederverwendung in der Schweiz – Häuser aus Häuser bauen, Falldossier zur Lehrveranstaltung Umweltproblemlösen 2016/2017 der ETH, 31 (abrufbar unter <ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/usys/tdlab/docs/education/upl/upl-falldossier-2018.pdf>, zuletzt besucht am 13.6.2023).

[528] Zum Ganzen KUSTER/GUYER/ARPAGAUS (Fn 527), 30, auch 26; Act. VI.5a, Antwort auf Frage 15.

[529] Act. VI.5a, Antwort auf Fragen 8 und 11.

[530] BVE BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION DES KANTONS BERN/BJD BAU- UND JUSTIZDEPARTEMENT DES KANTONS SOLOTHURN/KSE BERN/SKS SOLOTHURNISCHER VERBAND KIES STEINE ERDEN, Mineralische Recycling-Baustoffe – Verwendungsempfehlungen für die Kantone Bern und Solothurn, 2. Aufl. 2018, 4, abrufbar unter <www.bvd.be.ch> Themen > Umwelt > Abfall > Merkblätter Bauabfälle und Recyclingbaustoffe > Mineralische Recycling-Baustoffe – Verwendungsempfehlungen für den Kanton Bern (zuletzt besucht am 13.6.2023).

[531] BVE/BJD/KSE BERN/SKS (Fn 530), 4.

[532] Vgl. auch RPW 2020/1, 93 Rz 67, *KTB-Werke*.

[533] Die Schätzung wird wiedergegeben bei SAURER (Fn 404), 27, Fn. 24.

[534] BVE/KSE Bern, Mineralische Recycling-Baustoffe – Verwendungsempfehlung für den Kanton Bern, 1. Aufl. 2014, 4.

[535] BUNDESAMT FÜR LANDESTOPOGRAFIE, Bericht über die Versorgung der Schweiz mit nichtenergetischen mineralischen Rohstoffen, 2017, 10, abrufbar unter <www.swisstopo.admin.ch> Über swisstopo > Dokumente von swisstopo, Suchbegriff «Bericht mineralische Rohstoffe» (zuletzt besucht am 13.6.2023).

[536] Abrufbar unter <www.daeppbeton.ch> Produkte > Recycling Beton (zuletzt besucht am 13.6.2023).

[537] RPW 2020/1, 95 Rz 79, *KTB-Werke*.

[538] Die Schätzung wird wiedergegeben bei SAURER (Fn 404), 27.

[539] So bereits RPW 2020/1, 94 Rz 74, *KTB-Werke*. Vgl. auch SAURER (Fn 404), 27.

[540] BUNDESKARTELLAMT, Sektoruntersuchung Zement und Transportbeton, 2017, Rz 64 und 77.

[541] Rz 277.

[542] RPW 2020/1, 94 Rz 74, *KTB-Werke*. In dem Sinne auch SAURER (Fn 404), 27.

[543] BUNDESAMT FÜR LANDESTOPOGRAFIE (Fn 535), 13.

[544] Vgl. <www.sugb.ch> Infos > Aktuelle Normen (zuletzt besucht am 13.6.2023) unter dem Titel Beton.

[545] Siehe Rz 284.

resp. deren Produkte erhältlich sind. Diese Normierung führt dazu, dass eine bestimmte Betonsorte stets dieselben wesentlichen Eigenschaften aufweist, unabhängig davon, welches Betonwerk sie hergestellt hat. Betonwerke sind in der Lage, verschiedenste Betonsorten herzustellen. Es handelt sich um homogene Güter.

299. Bei Belagswerken verhält es sich in mehrfacher Hinsicht ähnlich, auch wenn die Ausgangsstoffe von Belag nicht identisch sind mit denjenigen von Beton. Es handelt sich hier um ein Gemisch von Gesteinskörnungen und Bitumen. Belagswerke finden sich ebenfalls häufig in der Nähe von Kieswerken.[546] Und auch Belag ist normiert, wofür wiederum Konformitäts-Zertifizierungen erhältlich oder gar erforderlich sind. Belag ist also ebenfalls qualitativ vereinheitlicht und die Belagswerke können verschiedenste Belagssorten herstellen.

300. Die Verwendung des in den Direkt- oder Einzelverkauf gelangenden veredelten Kieses oder der gebrochenen Gesteinskörnungen resp. der Sekundär-Gesteinskörnungen ist mannigfaltig, etwa für Hinterfüllungen oder für Fundationsschichten bei einer Strassenkofferung. Welche Mischung bzw. welches Material geeignet ist, hängt vom konkreten Verwendungszweck ab. Eingesetzt wird das im Direkt- oder Einzelverkauf bezogene Material am Ort der jeweiligen Baustelle. Das Sekretariat forderte unabhängige Betreiber von Kieswerken, die einen Standort in der Regionalkonferenz Bern Mittelland oder Thun-Oberland West haben, auf, die Distanz zwischen Kieswerk und Einsatzort des veredelten Kieses zu schätzen. Der Anteil des bei ihnen bezogenen veredelten Kieses, der innerhalb eines Radius von 10 Kilometern verwendet wird, wird von diesen zwischen 40 % und 70 % geschätzt, innerhalb eines Radius von 20 Kilometern auf 75 % bis 97 % und bei einem Radius von 30 Kilometern auf 90 % bis 100 %.[547] Die befragten Transportunternehmen nannten als Distanz, die in der Regel zwischen Kieswerk und Baustelle liegt, grossmehrheitlich 20 Kilometer oder weniger, wobei 20 Kilometer zugleich der Median ist.[548] Rund die Hälfte von ihnen gab an, jeweils das nächstgelegene Kieswerk anzufahren,[549] während für ein Unternehmen die Möglichkeit von Retourfuhren für die Wahl des Kieswerks entscheidend ist.[550] In Bezug auf die sechs Kieswerke von Kästli-Gruppe und Alluvia stellte die WEKO durch Auswertung der Lieferscheindaten fest, dass 86 % des Kieses[551] innerhalb eines Radius von einer Fahrzeit von 20 Minuten verkauft wird.[552]

301. Ungebrochene Gesteinskörnungen unterscheiden sich bezüglich einzelner Eigenschaften von gebrochenen Gesteinskörnungen,[553] z.B. hinsichtlich ihrer Oberfläche (glatt resp. rau). Für einzelne Verwendungszwecke sind daher ungebrochene Gesteinskörnungen geeigneter als gebrochene und vice versa.[554] Bei Beton lassen sich z.B. ungebrochene Gesteinskörnungen leichter verarbeiten als gebrochene und benötigen weniger Zement,[555] der wie ausgeführt[556] teuer ist. Deshalb sind sie insbesondere für Konstruktionsbeton geeigneter.[557] Gebrochene Gesteinskörnungen verbessern demgegenüber die Zug-, Druck- und Abriebfestigkeit,[558] was im Strassenbau gefragt ist, weshalb sie insbesondere bei der Belagsproduktion zum Einsatz kommen.[559] Je nach Verwendungszweck bevorzugen die Nachfrager daher entweder ungebrochene Gesteinskörnungen oder gebrochene. Die jeweils andere Gesteinskörnung kann zwar – quasi ersatzweise – meist ebenfalls verwendet werden, ist also «gebrauchstauglich»; sie weist jedoch Nachteile auf und die Nachfrager müssen damit verbundene Abstriche hinnehmen: Werden etwa gebrochene Gesteinskörnungen für Konstruktionsbeton gebraucht, entstehen wegen dem zusätzlichen Zementbedarf Mehrkosten bei der Herstellung und der Beton ist schwieriger zu verarbeiten. Für einzelne Verwendungszwecke kann die jeweils andere Gesteinskörnung als Ersatz allerdings auch ungeeignet sein – so etwa der Bahnschotter bei Gleisanlagen, der aus gebrochenen Gesteinskörnungen bestehen muss[560] und bestimmte Steine und Felsen als verarbeitetes Rohmaterial aufweist. Zusammengefasst handelt es sich für die Nachfrager also – je nach Verwendungszweck – meist um grundsätzlich an sich austauschbare, jedoch nicht gleichwertige Güter. M.a.W. besteht eine Substitutionsbeziehung zwischen den beiden Arten von Gesteinskörnungen, gleichwertig sind sie allerdings nicht. Für einzelne, spezifische Verwendungszwecke fehlt es gänzlich an einer Substitutionsbeziehung.

[546] Vgl. etwa die Karte bei SAURER (Fn 404), 22.

[547] Siehe Act. VI.38, VI.52, VI.54 und VI.57, jeweils Antworten auf Frage 18.

[548] Act. IV.15, VI.22-25, 34-36, 41, 42 und 44, jeweils Antworten auf Frage 23: 20 km wurden viermal genannt (Act. VI.25, 36, 42 und 44), einmal 5-10 km (Act. VI.22), einmal 10 km (Act. VI.35), einmal 10-15 km Luftlinie (Act. VI.34), einmal 10-20 km (Act. VI.41), einmal 25 km (Act. VI.24), einmal 15-30 km (Act. IV.15) und einmal 30-60 km (Act. VI.23).

[549] Act. IV.15, VI.22, 25, 35, 41 und 44, jeweils Antwort auf Frage 24.

[550] Act. VI.34, Antwort auf Frage 24. Das Transportunternehmen, welches als Regeldistanz zwischen Kieswerk und Baustelle den mit Abstand höchsten Wert (30–60 km) nannte, gab an, nicht das am nächsten gelegene Kieswerk anzufahren, da die Preise in der Region Bern zu teuer seien (Act. VI.23, Antwort auf Frage 24). Für ein anderes Transportunternehmen sind «Preis, Qualität, Distanz zum Einsatzort, Vermeidung von Leerfahrten» entscheidend (Act. VI.36, Antwort auf Frage 24). Ein Transportunternehmen bezieht veredelten Kies ausschliesslich bei seiner «Partnerfirma» (Act. VI.24, Antwort auf Frage 24).

[551] Mit Kies sind dort sowohl Rohkies als auch veredelter Kies gemeint (vgl. RPW 2020/1, 97 Rz 91, *KTB-Werke*), wobei diese Angabe aufgrund der geringen Nachfrage nach Rohkies durch Nicht-Kieswerke primär veredelten Kies betrifft.

[552] RPW 2020/1, 99 ff. Rz 106 und insbesondere Abbildung 6, *KTB-Werke*).

[553] Siehe Rz 245 in fine.

[554] So sieht etwa Kästli – im Einklang mit den im Absatz nachfolgenden Feststellungen – in ihrer Preisliste «natürliche Gesteinskörnungen» für Beton ungebrochene Gesteinskörnungen vor, für Asphalt hingegen gebrochene (abrufbar unter <www.kaestligruppe.ch> Baustoffe > Angebot + Preise > Natürliche-Gesteinskörnung Preisliste 2023 [zuletzt besucht am 13.6.2023]).

[555] Siehe Ziff. 1.3.4 auf <www.holcimpartner.ch> Downloads > Betonpraxis > 1.3 Gesteinskörnungen für Beton (zuletzt besucht am 13.6.2023).

[556] Rz 298.

[557] Vgl. <www.fbb.ch> Tätigkeitsfelder > Kies > Kieskomponenten rund (zuletzt besucht am 13.6.2023); ferner die in Fn 555 angegebene Quelle.

[558] Ziff. 1.3.4 der in Fn 555 angegebenen Quelle.

[559] Vgl. <www.fbb.ch> Tätigkeitsfelder > Kies > Kieskomponenten gebrochen (zuletzt besucht am 13.6.2023); ferner etwa <www.gpl-ag.chl> Prüfungen > Gesteinskörnungen für Beton und Beläge > Belag > Mehr dazu (zuletzt besucht am 13.6.2023).

[560] Vgl. etwa die Gleisaushubrichtlinie des BAV, in der auf S. 17 Schotter als das «für die Gleisbettung eingesetzte gebrochene Gestein bezeichnet» wird (abrufbar unter: www.bav.admin.ch > Rechtliches > Richtlinien > Gleisaushubrichtlinie, zuletzt besucht am 13.6.2023).

302. Sekundär-Gesteinskörnungen weisen im Vergleich zu Primär-Gesteinskörnungen wie veredeltem Kies zum Teil andere Eigenschaften etwa bezüglich Wasseraufnahme auf. Das wirkt sich wiederum auf die Eigenschaften von daraus hergestellten Produkten aus, insbesondere von Beton.[561] Gemäss den einschlägigen Normen muss der Anteil Sekundär-Gesteinskörnung bei «gewöhnlichem» Beton daher unter 25 % liegen. Ist dieser Anteil höher, handelt es sich um Recycling-Beton (kurz: RC-Beton). RC-Beton ist für gewisse Anwendungsgebiete weniger gut oder gar nicht geeignet bzw. unzulässig, beispielsweise für gewisse Expositionsklassen, wobei der Anwendungsbereich je nach RC-Ausgangsmaterial (z.B. «hochwertigeres» Betongranulat oder Mischgranulat) mehr oder weniger eingeschränkt ist.[562] Auch für die Verwendung von Sekundär-Gesteinskörnungen im Tiefbau bestehen Einschränkungen, etwa bezüglich der Frosttiefe und der Tragfähigkeit.[563] Nachfrager können Primär-Gesteinskörnungen daher aufgrund der unterschiedlichen Eigenschaften und den damit verbundenen Verwendungseinschränkungen aus bautechnischer Sicht nur, aber immerhin, teilweise durch Sekundär-Gesteinskörnungen ersetzen; für einige Verwendungszwecke geht dies, für andere nicht.

303. Nebst diesen bautechnischen Einschränkungen ist festzustellen, dass über lange Zeit generell und insbesondere seitens der Bauherrschaft eine erhebliche Skepsis und Ablehnung gegenüber RC-Baustoffen bestanden hat.[564] Ein Grund dafür dürften unter anderem fehlende Erfahrungswerte gewesen sein.[565] In den letzten Jahren hat diesbezüglich ein Wandel und Umdenken eingesetzt und wird – gerade von öffentlich-rechtlichen Bauherrschaften – die Verwendung von RC-Baustoffen nicht mehr eingeschränkt, sondern nunmehr gar angestrebt.[566] Diese Entwicklung zeigt sich exemplarisch beim Tiefbauamt des Kantons Bern als bedeutendem Bauherrn im hier interessierenden Gebiet: 2014 gab der Kanton Bern erstmals eine Verwendungsempfehlung für mineralische Recycling-Baustoffe heraus,[567] 2015 führte das Tiefbauamt diesbezügliche jährliche interne und externe Erfahrungsaustausche ein, 2016 widmete es sich in mehreren Publikationen dem Thema und 2017 erschien die 2. Auflage der Verwendungsempfehlung.[568] Zuvor fristete dieses Thema beim Tiefbauamt hingegen, abgesehen von vereinzelten Pilotprojekten, eher ein Mauerblümchendasein. Kurzum: RC-Baustoffe und damit auch Sekundär-Gesteinskörnungen sind unter anderem von den Entscheidträgern, den Bauherrschaften, über lange Zeit nicht als (gleichwertiger) Ersatz von Primär-Baustoffen und damit auch Primär-Gesteinskörnungen wahrgenommen worden. Ein befragtes Unternehmen brachte dies wie folgt auf den Punkt: «Die Bauherrschaften (insbesondere die öffentliche Hand) sind nicht bereit Sekundärmaterialien zu verwenden resp. den Primärmaterialien gleich zu stellen, wo der Einsatz zugelassen ist».[569] Erst seit wenigen Jahren änderte sich dies nach und nach. Diese veränderte Wahrnehmung steht denn auch in Einklang mit dem in den letzten Jahren wachsenden Anteil von Sekundär-Gesteinskörnungen am Gesamtbedarf von Gesteinskörnungen.[570] Damit steht umgekehrt fest, dass Bauherrschaften RC-Baustoffe und Sekundär-Gesteinskörnungen während einem Grossteil des Untersuchungszeitraums nicht als tauglichen Ersatz für Primär-Rohstoffe und Primär-Gesteinskörnungen betrachteten.[571]

C.3.3.4 Entsorgung von bestimmten Bauabfällen (Deponie)

C.3.3.4.1 Einleitende Bemerkungen

304. Es gibt eine Vielzahl verschiedener Abfälle, deren Entsorgung oder Wiederverwertung den jeweiligen Gegebenheiten und Anforderungen entsprechend unterschiedlich geregelt ist. Infolgedessen stehen für die verschiedenen Arten von Abfällen jeweils andere Entsorgungswege, Abfallanlagen und Deponien zur Verfügung. In rechtlicher Hinsicht existieren sowohl auf Ebene Bund als auch auf Ebene Kanton abfallbezogene Normen, die ineinandergreifen und sich ergänzen. Auf bundesrechtlicher Ebene galt bis Ende 2015 die Technische Verordnung über Abfälle (TVA)[572], die per 1. Januar 2016 durch die Verordnung über die Vermeidung und Entsorgung von Abfällen (VVEA)[573] ersetzt wurde. Auf kantonaler Ebene gelten das Gesetz über die Abfälle[574] und die Abfallverordnung[575]. Der Wechsel von der TVA zur VVEA brachte unter anderem auch Anpassungen und

[561] Anschaulich EMPA EIDG. MATERIALPRÜFUNGS- UND FORSCHUNGSANSTALT, Arbeiten mit Recyclingbeton, abrufbar unter <www.empa.ch/documents/55996/231904/Recyclingbeton.pdf/9862a49b-84eb-4b83-ac4d-c4a6ea8fbfff> (zuletzt besucht am 13.6.2023).

[562] Siehe die Übersicht bei KUSTER/GUYER/ARPAGAUS (Fn 527), 52; Act. VI.5a, Antwort auf Frage 14.

[563] Act. VI.5a, Antwort auf Frage 14.

[564] Exemplarisch etwa Folie 4 der Präsentation von STEFAN STUDER, Der Kanton als Bauherr im Tiefbau, 2018, abrufbar unter <www.ksebern.ch> Medien > Referate > Referate Baustoffrecycling Biel (zuletzt besucht am 13.6.2023).

[565] Illustrativ in Bezug auf RC-Beton aus Mischgranulat etwa der Bericht von SENTA VAN DE WEETERING vom 8.4.2019 über die diesbezüglichen Versuche an der Hochschule Luzern, abrufbar unter <https://news.hslu.ch/ein-zweites-leben-fuer-den-beton/> (zuletzt besucht am 13.6.2023). Die Wichtigkeit vom Sammeln von Erfahrungswerten in Pilotprojekten zeigen auch etwa die Ausführungen von STEFAN STUDER (Fn 564), Folie 11.

[566] Bezeichnend etwa STUDER (Fn 564), Folien 10, 12, 15 und 29; ferner auch etwa die diesbezüglich im Sachplan Abfall 2017 des Kantons Bern (abrufbar unter <www.bvd.be.ch> Themen > Umwelt > Abfall > Sachplan 2017, zuletzt besucht am 13.6.2023) auf S. 31 formulierten Ziele und Massnahmen im Vergleich zur diesbezüglichen Empfehlung auf S. 19 im Sachplan Abfall 2009 (abrufbar unter <www.yumpu.com/de/document/read/8964824/sachplan-abfall-2009-bau-verkehrs-kanton-bern>, zuletzt besucht am 13.6.2023).

[567] Vgl. Fn 534.

[568] STUDER (Fn 564), Folien 7, 8, 9.

[569] Act. VI.34 in fine als zusätzliche Bemerkung.

[570] Siehe dazu Rz 296.

[571] Zwar von 1998, und damit noch vor dem Untersuchungszeitraum, ist die Feststellung im Sachplan ADT 98 (Fn 635), S. 5, dennoch illustrativ: Theoretisch wäre es zwar möglich, im Umfang von schätzungsweise einem Drittel Rohkies durch gebrochene Gesteinskörnungen und Sekundär-Gesteinskörnungen zu ersetzen. Dafür müssten aber Voraussetzungen erfüllt sein und derzeit werde solches Ersatzmaterial erst in ungenügendem Masse produziert, nachgefragt und verwendet, wobei häufig strenge Normen einer Verwendung entgegenstehen würden. Vgl. demgegenüber die Ausführungen im Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 12.

[572] TVA; SR 814.600.

[573] Abfallverordnung, VVEA; SR 814.600.

[574] Abfallgesetz, AbfG; BSG 822.1.

[575] AbfV; BSG 822.111.

Änderungen in begrifflicher Hinsicht mit sich, wobei auffällt, dass der fachtechnische Sprachgebrauch zuweilen vom alltäglichen Sprachgebrauch abweicht[576] und nicht immer intuitiv ist.[577] Das erschwert teilweise die Verständlichkeit.

305. Ausgehend vom Untersuchungsgegenstand und vom Tätigkeitsbereich der Parteien interessieren hier nicht jedwelche Abfälle und deren Entsorgung. Nachfolgend werden zunächst die näher zu betrachtenden Arten von Abfall auf- und die hier verwendeten Begriffe eingeführt (C.3.3.4.2). Anschliessend werden die unterschiedlichen Typen von Deponien dargestellt, die für solche Abfälle zur Verfügung stehen (C.3.3.4.3). Danach werden die Entsorgungswege genauer betrachtet (C.3.3.4.4), bevor die Nachfragerinnen (C.3.3.4.5) und Anbieterinnen (C.3.3.4.6) dieser Entsorgungsleistungen vorgestellt werden. Abgeschlossen wird dieser Tour d'Horizon mit den Ablagerungsvolumina im Kanton Bern und deren Entwicklung (C.3.3.4.7).

C.3.3.4.2 Näher interessierende Abfallarten

306. Es gibt eine Vielzahl von Abfallarten. Diese reichen etwa von Klärschlamm über asbesthaltige Abfälle bis hin zu kontaminationsgefährlichen medizinischen Abfällen.[578] Näher interessieren hier bestimmte Unterarten der Bauabfälle. Damit sind Abfälle gemeint, die bei Bau- oder Abbrucharbeiten anfallen. Sowohl alt- als auch neurechtlich ist vorgeschrieben, dass Bauabfälle zu trennen sind (Art. 9 TVA resp. Art. 17 VVEA). Art. 9 TVA unterschied zwischen

- Sonderabfällen,
- unverschmutztem Aushub-, Abraum- und Ausbruchmaterial,
- ohne weitere Behandlung auf Inertstoffdeponien ablagerungsfähigen Abfällen,
- brennbaren Abfällen sowie
- übrigen Abfällen.[579]

307. Die Unterscheidung in Art. 17 VVEA ist differenzierter und in sprachlicher Hinsicht präziser, wobei es für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung nicht erforderlich ist, in die abfallrechtlichen Details zu gehen.

308. Vorliegend ist vor allem eine Unterkategorie der Bauabfälle relevant, das unverschmutzte Aushubmaterial. Zwei weitere Unterkategorien spielen aufgrund der Zusammenhänge ebenfalls eine Rolle und werden daher auch kurz vorgestellt:

- **Unverschmutztes Aushubmaterial** (nachfolgend auch unverschmutzter Aushub oder sauberes Aushubmaterial) liegt vor, wenn Aushub-, Abraum- und Ausbruchmaterial die in Art. 3 Abs. 7 i.V.m. Anhang 3 TVA resp. Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Anhang 3 Ziff. 1 VVEA genannten Bedingungen erfüllt.
- Bei **verschmutztem Aushubmaterial** kommt es für die weitere Behandlung darauf an, ob bestimmte Grenzwerte bezüglich einzelner Inhaltsstoffe überschritten sind oder nicht (vgl. dazu etwa Anhang 1 Ziff. 12 Abs. 2 i.V.m. Ziff. 11 Abs. 2 TVA resp. Anhang 3 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 2 und 3 VVEA).
- Die ohne weitere Behandlung auf Inertstoffdeponien ablagerungsfähigen Abfälle werden nachfolgend zusammenfassend und vereinfacht als **Inertstoffe** oder Inertstoffe und mineralische Abfälle bezeichnet. Zu den auf Inertstoffdeponien ablagerungsfähigen Abfällen gehören insbesondere mineralische Abfälle aus dem Abbruch von Bauwerken wie etwa Strassenaufbruch, Betonabbruch oder Ziegelbruch sowie verglaste Rückstände. Welche Abfälle im Einzelnen hierzu gehören, ist in Anhang 1 Ziff. 1 TVA resp. Anhang 5 Ziff. 2 VVEA geregelt.

C.3.3.4.3 Näher interessierende Deponietypen

309. Sowohl in der TVA als auch in der VVEA werden verschiedene Typen von Deponien unterschieden. Der jeweilige Deponietyp ergibt sich aus den zur Ablagerung vorgesehenen Abfällen.[580] Während die TVA drei Deponietypen kannte, sind es in der VVEA nunmehr fünf (Typen A–E), wobei die Bezeichnungen änderten. Daneben gibt es noch Ablagerungsstellen wie Aushubdeponien oder Deponien «auf grüner Wiese», die nicht als Deponien im Sinne der Abfallgesetzgebung gelten, die aber – aus Sicht der entsorgenden Unternehmen – denselben Zweck erfüllen und ebenso der Deponierung von Abfällen dienen. Dem allgemeinen Sprachgebrauch folgend werden hier auch solche Ablagerungsstellen als Deponien bezeichnet. In Anbetracht der relevanten Unterkategorien von Bauabfällen spielen die folgenden vier Deponien[581] in der vorliegenden Untersuchung eine Rolle:

310. **Deponien vom Typ B**: Auf diesen können Abfälle gemäss Anhang 5 Ziff. 2 VVEA deponiert werden,[582] insbesondere Inertstoffe. Dieser Deponietyp wurde in der TVA als Inertstoffdeponie bezeichnet[583] und die dort deponierbaren Abfälle in Anhang 1 Ziff. 11–13 TVA geregelt. Im Kanton Bern entsprach den Deponien vom Typ B die altrechtliche Bezeichnung als Inertstoffdeponie mit umfassender Stoffliste (ISD).[584]

---

[576] Rz 309 und 312.
[577] Vgl. Rz 311.
[578] Illustrativ Anhang 1 VVEA.
[579] Vgl. auch Art. 13 AbfV.
[580] Art. 22 TVA und Art. 35 VVEA.
[581] Auf höher klassifizierten Deponien (heute Typen C, D und E; früher Reststoff- und Reaktordeponien) dürften an sich teilweise auch Abfälle abgelagert werden, die auf den nachfolgend behandelten Deponien abgelagert werden können. Jedoch müssen solch höher klassifizierte Deponien im Vergleich zu Deponien vom Typ B (und erst recht den weiteren behandelten Deponietypen) etlichen zusätzlichen und mit Kosten verbundenen Anforderungen genügen (vgl. etwa Anhang 2 Ziff. 1 Abs. 5bis, Ziff. 22 und Ziff. 24 TVA resp. Anhang 2 Ziff. 1.2.2, 2.2.1, 2.3.2, 2.4.4 und 2.4.10 VVEA). Entsprechend wenige dieser höher klassifizierten Deponien gibt es im Kanton Bern (eine einzige Reststoffdeponie und vier Reaktordeponien; vgl. S. 61 Sachplan Abfall 17 [Fn 566]). Vor allem aber ist eine dortige Ablagerung der hier interessierenden Bauabfälle wegen des beschränkten Ablagerungsvolumens weder erwünscht noch für die entsorgenden Unternehmen preislich interessant, betragen doch alleine die bei einer Deponierung auf Deponien vom Typ C, D oder E geschuldeten VASA-Gebühren CHF 16.– pro Tonne (Art. 3 Abs. 1 Bst. b der Verordnung vom 26.9.2008 über die Abgabe von Sanierungen für Altlasten [VASA; SR 814.681]). Diese Deponietypen interessieren daher hier nicht weiter.
[582] Art. 35 Abs. 1 Bst. b VVEA.
[583] Art. 22 Abs. 1 Bst. a TVA.
[584] Zur Entsprechung mit dem Deponietyp B vgl. Act. VI.5a, Antwort auf Frage 16 sowie Art. 35 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Anhang 5 Ziff. 2 VVEA.

311. **Deponien vom Typ A**: Auf diesen können Abfälle gemäss Anhang 5 Ziff. 1 VVEA deponiert werden.[585] Im Wesentlichen handelt es sich dabei um unverschmutzten Aushub. Den Deponien vom Typ A entsprachen altrechtlich im Kanton Bern die Inertstoffdeponien mit beschränkter Stoffliste (ISD-BS)[586], wobei diese Bezeichnung etwas verwirrend erscheint, da Inertstoffe auf diesen Deponien gerade nicht deponiert werden durften.

312. **Aushubdeponien** und **Deponien «auf grüner Wiese»**: Bei diesen beiden Deponietypen handelt es sich nicht um Deponien im abfallrechtlichen Sinne, da die dortige Materialablagerung nicht als Entsorgung, sondern als Verwertung betrachtet wird. Infolgedessen besteht für diese beiden Deponietypen – anders als für Deponien vom Typ B oder A[587] – auch keine Errichtungs- und Betriebsbewilligungspflicht als Abfallanlage.[588] Bei Aushubdeponien geht es darum, eine Materialabbaustelle wie beispielsweise eine Kiesgrube mit unverschmutztem Aushub wiederaufzufüllen.[589] Bei einer Deponie «auf grüner Wiese» handelt es sich um eine «bewilligte Terrainveränderung», die durch Verwendung von unverschmutztem Aushub erfolgt.[590]

313. Eine Deponie (ohne nähere Bezeichnung wird dieser Begriff hier generisch für jede Art von Deponie inklusive Aushubdeponie und Deponie «auf grüner Wiese» verwendet) kann – unter Einhaltung der jeweiligen Voraussetzungen und erforderlichen Errichtungs- und Betriebsbewilligungen – mehrere unterschiedliche Deponiekompartimente umfassen. D.h., eine Aushubdeponie kann z.B. zusätzlich ein Deponiekompartiment des Typs B haben, wofür sie die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen und über eine Errichtungs- und Betriebsbewilligung als Abfallanlage für jene Teile verfügen muss – soweit ein solch zusätzliches Deponiekompartiment betreffend, handelt es sich insofern um eine Deponie des entsprechenden Typs.

C.3.3.4.4 Mögliche Verwertungs- resp. Entsorgungswege für die hier interessierenden Bauabfälle

314. Unverschmutztes Aushubmaterial kann allenfalls – je nach Bedarf beim konkreten Projekt – in einem gewissen Umfang auf der Baustelle selbst wiederverwendet werden, etwa zur Hinterfüllung. Ist der Aushub stark rohkieshaltig, kann das zuständige Unternehmen diesen, sofern es für seine Tätigkeit zuweilen Rohkies benötigt, bei sich zwischenlagern und zu gegebener Zeit brauchen. Hat es keine Verwendung für Rohkies, kann es stark rohkieshaltigen Aushub an Kieswerke verkaufen.[591] Steht keine der vorgenannten, situativ bedingten Möglichkeiten offen, muss der Aushub abgelagert[592] werden, was die Regel sein dürfte. Dafür stehen rechtlich folgende Deponien zur Verfügung: Aushubdeponien, Deponien «auf grüner Wiese», Deponien Typ A (ISD-BS) sowie Deponien Typ B (ISD). Praktisch hängt der gewählte Deponietyp insbesondere vom Preis ab, wobei das Ablagern auf einer Deponie Typ B schon nur aufgrund der VASA-Abgabe regelmässig teurer ist als auf den anderen Deponietypen.[593]

315. Bei verschmutztem Aushubmaterial ist der Grad der Verschmutzung für den weiteren Weg entscheidend. Wenig verschmutztes Aushubmaterial soll grundsätzlich – nach einer entsprechenden Behandlung – wie von Anfang an unverschmutztes Aushubmaterial verwertet werden. Falls eine entsprechende Behandlung nicht möglich ist, ist es in einer Deponie Typ B (ISD) abzulagern. Aushubdeponien, Deponien «auf grüner Wiese» oder Deponien Typ A (ISD-BS) stehen dafür aus rechtlichen Gründen nicht zur Verfügung.[594] Ist die Verschmutzung stärker, muss das Material entweder in einer «höher» klassifizierten Deponie abgelagert werden oder ist gar als Sonderabfall zu behandeln, was hier nicht weiter interessiert.

316. Inertstoffe und mineralische Abfälle kann das Unternehmen selber zu Recyclingbaustoffen aufbereiten, sofern es über die entsprechenden Anlagen und gegebenenfalls Bewilligungen verfügt und das Material dafür geeignet ist. Hat es diese Möglichkeit nicht, kann es verwertbare Inertstoffe und mineralische Bauabfälle in erster Linie[595] einem Recyclingbetrieb zur Aufbereitung oder in zweiter Linie einer Deponie Typ B (ISD) zur Ablagerung übergeben. In Deponien Typ A (IDS-BS), Deponien «auf grüner Wiese» sowie Aushubdeponien dürfen Inertstoffe und mineralische Bauabfälle rechtlich nicht abgelagert werden.

C.3.3.4.5 Die Nachfrage von Entsorgungsleistungen für Bauabfälle

Die Nachfrager

317. Bauabfälle fallen auf Baustellen an. Zu Aushub kommt es vor allem bei Grabarbeiten, etwa bei der Erstellung einer Baugrube für einen Hausbau. Andere Bauabfälle wie mineralische oder brennbare Bauabfälle entstehen insbesondere beim Rückbau bestehender Bauwerke oder Teilen davon. Bei den auf solche Arbeiten ausgerichteten Unternehmen handelt es sich insbesondere um Bauunternehmen, um auf Aushub und Rückbau spezialisierte Unternehmen oder – in bescheidenerem Ausmass – auch um Landschaftsgärtner. Sie werden vom Bauherrn regelmässig zugleich auch mit der Entsorgung dieses Materials beauftragt. Diesen Auftrag üben sie entweder selber aus oder sie beauftragen damit wiederum andere Unternehmen, z.B. Transportunternehmen. Für die Entsorgung stehen abhängig von den konkreten Gegebenheiten sowie den betroffenen Materialien unterschiedliche Wege offen, wobei hier auf die Entsorgung von unverschmutztem Aushub fokussiert wird.

---

[585] Art. 35 Abs. 1 Bst. a VVEA.
[586] Zur Entsprechung mit dem Deponietyp A vgl. Act. VI.5a, Antwort auf Frage 16, sowie Art. 35 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Anhang 5 Ziff. 1 VVEA.
[587] Art. 24 ff. TVA resp. Art. 38 ff. VVEA sowie auch Art. 17 AbfG sowie das Fehlen einer Ausnahme in Art. 18 AbfG i.V.m. Art. 20a AbfV.
[588] Siehe Art. 20a Bst. e AbfV.
[589] Art. 19 Abs. 1 Bst. c VVEA.
[590] Art. 19 Abs. 1 Bst. d VVEA.
[591] Hierzu Rz 270.
[592] Die «Ablagerung» in Aushubdeponien, d.h. die Auffüllung von Abbaustellen, wird abfalltechnisch als Verwertung des Aushubs und nicht als Ablagerung betrachtet (siehe Rz 309). Da das Material in all diesen Fällen dauerhaft am entsprechenden Ort verbleibt und die abfalltechnisch korrekte Bezeichnung dieses Vorgangs für das entsorgende Unternehmen einerlei ist, werden diese Situationen hier unterschiedslos als Ablagerung bezeichnet.
[593] Siehe dazu z.B. Rz 420.
[594] Anhang 1 Ziff. 12 Abs. 2 i.V.m. Ziff. 11 Abs. 2 TVA.
[595] Vgl. auch Art. 19 f. VVEA.

Ort der Nachfrage und Transportkosten

318. Zu deponierendes Material kann ebenso wie Rohkies grundsätzlich überall hin transportiert werden. Gleich wie bei jenem steigen aber auch hier die Transportkosten mit zunehmender Transportzeit und -distanz fortlaufend an, wobei für die Nachfrager die Gesamtkosten (Deponiekosten plus Transportkosten) entscheidend sind. Die Situation ist hier also vergleichbar mit derjenigen bei Rohkies, weshalb auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann.[596] Diese treffen hier mutatis mutandis ebenfalls zu, insbesondere die Ausführungen zur Möglichkeit der Reduktion der Gesamtkosten durch entsprechende Material-Rücktransporte.

319. Bauabfälle fallen jeweils auf Baustellen an. Diesen Ort können die Nachfrager nach Deponieleistungen nicht steuern. Sie können lediglich wählen, bei welchen zur Verfügung stehenden Deponien sie alsdann deponieren wollen. Gefragt nach den Gründen für die Wahl einer bestimmten Deponie nannten die schriftlich befragten Transportunternehmen vor allem die Distanz und den Preis,[597] gefolgt von der Möglichkeit von Retourfuhren.[598] Mehrmals genannt wurde auch, dass überhaupt Deponievolumen vorhanden sein muss.[599] Dass die Distanz ein ausschlaggebendes Kriterium ist, zeigt sich auch daran, dass die Transportunternehmen mehrheitlich angaben, jeweils die nächstgelegene Deponie anzufahren.[600] Als Distanz, die in der Regel zwischen Abholort des Deponiematerials und Deponie liegt, nannten sie grossmehrheitlich 20 Kilometer oder weniger.[601] Nur ein einziges befragtes Unternehmen nannte unter anderem auch die Qualität als Kriterium für die Wahl einer bestimmten Deponie, ohne aber näher zu erläutern, was es unter Qualität versteht.[602] Ein anderes Unternehmen hielt im Gegensatz dazu ausdrücklich fest, durch die Vorgaben spiele die Qualität keine Rolle.[603] Letzteres ist einleuchtend und überzeugt: Die Leistung, nämlich Platz für die Deponierung von unverschmutztem Aushub zur Verfügung zu stellen, ist inhaltlich stets dieselbe – in diesem Kernbereich lässt sich die Leistung nicht differenzieren. Nur, aber immerhin, im Ablauf und der Abwicklung der Entgegennahme von unverschmutztem Aushub sind gewisse Unterschiede denkbar, wobei allerdings auch hier wesensbedingt Gemeinsamkeiten bestehen (z.B. Erfassung der Menge deponierten unverschmutzten Aushubs). Die möglichen Unterschiede sind entsprechend geringer Natur (z.B. etwas «einfacherer» Ablauf, Freundlichkeit des Personals) und, wie die Antworten der befragten Unternehmen zeigen, letztlich für den Entscheid, welche Deponie angefahren wird, nicht entscheidend.

320. Aus den Antworten ergibt sich, dass für die Transportunternehmen die entstehenden Gesamtkosten entscheidend für ihre Wahl sind. Diese werden vor allem durch die Fahrkosten (Distanz und Zeit) und den Deponiepreis bestimmt und lassen sich durch Retourfuhren reduzieren.[604] Grundvoraussetzung für die Wahl einer Deponie ist freilich, dass diese zur gegebenen Zeit überhaupt abzulagerndes Material annimmt. Anderweitige Unterschiede zwischen Deponien, die für die Annahme eines bestimmten Materials in Frage kommen, mögen zwar bestehen (z.B. Organisation der Annahme), sind für die Deponiewahl aber nicht entscheidend.

C.3.3.4.6 Anbieter von Entsorgungsleistungen für Bauabfälle

321. Aushubdeponien werden naturgemäss von Betreibern von Abbaustellen angeboten, also von Betreibern von Kiesgruben oder von Felsbrüchen, da es bei Aushubdeponien ja um die Wiederauffüllung von Abbaustellen geht. Evident ist: Je grösser die Abbaustelle, desto grösser ist auch das entstehende «Loch» und damit die Aushubdeponie. Die bedeutendsten Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten stimmen daher mit den bedeutendsten Anbieterinnen von Aushubdeponien überein.[605] Wie Primär-Gesteinskörnungen abgebaut werden, ist, wie ausgeführt,[606] in den verschiedenen Regionalkonferenzen unterschiedlich. Übereinstimmend damit unterscheiden sich auch die jeweiligen Betreiber von Aushubdeponien, d.h., ob es eher Kiesgruben oder Felsbrüche sind. Betreiber von Abbaustellen, namentlich Kiesgruben, betreiben in der Regel zugleich auch Kieswerke.[607] Platz in Aushubdeponien bieten also grundsätzlich dieselben Unternehmen an, die auch stark rohkieshaltige Aushübe zur Herstellung von veredeltem Kies entgegennehmen.

322. Im Kanton Bern existiert aktuell eine Deponie «auf grüner Wiese». Diese wurde gegen Ende 2017 letztinstanzlich bewilligt[608] und befindet sich in Thierachern in der unmittelbaren Nähe von Thun. Sie wird von einem auf Aushub und Rückbau spezialisierten Unternehmen betrieben.

[596] Rz 274–277.
[597] So auch eine mündlich befragte, in diesem Bereich tätige Person, siehe Zeugeneinvernahme von [...] vom 2.5.2016 Rz 138-144, Act. III.25.
[598] Act. IV.15, VI.22-25, 34-36, 41, 42 und 44, jeweils Antworten auf Frage 26, wobei in Act. VI.41 Angaben zu dieser Frage fehlen: die Distanz wurde von neun der zehn diese Frage beantwortenden Unternehmen genannt (Act. IV.15, VI.22-24, 34-36, 42 und 44), der Preis von deren acht (Act. IV.15, VI.22-25, 34, 36 und 44). Leerfahrten nannten noch fünf Unternehmen (Act. IV.15, VI.25, 34, 36 und 44).
[599] Act. VI.23, 35 und 44.
[600] Act. IV.15, VI.22-25, 34-36, 41, 42 und 44, jeweils Antworten auf Frage 28. Bejaht wurde diese Frage in sechs Fällen (Act. VI.24, 25, 35, 41, 42 und 44), in einem weiteren Fall nuanciert (Act. IV.15, grundsätzlich ja, wobei der weitere Wagenverlauf berücksichtigt werde). Nach zwei weiteren Antworten sind die (Gesamt)Kosten entscheidend (Act. VI.23 und 34 [Berücksichtigung Leerfahrten]). In diesem Sinne auch die mündliche Auskunft anlässlich der Zeugeneinvernahme von [...] vom 2.5.2016 Rz 145-149, Act. III.25. Wenig aufschlussreich Act. VI.22 und 36.
[601] Act. IV.15, VI.22-25, 34-36, 41, 42 und 44, jeweils Antworten auf Frage 27: 20 km wurden viermal genannt (Act. VI.25, 36, 42 und 44), einmal 10-15 km Luftlinie (Act. VI.34), einmal 10-20 km (Act. VI.22), einmal 15 km (Act. VI.35), einmal 15-20 km (Act. VI.41), einmal 15-30 km (Act. IV.15), einmal 25-35 km (Act. VI.24) und einmal 30-60 km mit der Begründung, die Preise seien in der Region Bern zu hoch (Act. VI.23). Vgl. auch die Aussage eines Deponiebetreibers: «Es sind im Normalfall ca. 15-20 km, aber das ist relativ» (Einvernahme von [...] vom 26.3.2015, Rz 107 f., Act. III.20).
[602] Act. VI.36.
[603] Act. VI.34.
[604] Siehe dazu Rz 275.
[605] Vgl. Rz 365 f. einerseits und Rz 442 f. andererseits.
[606] Rz 247 ff.
[607] Rz 286.
[608] Act. VI.5.a, Antwort auf die Fragen 23-25. Siehe weiterführend zu diesem Ausnahmefall Rz 359.

323. Die Anzahl Deponien Typ A (ISD-BS) im gesamten Kanton Bern ist bescheiden und beläuft sich auf weniger als 20 Stück.[609] Sie befinden sich vorwiegend abgelegen in gebirgigen Regionen.[610] Betrieben werden Deponien Typ A (ISD-BS) von unterschiedlichsten Unternehmen, von Kraftwerken über Entsorgungs- und Transportunternehmen bis hin zu Schwellenkorporationen.[611] Gemäss Antwort des Kantons Bern vom November 2016 handelte es sich damals nur bei einem Betreiber einer Deponie Typ A um einen Betreiber einer Abbaustelle.[612]

324. Deponien Typ B (ISD) werden überwiegend von Betreibern von (ehemaligen, nunmehr erschöpften) (Kies)Abbaustellen betrieben.[613] Deponien Typ B sind also oftmals als eigene Kompartimente in Abbaustellen angesiedelt. Ferner treten mehrere Gemeinden als Anbieterinnen von Deponien Typ B auf. Der Betrieb einer Abbaustelle und derjenige einer Deponie vom Typ B kann zusammengehen, muss dies aber keineswegs. Um eine von der Natur der Sache her nahezu «vorbestimmte» Kombination handelt es sich hierbei – anders als bei Aushubdeponien – nicht. Volumenmässig wurden von 2001 bis 2015 deutlich weniger Inertstoffe (13 %) deponiert als unverschmutzter Aushub (87 %),[614] weshalb nicht überrascht, dass es wesentlich weniger Deponien Typ B als Deponien gibt, auf denen nur unverschmutzter Aushub abgelagert werden darf (Aushubdeponien, Deponien «auf grüner Wiese», Deponien Typ A).[615]

325. Recyclingbetriebe werden von unterschiedlichen Unternehmen betrieben, von denen die meisten zugleich auch im Bauhaupt- oder Baustoffgewerbe oder eng damit zusammenhängenden Bereichen tätig sind. Im Kanton Bern sind als Betreiber von Recyclingbetrieben nebst hierauf spezialisierten Unternehmen vor allem Betreiber von Rohstoffabbaustellen, Transportunternehmen, Aushub- und Rückbauunternehmen sowie Bauunternehmen aktiv.[616] Mehrere Parteien, namentlich KAGA, Kästli, Marti, Messerli und Vigier, sind als bewilligte Unternehmen aufgeführt, die ebenfalls Bauschuttaufbereitung vornehmen.

C.3.3.4.7 Ablagerungsvolumina im Kanton Bern

326. Die Controlling-Daten[617] zeigen die jährlichen Volumina der im Kanton Bern von 2001 bis 2015 abgelagerten Bauabfälle, aufgeteilt in unverschmutzten Aushub einerseits, Inertstoffe und mineralische Bauabfälle[618] andererseits. Grafisch präsentiert sich dies wie folgt:

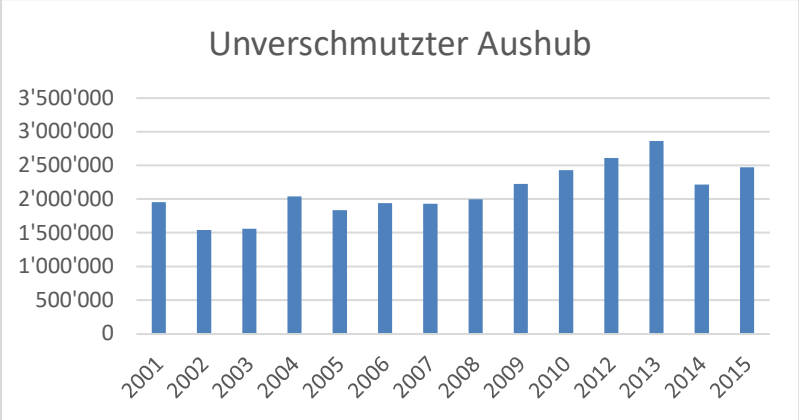


Abbildung 12: Ablagerungsvolumina unverschmutzter Aushub in m³ lose im Kanton Bern (Quelle: eigene Auswertung der Controlling-Daten [Fn 408]).

[609] Der Kanton Bern nennt in seiner Antwort vom November 2016 16 ISD-BS (Act. VI.11.c). Stand 13.6.2023 ergibt eine Suche in der Datenbank des UVEK mit den Kriterien «Bern» als «zuständigem Kanton» und «Deponietyp A» als «Abfallanlagentyp» 17 Treffer, siehe <www.uvek.egov.swiss/de/standort-betriebsnummern/standort-suchen-formular> (zuletzt besucht am 13.6.2023).

[610] Vgl. die Ergebnisse einer Suche in der Datenbank des UVEK (Fn 609): Nebst der Deponie «auf grüner Wiese» in Thierachern befinden sich die Deponien Typ A in Därligen, Gstaad, Gündlischwand, Guttannen, Hasliberg, Innertkirchen, Iseltwald, Kandersteg, Lauenen, Leuzigen, Schattenhalb, Stechelberg, Wilderswil und Zweisimmen.

[611] Vgl. die Ergebnisse einer Suche in der Datenbank des UVEK (Fn 609).

[612] Vgl. Act. VI.11.c.

[613] Act. VI.11.d.

[614] Rz 326 f.

[615] Rz 421.

[616] Vgl. die Auflistung bei <www.abfall.ch> Akteure > Abfallanlagen bei Verwendung von «Bauschuttaufbereitung» als Anlagetyp und Einschränkung auf den Kanton Bern (zuletzt besucht am 13.6.2023).

[617] Zu diesen Rz 250 ff.

[618] In den Controlling-Daten des Kantons Bern wird die Bezeichnung «Inertstoffe und Bauschutt» verwendet. «Bauschutt» wird dabei als Synonym für «mineralische Bauabfälle» verwendet (vgl. Art. 13 Bst. b AbfV). Hier werden diese Abfallarten unter dem Begriff Inertstoffe zusammengefasst.

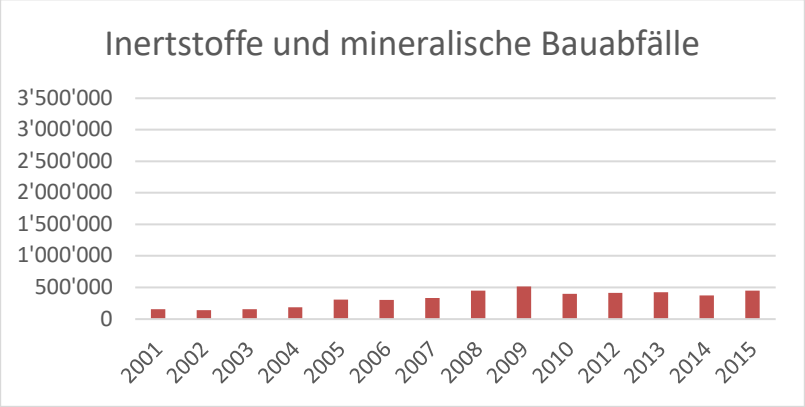


Abbildung 13: Ablagerungsvolumina Inertstoffe und mineralische Bauabfälle in m³ lose im Kanton Bern (Quelle: eigene Auswertung der Controlling-Daten [Fn 408]).

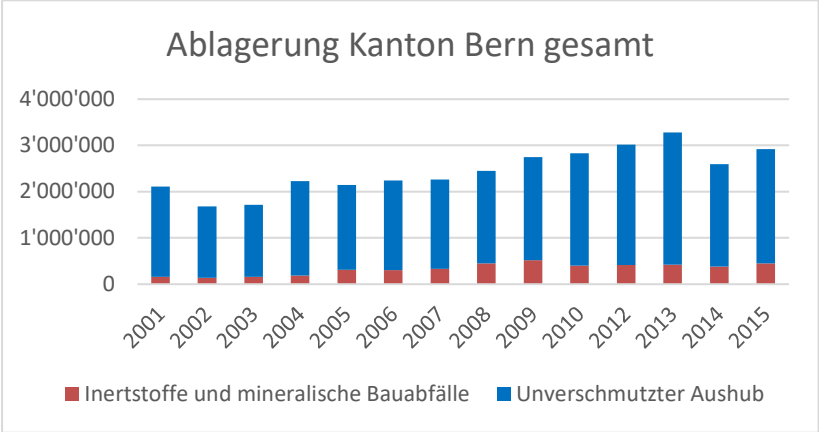


Abbildung 14: Ablagerungsvolumina unverschmutzter Aushub, Inertstoffe und mineralische Bauabfälle zusammen in m³ lose im Kanton Bern (Quelle: eigene Auswertung der Controlling-Daten [Fn 408]).

327. Ersichtlich ist, dass ein Grossteil des Ablagerungsvolumens unverschmutzten Aushub betrifft, der im Durchschnitt der Jahre 87 % des gesamten Ablagerungsvolumens ausmacht. Weiter ist ersichtlich, dass die jährlichen Ablagerungsvolumina von 2001 bis 2007 mit Ausnahme eines zweijährigen Einbruchs 2002 und 2003 relativ stabil und gleichbleibend waren. Von 2008 bis 2013 stiegen sie stetig an und erreichten 2013 nahezu das doppelte Ausmass von 2002. Nach diesem Höchststand sanken die Ablagerungsvolumina 2014 wieder auf ein Niveau zwischen 2008 und 2009, wobei 2015 erneut ein Anstieg folgte.

328. Das Volumen an deponiertem unverschmutztem Aushub unterscheidet sich dabei je nach Regionalkonferenz erheblich. In absoluten Zahlen verteilt sich das Volumen von deponiertem unverschmutztem Aushub wie folgt auf die einzelnen Regionalkonferenzen.

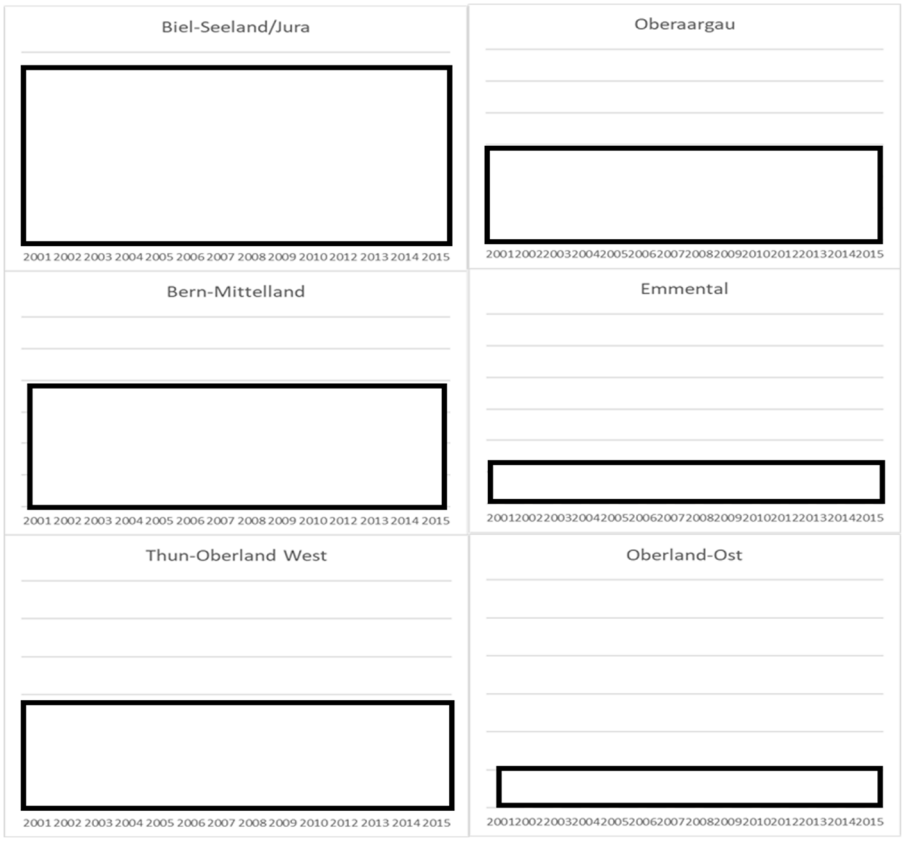


Abbildung 15: Ablagerungsvolumina unverschmutzter Aushub in m³ lose nach Regionalkonferenzen (Quelle: eigene Auswertung der Controlling-Daten [Fn 408]).

[…]

Abbildung 16: Zeitlicher Verlauf Ablagerungsvolumina unverschmutzter Aushub in m³ lose nach Regionalkonferenzen (Quelle: eigene Auswertung der Controlling-Daten [Fn 408]).

329. Diese Auswertungen zeigen, wie sich der im Kanton Bern in den Jahren 2001 bis 2015 deponierte unverschmutzte Aushub auf die Planungsregionen verteilt und wie sich diese Anteile entwickelten. Am meisten unverschmutzter Aushub wurde in der Regionalkonferenz Biel-Seeland/Jura ([…]) deponiert, wobei während der Jahre 2009 bis 2013[619] ein deutlicher Anstieg zu beobachten ist. Im «Spitzenjahr» 2013 betrug das in dieser Regionalkonferenz deponierte Volumen mehr als dreimal so viel wie im «Tiefjahr» 2003. Am zweitmeisten unverschmutzter Aushub wurde in der Regionalkonferenz Oberaargau deponiert ([…]). Es folgen die Regionalkonferenzen Bern-Mittelland ([…]) und Thun-Oberland West ([…]). Bei diesen ist eine gegenläufige Tendenz ab 2005 zu beobachten. Diese dürfte Grossteils darauf zurückzuführen sein, dass die während dieser Jahre volumenmässig bedeutendste Deponie von KAGA bei den Controlling-Daten und deren Auswertung der Regionalkonferenz Thun-Oberland West zugeordnet wurde, auch wenn sie faktisch für die Entsorgung in beiden Regionalkonferenzen eine wesentliche Rolle spielt.[620] Wird dies angemessen berücksichtigt, ebnen sich beide Tendenzen etwas aus. Aber auch so ist der Anteil an deponiertem unverschmutzter Aushub, der auf die Regionalkonferenz Bern-Mittelland entfällt, in Anbetracht der dortigen Einwohnerzahl und gerade auch im Vergleich zur Regionalkonferenz Biel-Seeland/Jura erstaunlich gering. Wie an anderer Stelle zu zeigen sein wird, bestanden in diesen Jahren Deponieengpässe in der Region Bern.[621] Auffällig ist schliesslich der sprunghafte Anstieg im Jahr 2015 in der Regionalkonferenz Bern-Mittelland. Dieser ist zumindest teilweise auf eine Deponie von Alluvia in Oberwangen zurückzuführen, die in diesem Jahr erstmals wieder in wesentlichem Umfang unverschmutzten Aushub zur Deponierung annehmen konnte.[622] Über die Jahre sehr stabil war das in der Regionalkonferenz Emmental deponierte Volumen ([…]), während dasjenige in der Regionalkonferenz Oberland-Ost einen Anstieg verzeichnet, über die gesamten Jahre hinweg betrachtet aber deutlich am geringsten bleibt ([…]).

C.3.4 Raumplanungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Errichtung von Kiesgruben, Kieswerken und Deponien

330. Bei der Raumplanung geht es darum, die raumwirksamen Tätigkeiten zu erfassen und zu ordnen, wobei sich Bund, Kantone und Gemeinden aufeinander abstimmen.[623] Die Raumplanung erfolgt stufenweise von

[619] Da der Anstieg in den Jahren 2009 und 2010 begann und sich in den Jahren 2012 und 2013 fortsetzte, ist er nicht auf die ab 2012 geänderte Erhebungsmethodik zurückzuführen.
[620] Ausführlicher dazu Rz 451.
[621] Siehe Rz 425 ff.
[622] Siehe hierzu Rz 453 erstes Lemma.
[623] Vgl. Art. 2 Abs. 1 RPG.

der Richt- zur Nutzungsplanung hin zu den Baubewilligungs- und allfälligen Ausnahmebewilligungsverfahren, wobei sie ein Ganzes bildet und jeder Teil eine spezifische Funktion erfüllt.[624] Bei der Raumplanung spielen zahlreiche Erlasse verschiedener Ebenen zusammen. Durch die stufenweise Planung wird von einer Grobbetrachtung immer mehr zu einer Feinbeurteilung geschritten. Die raumplanungsrechtlichen Vorschriften beeinflussen den Wettbewerb und das Marktgeschehen bei den hier näher betrachteten Tätigkeitsbereichen, da diese aufgrund ihres Raumbedarfs in den raumplanungsrechtlich abgesteckten Rahmen eingebettet sind. Soweit für die vorliegende Untersuchung relevant, werden nachfolgend die raumplanungsrechtlichen Rahmenbedingungen dargestellt.

C.3.4.1 Kiesgruben

C.3.4.1.1 Bundesrechtliche Planungspflicht

331. 1980 trat das RPG[625] als raumplanungsrechtliches Rahmengesetz des Bundes in Kraft. Dieses sieht unter anderem vor, dass in (von den Kantonen bis spätestens 1988 zu erstellenden)[626] Nutzungsplänen die zulässige Nutzung des Bodens geordnet wird, wobei vor allem Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen zu unterscheiden sind. In der Bauzone dürfen, jedenfalls im Kanton Bern, Kiesgruben weder errichtet noch erweitert werden.[627] In der Landwirtschaftszone wiederum sind sie nicht zonenkonform.[628] Um nicht zonenkonforme Vorhaben gleichwohl realisieren zu können, stehen abhängig vom Gewicht des Vorhabens unterschiedliche Wege zur Verfügung – entweder eine Ausnahmebewilligung nach Art. 24 RPG oder eine Planung, bei der die erforderliche Zone ausgeschieden wird. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind insbesondere grössere Abbau- und Deponievorhaben[629] derart gewichtig, dass für sie eine Planungspflicht besteht; sie können also nicht mittels Ausnahmebewilligung nach Art. 24 RPG erlaubt werden.[630] Im Rahmen einer solchen Planung ist eine umfassende Beurteilung sämtlicher raum- und umweltschutzrelevanter Gesichtspunkte vorzunehmen und Anliegen des Umweltschutzes sind vorsorglich mitzuberücksichtigen.[631] Von den Kantonen sind hierbei auch die Vorgaben aus anderen Bundeserlassen wie etwa dem GSchG zu beachten, die einem Vorhaben an einem bestimmten Ort im Wege stehen können.[632]

332. Damit (grössere) Kiesgruben überhaupt errichtet werden können, müssen solche Vorhaben gemäss RPG in einer Planung vorgesehen werden – ohne entsprechende Planung ist dies nicht möglich.

333. Im Kanton Bern bestanden nach Ablauf der Umsetzungsfrist für den Erlass von Nutzungsplänen im Jahr 1988 während etlicher Jahre Planungsdefizite. Noch zehn Jahre später, im Jahr 1998, verfügten erst zwölf der damals 18 Planungsregionen im Kanton Bern über Richtpläne bezüglich Abbaus und Deponie. Und fünf der damals bestehenden Pläne waren aus Sicht des Kantons Bern ungenügend oder überholt.[633] Die bedeutendsten Lücken bestanden insbesondere in der Region Bern und im Jura.[634] In den Regionen ohne ausreichende Planung war es während dieser Zeit nicht möglich, (grössere) Kiesgruben zu errichten. Unterdessen liegen für alle Regionen entsprechende Richtpläne vor.

C.3.4.1.2 Den Sachplan ADT umsetzende Richtpläne als erste Stufe

334. Auf Ebene des Kantons Bern setzt insbesondere das BauG die Vorgaben des RPG um und enthält hierfür notwendige Bestimmungen, so etwa zum Planungsrecht. 1998 wurde ein erster kantonaler Sachplan Abbau Deponie Transporte (nachfolgend: Sachplan ADT 98)[635] erlassen. Zur neunköpfigen Projektgruppe, die diesen Sachplan erstellte, gehörten unter anderem zwei Vertreter der [U15], die eng mit dem [U14] und der Branche verbunden ist[636] – es waren dies [...] (Alluvia/Messerli) und […] (Alluvia/Hofstetter).[637] Der Sachplan ADT 98 wurde 2012 durch den Sachplan ADT 12[638] ersetzt, wobei sich die Projektgruppe diesmal aus fünf Personen zusammensetzte und keine Branchenvertreter mehr enthielt.[639] Diese Sachpläne sind nach Art. 57 Abs. 1 BauG (ebenso Art. 9 Abs. 1 RPG) behördenverbindlich[640] und enthalten Grundsätze, die von den Planungsträgern bei der Erarbeitung insbesondere der Richt-[641] und Nutzungspläne zu beachten sind.

335. Die Sachpläne ADT sehen das Prinzip der regionalen Selbstversorgung vor. D.h., die Regionen (im Sachplan ADT 98 waren es deren 18, im Sachplan ADT 12 noch sechs)[642] planen soweit möglich so, dass sie ihren Bedarf an Material und Deponie im eigenen Gebiet decken können.[643] Die Sachpläne ADT geben hierfür den

---

[624] BGE 120 Ib 207 E. 5.
[625] Bundesgesetz vom 22.6.1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).
[626] Vgl. Art. 35 Abs. 1 Bst. b RPG.
[627] Art. 30 Abs. 1 BauV.
[628] So bereits im Oktober 1982 BGE 108 Ib 364 E. 5.b bezüglich einer Lehmgrube.
[629] BGE 119 Ib 174 betraf eine Grube von ca. 5,1 Hektar Fläche mit einer Entnahmemenge von 270'000 Kubikmetern, wobei das Material während etwa drei Jahren abgebaut worden wäre und eine vorübergehende Zufahrt von ungefähr 170 Metern erfordert hätte.
[630] BGE 120 Ib 207 E. 5 m.w.H. In BGE 116 Ib 50 E. 6 gestattete das BGer nur noch aus intertemporalrechtlichen Gründen eine Zulassung über eine Ausnahmebewilligung. Vor 1988, als die Frist für die Kantone zur Schaffung von Nutzungsplänen ablief, war eine Genehmigung über eine Ausnahmebewilligung noch möglich (vgl. etwa BGE 111 Ib 85 E. 2).
[631] BGE 120 Ib 207 E. 6 m.w.H.
[632] Siehe ausführlicher zu möglicherweise entgegenstehenden Normen Rz 282 drittes Lemma.
[633] Illustrativ die Übersicht im Sachplan ADT 98 Fn 635), S.34.
[634] Sachplan ADT 98 Fn 635), S.1 und insbesondere S. 5 sowie S. 35 betreffend die revisionsbedürftigen Pläne.
[635] Abrufbar unter <www.yumpu.com/de/document/read/8657227/kantonale-sachplan-abbau-deponie-transporte-sachplan-adt>, zuletzt besucht am 13.6.2023.
[636] Ein Blick auf die Homepage <[….]> (zuletzt besucht am 13.6.2023) zeigt dies mit aller Deutlichkeit: Das Logo des [U14] wird neben dem eigenen Logo aufgeführt, die 57 Mitglieder sind identisch und die meisten Mitglieder des Stiftungsrats sind zugleich auch im Vorstand des [U14].
[637] Vgl. Sachplan ADT 98 (Fn 635), Impressum.
[638] Sachplan ADT 12 (Fn 406).
[639] Vgl. Sachplan ADT 12 (Fn 406), Impressum.
[640] Worauf auch in den Sachplänen selbst ausdrücklich hingewiesen wird.
[641] Die Sachpläne ADT selbst sind noch keine Richtpläne, vgl. in Bezug auf den Sachplan ADT 98 BGer, 1P.45/1999 vom 14.4.2000 E. 5.
[642] Vgl. Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 40, für eine Gegenüberstellung der Gebiete.
[643] Sachplan ADT 98 (Fn 635), S. 15 f.; Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 15, 22 und 29.

einzelnen Regionen Richtmengen vor, auf die sie ihre Planung auszurichten haben.[644] Von diesen Richtmengen waren unter dem Sachplan ADT 98 die bereits gesicherten Reserven abzuziehen; Festsetzungen[645] waren höchstens im verbleibenden Umfang möglich.[646] Der Sachplan ADT 12 weicht dieses rigide, zu Ungunsten neuer Festsetzungen ausfallende System etwas auf. Er sieht vor, dass die Reserven eines neuen Standorts, der zu bestehenden Standorten in Konkurrenz tritt, im Verhältnis zu den Reserven der bestehenden Standorte stehen (welche also nicht mehr vorab abzuziehen sind), wobei die Regionalkonferenzen frei über dieses Verhältnis befinden.[647] Im Sachplan ADT 12 wird dabei hervorgehoben, dass sich die Regionalkonferenzen neutral gegenüber etablierten und neuen Marktteilnehmern verhalten sollen.[648] Gleichzeitig sind aber die bereits gesicherten Reserven in der Planung auszuweisen und bestehende Standorte sollen systematisch und vollständig abgebaut werden.[649] Dass hierin ein gewisser Widerspruch besteht, zeigt auch der Erläuterungsbericht zum regionalen Richtplan der Regionalkonferenz Bern-Mittelland. Dort werden noch zusätzliche Gründe aufgezählt, die für bereits bestehende Kiesgruben sprechen, dann aber festgehalten, diese würden trotzdem nicht prioritär gegenüber neuen Standorten behandelt – bei Pattsituationen könnten sie aber den Ausschlag zu Gunsten der bereits bestehenden Gruben geben.[650]

336. Der gemäss Sachpläne ADT bei der Materialversorgung zur Anwendung gelangende Planungshorizont ist ein langer: Es ist die Ver- und Entsorgung der jeweiligen Region für mindestens die nächsten 30 Jahre aufzuzeigen, wobei an anderer Stelle eine Bandbreite von 30 bis 45 Jahren genannt wird.[651] Bei den Festsetzungen einzelner Standorte ist in der Regel von einer Bedarfsdeckung für 35 Jahre auszugehen.[652] Die Richtmengen sind auf diese Planungshorizonte ausgerichtet.

337. KAGA, Alluvia, Kästli-Gruppe und auch Vigier berufen sich in ihren Stellungnahmen zum Antrag und anderswo auf die Sachpläne ADT.[653] Sie bringen insbesondere vor, in diesen werde die Erwartung an die Unternehmen geäussert, dass sie sich daran halten, obwohl er für sie nicht verbindlich ist. Unter anderem werde im Sachplan ADT 98 festgehalten, dass die Unternehmen die Zusammenarbeit mit den Regionen erleichtern würden, wenn sie sich zu Interessengemeinschaften zusammenschliessen, und es werde die besondere Verantwortung der Unternehmen für Natur, Mensch und Umwelt betont und zur Reduktion von Transportleistungen angehalten.[654] Im Wesentlichen gelte dasselbe unter dem Sachplan ADT 12 ebenfalls, auch wenn dort der Zusammenschluss zu Interessengemeinschaften nicht mehr erwähnt werde.[655] Ähnlich argumentiert auch Heimberg, wenn sie geltend macht, die Bewilligungspraxis mache «eine Bündelung in Form von Gemeinschaftsunternehmen erforderlich».[656]

338. Zutreffend an diesen Vorbringen ist, dass in den Sachplänen ADT in der Tat die Erwartung geäussert wird, dass sich die Unternehmen daran halten, obwohl sie für diese gerade nicht verbindlich sind. In welchen Bereichen welche Erwartungen an die Unternehmen bestehen, wird in den Sachplänen ADT näher festgehalten.[657] Die aufgeführten Erwartungen sind allesamt grundsätzlicher Natur (z.B. einschlägige Normen wie NHG, WaG und TVA respektieren, Transportdistanzen und Leerfahrten minimieren resp. vermeiden oder die Ressourcen schonen) und halten generell wünschenswertes Verhalten fest. Konkrete, kontrollierbare Vorgaben oder gar Einschränkungen an die Unternehmen finden sich darin nicht – solche existieren nur insoweit, als dass in einschlägigen Gesetzen entsprechende Vorschriften bestehen (wie eben etwa dem WaG). Das von KAGA, Alluvia und Kästli-Gruppe betonte, im Sachplan ADT 98 erwähnte Zusammenschliessen zu Interessengemeinschaften bezieht sich auf die Zusammenarbeit mit den Regionen bezüglich des Planungsprozesses und dort insbesondere auf das zur Verfügung stellen von erforderlichen Informationen. Es geht also um die fachkundige Unterstützung beim Planungsprozess, die wohl einfacher ist, wenn sie koordiniert erfolgt. Eine irgendwie geartete Vorgabe, Erwartung oder auch nur dahingehende Äusserung, dass Unternehmen in den Bereichen Kies und Deponie aus Sicht des Kantons vorzugsweise gemeinsam wirtschaftlich tätig wären und eine diesbezügliche Koordination zwischen ihnen wünschenswert wäre, lässt sich dem Sachplan ADT 98 insgesamt und spezifisch dieser Passage nicht entnehmen (erst recht nicht dem Sachplan ADT 12).

339. Der Sachplan ADT enthält, wie ausgeführt, Grundsätze, die bei der anschliessenden Richt- und Nutzungsplanung durch die Behörden zu beachten sind. Zuständig für den Erlass der Richtpläne im Bereich Abbau und Deponie sind die sechs Regionalkonferenzen[658] bzw. früher die 18 Planungsregionen (Art. 98 Abs. 3 BauG). Die Richtpläne bedürfen einer Genehmigung durch den Kanton (Art. 61 Abs. 1 BauG). Diejenigen Abbaustandorte, bei denen ein übergeordneter Koordinierungsbedarf besteht, d.h., solche, die Bundesinteressen oder Interessen von Nachbarkantonen betreffen, werden alsdann im kantonalen Richtplan aufgenommen, um die entsprechende Koordination sicherzustellen. Der kantonale Richtplan wiederum ist vom Bundesrat zu genehmigen (Art. 11 Abs. 1 RPG). Ebenso wie die

[644] Sachplan ADT 98 (Fn 635), S. 15 f. und 39; Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 23 f.
[645] Dieser Begriff wird in Rz 341 erörtert.
[646] Sachplan ADT 98 (Fn 635), S. 27.
[647] Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 23.
[648] Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 31.
[649] Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 30.
[650] Vgl. S. 31 des Erläuterungsberichts zum regionalen Richtplan der Regionalkonferenz Bern-Mittelland, abrufbar unter <www.bernmittelland.ch> Themen > Raumplanung > Projekte > Abbau, Deponie, Transporte (ADT) > Erläuterungsbericht (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[651] Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 22 resp. S. 12. Im Sachplan ADT 98 (Fn 635), S. 15, werden als Horizont für die Planung der Materialreserven 45 Jahre genannt.
[652] Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 22; im Sachplan ADT 98 (Fn 635), S. 27 sollten Festsetzungen den Bedarf von mindestens 30 und maximal 45 Jahren decken.
[653] Act. VIII.156 Rz 83–95, Act. VIII.162 Rz 18–22, auch Rz 139, Act. VIII. 163 Rz 38–44 und Act. VIII.164 Rz 58, Act. IX.30 Beilage 5 Rz 13 f.
[654] Sachplan ADT 98 (Fn 635), S. 32 f.
[655] Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 35 f.
[656] Act. VIII.161 Rz 26.
[657] Sachplan ADT 98 (Fn 635), S. 32 f. und Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 35 f.
[658] Siehe Rz 254.

Sachpläne sind die Richtpläne gemäss Art. 57 Abs. 1 BauG behördenverbindlich. Zu überarbeiten sind diese Richtpläne gemäss Sachplan ADT 12 alle 15–20 Jahre.[659]

340. Bei der (erstmaligen oder zu überarbeitenden) Richtplanung erfolgt eine öffentliche Ausschreibung für Standorteingaben. In dieser Phase, die mindestens ein Jahr dauern soll, reichen die Unternehmen ihre Begehren zur Festsetzung von Standorten ein. Hierfür müssen sie diverse Vorstudien und Nachweise erarbeiten und einreichen. So haben sie insbesondere aufzuzeigen, für welche Grundstücke sie Abbau- und Deponierechte gesichert haben[660] und wie es sich damit in geologischer und hydrogeologischer Hinsicht (z.B. betreffend Rohstoff- und Grundwasservorkommen sowie Stabilität) verhält. Bei Vorhaben im Wald ist zudem die Standortgebundenheit ausdrücklich nachzuweisen.[661] In einer nächsten Phase werden diese Standorteingaben von den Regionalkonferenzen evaluiert. Potenzielle Standorte, für die kein Unternehmen rechtzeitig eine Standorteingabe machte, bleiben somit schon nur aus verfahrensrechtlichen Gründen bei der Planung ausser Betracht.[662] Hinsichtlich der Standorteingaben, welche die Eignungskriterien erfüllen, erfolgt eine Interessenabwägung. Gestützt hierauf wird schliesslich der Richtplan erstellt, der vom (kantonalen) AGR vorzuprüfen, von der Regionalkonferenz zu beschliessen und schliesslich vom AGR zu genehmigen ist.[663]

341. In den Richtplänen werden den Standorten unterschiedliche Koordinationsstände zugeordnet:

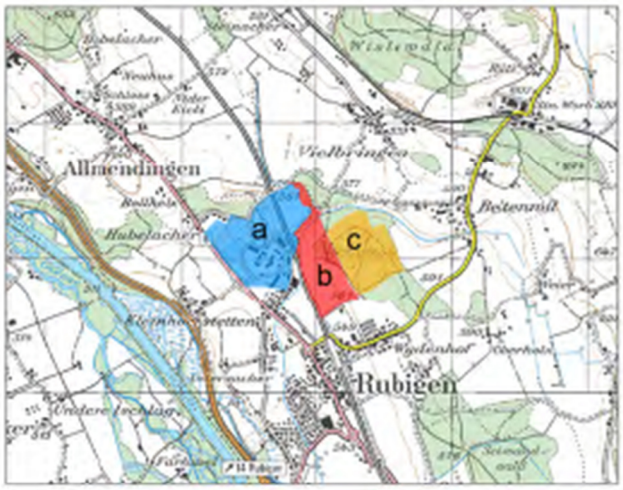
- Festsetzungen sind die höchste Stufe. Diese Standorte dienen der Bedarfsdeckung in den nächsten 35 Jahren. Es handelt sich dabei einerseits um Standorte, für die bereits früher eine Festsetzung erfolgte, andererseits um neue Standorte. Bei den neuen Standorten sind die entsprechenden planungs- und bewilligungsrechtlichen Massnahmen so rasch wie möglich umzusetzen.
- Zwischenergebnisse, die der längerfristigen Reservesicherung (ab 35 Jahren) dienen. Zwischenergebnisse können zum einen Standorte sein, bei denen noch gewisse ungelöste Fragen bestehen, zum anderen solche, die zwar alle Voraussetzungen erfüllen, die aber wegen den Mengenbeschränkungen, die von den Richtmengen ausgehen, nicht berücksichtigt werden konnten. Zwischenergebnisse müssen zuerst in Festsetzungen umgewandelt werden, bevor sie in die Nutzungsplanung überführt werden. Immerhin zur Deckung von Vorsorgelücken können Reservestandorte, die als Zwischenergebnisse festgehalten sind, bei Bedarf schon in der aktuellen Richtplanperiode aktiviert werden; wofür aber die planungs- und bewilligungsrechtlichen Massnahmen zu durchlaufen sind.
- Vororientierungen sind Voranmeldungen, welche von den Behörden in dem Sinne zu berücksichtigen sind, als dass sie nichts unternehmen sollen, was deren spätere Realisierung erschwert oder gar verunmöglicht.[664]

342. Sowohl die bereits früher erfolgten als auch die neuen Festsetzungen, die Zwischenergebnisse und die Vororientierungen werden in den Richtplänen auf Karten eingezeichnet und die jeweiligen Betreiberinnen werden genannt. Aufgeführt sind ferner die Abbau- und Deponiemengen, wobei unterschieden wird zwischen den bereits grundeigentümerverbindlich (d.h. in Nutzungsplänen) gesicherten Mengen und den behördenverbindlich (d.h. im Richtplan) gesicherten Mengen. Letztere sind weiter unterteilt nach den Koordinationsständen, d.h. Festsetzungen, Zwischenergebnisse resp. Vororientierungen.[665]

343. Die nachfolgende Abbildung eines Koordinationsblattes aus dem regionalen Richtplan der Regionalkonferenz Bern-Mittelland soll dies illustrieren:

[659] Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 22; im Anhang auf S. 40 ist ersichtlich, wann die Richtpläne das nächste Mal zu überarbeiten waren resp. sind.
[660] Siehe dazu auch Rz 281.
[661] Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 30.
[662] Vgl. auch Erläuterungsbericht zum regionalen Richtplan der Regionalkonferenz Bern-Mittelland (Fn 650), S. 33.
[663] Siehe zu diesem Abschnitt AGR, Handbuch zum kantonalen Sachplan Abbau Deponie Transporte, 2012, S. 12 ff.
[664] Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 24 f.; ferner Regionalkonferenz Bern-Mittelland, Regionaler Richtplan Abbau Deponie Transporte ADT, Juni 2017, S. 8 f. und 12, abrufbar unter <www.bernmittelland.ch> Themen > Raumplanung > Projekte > Abbau, Deponie, Transporte (ADT) > Behördenverbindliche Festlegungen mit Koordinationsblättern (Richtplantext) (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[665] Illustrativ die einzelnen standortbezogenen Koordinationsblätter im regionalen Richtplan der Regionalkonferenz Bern-Mittelland (Fn 664).

Bodenweid	Nr. 127



Ausgangslage | FS[1] | ZE | VO

a Bodenweid
b Rütiweid
c Schattholz

Gemeinde Rubigen

Parzellen

119, 126, 127, 156, 243, 267, 268, 378, 424, 497, 548, 552, 662, 725, 748, 893, 2114

Koordinaten	E= 2'607'920 m N= 1'195'075 m

Betreiberin

Kästli Bau AG

Zielsetzung	• Sicherstellung der erforderlichen Abbaumengen und Ablagerungsvolumen gemäss den aufgeführten Reserven innerhalb der Richtplanperiode von 2016 bis 2050 (Abbau und Ablagerung teilweise bereits grundeigentümerverbindlich gesichert) • Sicherstellung einer möglichst raschen Verfügbarkeit der Reserven im Sektor Rütiweid • Langfristige planungsrechtliche Sicherstellung der Erweiterung im Sektor Schattholz					
Funktion	Kiesabbau	☒	Aushubablagerung	☒	Inertstoffdeponie	☐
Koordination	Festsetzung (FS)	☒	Zwischenergebnis (ZE)	☒	Vororientierung (VO)	☐

Abstimmungsanweisungen

Betreiberin:

- Sicherstellung der erforderlichen Abbau- und Ablagerungsvolumen
- Gesuch an die Standortgemeinde zur Einleitung der Nutzungsplanung im Sektor Rütiweid
- Im Rahmen der Nutzungsplanung sind insbesondere folgende Aspekte näher zu betrachten: Nähe zum Siedlungsgebiet, Wald, Landschaftsbild (Einsehbarkeit), Gewässerschutzbereich A_u, Gewässerraum Oberflächengewässer, überregionaler Wildtierkorridor, Naherholungsgebiet Wald, FFF, Archäologie (Fundstelle Nr. 239.103, eisenzeitliche Gräber und Hinweis auf römische Siedlung)
- Zeitliche Etappierung der Abbau- und Auffüllaktivitäten in den beiden Sektoren Rütiweid (b) und Schattholz (c) mit dem Ziel, in Kombination mit weiteren geeigneten Massnahmen im Umfeld des Abbaugebiets die negativen Auswirkungen des Eingriffs in den Wald so gering wie möglich zu halten

Standortgemeinde:

- Unterstützung der Betreiberin bei allfälligen Bewilligungsverfahren im genehmigten Grubenteil
- Möglichst rasche Einleitung und Durchführung der Nutzungsplanung im Sektor Rütiweid
- Sicherstellung der Etappierung der Sektoren Rütiweid (b) und Schattholz (c) mit dem Ziel, in Kombination mit weiteren geeigneten Massnahmen im Umfeld des Abbaugebiets die negativen Auswirkungen des Eingriffs in den Wald so gering wie möglich zu halten

Region/Standortgemeinde:

- Im Rahmen der Standortplanung ist die Netzlücke gemäss Sachplan Veloverkehr (Korridor Nr. 21 Gümligen – Rubigen) zu berücksichtigen und der Verlauf der künftigen Veloverbindung festzulegen.

Kanton:

- Aufnahme des Standorts in den kantonalen Richtplan

[1] Die aus der vormaligen Richtplanung bestehende rechtskräftige Festsetzung reicht über den Horizont der laufenden Richtplanung hinaus.

Reserven		Abbau (m³)	Ablagerung (m³)	
			Aushub	Inertstoff
Grundeigentümer-verbindlich gesichert, Stand 2016[2]	grundeigentümerverbindlich gesichert (Abbauzone/ZPP/UeO)	700'000	1.63 Mio.	
Behördenverbindlich gesichert *(Richtplaninhalt)*	Festsetzung[3]	3.00 Mio.	3.00 Mio.	
	a) bis 2050	*2.80 Mio.*	*1.87 Mio.*	
	b) ab 2050	*200'000*	*1.13 Mio.*	
	Zwischenergebnis	4.00 Mio.	4.00 Mio.	
	Vororientierung			

[2] Reserven gemäss Standorteingabe 2013 (abzüglich geschätzter Verbrauch für die Jahre 2014 / 2015) für die Richtplanperiode von 35 Jahren (bis 2050)

[3] Für die Richtplanperiode bis 2050 werden 2.80 Mio. m³ Kies und 1.87 Mio. m³ Aushub der Festsetzung des bestehenden Teilrichtplans der Region Aaretal benötigt (a). Das restliche Volumen von 200'000 m³ Kies und 1.13 Mio. m³ Aushub wird auf die nachfolgende Richtplanperiode übertragen (b).

Abbildung 17: Koordinationsblatt «Bodenweid» aus dem regionalen Richtplan der Regionalkonferenz Bern-Mittelland (Fn 664).

344. Die Ausarbeitung der Richtpläne ist sowohl zeitlich als auch finanziell ausgesprochen aufwändig.[666] Die JGK schätzte die Dauer hierfür in der Regel auf drei bis vier Jahre.[667] Diese Schätzung dürfte etwas zu optimistisch

[666] Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 22.
[667] Act. VI.5, Antwort auf Frage 4.

sein, dauerte es doch für die Erstellung des aktuellen Richtplans der Regionalkonferenz Bern-Mittelland fünf Jahre,[668] für diejenige des Teilrichtplans Entwicklungsraum Thun als Teil der Planungsregion Thun-Oberland West fünfeinhalb.[669]

C.3.4.1.3 Nutzungspläne und Baubewilligungen als zweite Stufe

345. Festsetzungen neuer Standorte bedürfen anschliessend einer Umsetzung in parzellengenauen Nutzungsplänen. Erst diese sind grundeigentümerverbindlich (Art. 57 Abs. 2 BauG; auch Art. 21 Abs. 1 RPG). Zudem ist eine Baubewilligung erforderlich, wobei diese bei einem Abbauvolumen von mehr als 300'000 Kubikmetern eine Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) voraussetzt.[670] Indem das Bauvorhaben im Nutzungsplan bereits mit der Genauigkeit einer Baubewilligung festgelegt wird, ist es möglich, das Nutzungsplan- und Baubewilligungsverfahren zu kombinieren – der Nutzungsplan, genauer die Überbauungsordnung, gilt diesfalls zugleich als Baubewilligung (Art. 88 Abs. 6 BauG). Dadurch entfällt die Notwendigkeit eines separaten, anschliessenden Baubewilligungsverfahrens, doch dürfte dafür das Planungsverfahren mehr Zeit in Anspruch nehmen.[671]

346. Während in den Richtplänen bei der Bedarfsdeckung in der Regel von einem Zeithorizont von 35 Jahren auszugehen ist, ist der Bedarf in den Nutzungsplänen für maximal 25 Jahre zu sichern. Ausnahmen davon sind möglich, aber restriktiv zu handhaben.[672]

347. Für den Erlass von Überbauungsordnungen sind die Stimmberechtigten zuständig (Art. 66 Abs. 2 BauG). Bei Gemeinden mit einem Gemeindeparlament kann diese Zuständigkeit unter gewissen Voraussetzungen resp. Bedingungen dem Parlament übertragen werden (Art. 66 Abs. 4 BauG). Anschliessend bedürfen solche Überbauungsordnungen der Genehmigung durch das AGR (Art. 16 BauG). Mit der Festsetzung eines Standorts in einem Richtplan ist daher aufgrund des anschliessend erfolgenden, politischen Prozesses noch nicht gewährleistet, dass ein Standort auch tatsächlich umgesetzt werden kann. Im Nutzungsplanungsverfahren kann es vielmehr zu Verzögerungen kommen oder das Vorhaben kann auch gänzlich scheitern.[673] Immerhin haben die Regionalkonferenzen und der Kanton die Möglichkeit, mittels Erlasses einer regionalen resp. kantonalen Überbauungsordnung einzugreifen, sofern dies zur Wahrung regionaler resp. kantonaler Interessen erforderlich sein sollte (Art. 98b resp. 102 BauG).[674] Da gegen den Erlass von Nutzungsplänen resp. diesbezügliche Genehmigungsentscheide Rechtsmittel ergriffen können, kann dies zu zusätzlichen Verzögerungen führen.

348. Die JGK schätzte die Dauer für die Erarbeitung der Nutzungsplanung sowie das Planerlassverfahren auf in der Regel zwei Jahre, falls keine Einsprachen erfolgen. In anspruchsvollen Fällen, vor allem bei Rechtsmittelverfahren, könne die Planung deutlich mehr Zeit in Anspruch nehmen und mehr als zehn Jahre dauern.[675] Dass keine einzige Einsprache erfolgt, dürfte in der Praxis die Ausnahme darstellen, auf die sich ein Interessent bei seiner Planung vernünftigerweise nicht einstellen kann – vielmehr muss er als Regelfall mit einer längeren Dauer als zwei Jahren für die Nutzungsplanung rechnen. Das entspricht auch der Einschätzung eines Betreibers von Kiesgruben und Deponien: «Dann benötigt es noch auf kommunaler Ebene die Nutzungsplanung, diese kann zwischen 3 und 10 Jahren Zeit in Anspruch nehmen».[676]

C.3.4.1.4 Auswirkungen dieser raumplanungsrechtlichen Rahmenbedingungen auf das Wettbewerbsgeschehen

349. Diese raumplanungsrechtlichen Rahmenbedingungen wirken sich in mehrfacher Hinsicht auf die Wettbewerbssituation aus, die im Bereich Kiesgruben besteht. Die wichtigsten Punkte werden nachfolgend aufgeführt.

Hinsichtlich möglicher Markteintritte

350. Eine neue Kiesgrube kann nicht ohne Weiteres eröffnet werden, im Gegenteil. Ein neuer Standort muss zunächst im Richtplan als Festsetzung berücksichtigt und anschliessend im Nutzungsplan mit Baubewilligung gesichert werden. Da Richtpläne bloss etwa alle 15 bis 20 Jahre überarbeitet werden, ist eine neue Festsetzung und damit ein «Einstieg» nur in grossen zeitlichen Abständen überhaupt möglich. Kommt hinzu, dass die Planerlassverfahren selbst ebenfalls lange Zeit in Anspruch nehmen. Beschliesst ein Unternehmen heute, eine Kiesgrube eröffnen zu wollen, wird es dies in zeitlicher Hinsicht selbst im Idealfall frühestens in etwas weniger als in zehn Jahren tun können,[677] in der Regel – je nach Zeitpunkt der Revision des bestehenden Richt-

[668] Siehe <www.bernmittelland.ch> Themen > Raumplanung > Projekte > Abbau, Deponie, Transporte (ADT) unter dem Titel Richtplan 2017 genehmigt (zuletzt besucht am 13.6.2023).

[669] Von der Standortausschreibung Mitte März 2014 bis zur Genehmigung Anfangs November 2019, vgl. Erläuterungsbericht regionaler Richtplan ADT Thun-Oberland West, S. 11, abrufbar unter <entwicklungsraum-thun.ch> Landschaft Siedlung Verkehr > Abbau und Deponie > Reg. Richtplan ADT TOW Erläuterungsbericht (zuletzt besucht am 13.6.2023) sowie die einleitende Bemerkung auf dieser Homepage.

[670] Anhang Ziff. 80.3 der Verordnung vom 19.10.1988 über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPV; SR 814.011).

[671] Ein solch kombiniertes Vorgehen wird empfohlen, vgl. Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 32.

[672] Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 22. Im Sachplan ADT 98 (Fn 635), S. 31, war vorgesehen, dass die Sicherung in der Regel 15 Jahre beträgt, sich bei bedeutenden Investitionen aber auf bis maximal 30 Jahre belaufen könne.

[673] Vgl. S. 12 und 16 des regionalen Richtplans der Regionalkonferenz Bern-Mittelland (Fn 664).

[674] Siehe auch Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 25. Eine kantonale Überbauungsordnung wurde erlassen im Fall, der dem Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern 100.2016.1U vom 16.12.2016 zu Grunde lag.

[675] Act. VI.5, Antwort auf Frage 4. Illustrativ der dem Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern 100.2016.1U vom 16.12.2016 zu Grunde liegende Fall: Die Festsetzung einer ISD-BS im regionalen Teilrichtplan Thun/InnertPort erfolgte am 22.6.2006. Die kommunale Überbauungsordnung, also die Umsetzung im Nutzungsplan, wurde von den Stimmbürgern am 23.9.2012 abgelehnt. Die JGK erliess am 23.4.2015 eine kantonale Überbauungsordnung und wies dabei die eingegangenen Einsprachen ab. Nachdem der Regierungsrat die Beschwerde dagegen Ende 2015 abwies, wies auch das Verwaltungsgericht des Kantons die Beschwerde im Dezember 2016 – 10,5 Jahre nach der Festsetzung im regionalen Teilrichtplan – ab. Das Urteil des BGer in dieser Sache erging schliesslich am 3.10.2017 (Urteil 1C_23/2017).

[676] Zeugeneinvernahme von [...] vom 2.5.2016 Rz 314 f., Act. III.25.

[677] «Es wäre sportlich nur 10 Jahre auf eine Bewilligung zu hoffen», hält denn auch ein Befragter fest, vgl. EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 451 f., Act. III.8.

plans – aber erst deutlich später.[678] Mit anderen Worten: Die aktuell bestehende Konkurrenzsituation ist über Jahre hinweg zementiert; ein rascher Markteintritt ist ein Ding der Unmöglichkeit. Den Marktteilnehmern ist dies selbstverständlich bekannt, sie müssen nicht mit dem kurz- oder mittelfristigen Eintritt einer neuen Konkurrenz-Kiesgrube rechnen.

351. Ferner ist aufgrund der Standorteingaben zu Beginn des Richtplanungsverfahrens allgemein bekannt, wer wo und in welchem Umfang die Errichtung einer neuen Kiesgrube beabsichtigt. Markteintritte erfolgen also nicht nur zeitlich verzögert, sondern auch ohne jeglichen Überraschungseffekt. Die Marktteilnehmer wissen schon lange im Voraus über die Pläne für einen Markteintritt Bescheid und können sich darauf einstellen (und diese gar mit Hilfe von Rechtsmitteln[679] zu verzögern oder zu verhindern versuchen).

352. Für ein eintrittswilliges Unternehmen ist sodann aus mehreren Gründen ungewiss, ob und in welchem Umfang es eine neue Kiesgrube überhaupt realisieren kann, selbst wenn der Standort an sich die diversen Anforderungen erfüllt:

- Zum einen sind bei den Festsetzungen im Richtplanverfahren Mengenbeschränkungen zu beachten. Unter dem Sachplan ADT 98 (dessen neunköpfiges Projektteam unter anderem zwei Vertreter etablierter Unternehmen umfasste)[680] kam den bereits bestehenden Kiesgruben dabei eine Vorrangstellung zu, wurden doch die schon gesicherten Reserven von der Richtmenge abgezogen – bereits gesicherte Reserven verhinderten also im entsprechenden Umfang von vornherein neue Standorte.[681] Unter dem Sachplan ADT 12 entscheiden nun zwar die Regionalkonferenzen frei über das Aufteilungsverhältnis zwischen den bestehenden und den neuen Standorten. Dadurch, dass eine regionale Ver- und Entsorgung angestrebt wird und sich die Richtmengen für den Abbau grundsätzlich an den historischen Abbaumengen in dieser Region messen, wird die bisher in einer Region bestehende Wettbewerbssituation aber gleichwohl verfestigt und perpetuiert. Die Mengenbeschränkung kann letztlich trotz der vorgenommenen Änderungen auch unter dem Sachplan ADT 12 dazu führen, dass ein neuer Standort nicht, oder zumindest nicht vollumfänglich im beabsichtigten Umfang realisiert werden kann.[682]
- Zum anderen ist das Nutzungsplanverfahren ein politischer Prozess mit ungewissem Ausgang. Ob die Erweiterung eines bestehenden Standorts auf weniger politischen Widerstand stösst als die Errichtung eines neuen Standorts dürfte letztlich vom konkreten Projekt und dessen Eigenheiten abhängen. Etablierte Marktteilnehmer dürften im Gegensatz zu «Neulingen» aber zumindest über frühere einschlägige Erfahrungen mit diesem Prozess verfügen und besser verankert und vernetzt sein,[683] also im Vorteil sein. Dies wird von einer Unternehmensanalyse von KAGA im Konkurrenzvergleich, welche externe Berater 2002 für KAGA erstellten, bestätigt: Dort werden die «Fähigkeit, Bewilligungen zur Nutzung von [Kies]Vorkommen zu erhalten», ebenso wie dieselben Fähigkeiten bezüglich Deponieraum mit den bestmöglichen Bewertungen «++» eingestuft. Zur Begründung wird jeweils angeführt «Gute Anerkennung, da Erfahrung und Erfolg ausgewiesen werden kann».[684]
- Noch bevor ein eintrittswilliges Unternehmen an einem bestimmten Standort eine Kiesgrube eröffnen kann, entstehen ihm Kosten. Zum einen muss es mittels Studien abklären, ob ein Abbau an einem bestimmten Ort faktisch überhaupt möglich, wirtschaftlich sinnvoll und rechtlich zulässig ist (z.B. Rohstoffvorkommen und dessen Mächtigkeit, Stabilität, Grundwasser). Zum anderen muss es sich die zivilrechtlichen Nutzungsrechte sichern. Diese Kosten fallen freilich ungeachtet der raumplanungsrechtlichen Rahmenbedingungen an. Selbige führen aber dazu, dass selbst wenn der Standort für einen Abbau geeignet ist, Einnahmen erstmals Jahre, wenn nicht gar Jahrzehnte später erzielt werden können und bis zum erfolgreichen Abschluss der Planungsverfahren ungewiss bleibt, ob an diesem Standort überhaupt je Einnahmen generiert werden können.[685]
- In einer «Branchen-Analyse Kies- und Deponiegeschäft» von 2002 führte eine von KAGA beigezogene Beratungsgesellschaft bezüglich «Eintrittsbarrieren für neue Kiesförderer» denn auch «Hohe Planinvestitionen», «UVB» [recte wohl: UVP, Abkürzung für Umweltverträglichkeitsprüfung], «Raumplanung Gemeinde und Kanton» sowie «Nutzungskonflikte» auf.[686] Dies steht im Einklang mit den vorangehenden Feststellungen.

[678] Das stimmt mit der Einschätzung eines Branchenkenners überein, der festhält: «Aufgrund der starken Regulierung dauert die Erlangung einer Abbau- und Deponiebewilligung zwischen 10 und 20 Jahren für das gesamte Verfahren», vgl. Zeugeneinvernahme von [...] vom 2.5.2016 Rz 319 f., Act. III.25. Vgl. auch EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 344–346, Act. III.2, gemäss welchem «die Verfahrenszeit für ein Kiesabbauprojekt rund 10 bis 15 Jahre dauert. Die Planungshorizonte sind rund 15 Jahre» und EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 208–210, Act. III.8, der von einem langen Prozess von 10 bis 25 Jahren – je nach Gemeinde – spricht. Siehe auch EV von [...] vom 9.2.2015, Rz 585–587, Act. III.14, hinsichtlich der Erhöhung bereits bestehender Deponien: «Im Raumplanungsbereich dauert es Jahre, wenn nicht sogar Jahrzehnte, bis neue Rechte für Deponien bewilligt werden». Siehe auch VR-Protokoll der KAGA vom 9.9.2014, T. 4.2, Act. II.A.X.528: «Da der zeitliche Ablauf ab Unterzeichnung des Vertrages bis zum Kiesabbau mit anschliessender Auffüllung über 30 Jahre dauern kann (…)».

[679] Siehe z.B. den Zeitungsartikel «Bundesgericht beendet böses Spiel der Marti AG», Berner Zeitung vom 15.5.2018, abrufbar unter: <www.bernerzeitung.ch> Suchfunktion (zuletzt besucht am 13.6.2023) und das diesbezügliche BGer, 1C_16/2017 vom 20.4.2018.

[680] Siehe Rz 334.

[681] Diesen Zusammenhang bestätigend auch EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 446–450, Act. III.8.

[682] Zwischenergebnisse, welche die Voraussetzungen für Festsetzungen an sich erfüllen, aufgrund der Mengenbeschränkung aber noch nicht als solche berücksichtigt werden, sondern eben nur, aber immerhin, als Zwischenergebnisse, führen dies deutlich vor Augen.

[683] Vgl. in diesem Zusammenhang auch Act. II.B.X.456: Im Hinblick auf die Revision des Sachplans ADT von 2012 erstellte Markus Saurer wohl 2009 für den Kanton Bern einen «Kurzbericht zum Thema Wettbewerb». Zur damaligen Situation hielt er unter anderem fest: «Die etablierten Anbieter sind Mitspieler und Schiedsrichter zugleich, indem sie in der regionalen Planung eingebunden sind (und mit grösster Wahrscheinlichkeit auch von ihrem grossen Informationsvorsprung profitieren). In den Akteursgesprächen ist offen von „Vetterliwirtschaft" die Rede» (S. 10 des Kurzberichts).

[684] Act. II.G.X.15, Bst. b und h.

[685] In gleichem Sinn wohl SAURER (Fn 404), 20.

[686] Act. II.G.X.12 S. 4.

Hinsichtlich der Expansion bereits bestehender Konkurrentinnen

353. Für die Erweiterung bereits bestehender Kiesgruben gilt das hiervor Ausgeführte grundsätzlich ebenfalls, wenn auch in abgeschwächter Form. Da auch für Erweiterungen eine Planungspflicht besteht, sind sie ebenfalls nicht kurz- oder mittelfristig möglich. Immerhin können geringfügige Perimeteranpassungen im Richtplan ohne öffentliche Mitwirkung – und damit rascher – vorgenommen werden.[687] Durch Erweiterungen können Betreiber bestehender Kiesgruben die von ihnen angebotene Menge also nicht kurz- oder mittelfristig erhöhen. Sie können jedoch im Rahmen des bisher Bewilligten in einem gewissen Masse den Abbau beschleunigen oder verlangsamen und so die von ihnen zu einem bestimmten Zeitpunkt angebotene Menge steuern. Da die Ressourcen an einem bestimmten Standort beschränkt sind, wirkt sich dies allerdings auf die künftig von ihnen anbietbare Menge aus. So sagte beispielsweise Kästli aus, dass sie während einer gewissen Zeit versuchte, die Kiesreserven ihrer Abbaustellen in Rubigen zu schonen.[688] Den Betreibern sind in der Beschleunigung resp. Verlangsamung des Abbaus zudem durch die notwendige etappenweise Bewirtschaftung Grenzen gesetzt.

354. Die Regionalkonferenzen sollen sich unter dem Sachplan ADT 12 neutral bezüglich Erweiterungen und neuen Standorten verhalten. Ungeachtet dessen dürften Erweiterungen gegenüber neuen Standorten faktisch Vorteile aufweisen, die einen Unterschied ausmachen können: Die Interessenabwägung im früheren Richtplanverfahren fiel bezüglich der bereits bestehenden Abbaustelle schon positiv aus; der Standort hat sich als geeignet erwiesen. Es kann daher eher mit einer positiven Interessenabwägung auch zu Gunsten einer Erweiterung gerechnet werden als bezüglich eines bisher nicht evaluierten Standorts. Die Verkehrssituation am fraglichen Ort dürfte bereits «geregelt» sein und ein Eingriff ins Landschaftsbild ist an diesem Ort unabhängig der Erweiterung schon erfolgt. Hinzu kommt, dass sich betroffene Personen wie etwa Anwohner mit der damit einhergehenden Belastung mittlerweile abgefunden haben könnten, während von einem neuen Standort betroffene Personen noch nicht wissen, was sie erwartet, was den Widerstand tendenziell vergrössern dürfte. Der Erläuterungsbericht zum regionalen Richtplan der Regionalkonferenz Bern-Mittelland führt sodann weitere Vorteile auf, die für einen bereits bestehenden Standort sprechen können.[689] Die Aufzählung dieser Vorteile ist eine rein faktische Feststellung und nicht als «Vorwurf» an irgendeine Stelle zu verstehen. Diese Vorteile führen allerdings dazu, dass Erweiterungen einfacher möglich sind als neue Standorte, was sich zu Gunsten bereits etablierter Unternehmen auswirkt.

Hinsichtlich der bestehenden Konkurrenzsituation

355. Aufgrund der Richtplanung ist die Grössenordnung der bei den einzelnen Kiesgruben im Zeitpunkt der Richtplanung vorhandenen Abbaureserven allgemein bekannt.[690] Bekannt ist auch der Koordinationsstatus dieser Abbauvolumina, namentlich ob und in welchem Umfang sie schon grundeigentümerverbindlich gesichert sind resp. – bei einer behördenverbindlichen Sicherung – in welchem Stadium sie sich befinden (Festsetzung, Zwischenergebnis, Vororientierung). Es besteht also – zumindest im Zeitpunkt der jeweiligen Richtplanung – Transparenz über die bei den Konkurrentinnen vorhandenen und eingegebenen Volumina. Ebenfalls ersichtlich ist, wo und in welchem Umfang bei bestehenden Kiesgruben eine Erweiterung geplant ist, was Aufschluss über die beabsichtigte künftige Entwicklung gibt.

356. Bis 2012 dürfte diese Transparenz – zumindest für einige Marktakteure – noch deutlich grösser gewesen sein. Denn unter dem Sachplan ADT 98 (d.h. bis ins Jahr 2012) erfolgte die Datenerhebung für das Controlling nicht alleine durch kantonale Behörden, sondern von diesen zusammen mit dem [U14].[691] Aus diesen Jahreserhebungen konnte die Entwicklung der abgebauten und abgelagerten Materialien beobachtet und ausgewertet werden.[692] Wer beim [U14] und dessen Mitgliedern von den erhobenen Zahlen Kenntnis hatte, ist zwar nicht im Einzelnen bekannt. Zumindest die beiden Exponenten, die den [U14] bei der Verfassung des Controllingberichts 2008 vertraten, dürften aber schon nur aufgrund dieser Funktion über entsprechende Kenntnisse verfügt haben – es waren dies [...] (Kästli) und [...] (Alluvia/Messerli).[693]

C.3.4.2 Kieswerke

357. Die Errichtung allein eines Kieswerks ist im Gegensatz zur Errichtung von Kiesgruben, soweit ersichtlich, nicht planungspflichtig. Es genügt insofern, eine Baubewilligung und allenfalls weitere erforderliche Bewilligungen einzuholen. Da den Wettbewerbsbehörden, wie ausgeführt, kein Fall bekannt ist, in dem es von Anfang an die Geschäftsstrategie war, ein Kieswerk ohne dazugehörige Kiesgrube resp. Abbaustelle zu erstellen und zu betreiben,[694] erübrigt es sich, diesen Punkt weiter zu vertiefen.

C.3.4.3 Deponien

358. Bezüglich der Deponien ist die raumplanungsrechtliche Rahmensituation weitestgehend dieselbe wie bezüglich der Kiesgruben, weshalb auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann.[695] Der grösste Unterschied besteht darin, dass bei Deponien die vorgegebene Richtmenge schematisch nach der Anzahl Einwohner bestimmt wird, nicht nach den historischen Abbaumengen.[696] Für die Bemessung des Perimeters wird alsdann aber auch bei Deponien soweit möglich auf die historische Menge abgestellt.[697] Die unterschiedliche Bemessung der Richtmenge hat nicht zur Folge, dass sich die raumplanungsrechtlichen Rahmenbedingungen hier wesentlich anders auf das Wettbewerbsgeschehen

[687] Handbuch ADT 12 (Fn 663), S. 19; Regionaler Richtplan der Regionalkonferenz Bern-Mittelland (Fn 664), S. 15.
[688] Zeugeneinvernahme von [...] vom 5.2.2015, Rz 139–142, Act. III.13.
[689] Erläuterungsbericht zum regionalen Richtplan der Regionalkonferenz Bern-Mittelland (Fn 650), S. 31.
[690] Siehe exemplarisch Rz 343.
[691] Controllingbericht 2017 (Fn. 409), S. 6.
[692] Vgl. Controllingbericht 2008, S. 7 (abrufbar unter <docplayer.org/188341209-Vollzug-kantonaler-sachplan-abbau-deponie-transporte.html> [zuletzt besucht am 13.6.2023]).
[693] Vgl. Controllingbericht 2008 (Fn 692), S. 2.
[694] Rz 286.
[695] Rz 331 ff.
[696] Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 23 f.
[697] Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 23.

auswirken würden als dort, zumal ebenfalls eine Mengenbeschränkung besteht. Die hinsichtlich Kiesgruben aufgeführten Auswirkungen[698] treffen also mutatis mutandis auch im Bereich Deponien zu.

359. Ein faktischer Unterschied besteht darin, dass Deponien an sich nicht vom Vorhandensein eines natürlichen Rohstoffvorkommens abhängig sind. Es wird nicht ein Rohstoff abgebaut, sondern Material abgelagert, was «bloss» geeigneten Platz für diese Ablagerung erfordert. Eine Deponie «auf grüner Wiese» ist grundsätzlich möglich; die bei einer solchen Standorteingabe beizubringenden Nachweise[699] sind inhaltlich entsprechend anders (z.B. entfallen Nachweise zu den Rohstoffvorkommen). Mit anderen Worten müssen Deponien nicht zwangsläufig in Abbaustellen errichtet werden. Diese sind dafür aber besonders geeignet, zumal Betreiber von Abbaustellen verpflichtet sind, diese wieder aufzufüllen und das frühere Erscheinungsbild wieder herzustellen. Im Gegensatz zu Abbaustellen, die wieder aufzufüllen sind, verändern Deponien «auf grüner Wiese» das Landschaftsbild dauerhaft und nicht nur für die Zeit vom Abbau bis zur Wiederauffüllung. Es ist denn auch festzustellen, dass es im Zeitraum von 2005 bis 2015 im Kanton Bern keine Deponien «auf grüner Wiese» gab.[700] Gemäss den dem Kanton Bern zur Verfügung stehenden Informationen wurde in diesem Zeitraum bloss ein einziges Gesuch um Errichtung einer Deponie «auf grüner Wiese» gestellt.[701] Die diesbezügliche kommunale Überbauungsordnung wurde allerdings von den Stimmbürgern der betroffenen Gemeinde abgelehnt, was zeigt, dass politischer Widerstand gegen – bislang im Kanton Bern nicht erprobte – Deponien «auf grüner Wiese» droht. Erst der Erlass einer kantonalen Überbauungsordnung, die Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens bis vor BGer wurde, schuf gegen Ende 2017 die Grundlage für eine Realisierung dieser Deponie.[702]

C.4 Marktverhältnisse in den Bereichen Kies und Deponie im Umfeld von KAGA

C.4.1 Gegenstand dieses Kapitels

360. In diesem Kapitel werden die Marktverhältnisse in den Bereichen Kies und Deponie im Umfeld von KAGA untersucht. Diese Betrachtung wird separat für die Bereiche Rohkiesgewinnung (Unterkapitel C.4.2), Kiesveredelung (Unterkapitel C.4.3) und Deponierung von unverschmutztem Aushub (Unterkapitel C.4.4) vorgenommen. Dabei werden die Standorte der Verfahrensparteien festgestellt, an denen sie Rohkies gewinnen resp. Deponien betreiben, sowie das Volumen dieser Tätigkeiten. Auch die Standorte und Volumina der Kiesgewinnungsstätten und Deponien anderer Marktteilnehmer werden, soweit relevant, festgestellt. Diese Auswertungen basieren auf den Controlling-Daten des Kantons Bern.[703] Die Ergebnisse werden am Schluss des Kapitels in einem zusammenfassenden Beweisergebnis zusammengetragen (Unterkapitel C.4.5). Wie im Überblick ausgeführt,[704] ist dieses Kapitel vor allem für die Einschätzung der Marktstellung der Verfahrensparteien und insbesondere die Beurteilung einer allenfalls marktbeherrschenden Stellung der KAGA von Bedeutung. Da die untersuchten Verhaltensweisen von KAGA vor allem die Rohkiesgewinnung und die Deponierung von unverschmutztem Aushub betreffen, fokussiert das Kapitel auf diese Bereiche.

C.4.2 Rohkiesgewinnung

361. Mit Ausnahme von Heimberg sind alle Verfahrensbeteiligten in der Rohkiesgewinnung im Kanton Bern aktiv. Diese erfolgte und erfolgt ausschliesslich in Kiesgruben ausser bei Vigier, die im Zeitraum zwischen 2004 und 2015 zusätzlich an einem Ort Rohkies aus Gewässern gewann. Vigier betrieb in diesem Zeitraum zudem zwei Steinbrüche im Kanton Bern.

C.4.2.1 Die Kiesabbaustellen von KAGA und ihren Aktionärinnen im Kanton Bern

362. Die nachfolgende Tabelle zeigt die Kiesabbaustellen, aus denen die Verfahrensbeteiligten gemäss Controlling-Daten des Kantons Bern von 2004 bis 2015 im Kanton Bern Rohkies gewonnen haben (bei Vigier werden zusätzlich die zwei Steinbrüche aufgeführt). Zu erwähnen ist, dass innerhalb eines Unternehmens teilweise unterschiedliche Gesellschaften als Betreiberinnen der jeweiligen Kiesabbaustellen auftraten. Da letztlich nicht von Belang ist, welche Gesellschaft innerhalb eines Unternehmens als Betreiberin in Erscheinung trat, wird nachfolgend der besseren Lesbarkeit halber das jeweilige Unternehmen als Betreiberin aufgeführt.[705] Die Abbaustelle Ried wird in den Controlling-Daten bei der KAGA geführt – da diese Abbaustelle der Daepp gehört und sie es ist, die dort Rohkies gewinnt, wird diese Abbaustelle beim Rohkiesabbau der Daepp zugeordnet.

[698] Rz 349 ff.
[699] Siehe dazu Rz 340.
[700] Act. VI.5.a, Antwort auf Frage 23.
[701] Act. VI.5.a, Antwort auf Frage 25.
[702] Siehe zu diesem Ablauf BGer, 1C_23/2017 vom 3.10.2017 Bst. A.
[703] Siehe dazu Rz 250 ff.
[704] Rz 221.
[705] Nicht aufgeführt ist eine – im Übrigen ausgesprochen kleine (<0,1 %) – Abbaustelle, bei der eine Verfahrensbeteiligte erst im Laufe des Jahres 2014 die Mehrheitsbeteiligung übernahm.

Betreiber	Name Abbaustelle	Ort	Planungsregion	Aktive Jahre im Zeitraum 2004-2015 (ohne 2011)	Art
KAGA	Türliacher / Bergacher	Kirchdorf	Bern-Mittelland	2004-2015	Grube
	Bümberg	Kiesen	Bern-Mittelland / Thun-Oberland West	2005-2015	Grube
	Säget / Weid Kiesgrube	Uttigen	Thun-Oberland West	2008-2010	Grube
Alluvia	Kiesgrube Silbersbode	Mattstetten	Bern-Mittelland	2004-2015	Grube
	Abbaustelle Oberwangenhubel + KWO	Oberwangen	Bern-Mittelland	2004-2015	Grube
	Christenhof/Oberberken Kieswerk	Berken	Oberaargau	2006-2009; 2012-2013; 2015	Grube
	Wolfgrubenacher Kiesgrube Heimenhausen	Heimenhausen	Oberaargau	2004-2007; 2009-2010; 2013-2014	Grube
Daepp	Schönibühl/Bergacher Kiesgrube	Oppligen	Bern-Mittelland	2004; 2006-2010	Grube
	Abbaustelle Ried	Kirchdorf	Bern-Mittelland	2004-2015	Grube
Kästli	Schwarzbach	Rubigen	Bern-Mittelland	2004-2015	Grube
Marti	Hinterfeld Walliswil	Walliswil b.N.	Oberaargau	2004-2015	Grube
Vigier	Pfaffenboden	Grünenmatt	Emmental	2004-2013; 2015	Grube
	Bärnerschachen Kiesgrube	Attiswil	Oberaargau	2004-2015	Grube
	Gesigen Kiesgrube	Spiez	Thun-Oberland West	2005; 2007-2008; 2010-2015	Grube
	Abbaustelle Steinigand	Wimmis	Thun-Oberland West	2004-2015	Grube
	Kienberg / Kienbergwald Kiesgrube	Wimmis	Thun-Oberland West	2015	Grube
	Abbaustelle Chrützwald	Lyss	Biel-Seeland/Jura	2004-2015	Grube
	Kieswerke Oberfeld	Finsterhennen	Biel-Seeland/Jura	2004-2010	Grube
	Abbaustelle Oberfeld	Treiten	Biel-Seeland/Jura	2012-2015	Grube
	Gryfenberg/Chugelwald Kiesgrube	Safnern	Biel-Seeland/Jura	2004-2015	Grube
	Kanderdelta	Spiez	Thun-Oberland West	2006-2007	Gewässer
	Schwandwald Steinbruch	Reutigen	Thun-Oberland West	2012-2015	Steinbruch
	Steinbruch bim Tanzbode	Kandergrund	Thun-Oberland West	2004-2012; 2015	Steinbruch

Tabelle 1: Abbaustellen der Aktionärs-Unternehmen und von KAGA im Kanton Bern zwischen 2004 und 2015 (Quelle Eigene Auswertung der Controlling-Daten [Fn 408]).

363. Die angeführten Jahre zeigen, dass etwa die Hälfte der Abbaustellen während der gesamten Zeit aktiv waren. Sowohl KAGA als auch ihre Aktionärinnen (ohne Heimberg) hatten alle mindestens eine Abbaustelle, in der sie während den Jahren 2004 bis 2015 ohne Unterbruch Rohkies gewannen. Weiter ist festzustellen, dass Abbaustellen desselben Betreibers, die in unmittelbarer Nähe zueinander liegen, oftmals turnusmässig betrieben wurden resp. sich ablösten,[706] so dass dort letztlich ebenfalls eine ununterbrochene Rohkiesgewinnung vorlag. Bei wenigen Abbaustellen gab es hingegen Unterbrüche, also Jahre, in denen kein Rohkies gewonnen wurde, später aber die Rohkiesgewinnung wieder aufgenommen wurde.[707] Dies (ebenso wie im Übrigen der turnusmässige Betrieb nahegelegener Abbaustellen) dürfte auf die etappenweise Bewirtschaftung zurückzuführen sein.[708] Bei einer Abbaustelle endete die Rohkiesgewinnung 2010,[709] doch dürfte diese wieder aufgenommen werden,[710] während bei zwei anderen die Rohkiesgewinnung erst im Laufe der Periode 2004 bis 2015 begonnen hat.[711] Summa summarum ist festzuhalten, dass KAGA und ihre Aktionärinnen (ohne Heimberg) jeweils während der gesamten Zeit ununterbrochen Rohkies gewonnen haben.

[706] So etwa die Kiesgruben von Alluvia in Berken und Heimenhausen oder diejenigen von Vigier in Finsterhennen und Treiten. Dasselbe gilt im Übrigen auch für die Kiesgruben von KAGA. Im Teilrichtplan ADT des Entwicklungsraums Thun wird dieser Betrieb im Wechsel zwischen den Standorten Säget und Bümberg sogar ausdrücklich erwähnt.

[707] So die Kiesgruben von Vigier in Grünenmatt und Spiez sowie ihr Steinbruch in Kandergrund.

[708] Siehe Rz 240, ferner SAURER (Fn 404), 7.

[709] Die Kiesgrube von Daepp in Oppligen.

[710] Vgl. das Koordinationsblatt zu diesem Standort (Nr. 124 «Schönibühl») im Richtplan ADT der Regionalkonferenz Bern-Mittelland.

[711] Die Kiesgrube von Vigier Kienberg in Wimmis und ihr Steinbruch in Reutigen.

364. Marti-Gruppe bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag vor, die Abbaustelle Walliswil gehöre weder Marti noch Marti Holding AG, sondern der Marti AG Solothurn mit Sitz in Solothurn.[712] Das mag sein, ist jedoch nicht relevant. Dass Marti AG Solothurn nicht zur Marti-Gruppe gehören würde, macht Marti-Gruppe – zu Recht – selber nicht geltend. Welche Gruppengesellschaft innerhalb der Marti-Gruppe diese Abbaustelle betreibt, ist nicht entscheidend, entscheidend ist einzig, dass es eine Gruppengesellschaft innerhalb der Marti-Gruppe ist. Das ist unbestritten.

C.4.2.2 Betreiberinnen von Kiesabbaustellen im gesamten Kanton Bern

365. Die nachfolgende Übersicht zeigt, welchen prozentualen Anteil die einzelnen Betreiberinnen von Kiesabbaustellen im Kanton Bern an der Gesamtmenge des in den Jahren 2004 bis 2015 im Kanton Bern gewonnenen Rohkieses erreicht haben. Betreiberinnen mit einem Anteil von mindestens 1,5 % werden namentlich aufgeführt. Die Betreiberinnen werden in drei Kategorien gruppiert: 1) KAGA, 2) die Aktionärinnen von KAGA und 3) unabhängige Dritte.

Betreiberin	**%-Anteil an kantonaler Gesamtmenge 04-15**
KAGA	**[12–13]**
KAGA-Aktionärinnen	**[45–50]**
- Vigier	[22,5–25]
- Alluvia	[11–12]
- Marti-Gruppe	[6,5–7]
- Kästli-Gruppe	[4,5–4,75]
- Daepp	[3–3,25]
Unabhängige Dritte	[35–40]
- [U05]: [U08][713] und [U06][714]	[17–18]
- [U07][715]	[3,5–3,75]
- [U17][716]	[2,75-3]
- [U01][717]	[1,5–1,75]
- [U18][718]	[1,5–1,75]
- Zahlreiche Klein- und Kleinstabbaustellen	Anteil je weniger als 1.5; alle zusammen [<12]
Total Kanton Bern	100

Tabelle 2: Prozentuale Anteile der Betreiberinnen an der im Kanton Bern zwischen 2004 und 2015 gewonnenen Rohkiesmenge (Quelle Eigene Auswertungen der Controlling-Daten [Fn 408]).

366. Geordnet nach der Grösse, gemessen am prozentualen Anteil an der Gesamtabbaumenge in den Jahren 2004 bis 2015 im Kanton Bern, sieht dies wie folgt aus:

[712] So etwa Act. VIII.158 Rz 12.

[713] Die vollständige Firma lautet [U08] (nachfolgend [U08]). [U08] wurde 1997 von der [U16] übernommen, die zu [U05] gehört (vgl. <[…]> über uns > Alle Standorte > Standort wählen bei [U08] [zuletzt besucht am 13.6.2023]).

[714] Die vollständige Firma lautet [U06] (nachfolgend [U06]). [U06] wurde 1993 von der [U16] übernommen, die zu [U05] gehört (vgl. <[…]> über uns > Alle Standorte > Standort wählen bei [U06] [zuletzt besucht am 13.6.2023]).

[715] Die vollständige Firma lautet [U07] (nachfolgend [U07]).

[716] Zur [U17] gehören unter anderem die [U17], die [U17], die [U17] und die [U17] (vgl. <[…]> [zuletzt besucht am 13.6.2023]), die nachfolgend als [U17] bezeichnet werden.

[717] Die vollständige Firma lautet [U01] (nachfolgend [U01]). In Zitaten ist teilweise auch von der [U01] die Rede.

[718] Die vollständige Firma lautet [U18] (nachfolgend [U18]). Die Kiesabbaustelle und Deponie für unverschmutzten Aushub der [U18] wird durch die Kästli-Gruppe betrieben (vgl. <[…]> Aktuell > Infoblatt Kiesgrube Gumpersmühle, zuletzt besucht am 13.6.2023). Entsprechend ist fraglich, ob [U18] überhaupt als eine Konkurrentin gegenüber KAGA und deren Aktionärinnen, insbesondere der Kästli-Gruppe, betrachtet werden kann. Da dieser Punkt letztlich nicht entscheidend ist, kann er offen bleiben.

Grösse	Betreiberin
1	**Vigier (KAGA-Aktionärin)**
2	[U05]
3	**KAGA**
4	**Alluvia (KAGA-Aktionärin)**
5	**Marti-Gruppe (KAGA-Aktionärin)**
6	**Kästli-Gruppe (KAGA-Aktionärin)**
7	[U07]
8	**Daepp (KAGA-Aktionärin)**
9	[U17]
10	[U01] [U18][719]
12–x	Zahlreiche Klein- und Kleinstabbaustellen

Tabelle 3: Betreiberinnen, geordnet anhand des prozentualen Anteils an der im Kanton Bern zwischen 2004 und 2015 gewonnenen Rohkiesmenge (Quelle Eigene Auswertungen der Controlling-Daten [Fn 408]).

367. Diese beiden Tabellen zeigen, dass sowohl KAGA als auch ihre Aktionärinnen (mit Ausnahme der Heimberg, die in der Kiesgewinnung nicht aktiv ist) zu den bedeutendsten Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten im Kanton Bern zählen. Gemeinsam zeichnen sie sich für etwa 60 % des gesamten im Kanton Bern gewonnenen Rohkieses verantwortlich. Nur eine einzige Dritte, [U05], hat ein grösseres Volumen an Rohkies gewonnen als KAGA. Die vier nächstgrössten Dritten ([U07], [U17], [U01], [U18]) erreichen demgegenüber sogar zusammengerechnet nicht das Volumen von KAGA alleine, sondern bloss rund […] davon. Das Volumen der Grössten von ihnen ([U07]) erreicht knapp […] des Volumens von KAGA, während es bei den Kleineren ([U17], [U01]) je weniger als [...] ist. Und nur gerade die Grösste dieser vier Dritten ([U07]) hat ein etwas grösseres Volumen als die Kleinste der KAGA-Aktionärinnen (Daepp); die übrigen KAGA-Aktionärinnen weisen ein (teilweise bedeutend) grösseres Volumen auf. Festzustellen ist sodann, dass etliche Klein- und Kleinstabbaustellen mit einem Anteil von je weniger als 1,5 % bestehen, wobei diese über 40 Klein- und Kleinstabbaustellen zusammen einen Anteil von gerade einmal [<12] % am gesamten im Kanton Bern gewonnenen Rohkies erreichen.

C.4.2.3 Die Standorte der Kiesabbaustellen im Kanton Bern

368. Wie ausgeführt,[720] sind bei Rohkies die Transportkosten im Verhältnis zu den Materialkosten sehr bedeutend. Sie fallen bei den Gesamtkosten, die für die Nachfrager entscheidend sind, dementsprechend stark ins Gewicht. Je länger der Transportweg zwischen Kiesabbaustelle und Verwendungsort des Rohkieses ist, desto grösser sind die Transportkosten, woraus ein entsprechend höherer Gesamtpreis resultiert. Kiesabbaustellen, die näher am Verwendungsort liegen als andere Kiesabbaustellen, verfügen also über einen Kostenvorteil. Dieser Kostenvorteil steigt mit zunehmender Distanz. Um den Wettbewerbsdruck, der von Konkurrenzunternehmen ausgeht, richtig einschätzen zu können, ist deshalb wichtig zu wissen, wo sich die Standorte der einzelnen Kiesabbaustellen befinden.

369. Die nachfolgende Abbildung zeigt, wo sich die Kiesabbaustellen befinden, die zusammen mindestens 95 % des Gesamtvolumens des im Kanton Bern in den Jahren 2004 bis 2015 gewonnenen Rohkieses auf sich vereinen. Die anschliessende Tabelle benennt die in der Abbildung nummerierten Abbaustellen von KAGA und ihren Aktionärinnen. Ausgeblendet werden in der Abbildung die zahlreichen Kleinstabbaustellen, die zusammen nur maximal 5 % des Gesamtvolumens ausmachen. Diese Kleinstabbaustellen sind derart klein, dass von ihnen kein nennenswerter Konkurrenzdruck ausgehen kann – sie sind mit anderen Worten vernachlässigbar. Zudem ist deren Grösse in Relation zu den grösseren Kiesabbaustellen jeweils so gering, dass es nicht möglich wäre, sie so darzustellen, dass einerseits die eingezeichneten Punkte proportional zu den gewonnenen Mengen wären und andererseits diese Punkte dennoch sichtbar wären. Mit anderen Worten müssten diese Kleinstabbaustellen in der Abbildung überproportional gross dargestellt werden, damit sie überhaupt ersichtlich wären, wodurch ein unzutreffender Eindruck entstünde und ihre Bedeutung überschätzt würde.

[719] Siehe zu dieser allerdings auch Fn 718.
[720] Rz 274 ff.

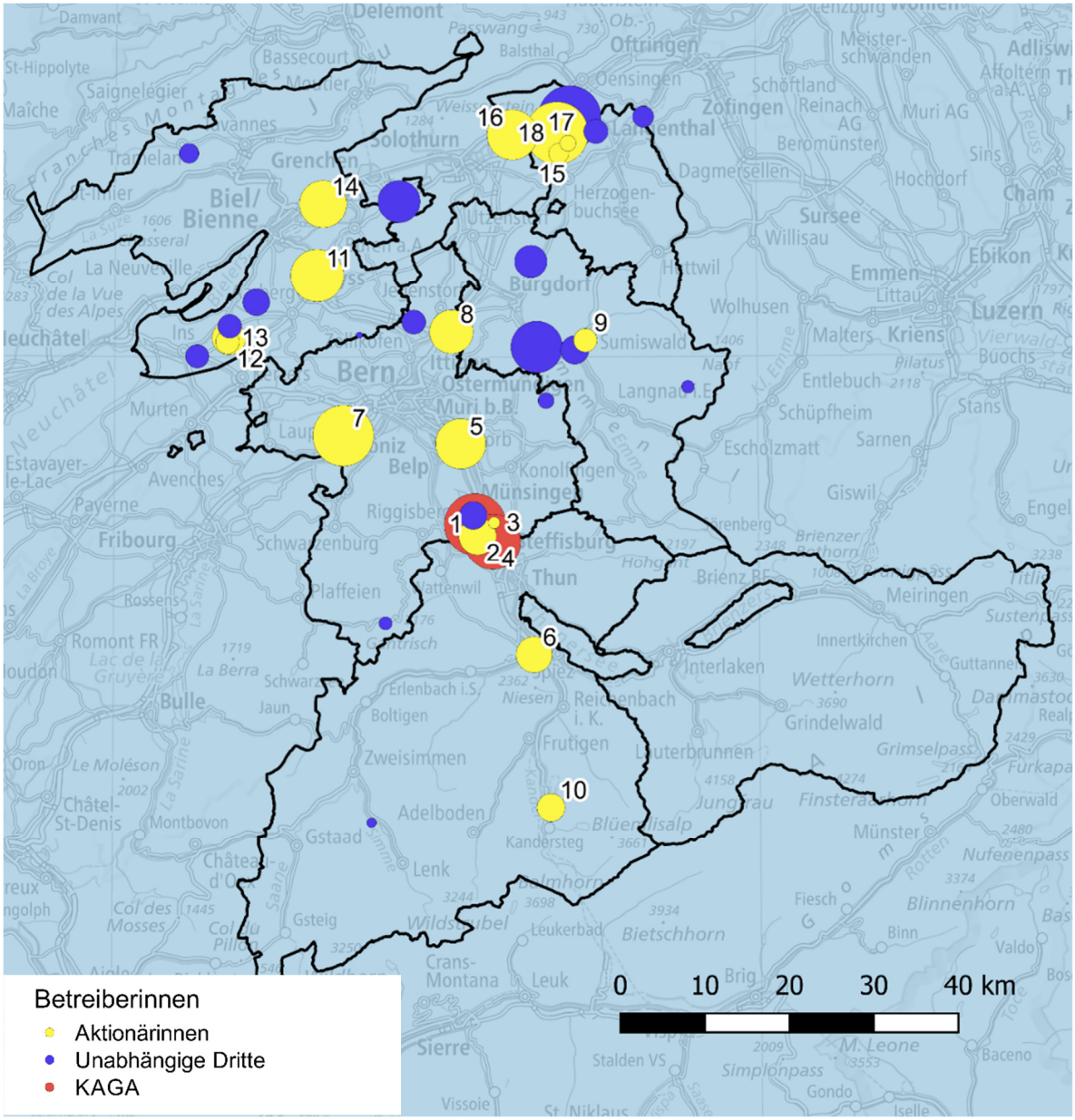


Abbildung 18: Standorte der Kiesabbaustellen im Kanton Bern – Grösse anhand des Anteils am Gesamtvolumen des gewonnenen Rohkieses in den Jahren 2004–2015 (Quelle: eigene Auswertung der Controlling-Daten [Fn 408]).[721]

Nr	Abbaustelle	Betreiberin
1	Abbaustelle / Deponie Bergacher	KAGA
2	Abbaustelle / Deponie Ried	Daepp[722]
3	Schönibühl/Bergacher Kiesgrube	Daepp
4	Bümberg Kiesgrube	KAGA
5	Schwarzbach	Kästli
6	Abbaustelle / Deponie Steinigand	Vigier
7	Abbaustelle Oberwangenhubel	Alluvia
8	Kiesgrube Silbersbode	Alluvia

[721] Die Grösse der Kreise wurde nach der Flannery-Methode festgelegt; dabei ist die Fläche nicht proportional zur dargestellten Grösse, sondern wird so festgelegt, dass die wahrgenommene Grösse besser der tatsächlichen Grösse entspricht. Weiter sind die Kreise der Grösse nach angeordnet, so dass kleine Kreise jeweils im Vordergrund stehen. Die Nummerierung wurde entsprechend der euklidischen Distanz zur grössten Abbaustelle der KAGA (hier: Türliacher/Bergacher) gewählt.

[722] In den Controllingdaten wird die Abbaustelle / Deponie Ried, ISD KAGA zugewiesen. Es ist jedoch Daepp, die über die Rechte an den fraglichen Grundstücken verfügt, und es ist auch Daepp, die dort Rohkies abbaut. Daepp hat nur, aber immerhin, den Deponiebetrieb an KAGA ausgelagert. Entsprechend wird diese Abbaustelle bezüglich der Rohkiesgewinnung Daepp zugeordnet.

9	Pfaffenboden	Vigier
10	Steinbruch bim Tanzbode	Vigier
11	Abbaustelle / Deponie Chrützwald	Vigier
12	Abbaustelle Oberfeld	Vigier
13	Kieswerk Oberfeld	Vigier
14	Gryfenberg/Chugelwald Kiesgrube	Vigier
15	Wolfgrubenacher	Alluvia
16	Bärnerschachen Kiesgrube	Vigier
17	Christenhof/Oberberken Kieswerk	Alluvia
18	Hinterfeld Walliswil b. N.	Marti-Gruppe

Tabelle 4: Bezeichnung und Betreiberinnen der in Abbildung 18 nummerierten Abbaustellen.

370. Diese Abbildung zeigt einerseits, dass sich die Kiesabbaustellen von KAGA im Grenzgebiet zwischen den Planungsregionen Bern-Mittelland und Thun-Oberland West befinden. KAGA ordnete für das Controlling ihre Kiesgrube Türliacher/Bergacher in Kirchdorf der Planungsregion Bern-Mittelland zu, die Kiesgrube Säged/Weid in Uttigen der Planungsregion Thun-Oberland West, während für ihre Kiesgrube Bümberg in Kiesen bei beiden Planungsregionen Mengen aufgeführt sind.

371. Diese Abbildung zeigt andererseits, dass die grössenmässig mit Abstand bedeutendste Dritte, [U05], ihre Kiesabbaustellen nicht in der Nähe von KAGA betreibt. Die dazwischenliegenden Fahrdistanzen belaufen sich auf ca. 30 km ([U05]/[U06]) resp. 65 km ([U05]/[U08]) und die Fahrzeit beträgt im ersten Fall rund 33 Minuten (Landstrasse) resp. im zweiten Fall ca. 45 Minuten (Autobahn). Drei der vier nächstgrössten Dritten ([U07], [U17], [U18][723]) befinden sich 40 Fahrminuten und mehr von KAGA entfernt; einzig die Kiesabbaustelle der [U01] befindet sich in der Nähe der Kiesabbaustellen von KAGA.

372. Die hier vorgenommene Unterteilung in Abbaustellen erstens von KAGA, zweitens von ihren Aktionärinnen und drittens von unabhängigen Dritten findet sich im Übrigen gleichermassen auch in Unterlagen, die bei KAGA beschlagnahmt wurden. Im Rahmen von Strategiearbeiten im Jahre 2002 erstellte der VR von KAGA eine Marktanalyse inklusive Karten. In dieser Karte führt er die Abbaustellen von KAGA rot, diejenigen der Aktionärinnen grün und solche von unabhängigen Dritten blau auf, wie die nachfolgende Abbildung zeigt:

[723] Siehe zu dieser allerdings auch Fn 718.

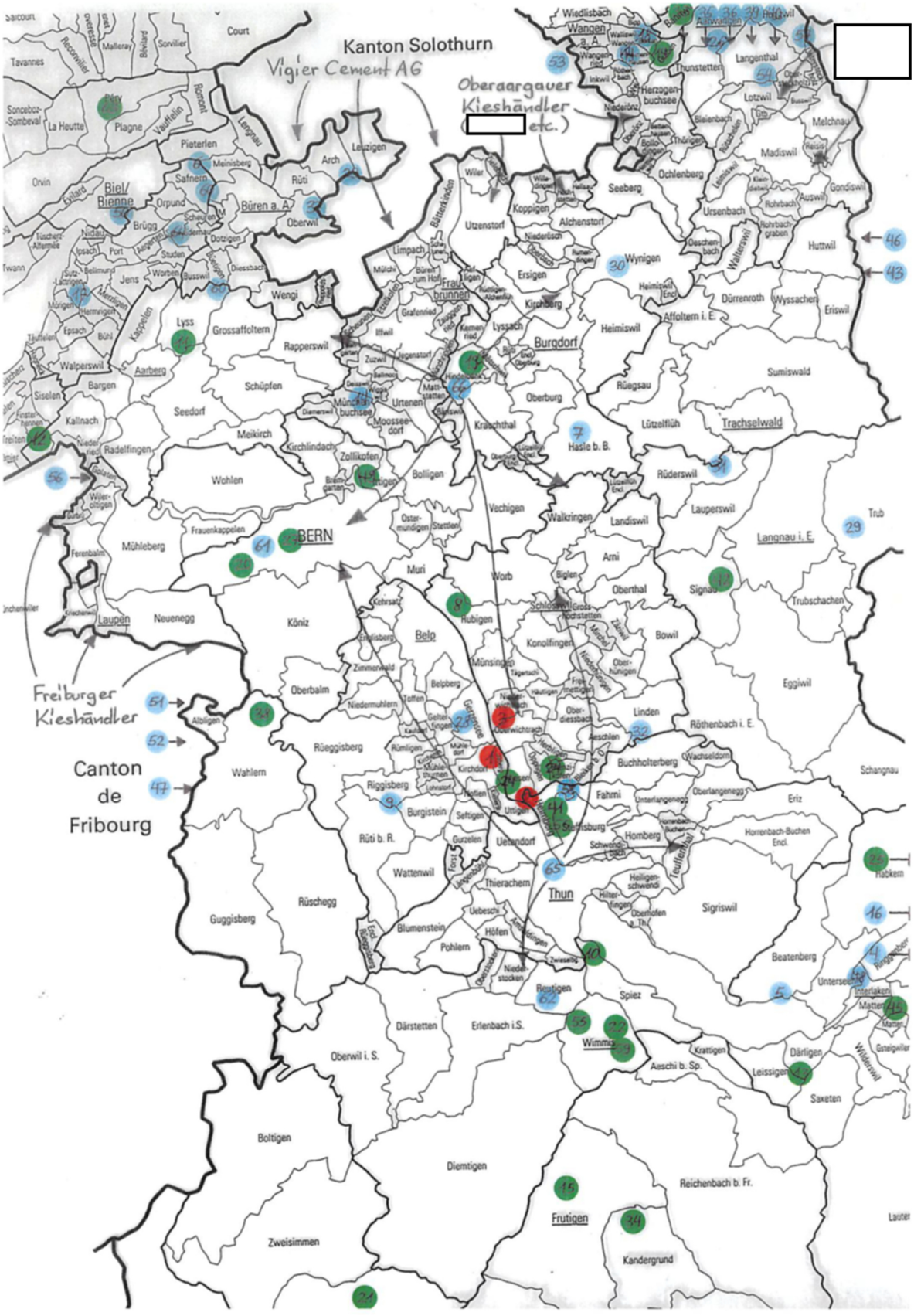


Abbildung 19: Bei KAGA beschlagnahmte Karte der Abbaustellen von KAGA, ihren Aktionärinnen und unabhängigen Dritten (Quelle: Act. II.X.D.10, S. 45).

373. Um die Wettbewerbssituation im Detail zu erfassen, wäre an sich denkbar, die Gebiete, in welche Rohkieslieferungen von den einzelnen Kiesabbaustellen erfolgten, soweit möglich anhand von Unterlagen wie Lieferscheindaten ausfindig zu machen und die jeweils zurückgelegten Fahrzeiten und -distanzen bis zu den ein-

zelnen Nachfrageorten zu aggregieren. Vorliegend ist eine solch – gerade auch für die betroffenen Unternehmen – zeit- und kostenaufwändige Erhebung allerdings nicht angezeigt: So basiert die kantonale Sachplanung ADT auf dem Grundsatz der regionalen Selbstver- und -entsorgung und die Richtmengen für die Kiesgewinnung werden je für die einzelnen Regionalkonferenzen vorgegeben.[724] Die eigentliche Richtplanung erfolgt alsdann auf Ebene der jeweils zuständigen Regionalkonferenz.[725] Dabei ist gemäss einem Grundsatz im Sachplan ADT zur Verminderung der Materialtransporte eine auf die Absatzgebiete ausgerichtete Verteilung der Abbaustellen anzustreben.[726] Vor allem aber wird Rohkies nur in ausgesprochen geringem Umfang für die direkte Verwendung nachgefragt; der weitaus grösste Anteil wird von Kieswerken zur Veredelung verwendet.[727] Kiesgruben und Kieswerke gehen wie ausgeführt Hand-in-Hand,[728] wobei sich Kieswerke zur Vermeidung von Transportkosten regelmässig möglichst nahe von Kiesgruben resp. sogar in diesen selbst befinden.[729] Das «Absatzgebiet» einer Kiesabbaustelle wäre(n) daher im Wesentlichen *das* oder allenfalls *die* nächstgelegenen Kieswerk(e) desselben Betreibers, in geringem Umfang erweitert durch Ergänzungslieferungen an andere Kieswerke[730] und die wenigen Bezüge von Rohkies durch Dritte[731]. Einzig bei KAGA, die zwar bedeutende Kiesabbaustellen betreibt, aber kein eigenes Kieswerk hat, wäre dies insofern anders, als dass das «Absatzgebiet» im Wesentlichen aus Kieswerken ihrer Aktionärinnen bestünde und nicht aus eigenen. Allerdings wurde der Bezug von Rohkies von KAGA durch weiter entfernte Aktionärs-Kieswerke gezielt gefördert, worauf an anderer Stelle näher eingegangen wird,[732] wodurch das mangels eines eigenen Kieswerks ohnehin schon spezielle «Absatzgebiet» von KAGA noch zusätzlich verzerrt wurde. Aufgrund dieser Gegebenheiten ist eine detailliertere Erhebung der «Absatzgebiete» von Rohkies nicht hilfreich, um die Marktposition der einzelnen Akteure und den bestehenden Wettbewerbsdruck einschätzen zu können, weshalb davon abzusehen ist.

C.4.2.4 Betreiberinnen von Kiesabbaustellen nach Planungsregionen

374. Aufgrund der bereits mehrmals erwähnten Transportkosten[733] wird eine kantonsweite Betrachtung der Wettbewerbssituation nicht gerecht; vielmehr ist eine kleinräumigere Betrachtung der Verhältnisse angezeigt. In Anbetracht der raumplanungsrechtlichen Rahmenordnung erscheint es hier naheliegend, als kleinere Gebietseinheiten zunächst auf die einzelnen Planungsregionen abzustellen. Freilich sind damit gewisse Nachteile verbunden, wenn es darum geht, die Wettbewerbssituation hinsichtlich einer spezifischen Kiesabbaustelle zu erfassen: Einerseits werden dadurch die Abbauvolumina von Kiesabbaustellen ausgeblendet, die sich zwar ausserhalb einer bestimmten Planungsregion befinden, aber transportzeit- und distanzbezogen nahe dieser Planungsregion liegen und daher zur dortigen Versorgung mit beitragen. Rohkies, der in einer solchen Kiesabbaustelle gewonnen wird, ist im Gesamtabbauvolumen dieser Planungsregion nicht enthalten. Umgekehrt gilt dasselbe – die in eine andere Planungsregion «abfliessende», aber innerhalb der betrachteten Planungsregion gewonnene Kiesmenge bleibt im Gesamtabbauvolumen dieser Planungsregion enthalten. Andererseits umfassen die Planungsregionen auch Gebiete resp. beziehen Kiesabbaustellen mit ein, die für die Wettbewerbssituation einer spezifischen Kiesabbaustelle in derselben Planungsregion ohne Relevanz sind. Je nachdem, wo eine Kiesabbaustelle in einer Planungsregion liegt, kann sie transportzeit- und -distanzbezogen nämlich derart weit von anderen Teilen dieser Planungsregion entfernt sein, dass sie zur dortigen Versorgung nichts beiträgt. Die Aussage eines Vertreters von Alluvia, die in der Planungsregion Bern-Mittelland mehrere Kieswerke mit einer Fahrzeit zwischen 35 und 42 Minuten zu KAGA-Abbaustellen (die teilweise ebenfalls in der Planungsregion Bern-Mittelland liegen) betreibt,[734] bringt das auf den Punkt: «Ich würde sonst [ohne Transportkostenausgleich] nie einen Kubikmeter Kies bei KAGA beziehen, wegen der Distanz. Alluvia kann als Aktionär bei der KAGA nicht von dem Rohstoff profitieren, dies können nur die Aktionäre, die in einer sinnvollen Distanz zur KAGA sind».[735]

375. Trotzdem ist es vorliegend zweckmässig, die Planungsregionen bzw. die prozentualen Anteile am Gesamtvolumen der innerhalb einer Planungsregion gewonnenen Rohkiesmengen zu betrachten: Zunächst ist klarzustellen, dass sich auch bei jeder anderen Absteckung der näher betrachteten Gebiete ein gewisser Schematismus nicht vermeiden lässt. Dieser ist systeminhärent, da immer noch feinere Differenzierungen gefunden und noch zusätzliche Aspekte einbezogen werden könnten. Es gilt letztlich zwischen den durch eine zusätzliche Verfeinerung zu erwartenden Zusatzerkenntnissen einerseits und dem dadurch verursachten Zusatzaufwand andererseits abzuwägen, wobei auch die voraussichtliche Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der «Verfeinerungsdaten» zu bedenken ist. Ferner kann die konkrete Ausgangslage dergestalt sein, dass von vornherein ersichtlich ist, dass Ungenauigkeiten, die mit der gewählten «Schematisierungsstufe» des Gebiets einhergehen, das Ergebnis nicht wesentlich beeinflussen können, weshalb der Zusatzaufwand für ihre Elimination entbehrlich ist. Das ist hier der Fall: Die Kiesabbaustellen von KAGA liegen auf der Grenze zwischen den Regionalkonferenzen Bern-Mittelland und Thun-Oberland West. Entsprechend sind beide Planungsregionen näher zu betrachten. Dadurch wird der erstgenannte Nachteil (relevante Gebiete resp. Kiesabbaustellen in einer anderen Planungsregion bleiben unberücksichtigt) deutlich entschärft. Dieser Nachteil, der eher zu einer Überschätzung der Marktposition führen dürfte, ist daher wesentlich reduziert. Ebenfalls geringere Bedeutung erlangt

[724] Rz 335.
[725] Rz 337.
[726] Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 18, Grundsatz 9; Sachplan ADT 98 (Fn 635), S. 11, Grundsatz 8.
[727] Rz 273.
[728] Rz 286.
[729] Rz 278.
[730] Rz 285.
[731] Rz 273.
[732] Ausführlicher dazu Rz 1094 ff.
[733] Siehe nur Rz 368 m.w.H.
[734] Zu diesen Fahrzeiten siehe die Berechnungen der KAGA zum Transportkostenausgleich betreffend Hofstetter Hindelbank und Messerli KW Oberwangen in Act. II.D.X.154.
[735] Vgl. EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 432-435, Act. III.7.

dadurch die Situation, dass Rohkies zwar in der betrachteten Planungsregion abgebaut wird, aber in eine andere, nicht berücksichtigte Planungsregion «abfliesst». Der zweitgenannte Nachteil (nicht relevante Kiesabbaustellen innerhalb derselben Planungsregion werden berücksichtigt) dürfte eher zu einer Unterschätzung der Marktposition führen, weshalb seine Vermeidung aus Sicht der Verfahrensparteien weniger dringlich erscheint. So oder so kann beiden Nachteilen weiter dadurch begegnet werden, indem die Abbauvolumina einzelner Kiesabbaustellen punktuell zusätzlich berücksichtigt oder ausser Acht gelassen werden. Schliesslich ist zu beachten, dass vorliegend bereits die eher etwas grobmaschigen Planungsregionen ein sehr klares Bild zeichnen. In faktischer Hinsicht ist sodann auch die Struktur der vorhandenen Controlling-Daten zu bedenken, die erlaubt, die Abbauvolumina anhand der Planungsregionen auszuscheiden, für Unterteilungen anhand zusätzlicher Aspekte aber keine Grundlage bietet.

376. Die nachfolgende Übersicht zeigt, wie sich die Gesamtmenge des Rohkieses, der von 2004 bis 2015 in den einzelnen Planungsregionen gewonnen wurde, zwischen KAGA, ihren Aktionärinnen und unabhängigen Dritten aufteilt. Die Planungsregionen sind in der Reihenfolge ihres Anteils an der Gesamtmenge des im Kanton Bern gewonnenen Rohkieses gelistet.[736]

Betreiber	%-Anteil am Kiesabbauvolumen der Planungsregion 04–15
Bern-Mittelland ([…])	
KAGA	[27,5–30]
KAGA-Aktionärinnen (Alluvia, mit Abstand Kästli, gefolgt von Daepp)	[55–60]
KAGA und ihre Aktionärinnen zusammen	**[85–90]**
Dritte	[12,5–15]
Oberaargau ([…])	
KAGA	0
KAGA-Aktionärinnen (Marti-Gruppe, gefolgt von Vigier, bescheidener auch Alluvia)	[50–55]
Dritte	[45–50]
Biel-Seeland/Jura ([…])	
KAGA	0
KAGA-Aktionärinnen (Vigier)	[55–60]
Dritte	[40–45]
Emmental ([…])	
KAGA	0
KAGA-Aktionärinnen (primär Vigier, minim auch Alluvia)	[10–12,5]
Dritte	[87,5–90]
Thun-Oberland West ([…])	
KAGA	[32,5–35]
KAGA-Aktionärinnen (Vigier)	[45–50]
KAGA und ihre Aktionärinnen zusammen	**[80–85]**
Dritte	[15–17,5]
Oberland-Ost ([…])	
KAGA	0
KAGA-Aktionärinnen	0
Dritte	100

Tabelle 5: Prozentualer Anteil an der in den sechs Planungsregionen des Kantons Bern zwischen 2004 und 2015 jeweils gewonnenen Rohkiesmenge durch KAGA, KAGA-Aktionärinnen und Dritte (Quelle Eigene Auswertungen der Controlling-Daten [Fn 408]).

[736] Siehe hierzu Rz 261 f.

377. Die Tabelle zeigt, dass KAGA in den zwei Planungsregionen, in denen sie über Kiesabbaustellen verfügt, von 2004 bis 2015 für je rund 30 % der insgesamt in diesen Planungsregionen gewonnenen Rohkiesmenge verantwortlich ist. In diesen zwei Planungsregionen vereinen KAGA-Aktionärinnen weitere 50–55 % der dort gewonnenen Rohkiesmenge auf sich. Bei diesen KAGA-Aktionärinnen handelt es sich in der Planungsregion Bern-Mittelland um Alluvia (fast 55 %), zu einem geringeren Teil auch um Kästli (gut 25 %) und um Daepp (fast 20 %), während es in der Planungsregion Thun-Oberland West alleine Vigier ist. Umgekehrt bedeutet das, dass in diesen beiden Planungsregionen gerade einmal ca. 15 % der dort gesamthaft gewonnenen Rohkiesmenge auf unabhängige Dritte entfällt.

378. Die Tabelle zeigt ferner, dass KAGA-Aktionärinnen auch in den zwei weiteren Planungsregionen, die für die im Kanton Bern insgesamt gewonnene Rohkiesmenge prägend sind (d.h. Oberaargau und Biel-Seeland/Jura), je etwa die Hälfte der dort gewonnenen Menge auf sich vereinen. Mit anderen Worten haben KAGA-Aktionärinnen auch in diesen zwei weiteren Planungsregionen ein erhebliches Gewicht. Einzig in der Planungsregion Emmental und der mit Blick auf die gesamte im Kanton Bern gewonnene Rohkiesmenge weitgehend unbedeutende Planungsregion Oberland-Ost sind KAGA-Aktionärinnen hinsichtlich der Rohkiesgewinnung deutlich weniger resp. gar nicht vertreten.

379. Die zwei nachfolgenden Tabellen listen die jeweils fünf grössten unabhängigen Dritten in den Planungsregionen Bern-Mittelland resp. Thun-Oberland West auf. Angegeben ist zudem der auf sie entfallende prozentuale Anteil an der gesamten Rohkiesmenge, die in der fraglichen Planungsregion gewonnen wurde.

Bern-Mittelland	
Betreiber	**%-Anteil am Kiesabbauvolumen der Planungsregion 04–15**
[U01]	[5–5,5]
[U19][737]	[4–4,25]
[U05]: [U06]	[2–2,25]
[U20]	[2–2,25]
[U02][738]	[1–1,25]

Tabelle 6: Prozentualer Anteil der fünf grössten Dritten an der zwischen 2004 und 2015 in der Planungsregion Bern-Mittelland gewonnenen Rohkiesmenge (Quelle Eigene Auswertungen der Controlling-Daten [Fn 408]).

Thun-Oberland West	
Betreiber	**%-Anteil am Kiesabbauvolumen der Planungsregion 04–15**
[U21]	[7–7,5]
[U03][739]	[4–4,25]
[U02]	[2–2,25]
[U22]	[2–2,25]
[U23]	[1–1,25]

Tabelle 7: Prozentualer Anteil der fünf grössten Dritten an der zwischen 2004 und 2015 in der Planungsregion Thun-Oberland West gewonnenen Rohkiesmenge (Quelle Eigene Auswertungen der Controlling-Daten [Fn 408]).

380. Den beiden vorangehenden Tabellen ist zu entnehmen, dass keine unabhängige Dritte in den zwei fraglichen Planungsregionen einen Anteil von 10 % der gesamten in diesen Planungsregionen gewonnenen Rohkiesmenge erreicht. Die jeweils grösste Dritte ist etwa fünf- (Planungsregion Thun-Oberland West) resp. sechsmal (Bern-Mittelland) kleiner als es KAGA alleine ist. Im Verhältnis zu KAGA und ihren Aktionärinnen ist die jeweils grösste Dritte gar zwölf- (Thun-Oberland West) resp. siebzehnmal (Bern-Mittelland) kleiner.

C.4.2.5 Kein wesentlich anderes Bild bei Einbezug der relevanten Steinbrüche

381. Während aus Rohkies, das in Kiesabbaustellen gewonnen wird, in den Kieswerken sowohl ungebrochene als auch gebrochene Gesteinskörnungen hergestellt werden können, ist das bei Rohstoffen aus Steinbrüchen, insbesondere Fels, nicht möglich. Aus solchen lassen sich in den verarbeitenden Werken einzig gebrochene, nicht aber ungebrochene Gesteinskörnungen herstellen.[740] Da für Nachfrager von Gesteinskörnungen zwar eine gewisse Substitutionsbeziehung zwischen ungebrochenen und gebrochenen Gesteinskörnungen besteht, diese aber nicht gleichwertig sind,[741] hat Rohkies aus Gruben und Gewässern für Kieswerke den

[737] Die vollständige Firma lautet [U19] (nachfolgend [U19]).
[738] Die vollständige Firma lautet [U02] (nachfolgend [U02]).
[739] Für den Kiesabbau in der Kiesgrube der [U03] ist die KAGA-Aktionärin Vigier zuständig (vgl. <[…]>, zuletzt besucht am 13.6.2023). Entsprechend ist fraglich, ob sie überhaupt als eine Konkurrentin gegenüber KAGA und deren Aktionärinnen, insbesondere Vigier, betrachtet werden kann. Da dieser Punkt letztlich nicht entscheidend ist, kann er offen bleiben.
[740] Rz 291.
[741] Siehe Rz 301.

Vorteil, dass sie ihr Angebot gegenüber ihren Nachfragern variieren können, was bei Rohstoffen aus Steinbrüchen nicht der Fall ist. Aber selbst abgesehen davon vermöchte der Einbezug von Steinbrüchen an der festgestellten Position von KAGA und ihren Aktionärinnen in den relevanten Gebieten nichts Wesentliches zu ändern:

382. In der Planungsregion Bern-Mittelland ist der Abbau von Fels und Stein mengenmässig verschwindend gering.[742] Der Einbezug von Steinbrüchen ist entsprechend bedeutungslos.

383. Anders die Abbaumenge von Fels und Stein in der Planungsregion Thun-Oberland West. Dort erreichte die abgebaute Menge Fels und Stein fast 2/3 der Menge von gewonnenem Rohkies.[743] Bei genauerer Betrachtung relativiert sich diese auf den ersten Blick bedeutende Zahl allerdings massiv:[744] Nahezu die Hälfte, genauer [40–45] %, des abgebauten Fels und Stein wird nämlich in einem Gips-Steinbruch gewonnen[745] und entsprechend nicht zur Herstellung gebrochener Gesteinskörnungen, sondern eben von Gips verwendet. Dieses Material steht nicht in Konkurrenz zu Gesteinskörnungen und ist daher auszublenden. Die meisten verbleibenden Steinbrüche liegen räumlich mindestens gut 40 Kilometer von den Abbaustellen von KAGA entfernt und die Fahrzeit beträgt ca. 36 Minuten aufwärts (bis zu über 80 Minuten). Es handelt sich dabei um zwei grössere Steinbrüche, die je ca. [10–11] % der abgebauten Menge an Fels und Stein ausmachen (und von denen einer der KAGA-Aktionärin Vigier gehört), sowie um vier kleinere mit Mengen jeweils unter 3 %. Die disziplinierende Wirkung, die von diesen Felsbrüchen ausgehen kann, ist in Anbetracht der Distanz und Fahrzeit[746] von vornherein sehr beschränkt. Wirklich relevant können bloss die vier nähergelegenen Felsbrüche in Reutigen und Wimmis sein. Drei davon gehören der KAGA-Aktionärin Vigier resp. werden von dieser betrieben (Schwandwald, Steinigand, Kienberg) und machen knapp [9–9,5] % der in Felsbrüchen abgebauten Materialmenge aus. Damit verbleibt ein Felsbruch (Port), der in der Umgebung der Abbaustellen von KAGA liegt (Distanz ca. 20 Kilometer, Fahrzeit etwas mehr als eine Viertelstunde), von einer unabhängigen Dritten betrieben wird und in dem gut [20–22,5] % der abgebauten Materialmenge gewonnen wird. Wird nun die Abbaumenge der vier nähergelegenen Felsbrüche zur Menge gewonnenen Rohkieses hinzugerechnet, nimmt die Gesamtmenge um gut [17,5–20] % zu. Die prozentualen Anteile der Betreiber von Kiesgewinnungsstätten reduzieren sich entsprechend: KAGA erreicht noch einen Anteil von [27,5–30] %, während sich derjenige ihrer Aktionärin Vigier nunmehr (unter Berücksichtigung ihrer drei Felsbrüche) auf [45–50] % beläuft. Der Anteil, der auf unabhängige Dritte entfällt, steigt auf [25–27,5] %. Es gibt bei dieser Betrachtungsweise eine unabhängigen Dritte, nämlich die Betreiberin des Felsbruchs, die einen Anteil von knapp [10–11] % hält, während sich die prozentualen Anteile der übrigen unabhängigen Dritten reduzieren. Zusammenfassend ist festzustellen, dass selbst bei Einbezug der relevanten Felsbrüche die Anteile von KAGA und ihrer Aktionärin Vigier nicht entscheidend geringer ausfallen.

C.4.2.6 Betreiberinnen von Kiesabbaustellen im «Absatzgebiet» von KAGA

384. Für die nachfolgende Überlegung ist zunächst ein «Absatzgebiet» für Rohkies zu bestimmen, das den effektiven Gegebenheiten näher kommt als die Planungsregionen. Im Einklang mit den Ausführungen zu den Transportkosten[747] ist naheliegend, dieses Gebiet anhand von Fahrdistanzen und -zeiten ab einer Kiesabbaustelle festzulegen – Luftdistanzen sind hierfür ungeeignet. Da Rohkies wie ausgeführt ausser von Kieswerken kaum direkt nachgefragt wird, sind für die Bestimmung realistischer Fahrdistanzen resp. -zeiten hilfsweise ergänzend diejenigen von veredeltem Kies beizuziehen. Wie an anderer Stelle ausgeführt, scheint im hier interessierenden Raum im Alltag ein Nachfrageradius der Nachfrager von etwa 20 Kilometern Fahrdistanz resp. eine Fahrzeit von ca. 20 Minuten für Rohkies oder veredeltem Kies üblich.[748] Daraus ergibt sich als Pendant aus Sicht der Anbieter ein entsprechend grosses «Absatzgebiet» um ihre Abbaustellen herum.

385. Die Situation relevanter[749] Kiesabbaustellen im Absatzgebiet der Abbaustellen von KAGA sieht wie folgt aus:

[742] Rz 264. In der Planungsregion Bern-Mittelland macht Fels und Stein in den Jahren 2001 bis 2015 weniger als 0,5 % der dort gewonnenen Rohkiesmenge aus bzw. in den Jahren 2012 bis 2015 (geänderte Erhebungsmethodik bezüglich Fels und Stein) [<2] %.

[743] Rz 264. In der Planungsregion Thun-Oberland West macht Fels und Stein in den Jahren 2001 bis 2015 [55–60] % der dort gewonnenen Rohkiesmenge aus bzw. in den Jahren 2012 bis 2015 (geänderte Erhebungsmethodik bezüglich Fels und Stein) [60–65] %.

[744] Quelle der nachfolgenden Ausführungen und Berechnungen sind eigene Auswertungen der Controlling-Daten (Fn 408). Hinsichtlich der Fahrdistanzen und -zeiten wurde Google Maps verwendet.

[745] Steinbruch Strigel, der ehemals von der Rigips AG betrieben wurde und per 1.10.2020 von der Vigier übernommen wurde (vgl. Rz 496).

[746] Siehe zu einer Transportdistanz und -zeit in dieser Grössenordnung auch die Aussage eines Vertreters einer Partei in Rz 374 in fine.

[747] Rz 274–277.

[748] Siehe Rz 279 resp. Rz 300.

[749] Kleinstabbaustellen (vgl. dazu Rz 369), welche von vornherein zu klein sind, um die Wettbewerbssituation merklich zu beeinflussen, werden der Einfachheit halber ausgeblendet.

Betreiber (einbezogene Abbaustellen)	%-Anteil an Gesamtmenge abgebautem Rohkies im Umkreis von ca. 20 Fahrminuten um KAGA-Abbaustellen
KAGA (alle Abbaustellen)	**[45–50]**
KAGA-Aktionärinnen	**[40–45]**
- Kästli (Rubigen)	[17,5–20]
- Daepp (Ried und Oppligen)	[12–13]
- Vigier (Reutigen, Spiez [2], Wimmis [2])	[11–12]
Unabhängige Dritte	**[10–11]**
- [U01] (Kirchdorf)	[6–6,5]
- [U02] (Unterlangenegg, Linden [2], Röthenbach i.E.)	[3,25–3,5]
- [U03] (Reutigen)[750]	[1,25–1,5]
Total	100

Tabelle 8: Prozentuale Anteile einzelner Betreiberinnen an der im Umkreis von ca. 20 Fahrminuten um die Abbaustellen von KAGA gewonnenen Rohkies (Quelle Eigene Auswertungen der Controlling-Daten [Fn 408]; Google Maps für Fahrzeiten).

386. Wird ein Gebiet mit praxisnahen Fahrdistanzen in der Grössenordnung von 20 Kilometern und Fahrzeiten von ca. 20 Minuten festgelegt, verfügt KAGA alleine über einen Anteil von fast 50 % der in diesem Gebiet gewonnenen Menge von Rohkies. Der Anteil an der dort abgebauten Menge, der auf KAGA-Aktionärinnen entfällt, beläuft sich auf etwas über 40 %. Gemeinsam vereinen KAGA und einzelne Aktionärinnen im abgegrenzten Gebiet rund 90 % auf sich. Die unabhängigen Dritten erreichen damit zusammen einen Anteil von [10–11] %. Die grösste Dritte ist diesfalls achtmal kleiner als es KAGA alleine ist und im Verhältnis zu KAGA und ihren Aktionärinnen ist sie gar vierzehneinhalbmal kleiner.

C.4.2.7 Betreiberinnen von Kiesabbaustellen im Nachfrageradius der Kundinnen, die sich im «Absatzgebiet» von KAGA befinden

387. Um die Situation hinsichtlich der am Rande des «Absatzgebietes» von KAGA liegenden Nachfrager abzudecken, ist an sich ein Umkreis mit Fahrdistanz von 40 Kilometern und Fahrzeit von 40 Minuten um die Abbaustellen von KAGA zu ziehen.[751] Die Interpretation der so berechneten Werte stellt allerdings wiederum eine besondere Herausforderung dar.[752] Im Sinne eines Gedankenexperiments wird nachfolgend stattdessen gezeigt, was passieren würde, wenn der distanz- oder fahrzeitabhängige Umkreis – zu Gunsten der Verfahrensparteien – gezielt mäandernd auf rund 30 Kilometer Fahrdistanz und ca. 35 Minuten Fahrzeit festgesetzt würde, so dass er einerseits eine grosse Kiesabbaustelle einer Dritten (Hasle b.B.) gerade noch erfasst, andererseits zwei grosse Kiesabbaustellen der KAGA-Aktionärin Alluvia (Oberwangen und Mattstetten), die in vergleichbarer Fahrzeit, aber geringfügig grösserer Fahrdistanz entfernt sind, gerade nicht erfasst werden. Diese – wie gesagt künstliche, an Gerrymandering erinnernde – Situation präsentiert sich wie folgt:

[750] Vgl. dazu, ob diese überhaupt als «vollwertige» Dritte zu betrachten ist, Fn 739.
[751] Vgl. zur Begründung Rz 464 bezüglich Deponien.
[752] Ausführlich dazu Rz 477 ff. und Rz 1778 ff.

Betreiber (einbezogene Abbaustellen)	%-Anteil an Gesamtmenge abgebautem Rohkies im künstlichen Umkreis von rund 30 Kilometern und ca. 35 Fahrminuten um KAGA-Abbaustellen
KAGA (alle Abbaustellen)	**[35–40]**
KAGA-Aktionärinnen	**[30–35]**
- Kästli (Rubigen)	[14–15]
- Daepp (Ried und Oppligen)	[10–11]
- Vigier (Reutigen, Spiez [2], Wimmis [2])	[9–9,5]
Unabhängige Dritte	**[25–30]**
- [U06] ([U05]) (Landiswil, Hasle b.B.)	[17,5–20]
- [U01] (Kirchdorf)	[5–5,5]
- [U02] (Unterlangenegg, Linden [2], Röthenbach i.E.)	[2,5–2,75]
- [U03] (Reutigen)[753]	[1–1,25]
Total	100

Tabelle 9: Prozentuale Anteile einzelner Betreiberinnen an der im künstlichen Umkreis von rund 30 Kilometern und ca. 35 Fahrminuten um die Abbaustellen von KAGA gewonnenen Rohkies (Quelle Eigene Auswertungen der Controlling-Daten [Fn 408]).

388. Selbst bei diesem gekünstelten Umkreis beläuft sich der prozentuale Anteil von KAGA an der in diesem Gebiet abgebauten Rohkiesmenge alleine auf [35–40] % und derjenige ihrer Aktionärinnen auf [30–35]. Die unabhängigen Dritten erreichen diesfalls einen Anteil von [25–30] %. Die gezielt einbezogene, grosse Abbaustelle führt jedoch dazu, dass die grösste Dritte (die zudem über eine etwas näher gelegene, ebenfalls berücksichtigte Abbaustelle verfügt) nunmehr fast halb so gross ist wie KAGA alleine, und im Verhältnis zu KAGA und ihren Aktionärinnen «nur» noch rund viermal kleiner ist. Diese grosse Abbaustelle liegt aber am Rande dieses Gebiets, was sich in Anbetracht der Distanz und Fahrzeit[754] entsprechend auf den Wettbewerbsdruck auswirkt, den sie auf KAGA zu entfalten vermag.

C.4.2.8 Selbsteinschätzung durch KAGA

389. KAGA selbst nahm 2001 im Hinblick auf eine Strategieklausur ihres VR eine Unternehmensanalyse vor. Dabei erachtete sie als relevantes Gebiet im Bereich Kies die «Region Bern Süd bis Thun Nord, Gürbetal, Aaretal, Chisental». Ihren Marktanteil in diesem Gebiet beschreibt sie selber mit «Marktanteil bedeutend (> 50 %)», wobei sie zugleich festhält, es sei Konkurrenz vorhanden und es bestehe ein allgemeiner Kiesrohstoffüberschuss im Kanton Bern.[755] In der «Branchen-Analyse Kies- und Deponiegeschäft» von 2002 eines Beratungsunternehmens werden als Kiesförderer im «direkten Marktgebiet KAGA» einerseits die Aktionärinnen und andererseits «Kieshändler (Lehmann, [U04][756], [U01] etc.)» genannt[757] – nicht erwähnenswert erschienen demgegenüber Rohkiesabbaustellen Dritter im «direkten Marktgebiet KAGA», jedenfalls wird diese Gruppe von Kiesförderern nicht explizit aufgezählt. Da von einer Überkapazität im Bereich Kies ausgegangen wird, wird dennoch von einem zunehmenden Konkurrenzdruck ausgegangen.[758] Bei der Unternehmensphilosophie hält KAGA als ihre «Mission/Aufgabe» fest, dass sie «die wichtigste Ver- und Entsorgerin von Kies-, Aushub- und Inertstoffmaterialien im Raum Bern – Spiez» ist.[759] KAGA ist sich demnach der Konkurrenzsituation und ihrer eigenen Stellung sehr wohl bewusst.

390. Bezüglich der Selbsteinschätzung von KAGA ist ferner erwähnenswert, dass KAGA im Rahmen von Strategiearbeiten des VR im Jahr 2002 eine «Unternehmensanalyse im Vergleich zur Konkurrenz» erstellte. Bezüglich der «Fähigkeit, [Kies]Vorkommen effizient zu fördern», kam sie zum Schluss, dass diese bei ihr, KAGA, «[I]m Vergleich zur Konkurrenz etwa gleich» sei, weshalb sie diesen Punkt entsprechend als neutral einstufte. Bezüglich der «Fähigkeit, Vorkommen effizient auszuliefern», wurde festgehalten, dass KAGA in diesem Bereich keine Tätigkeit ausübe.[760]

[753] Vgl. dazu, ob diese überhaupt als «vollwertige» Dritte zu betrachten ist, Fn 739.
[754] Siehe zu einer Transportdistanz und -zeit in dieser Grössenordnung auch die Aussage eines Vertreters einer Partei in Rz 374 in fine.
[755] Act. II.G.X.11 S. 2.
[756] Gemeint [U04] (nachfolgend: [U04]). In wiedergegebenen Zitaten ist teilweise auch von [U04] die Rede, womit [U04] gemeint ist.
[757] Act. II.G.X.12 S. 2.
[758] Act. II.G.X.12 S. 3.
[759] Act. II.G.X.29 S. 163.
[760] Act. II.D.X.10, S. 100–103 auf S. 101.

C.4.2.9 Ausblick auf die zukünftige Entwicklung

391. Dem aktuellen Richtplan ADT der Regionalkonferenz Bern-Mittelland von 2017[761] und dem Teilrichtplan ADT des Entwicklungsraums Thun von 2019[762], welche die hier relevante Region[763] innerhalb der Planungsregion Thun-Oberland West[764] ist, lassen sich die Standorte entnehmen, an denen Kiesgewinnungsstätten bereits grundeigentümerverbindlich gesichert sind und wo diesbezügliche Festsetzungen, Zwischenergebnisse und – in ferner Zukunft liegend – Vororientierungen erfolgt sind. Die Richtpläne geben auch Auskunft über die vorhandenen resp. erwarteten Kubaturen.

392. Der Richtplan ADT der Regionalkonferenz Bern-Mittelland ergibt das folgende Bild:

Standort			Richtplanung Bern-Mittelland 17			
Betreiberin	**Bezeichnung**	**Ort**	**Grundeigentümerverbindlich**	**Festsetzung**	**Zwischenergebnis**	**Vororientierung**
AAA	Neumatt	Oppligen				2'300'000
Alluvia	Oberwangen	Bern, Köniz, Neuenegg	**5'600'000**			**unbekannt**
Alluvia	Silbersbode	Mattstetten, Bäriswil	**4'900'000**		**3'000'000**	
Alluvia	Bubenloo	Urtenen-Schönbühl				**2'300'000**
[U24]	Hubel-Chrützfeld	Ferenbalm/Ulmiz (FR)			1'300'000	
[U06]	Chratzmatt	Landiswil	1'250'000			
[U53]	Oechtlen	Riggisberg	179'000	416'000	84'000	
Daepp	Ried	Kirchdorf	**1'400'000**			
Daepp	Schönibühl	Oppligen	**28'000**	**600'000**		**700'000**
[U19]	Äspli	Wiggiswil	1'620'000	653'000	3'050'000	
KAGA	Türliacher	Jaberg, Kirchdorf	**2'730'000**	**2'800'000**	**3'200'000**	
KAGA	Bümberg	Kiesen, Oppligen	**752'000**	**2'920'000**	**377'000**	
Kästli	Bodenweid	Rubigen	**700'000**	**3'000'000**	**4'000'000**	
[U20]	Schwefelberg-Pochten	Rüschegg	214'000			
[U01]	Thalgut	Gerzensee, Kirchdorf	320'000	1'080'000	1'270'000	
[U54]	Bergacher	Mühleberg			510'000	
[U02]	Griedenbühl	Linden	305'000	395'000	155'000	480'000
Vigier	Längeried	Bern				**500'000**
Vigier	Stossesbode	Neuenegg		**1'200'000**	**600'000**	**5'800'000**
Total			**19'998'000**	**13'064'000**	**17'546'000**	**12'080'000**

Tabelle 10: Standorte gemäss Richtplan ADT Bern-Mittelland von 2017 (Quelle Eigene Auswertung des Richtplans ADT Bern-Mittelland von 2017).

393. Aussagekräftiger als diese absoluten Zahlen sind prozentuale Angaben. Aus diesen ist leichter erkennbar, was diese Angaben in den Richtplanungen hinsichtlich der künftigen Marktposition bedeuten:

[761] Abrufbar unter <www.bernmittelland.ch> Themen > Raumplanung > Projekte > Abbau, Deponie, Transporte (ADT) > Behördenverbindliche Festlegungen mit Koordinationsblättern (Richtplantext) (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[762] Abrufbar unter <entwicklungsraum-thun.ch> Landschaft Siedlung Verkehr > Abbau und Deponie > ERT Teilrichtplan ADT Richtplantext (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[763] In Anbetracht der Lage der Abbaustellen von KAGA auf der Grenze zwischen der Regionalkonferenz Bern-Mittelland und der Teilregion Entwicklungsraum Thun einerseits sowie den Fahrdistanzen und -zeiten von dort zu den zwei weiteren Teilregionen Obersimmental-Saanenland und Kandertal (siehe dazu auch die nachfolgende Fn) andererseits, sind diese zwei anderen Teilregionen für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung nicht weiter von Belang.
[764] Das Stimmvolk der Planungsregion Thun-Oberland West lehnte die Bildung einer Regionalkonferenz Thun-Oberland West 2010 ab, weshalb drei Teilregionen bestehen (Entwicklungsraum Thun, Bergregion Obersimmental-Saanenland und Planungsregion Kandertal), die jeweils Teilrichtpläne erlassen.

Richtplan ADT Bern-Mittelland 17				
Betreiberin	**Grundeigentümerverbindlich**	**Festsetzung**	**Zwischenergebnis**	**Vororientierung**
KAGA	**17.4**	**43.8**	**20.4**	**0**
KAGA-Aktionärinnen	**63.1**	**36.7**	**43.3**	**77**
- Alluvia	52.5	0	17.1	19
- Daepp	7.1	4.6	0	5.8
- Kästli	3.5	23	22.8	0
- Vigier	0	9.2	3.4	52.2
Dritte	**19.4**	**19.5**	**36.3**	**23**
Total	100	100	100	100

Tabelle 11: Prozentuale Anteile von KAGA, ihren Aktionärinnen und unabhängigen Dritten an den im Richtplan ADT Bern-Mittelland von 2017 vorgesehenen Rohkiesvolumen nach Koordinationsständen (Quelle Eigene Auswertung des Richtplans ADT Bern-Mittelland von 2017).

394. Um einen umfassenden Eindruck zu gewinnen, ist es schliesslich wichtig zu wissen, wo sich diese Standorte innerhalb der Planungsregion Bern-Mittelland befinden. Die folgende Karte, die Teil der Richtplanung ADT Bern-Mittelland ist, führt dies vor Augen:

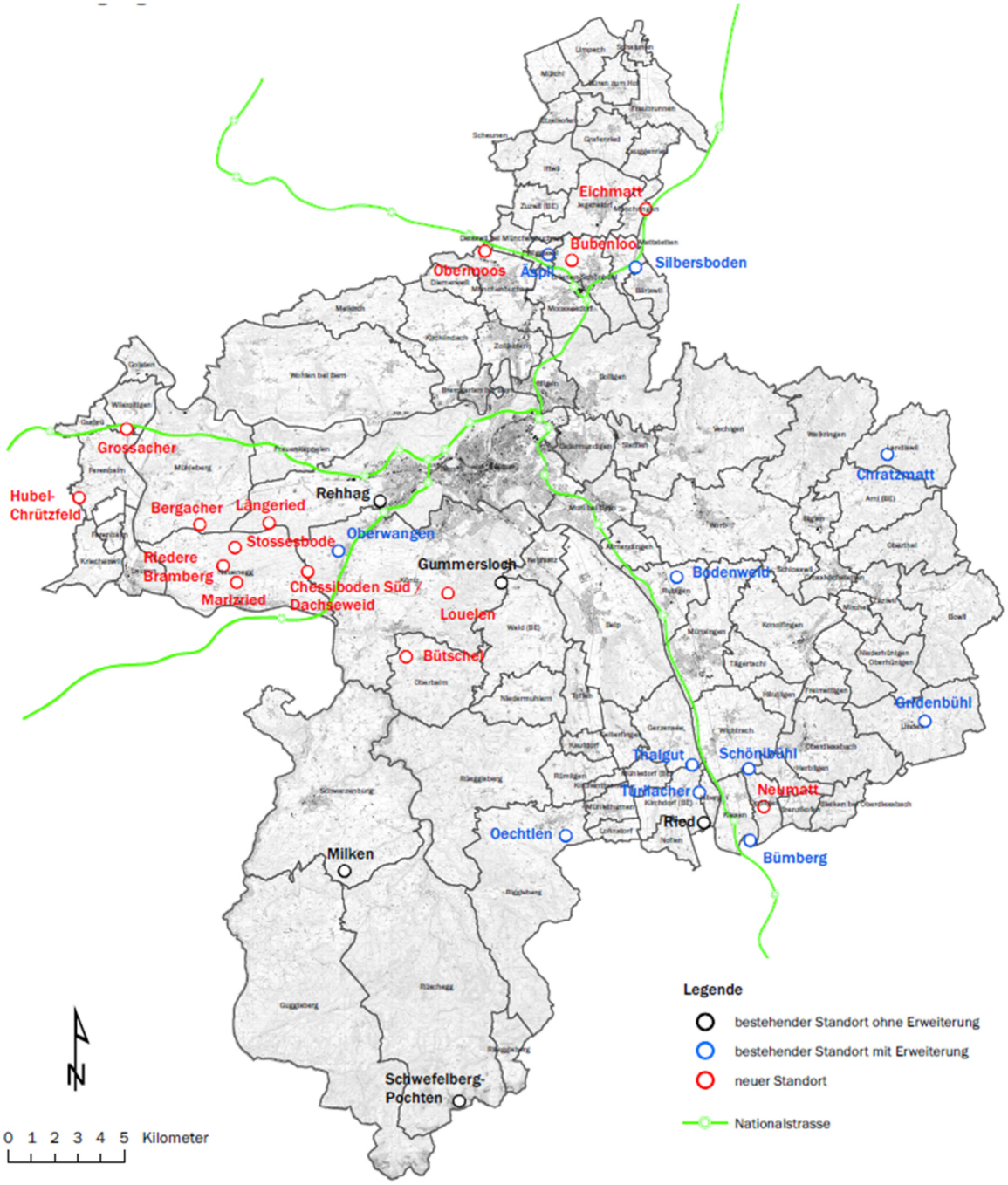


Abbildung 20: Standorte gemäss Richtplan ADT Bern-Mittelland von 2017 (Quelle Richtplankarte der Regionalkonferenz Bern-Mittelland)[765].

395. Sowohl bezüglich der bereits grundeigentümerverbindlich gesicherten Reserven als auch den Festsetzungen verhält es sich in der Planungsregion Bern-Mittelland so, dass KAGA und ihre Aktionärinnen zusammen weiterhin einen Anteil von über 80 % erreichen. Der Anteil von KAGA an den bereits grundeigentümerverbindlich gesicherten Reserven von 17,4 % ist zwar geringer als der Anteil, der sie in den vergangenen Jahren an der gewonnenen Kiesmenge hatte ([27,5–30]). Sie macht dies allerdings wett mit einem umso höheren Anteil an Festsetzungen (43,8 %). Bei ihren Aktionärinnen ist dieses Verhältnis gerade umgekehrt – sie haben einen höheren Anteil bereits grundeigentümerverbindlich gesicherter Reserven, dafür einen geringeren Anteil an Festsetzungen. Unter dem Strich bleibt die Lage während den nächsten 35 Jahren[766] letztlich mehr oder weniger gleich wie bisher.

396. Etwas anders sieht das Verhältnis bei den Zwischenergebnissen aus, die der Reservesicherung ab 35 Jahren dienen und erst noch in Festsetzungen umgewandelt werden müssen, bevor sie in Nutzungsplanverfahren konkretisiert werden können.[767] Dort büssen

[765] Abrufbar unter <www.bernmittelland.ch> Themen > Raumplanung > Projekte > Abbau, Deponie, Transporte (ADT) > Richtplankarte (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[766] Vorausgesetzt, die Festsetzungen können wie geplant in Nutzungsplänen umgesetzt werden und vorbehältlich unvorhersehbarer, nicht eingeplanter Entwicklungen.
[767] Siehe dazu Rz 341.

KAGA und ihre Aktionärinnen gewisse Anteile ein. Entsprechend steigt bei den Zwischenergebnissen der Anteil unabhängiger Dritter von unter 20 % auf immerhin gut ein Drittel. Diese Steigerung ist im Wesentlichen auf drei grosse Zwischenergebnisse unabhängiger Dritter zurückzuführen. Das davon mit Abstand grösste Projekt (Äspli der [U19]) befindet sich – von den Abbaustellen von KAGA aus betrachtet – auf der Nordseite von Bern in Grenznähe zum Kanton Solothurn.[768] Das zweitgrösste Projekt (Hubel-Chrützfeld der [U24]) befindet sich auf der Westseite von Bern auf der Grenze zum Kanton Freiburg. Einzig das drittgrösste Projekt (Thalgut der [U01]) befindet sich in unmittelbarer Nähe zu den Abbaustellen von KAGA. Das Zwischenergebnis von KAGA und dasjenige ihrer ebenfalls auf der Südseite von Bern gelegenen Aktionärin Kästli sind je ca. dreimal so gross wie dasjenige von [U01]. Die KAGA-Aktionärin Aare-Kies (Daepp) wiederum hat zwar kein Zwischenergebnis, aber immerhin eine Vororientierung im Süden von Bern angemeldet. Es zeichnet sich damit ab, dass es im Süden von Bern bezüglich des Kräfteverhältnisses zwischen KAGA und ihren Aktionärinnen einerseits und unabhängigen Dritten andererseits auch längerfristig in etwa beim Alten bleiben dürfte.

397. Gleichzeitig wird aus dieser Richtplan-Karte ersichtlich, dass in der Planungsregion Bern-Mittelland einige neue Standorte vorgesehen sind (rote Kreise). Der als Vororientierung vermerkte Standort «Neumatt» befindet sich in Oppligen und liegt knapp ausserhalb des KAGA-Gebiets.

398. Die nachfolgende Auswertung des Teil-Richtplans ADT des Entwicklungsraums Thun 19 zeigt die Koordinationsstände bezüglich Rohkiesgewinnung. Im Unterschied zur Richtplanung Bern-Mittelland sind bei der Teil-Richtplanung Entwicklungsraum Thun keine Zwischenergebnisse bezüglich Rohkiesgewinnung erfolgt. Die einzige Vororientierung betrifft die Kiesgrube Zulgport, wobei im Richtplan die erwartete Kubatur als unbekannt angegeben und die Betreiberin zur Einholung der privatrechtlichen Abbaurechte angehalten wird. Bei der Kiesentnahme aus Gewässern der Vigier (Kanderdelta in Spiez) ist zu beachten, dass es sich bei der Festsetzung von ca. 10'000 Kubikmeter um eine jährliche Menge handelt, wobei das definitive Volumen in der neuen Konzession festzulegen sein wird. Mit anderen Worten dürfte es sich beim definitiven Volumen um ein Mehrfaches dieser 10'000 Kubikmeter handeln.

Standort			Teilrichtplanung Entwicklungsraum Thun 19			
Betreiberin	**Bezeichnung**	**Ort**	**Grundeigentümerverbindlich**	**Festsetzung**	**Zwischenergebnis**	**Vororientierung**
[U50]	Pfandern	Thun		360'000		
KAGA	Bümberg, Ägelmoos u.a	Heimberg, Kiesen, Oppl	**380'000**	**1'460'000**		
KAGA	Säget, Weid	Uttigen	**1'250'000**			
[U55]	Würzigrube	Diemtigen	20'000			
[U03]	Hanigrube	Reutigen	300'000			
[U02]	Zulgport	Unterlangenegg	160'000			unbekannt
Vigier	Gesigen	Spiez	**50'000**			
Vigier	Kanderdelta (Gewässer	Spiez	**1'300'000**	**10'000**		
Vigier	Steinigand	Wimmis	**870'000**	**2'000'000**		
Vigier	Kienberg	Wimmis	**147'000**			
Vigier (1/2 ARGE Almid)	Allmid	Zwieselberg	**650'000**			
[U25] (1/2 ARGE Allmid)			650'000			
Total			**5'127'000**	**3'830'000**	**0**	**0**

Tabelle 12: Standorte gemäss Teil-Richtplan ADT Entwicklungsraum Thun von 2019 (Quelle Eigene Auswertung des Teil-Richtplans ADT Entwicklungsraum Thun von 2019)[769].

399. Der einfacheren Lesbarkeit halber seien auch hier die prozentualen Angaben dargestellt:

Teil-Richtplan ADT Entwicklungsraum Thun 19				
Betreiberin	**Grundeigentümerverbindlich**	**Festsetzung**	**Zwischenergebnis**	**Vororientierung**
KAGA	**31.8**	**38.1**	**Nicht erfolgt**	**Keine Angaben**
KAGA-Aktionärin	**46.2**	**52.5**		
- Vigier	46.2	52.5		
Dritte	**22**	**9.4**		
Total	100	100		

Tabelle 13: Prozentuale Anteile von KAGA, ihren Aktionärinnen und unabhängigen Dritten an den im Teil-Richtplan ADT Entwicklungsraum Thun von 2019 vorgesehenen Rohkiesvolumen nach Koordinationsständen (Quelle Eigene Auswertung des Teil-Richtplans ADT Entwicklungsraum Thun von 2019).

[768] Vgl. Rz 374 in fine, um einschätzen zu können, was diese Distanz bedeutet.

[769] Mangels anderer Anhaltspunkte wurde das grundeigentümerverbindlich gesicherte Volumen der ARGE Allmid je hälftig auf ihre beiden Gesellschafter Vigier und [U25] aufgeteilt.

400. Und auch hier sei die Karte der Standorte aus der Teil-Richtplanung Entwicklungsraum Thun von 2019 angefügt, aus welcher ersichtlich ist, wo sich die einzelnen Abbaustellen befinden. Der Korrektheit halber ist anzumerken, dass die Würzigrube in Diemtigen auf diesem Kartenausschnitt nicht mehr ersichtlich ist – sie befindet ausserhalb des abgebildeten Gebiets. Gefolgt wird dieser Kartenausschnitt von der dazugehörigen Legende.

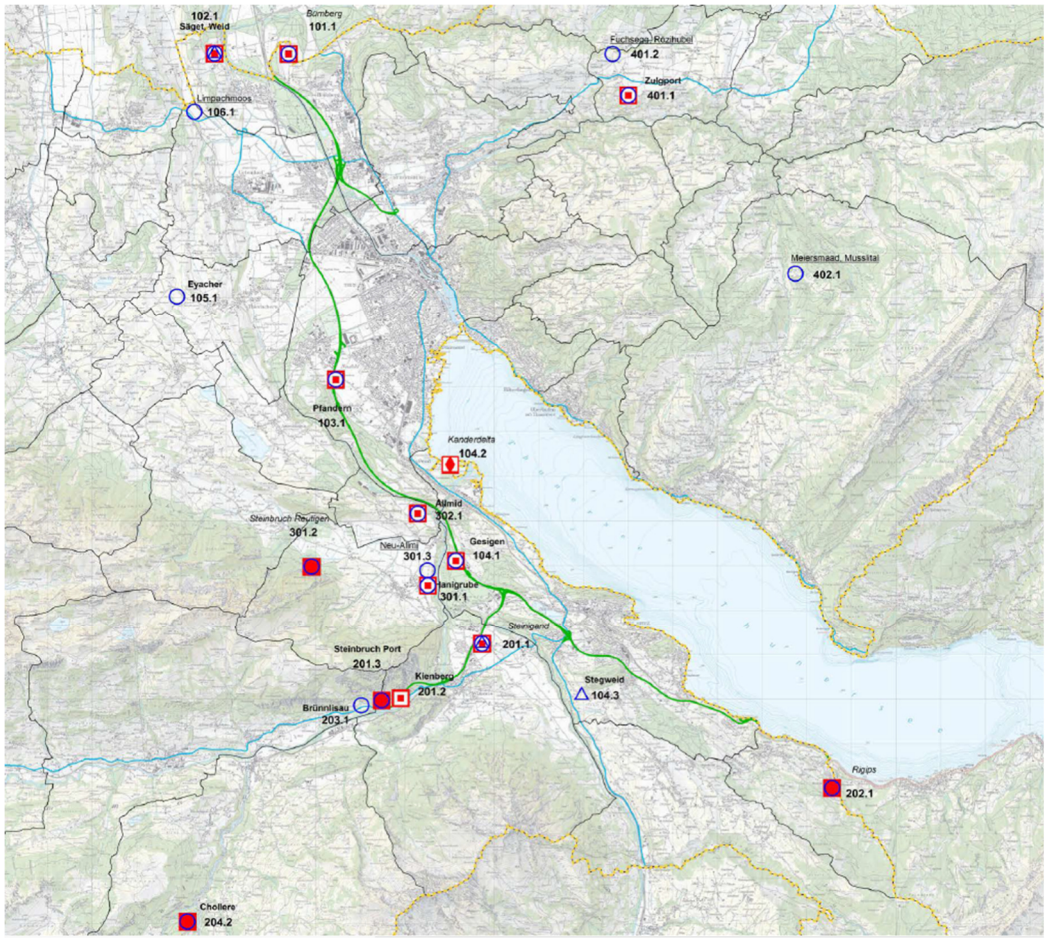


Abbildung 21: Standorte gemäss Teil-Richtplan ADT Entwicklungsraum Thun von 2019 (Quelle Teil-Richtplankarte der Planungsregion Entwicklungsraum Thun)[770].

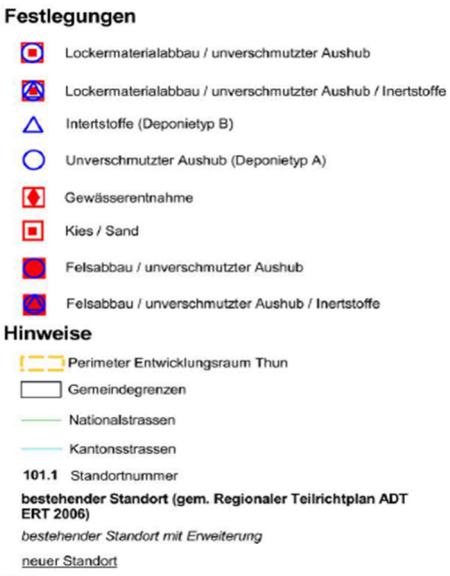


Abbildung 22: Legende zur Teil-Richtplankarte der Planungsregion Entwicklungsraum Thun (Quelle Teil-Richtplankarte der Planungsregion Entwicklungsraum Thun)[771].

[770] Abrufbar unter <entwicklungsraum-thun.ch> Landschaft Siedlung Verkehr > Abbau und Deponie > ERT Teilrichtplan ADT Richtplankarte (zuletzt besucht am 13.6.2023).

[771] Für die Quellenangabe siehe die vorangehende Fn.

401. Verglichen mit der bisherigen Situation ist der Anteil der unabhängigen Dritten an den grundeigentümerverbindlich gesicherten Reserven zwar etwas grösser als ihr bisheriger Anteil an der gewonnenen Rohkiesmenge. Bei den Festsetzungen wendet sich allerdings das Blatt; KAGA und ihre Aktionärin Vigier können ihren Anteil weiter steigern und der Anteil der unabhängigen Dritten fällt unter 10 %. In der Planungsregion Entwicklungsraum Thun wird sich daher das Kräfteverhältnis zwischen KAGA und ihrer Aktionärin Vigier einerseits und unabhängigen Dritten andererseits nicht wesentlich verändern bzw. allenfalls gar noch mehr zu Gunsten KAGA und ihrer Aktionärin Vigier verschieben.

402. Sodann ist festzuhalten, dass mit dem Standort «Pfandern» eine Festsetzung für Kiesabbau im KAGA-Gebiet vorgesehen ist. Der dortige Standort war im Zeitpunkt des Erlasses des Teil-Richtplans ADT Entwicklungsraum Thun noch nicht in Betrieb.

C.4.2.10. Zusammengefasstes Beweisergebnis bezüglich Kiesgewinnung

403. Zusammenfassend ist festzustellen, dass sowohl KAGA als auch ihre Aktionärinnen (mit Ausnahme der Heimberg, die in der Kiesgewinnung nicht aktiv ist) zu den bedeutendsten Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten im Kanton Bern zählen. Gemessen am prozentualen Anteil an der Gesamtabbaumenge in den Jahren 2004 bis 2015 im Kanton Bern ist KAGA die drittgrösste Betreiberin. Ihre Aktionärinnen belegen den ersten (Vigier), vierten (Alluvia), fünften (Marti-Gruppe), sechsten (Kästli-Gruppe) und achten (Daepp) Rang.

404. Bei Rohkies machen die Transportkosten einen wesentlichen Teil der Gesamtkosten aus. Da die Transportkosten mit zunehmender Fahrdistanz und -zeit steigen, spielen die Distanzen zwischen Kiesabbaustelle und Verwendungsort des Materials eine erhebliche Rolle. Weiter entfernte Kiesabbaustellen weisen für Abnehmer gegenüber näher gelegenen Kiesabbaustellen Kostennachteile auf, die in Relation zur zusätzlichen Distanz stehen. Mit einer Betrachtung des gesamten Kantons wird dem nicht Rechnung getragen; um die Wettbewerbssituation richtig einschätzen zu können, ist auf ein kleineres Gebiet zu fokussieren.

405. In den beiden Planungsregionen, in denen KAGA Rohkiesabbaustellen betreibt, namentlich Bern-Mittelland und Thun-Oberland West, verfügt sie über einen Anteil von je rund 30 % an dem in diesen Regionen gewonnenen Rohkies und ihre Aktionärinnen vereinigen weitere 50–55 % auf sich. Der Anteil der unabhängigen Dritten beläuft sich in diesen beiden Regionen auf gerade einmal rund 15 %. Die grösste Dritte in der Planungsregion Bern-Mitteland ist mit ihrem Anteil von [5–5,5] % sechsmal kleiner als KAGA alleine resp. siebzehnmal kleiner als KAGA und ihre Aktionärinnen gemeinsam. Die grösste Dritte in der Planungsregion Thun-Oberland West ist mit ihrem Anteil von [7–7,5] % fünfmal kleiner als KAGA alleine resp. zwölfmal kleiner als KAGA und ihre Aktionärin Vigier zusammen. Dieses Bild würde sich nicht wesentlich ändern, wenn diesen Berechnungen ausserdem die relevanten Steinbrüche einbezogen würden. Wird als engeres, sich mehr an den effektiven Fahrzeiten und -distanzen orientierendes Gebiet das «Absatzgebiet» von KAGA betrachtet, beläuft sich deren Anteil auf fast 50 %, derjenige ihrer Aktionärinnen auf ca. 40 %, während der Anteil der unabhängigen Dritten [10–11] % ist. Selbst in einem gezielt zu Gunsten der Verfahrensparteien «gekünstelt» abgegrenzten Gebiet beläuft sich der Anteil von KAGA auf [35–40] %, derjenige ihrer Aktionärinnen auf [30–35] %, während sich der Anteil der unabhängigen Dritten so immerhin auf [25–30] % beläuft.

406. Der aktuelle Richtpläne ADT der Regionalkonferenz Bern-Mittelland von 2017 resp. der Teil-Richtplan ADT der Planungsregion Entwicklungsraum Thun 2019 legen sodann nahe, dass sich diese Kräfteverhältnisse zumindest in den nächsten 35 Jahren nicht gross ändern werden. In Anbetracht der grundeigentümerverbindlich gesicherten Reserven und der Festsetzungen zeichnet sich ab, dass der Anteil an den in diesen Planungsregionen gewonnenen Rohkiesmengen, der auf Dritte entfällt, weiterhin unter 20 % bleiben wird.

407. Zusammenfassend ist festzustellen, dass KAGA im Aaretal von Thun (Nord) bis Bern (Süd), das durch die Autobahn A6 verkehrstechnisch gut erschlossen ist, und den angrenzenden Gürbe- und Chiesetal die bedeutendste und grösste Rohkiesabbaustellenbetreiberin ist. In unmittelbarer Nähe zu ihren Abbaustellen befinden sich diejenigen ihrer Aktionärin Aare-Kies (Daepp). Zahlreiche weitere Abbaustellen von ihren Aktionärinnen finden sich etwas weiter entfernt im Aaretal bzw. um dieses herum gelegen, wodurch diese quasi eine «Pufferzone» um das Aaretal von Thun bis Bern bilden und dieses qua Transportzeit und -distanz gegenüber unabhängigen Dritten in punkto Wettbewerbsdruck abschirmen.

C.4.3 Kiesveredelung

C.4.3.1 Keine Kiesveredelung durch KAGA, sondern nur durch ihre Aktionärinnen

408. KAGA betreibt selber kein Kieswerk und nimmt keine Kiesveredelung vor.[772] Demgegenüber betreiben alle ihre Aktionärinnen Kieswerke – also auch Heimberg, die selber keinen Rohkies mehr gewinnt. Die Kieswerke der Aktionärinnen befinden sich in unterschiedlicher Distanz zu den Rohkiesabbaustellen der KAGA. Für die Berechnung des Transportkostenausgleichs[773] erfasste KAGA zumindest die nächstgelegenen Kieswerke ihrer Aktionärinnen. Die nachfolgende Tabelle gibt die Fahrzeiten und -distanzen pro einfachen Weg (also ohne Retourfahrt) ab den Rohkiesabbaustellen Bümberg und Jaberg der KAGA zu diesen Kieswerken ihrer Aktionärinnen wieder. Einzig die Angaben zur KAGA-Aktionärin Marti-Gruppe basieren auf eigenen Abklärungen der Wettbewerbsbehörden, da KAGA die Marti-Gruppe als nicht zum Transportkostenausgleich berechtigt erachtete[774] und diese Daten daher nicht erfasst hat.

[772] Siehe nur etwa EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 80–86, Act. III.8.
[773] Ausführlicher zu diesem Rz 1094 ff.
[774] EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 120–122 und 132–135, Act. III.8.

Aktionärin	Fahrdistanz Bümberg	Fahrzeit Bümberg	Fahrdistanz Jaberg	Fahrzeit Jaberg
Daepp				
- Oppligen	2.6 km	5.5 Min	5 km	10.5 Min
- Schüpbach	21.6 km	30 Min	24 km	35 Min
Heimberg	6 km	7 Min	8.4 km	12 Min
Kästli-Gruppe				
- Rubigen	13.3 km	14 Min	15.7 km	19 Min
- Schwarzenburg	44.3 km	50 Min	46.7 km	55 Min
Vigier				
- Berner Oberland	20.3 km	19 Min	22.7 km	24 Min
- Romandie	59 km	58 Min	62.4 km	61 Min
Alluvia				
- Hindelbank	36.6 km	37.3 Min	39 km	42.3 Min
- Oberwangen	34.6 km	33 Min	37 km	38 Min
Grünenmatt (Daepp/Vigier)	30.7 km	56 Min	33.1 km	61 Min
Marti-Gruppe Baustoffpark[775] Walliswil	61.4 km	42 Min[776]	63.7 km	45 Min[777]

Tabelle 14: Fahrdistanzen und -zeiten ab KAGA-Abbaustellen zu den Kieswerken ihrer Aktionärinnen (Quelle Berechnungsgrundlagen der KAGA für den Transportkostenausgleich, Act. II.D.X.127, resp. bezüglich Marti-Gruppe Google-Maps).

C.4.3.2 Interdependenz von KAGA und ihren Aktionärinnen als Resultat

409. Wie ausgeführt, wird Rohkies primär von Kieswerken nachgefragt.[778] Wer eine Kiesabbaustelle betreibt, ist daher darauf angewiesen, dass die von ihr gewonnenen Rohstoffe von einem oder mehreren Kieswerken abgenommen werden. Allein zur Befriedigung der bescheidenen Nachfrage nach Rohkies zur direkten Verwendung auf Baustellen liesse sich der Betrieb einer Rohkiesabbaustelle nicht aufrechterhalten. Kieswerke wiederum sind darauf angewiesen, dass sie kontinuierlich und zuverlässig mit zu veredelndem Rohkies versorgt werden, damit sie ihrer Tätigkeit nachgehen können. Kiesabbaustellen und Kieswerke gehen deshalb, wie bereits festgehalten, Hand in Hand.[779]

410. Da KAGA selber kein Kieswerk betreibt, ist sie für den Absatz des von ihr gewonnenen Rohkieses auf ihre Aktionärinnen angewiesen, die allesamt Kieswerke betreiben (wobei KAGA das Kieswerk von Marti-Gruppe beim Transportkostenausgleich nicht berücksichtigt[780]). Auf die Nachfrage von Kieswerken, die nicht unter der Kontrolle von Aktionärinnen stehen, kann KAGA dafür nicht zählen. Denn deren Nachfrage beläuft sich bloss auf geringe Mengen, die für die Aufrechterhaltung des Betriebs von KAGA bei weitem nicht ausreichen würden.[781] Das erstaunt nicht weiter, eben gerade weil Kiesabbaustellen und Kieswerke Hand in Hand gehen. Entsprechend betreiben diese unabhängigen Dritten nämlich regelmässig nicht nur Kieswerke, sondern zugleich auch eigene Rohkiesabbaustellen, mit denen sie ihren

[775] Vgl. EV von [...] vom 15.1.2015, Rz 476 f., Act. III.7, dass es sich hierbei um das nächstgelegene Kieswerk von Marti-Gruppe handelt.
[776] Marti-Gruppe trägt in ihrer Stellungnahme zum Antrag vor, diese Zeitschätzung sei zu optimistisch, da es sich um Fahrzeiten für PKW handle. LKW würden für diese Strecke mehr Zeit benötigen, nämlich mindestens 60 Minuten (Act. VIII.158 Rz 12 Fn 1, ferner Rz 83). Es trifft in der Tat zu, dass das Sekretariat die Fahrzeiten von PKW in Google-Maps verwendete und diese folglich als Fahrzeiten für LKW zu gering sein dürften. Dem war sich das Sekretariat bewusst (siehe Fn 892). Diese Ungenauigkeit hat letztlich keinen Einfluss auf die Beurteilung. Zudem ging das Sekretariat auch bei allen anderen von ihm mittels Google-Maps festgestellten Fahrzeiten so vor (PKW statt LKW). Mangels Relevanz wurde davon abgesehen, die LKW-Fahrzeiten genauer erheben zu wollen.
[777] Vgl. vorangehende Fn.
[778] Rz 273.
[779] Rz 286.
[780] Siehe Rz 408.
[781] So im Ergebnis auch EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 506–508, Act. III.7.

Rohkiesbedarf primär decken. Ihre Nachfrage beschränkt sich infolgedessen im Wesentlichen auf den Erwerb ergänzender Kieskomponenten.[782] Die grafische Aufstellung der KAGA, in der sie festhält, wer bei ihr zwischen 1982 und 2013 Kiesbezüge tätigte, belegt das soeben Gesagte eindrücklich:

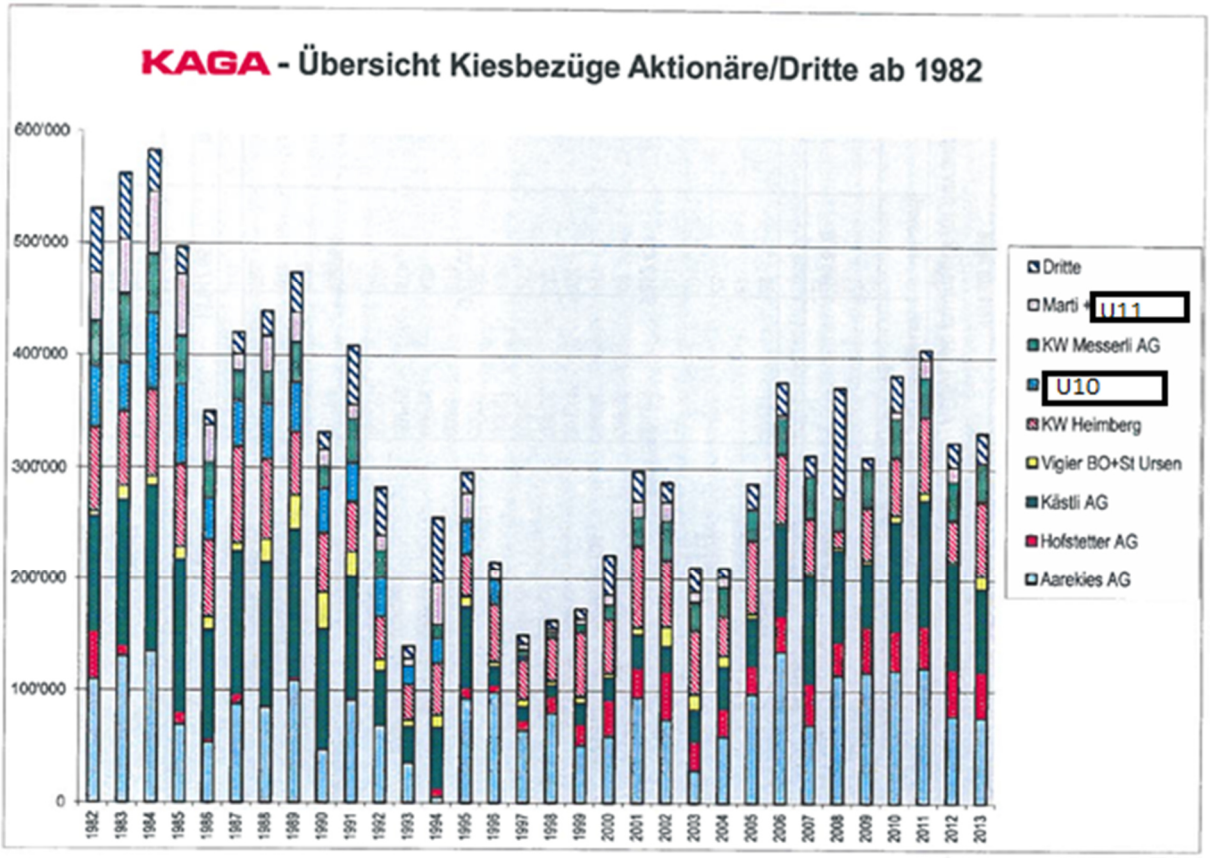


Abbildung 23: Übersicht Kiesbezüge Aktionärinnen und Dritte bei KAGA von 1982 bis 2013 in Kubikmetern lose (Quelle Die KAGA in Zahlen, Stand 31.12.2013, Act. II.D.X.135 S. 10).

411. In diesen 32 Jahren belief sich der Anteil der KAGA-Aktionärinnen an den Kiesbezügen bei KAGA im Median auf 91,9 % und im Durchschnitt auf 89,4 %. Nur in vier Jahren (91, 92, 94 und 08) machte der Aktionärsanteil «bloss» zwischen 70 % und 80 % aus, während er in 20 Jahren (also während 5/8 der gesamten Zeit) über 90 % lag.[783]

412. Umgekehrt haben sich auch die Aktionärinnen von KAGA, jedenfalls diejenigen, die ein Kieswerk in der Nähe betreiben, auf diese kontinuierliche Rohkiesversorgung durch KAGA eingestellt. Bei Heimberg, die selber kein Rohkies mehr gewinnt und nur noch ein Kieswerk betreibt, ist dies evident. Andere Aktionärinnen können durch Rohkiesbezüge bei KAGA ihre eigenen Reserven schonen und so deren Erschöpfung hinauszögern.[784] Aufgrund der bereits mehrfach erwähnten Relevanz der Transportkosten bei der Beschaffung von Kies kommt diese Möglichkeit in erster Linie für Aktionärinnen mit nahegelegenen Kieswerken in Betracht. Für Aktionärinnen mit weiter entfernten Kieswerken mag diese Möglichkeit weniger interessant sein, wobei dieser faktische Unterschied während etlichen Jahren durch den Transportkostenausgleich zumindest teilweise ausgeglichen wurde. Ungeachtet dieser zum Teil unterschiedlich gelagerten, individuellen Bezugsinteressen sind aber letztlich alle Aktionärinnen von KAGA daran interessiert, dass KAGA ihr gewonnenes Rohkies auch tatsächlich absetzen kann, wofür der Rohkiesbezug durch Kieswerke von Aktionärinnen, wie ausgeführt, essentiell ist.[785] Denn nur dadurch kann KAGA überhaupt als Kiesgewinnungsstätte (ohne eigenes Kieswerk) und Deponie tätig sein. Eine erfolgreiche Geschäftstätigkeit von KAGA wiederum kommt durch entsprechende Dividendenzahlungen und sonstige Ausschüttungen all ihren Aktionärinnen zu Gute.[786] Es liegt mit anderen Worten nicht nur einseitig im Interesse von KAGA, dass ihre Aktionärinnen in bedeutendem Umfang den von ihr gewonnenen Rohkies abnehmen, sondern umgekehrt auch im (finanziellen) Interesse der Aktionärinnen.

[782] Rz 285.
[783] Act. II.D.X.135 S. 9. Vgl. auch EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 118 f., Act. III.8, wonach die KAGA-Aktionärinnen ca. 90–95 % der Nachfrage ausmachen.
[784] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 165, Act. III.2; EV von [...] vom 29.1.2015, Rz 122–124 und 134, Act. III.12; dahingehend auch EV von [...] vom 9.2.2015, Rz 491–493, Act. III.14; Zeugeneinvernahme von [...] vom 5.2.2015 Rz 140–142 und 172–176, Act. III.13. Dies als Folge von Kiesbezügen bei KAGA bezeichnend auch EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 437 f. und Rz 458 f., Act. III.7.
[785] In dem Sinne auch EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 224–226, Act. III.5.
[786] Siehe dazu unten Rz 534.

C.4.3.3 Folge: KAGA-Aktionärinnen können Leerfahrten vermeiden, wenn sie bei KAGA deponieren, unabhängige Dritte hingegen i.d.R. nicht

413. Dass KAGA keinen veredelten Kies anbietet, wirkt sich nebst der beschriebenen Interdependenz von ihr und ihren Aktionärinnen noch in einem weiteren, entscheidenden Punkt aus: KAGA bietet einerseits Rohkies an, andererseits Deponievolumen. Wenn Aushübe oder Inertstoffe bei KAGA deponiert werden, kann für die Rückfahrt daher nur, aber immerhin, Rohkies geladen werden. Wie ausgeführt, ist der Bedarf nach Rohkies ausser bei Kieswerken sehr bescheiden.[787] Entsprechend ist diese Rückfuhrmöglichkeit nur für diejenigen deponierenden Unternehmen attraktiv, die entweder selber ein Kieswerk betreiben oder einem Kieswerkbetreiber nahestehen. Dies gilt zudem nur, wenn der von KAGA verlangte Rohkiespreis attraktiv genug ist. Für deponierende Unternehmen, die keine solche Verbindung zu einem Kieswerk haben, ist das von KAGA angebotene Material hingegen grundsätzlich, d.h., ausser es sei ausnahmsweise auf einer Baustelle Bedarf nach unveredeltem Rohkies vorhanden, nicht interessant.[788]

414. Die Transportkosten machen in den hier interessierenden Bereichen einen wesentlichen Teil der Gesamtkosten aus. Indem Leerfahrten vermieden werden, lassen sie sich senken resp. kann die Hin- und Rückfahrt auf zwei Materialtransporte aufgeteilt werden.[789] Aufgrund des beschränkten Angebots von KAGA im Bereich Kies können wie ausgeführt faktisch nur bestimmte deponierende Unternehmen Leerfahrten vermeiden, andere hingegen nicht. KAGA-Aktionärinnen, die selbst Aushübe oder Inertstoffe deponieren (etwa weil sie auch als Bauunternehmen oder als Transportunternehmen tätig sind), gehören zu denjenigen Unternehmen, die Hin- und Rückfuhren vornehmen können. Abhängig davon, ob und gegebenenfalls in welchen weiteren Tätigkeitsbereichen die KAGA-Aktionärinnen jeweils aktiv sind, haben sie daher weitere, individuell ausgeprägte Interessen hinsichtlich KAGA, die andere KAGA-Aktionärinnen nicht aufweisen.

415. Von der Möglichkeit, Hin- und Rückfuhren vorzunehmen, machte vor allem Kästli-Gruppe ab dem Jahr 2006 intensiv Gebrauch,[790] indem sie nicht nur Rohkies bei KAGA bezog, sondern zugleich (gerundet) Volumina von 85'000 (2006), 121'000 (2007), 45'000 (2008) und 143'000 (2009) Kubikmeter lose Material bei KAGA zur Deponierung ablieferte. Die Materialanlieferungen der anderen Aktionärinnen während derselben Zeitperiode waren ebenfalls schwankend, aber auf deutlich geringerem Niveau – die drei grössten Materialanlieferungen anderer Aktionärinnen in dieser Periode betrugen 24'000 (2006; Daepp), 12'000 (2006; Alluvia) und 12'000 (2008; Heimberg) Kubikmeter lose; alle übrigen Materialanlieferungen waren weniger als 10'000 Kubikmeter lose.[791] Bei Alluvia nahm die Deponierung von Material bei KAGA im Jahr 2012 ebenfalls zu.[792] Im Jahr 2013 lieferte Kästli-Gruppe 45'000 Kubikmeter lose an, Alluvia 49'000, während die Anliefermengen aller übrigen Aktionärinnen unter 10'000 Kubikmeter lose waren.[793] Kurzum: vor allem Kästli-Gruppe, später auch Alluvia, nutzen ihre Möglichkeit zur Vermeidung von Leerfahrten in grösserem Ausmasse.[794]

416. Andere Nachfrager von Deponieleistungen wie etwa Bauunternehmen oder auf Aushübe und Rückbau spezialisierte Unternehmen,[795] die nicht dergestalt mit einem Kieswerk verknüpft sind wie die KAGA-Aktionärinnen, können demgegenüber Leerfahrten bei einer Deponierung bei KAGA in der Regel nicht vermeiden. Ihre Gesamtkosten pro Kubikmeter oder Tonne zu deponierendem Material sind dementsprechend höher als bei denjenigen Unternehmen, welche die Möglichkeit von Rückfuhren haben.

417. Kommt hinzu, dass KAGA während Jahren beim Preis für Rohkies zwischen Aktionärinnen und Dritten differenzierte, indem sie Ersteren einen deutlich tieferen Preis anbot als Zweiteren.[796] Für die Nachfrager sind die Gesamtkosten entscheidend, welche sich bei Retourfuhren aus dem Deponiepreis, dem Materialpreis sowie den Transportkosten zusammensetzen. Aufgrund der Preisdifferenzierung beim Rohkiespreis waren Retourfuhren daher selbst für diejenigen Dritten, die überhaupt Bedarf an Rohkies gehabt hätten,[797] aufgrund des Rohkiespreises unattraktiv, während dies für Aktionärinnen anders aussah. Der Geschäftsführer eines Transporteurs brachte dies wie folgt auf den Punkt:[798]

«Warum sind die von Ihnen aufgezählten Deponien für die Lehmann Transport AG Bern 'interessanter' als die Deponien der KAGA?

Der Preis war ein Grund. Zudem haben wir an diesen Orten relativ viel Material bezogen, so dass wir Retourfahrten machen konnten. Unser Hauptziel ist, dass wir die Wagen auslasten können. (…)

Sind die von Ihnen aufgezählten Deponien billiger als die Deponien der KAGA?

Die meisten ja. Aber es geht vor allem um den Preis für die Kieskomponenten. Der ganze Preis ist massgebend, welcher sich aus dem Deponiepreis und dem Preis für die Kieskomponenten zusammensetzt. Dort war die KAGA nicht interessant. Sie bietet auch nur Wandkies an».

418. Zusammenfassend ergibt sich, dass Retourfuhren bei einer Deponierung bei KAGA daher faktisch einzig für KAGA-Aktionärinnen eine vernünftige, die Gesamtkosten reduzierende Option waren, während Dritte von dieser Möglichkeit ausgeschlossen waren bzw. diese für sie wesentlich unattraktiver war. Da nur einige, nicht aber alle KAGA-Aktionärinnen selbst Aushübe oder Inertstoffe deponieren gehen (sei es für sich, weil sie

[787] Rz 273.
[788] Diese Selbstverständlichkeit ausdrücklich festhaltend etwa Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 130–132, Act. III.26. Implizit auch EV von [...] vom 26.4.2016 Rz 241 f., Act. III.23.
[789] Rz 275.
[790] Vgl. auch EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 164–174, Act. III.2.
[791] Siehe zu all den vorangehenden Zahlen Act. II.C.X.123; II.C.X.132; II.D.X.26.
[792] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 135 f., Act. III.5.
[793] Act. II.D.X.134.
[794] Siehe Rz 524 für die Zahlen und Entwicklung im Einzelnen.
[795] Siehe Rz 317.
[796] Dazu Rz 1031 ff.
[797] Siehe die vorangehende Rz.
[798] EV von [...] vom 26.4.2016 Rz 238–242, Act. III.23. Im selben Sinne auch Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016 Rz 139–143, Act. III.26.

selber als Bauunternehmen tätig sind, oder für andere, weil sie auch als Transportunternehmen tätig sind), konnten von dieser Möglichkeit ferner nur einige, nicht alle KAGA-Aktionärinnen profitieren.

C.4.3.4 Zusammengefasstes Beweisergebnis bezüglich Kiesveredelung

419. KAGA verfügt selber über kein Kieswerk und nimmt keine Kiesveredelung vor. Demgegenüber betreiben alle ihre Aktionärinnen Kieswerke – also auch Heimberg, die selber keinen Rohkies mehr gewinnt. Dies hat zwei Folgen: Erstens führt dies zu einer Interdependenz zwischen KAGA und ihren Aktionärinnen. KAGA ist für den Absatz des von ihr gewonnenen Rohkieses auf ihre Aktionärinnen angewiesen, die allesamt Kieswerke betreiben (der Anteil der KAGA-Aktionärinnen an den Kiesbezügen bei KAGA lag im Untersuchungszeitraum bei rund 90 %). Umgekehrt haben sich auch die Aktionärinnen von KAGA, jedenfalls diejenigen, die ein Kieswerk in der Nähe betreiben, auf diese kontinuierliche Rohkiesversorgung durch KAGA eingestellt. Zweitens können von den Unternehmen, die bei KAGA unverschmutzten Aushub oder Inertstoffe deponieren, nur diejenige beladene Retourfuhren machen und so ihre Gesamtkosten reduzieren, die Bedarf an (unveredeltem) Rohkies haben. Ohne Verbindung zu einem Kieswerk ist der Bedarf an Rohkies allerdings gering. Während die deponierenden Aktionärinnen von Retourfuhren profitieren können, habe deponierende Dritte wie Bauunternehmen oder auf Aushübe und Rückbau spezialisierte Unternehmen diese Möglichkeit regelmässig nicht, wodurch sie gegenüber deponierenden Aktionärinnen einen Kostennachteil haben.

C.4.4 Deponierung von unverschmutztem Aushub

C.4.4.1 Einleitung

420. Wie ausgeführt, bestehen verschiedene Deponietypen.[799] Unverschmutzter Aushub darf auf Aushubdeponien sowie auf Deponien «auf der grünen Wiese», auf Deponien des Typ A (ISD-BS) und auf Deponien des Typ B (ISD) abgelagert werden. Insofern sind diese Deponien für die Nachfrager austauschbar. Allerdings ist das Deponieren von unverschmutztem Aushub auf Deponien vom Typ B aus Planungssicht unerwünscht und es soll darauf verzichtet werden. Zulässig ist es dennoch und gänzlich vermeiden lassen dürfte sich dieser Ablagerungsweg nicht.[800] Immerhin ist in den letzten Jahren eine deutlich rückläufige Tendenz festzustellen: Im Jahre 2000 war noch ¾ des auf Deponien vom Typ B abgelagerten Materials sauberer Aushub, im Jahr 2006 ist dieser Anteil auf ca. ½ gesunken.[801] Im Jahr 2015 belief sich der Anteil «bloss» noch auf 19 %, wobei dieser erneute Rückgang unter anderem auf die vom Bund seit 2009 erhobene VASA-Abgabe zurückzuführen sein könnte.[802] Denn seit Inkrafttreten der VASA im Januar 2009 wird bei einer Deponierung auf einer Deponie Typ B vom Bund eine Abgabe von CHF 3.– resp. ab Januar 2017 von CHF 5.– pro Tonne erhoben.[803] Dadurch wird die Deponierung von unverschmutztem Aushub auf Deponien Typ B entsprechend teurer. Funktional sind Deponien Typ B somit für die Deponierung von unverschmutztem Aushub austauschbar mit Deponien Typ A, Aushubdeponien und Deponien «auf grüner Wiese»; in preislicher Hinsicht sind sie hingegen schon aufgrund der zusätzlichen VASA-Abgabe eine deutlich weniger attraktive Alternative, was auch durch die Entwicklung der darauf abgelagerten Volumina von unverschmutztem Aushub belegt wird. Soweit auf Deponien Typ B unverschmutzter Aushub abgelagert wird, werden diese nachfolgend von der Bezeichnung «Deponien für unverschmutzten Aushub» aber ebenfalls miterfasst und die auf ihnen abgelagerten Volumina an unverschmutztem Aushub sind bei den Berechnungen mitberücksichtigt.

421. Hinsichtlich Deponien vom Typ B sei an dieser Stelle ergänzt, dass es davon deutlich weniger gibt als von Deponien, die ausschliesslich für unverschmutzten Aushub (Aushubdeponien, Deponien «auf grüner Wiese», Deponien Typ A) verwendet werden dürfen.[804] Nebst dem, dass Deponien vom Typ B einer Errichtungs- und Betriebsbewilligungspflicht als Abfallanlage unterliegen,[805] dürfte Grund dafür vor allem sein, dass wesentlich weniger Inertstoffe (13 %) abgelagert werden als unverschmutzter Aushub (87 %).[806] Die volumenmässig bedeutendsten Deponien vom Typ B liegen tendenziell jeweils in der Nähe einer Stadt oder eines grösseren Siedlungsgebiets, während es sich in der Peripherie um Klein- und Kleinstdeponien handelt. Sowohl KAGA (in Kirchdorf) als auch ihre Aktionärin Vigier (in Wimmis und Lyss) betrieben durchgehend von 2004 bis 2015 Deponien vom Typ B. Gemessen am in den Jahren 2004 bis 2015 deponierten Volumen handelt es sich bei den von KAGA in Kirchdorf betriebenen Deponien Typ B um die grösste solche Deponie im Kanton Bern.[807] Da die Deponierung von Inertstoffen nicht Gegenstand der untersuchten Verhaltensweisen von KAGA ist, erübrigt es sich allerdings, die Marktstellung von KAGA in diesem Bereich genauer zu betrachten.

C.4.4.2 Die Deponien für unverschmutzten Aushub von KAGA und ihren Aktionärinnen im Kanton Bern

422. Die nachfolgende Tabelle zeigt die Deponien der Verfahrensparteien im Kanton Bern, auf welchen gemäss Controlling-Daten des Kantons Bern von 2004 bis 2015 unverschmutzter Aushub abgelagert wurde. Auch hier werden der besseren Lesbarkeit halber die jeweiligen Unternehmen als Betreiberin aufgeführt, unabhängig davon, welche Gruppen-Gesellschaft die jeweilige Deponie führt.[808] Die Abbaustelle Ried sowie die Kiesgrube Schönibühl/Bergacher gehören zwar der Daepp.

[799] Siehe dazu Rz 309.
[800] Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 21, Grundsatz 23, und insbesondere S. 23 f.
[801] Controllingbericht ADT 2008, S. 12, Fn. 10.
[802] Sachplan Abfall 17 (Fn 566), S. 63.
[803] Art. 3 Abs. 1 Bst. a resp. Art. 20 Bst. a VASA.
[804] Von 2001 bis 2006 gab es im Kanton Bern im Median dieser Jahre 10,5 Deponien Typ B, von 2007 bis 2015 im Median dieser Jahre 19,5 (eigene Auswertung der Controlling-Daten [Fn 408]).
[805] Siehe Rz 312.
[806] Rz 326 f.
[807] Diese und die vorangehenden Feststellungen beruhen auf Auswertungen der Controlling-Daten (Fn 408).
[808] So bereits in Rz 362. Auch hier nicht aufgeführt ist diejenige Abbaustelle und Deponie, bei der eine Verfahrenspartei erst im Laufe des Jahres 2014 die Mehrheitsbeteiligung übernahm. In den Jahren 2012 bis 2015 wurden auf dieser Deponie keine Volumina abgelagert.

Das Deponiegeschäft hat Daepp allerdings an KAGA übertragen. Daepp konzentriert sich nach eigenen Angaben auf ihr Kerngeschäft, Kies- und Betonwerke, und ist selber nicht am Betrieb einer Deponie interessiert und mit der Zusammenarbeit mit KAGA zufrieden.[809] Entsprechend werden nachfolgend diese Abbaustellen der Daepp, soweit das Deponiegeschäft betreffend, bei der KAGA aufgeführt.[810]

Betreiber	Name Abbaustelle	Ort	Planungsregion	Aktive Jahre im Zeitraum 2004-2015 (ohne 2011)
KAGA	Türliacher / Bergacher	Kirchdorf	Bern-Mittelland	2004-2015
	Uttelo-Bachtelen	Wichtrach	Bern-Mittelland	2004-2008
	Schönibühl/Bergacher Kiesgrube (von Daepp)	Oppligen	Bern-Mittelland	2004-2005
	Deponie Ried, ISD (von Daepp)	Kirchdorf	Bern-Mittelland	2004-2007; 2012-2015
	Bümberg	Kiesen	Thun-Oberland West	2005-2015
Alluvia	Kiesgrube Silbersbode	Mattstetten	Bern-Mittelland	2004-2010; 2013-2015
	Abbaustelle Oberwangenhubel + KWO	Oberwangen	Bern-Mittelland	2004-2006; 2008-2009; 2013; 2015
	Bramberg/Müseren	Neuenegg	Bern-Mittelland	2004-2005
	Christenhof/Oberberken Kieswerk	Berken	Oberaargau	2006-2015
	Wolfgrubenacher Kiesgrube Heimenhausen	Heimenhausen	Oberaargau	2004-2015
Kästli	Schwarzbach	Rubigen	Bern-Mittelland	2004-2015
	Deponie Milken, ISD	Milken	Bern-Mittelland	2009-2015
Marti	Hinterfeld Walliswil	Walliswil b.N.	Oberaargau	2004-2015
	Deponie Chriesbaum, ISD	Frutigen	Thun-Oberland West	2007
Vigier	Pfaffenboden	Grünenmatt	Emmental	2004-2013; 2015
	Weissenstein/ Hunzikergrube	Bern	Bern-Mittelland	2004
	Bärnerschachen Kiesgrube	Attiswil	Oberaargau	2004-2015
	Gesigen Kiesgrube	Spiez	Thun-Oberland West	2005; 2010-2015
	Deponie Steinigand, ISD	Wimmis	Thun-Oberland West	2004-2015
	Kienberg / Kienbergwald Kiesgrube	Wimmis	Thun-Oberland West	2013
	Steinbruch bim Tanzbode	Kandergrund	Thun-Oberland West	2004-2015
	Deponie Chrützwald, ISD	Lyss	Biel-Seeland/Jura	2004-2013; 2015
	Steinbruch Leisern	Lengnau	Biel-Seeland/Jura	2005-2015
	Kieswerke Oberfeld	Finsterhennen	Biel-Seeland/Jura	2004-2010
	Abbaustelle Oberfeld	Treiten	Biel-Seeland/Jura	2012-2015
	Gryfenberg/Chugelwald Kiesgrube	Safnern	Biel-Seeland/Jura	2004-2015
	Décharge Charuque (Steinbruch)	Péry	Biel-Seeland/Jura	2004-2015

Tabelle 15: Deponien der Verfahrensbeteiligten im Kanton Bern, in denen zwischen 2004 und 2015 unverschmutzter Aushub abgelagert wurde (Quelle Eigene Auswertung der Controlling-Daten [Fn 408]).

423. Die angeführten Jahre zeigen, dass etwa die Hälfte der Deponien für unverschmutzten Aushub während der gesamten Zeit aktiv waren. Sowohl KAGA als auch alle ihre in diesem Bereich tätigen Aktionärinnen (das sind alle ausser Daepp [ausgelagert an KAGA] und Heimberg

[809] Siehe EV von […] vom 19.3.2015, Rz 62–132, insbesondere Rz 86 f., 109, 111–117, Act. III.19.

[810] In den Controlling-Daten wurde dies nicht einheitlich gehandhabt und gerade in früheren Jahren (2002-2005) auch bei Daepp Zahlen im Deponiebereich aufgeführt.

[keine Deponie, da keine aktive Kiesgewinnungsstätte]) hatten mindestens jeweils eine Deponie, in der sie während den Jahren 2004 bis 2015 ohne Unterbruch unverschmutzten Aushub deponierten. Weiter ist festzustellen, dass Deponien für unverschmutzten Aushub desselben Betreibers, die sehr nahe beieinander liegen, oftmals turnusmässig betrieben wurden resp. sich ablösten,[811] so dass bei diesem Deponie-«Cluster»[812] letztlich ebenfalls eine ununterbrochene Deponierungsmöglichkeit vorlag. Bei wenigen Deponien für unverschmutzten Aushub gab es hingegen Unterbrüche, also Jahre, in denen kein unverschmutzter Aushub deponiert wurde, später aber die Deponierung wieder aufgenommen wurde.[813] Dies (ebenso wie der turnusmässige Betrieb nahegelegener Abbaustellen) dürfte auf die etappenweise Bewirtschaftung zurückzuführen sein,[814] wobei die konkreten örtlichen Verhältnisse eine kontinuierliche Deponierung in diesen spezifischen Fällen wohl nicht erlaubt haben. Die Notwendigkeit einer etappenweisen Bewirtschaftung dürfte auch Grund dafür sein, weshalb zu einem bestimmten Zeitpunkt nur ein Bruchteil der planerisch berechneten Auffüllreserven effektiv zur Verfügung stehen[815] und es Betreiberinnen nicht möglich ist, das zur Verfügung stehende Deponievolumen kurzfristig nach Bedarf bis zur Ausschöpfung der Auffüllreserven zu erhöhen. Bei einer Deponie für unverschmutzten Aushub endete die Deponierung 2010,[816] wobei diese wieder aufgenommen werden dürfte,[817] während bei zwei anderen diese erst im Laufe der Jahre 2004 bis 2015 begonnen hatte.[818]

424. Summa summarum ist festzuhalten, dass KAGA und ihre in diesem Bereich tätigen Aktionärinnen im Kanton Bern je von 2004 bis 2015 ununterbrochen Deponien für unverschmutzten Aushub betrieben haben. Zwar gab es bei einzelnen Deponien zuweilen Unterbrüche oder die Deponierung stoppte oder startete in dieser Zeit; an der grundsätzlichen Tatsache der unterbruchlosen Deponierung von unverschmutztem Aushub ändert dies aber nichts.

C.4.4.3 Engpässe von Deponieplatz für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern

425. Bevor die einzelnen Deponien für unverschmutzten Aushub näher betrachtet werden, ist die Nachfragesituation nach Deponievolumen für unverschmutzten Aushub zu beleuchten, wie sie sich in den vergangenen Jahren präsentierte. Wie sich nachfolgend zeigen wird, bestanden diesbezüglich im Kanton Bern in manchen Regionen Engpässe, d.h., es wurde dort mehr Deponievolumen nachgefragt als angeboten.

C.4.4.3.1 Engpässe in einzelnen Regionen des Kantons Bern

426. Im Kanton Bern, jedenfalls in einzelnen Regionen des Kantons, bestand während Jahren eine angespannte Angebotssituation von Deponievolumen für unverschmutzten Aushub (und auch für Inertstoffe). Das belegen schon nur die diversen diesbezüglichen Ausführungen in den einschlägigen Dokumenten des Kantons:[819]

- Im Sachplan ADT 98 wurde konstatiert, dass «in gewissen Gebieten geeignete Inertstoffdeponien oder Nachfolgestandorte für auslaufende Deponien» fehlen würden, wobei die Situation im Jura, im Emmental und mittelfristig auch in der Region Bern besonders gravierend sei.[820]
- Im Controllingbericht 2008 ist bereits drastischer von Deponie-Engpässen die Rede: 2006 seien gesamtkantonal sowohl kurz- als auch langfristig noch beträchtliche Auffüllreserven attestiert worden, allerdings mit grossen regionalen Unterschieden. Während in den Regionen Bern, Kandertal und Oberland-Ost ein Deponie-Engpass bestanden habe, sei im Seeland zu wenig Auffüllmaterial vorhanden gewesen. Zwei Jahre später, 2008, hätten bei den kurzfristig verfügbaren Deponievolumen für unverschmutzten Aushub und Inertstoffe jedoch nicht nur einzelne, sondern verbreitet «erhebliche Engpässe» bestanden.[821] In der Nutzungsplanung seien zwar ausreichend Reserven gesichert, doch seien diese oftmals kurzfristig nicht verfügbar.[822] Das hatte auch Folgen für die Transportwege: Als mittlere Transportdistanz für die Anlieferung von unverschmutztem Aushub wird im Controllingbericht 2008 gestützt auf Unternehmerangaben acht bis zehn Kilometer genannt. Ergänzt wird aber, dass Transportunternehmen aus der Region Bern geltend machen würden, teilweise bis zu 50 Kilometer fahren zu müssen, um unverschmutzten Aushub zu deponieren, da sie in nähergelegenen Deponien teilweise gar nicht, nur zu überhöhten Preisen oder mit Gegengeschäften deponieren könnten.[823]
- Deutlich auch die Schilderung der Ausgangslage im Sachplan ADT 12. Dort ist festgehalten, dass in weiten Teilen des Kantons Bern Entsorgungsengpässe sowohl für unverschmutzten Aushub als auch für Inertstoffe bestünden. Diese unzureichende Entsorgungssituation führe unter anderem dazu, dass 1) unverschmutzter Aushub und Inertstoffe häufig über eine Distanz von mehr als 25 Kilometer transportiert würden, dass 2) die Verfügung über Deponien für Bauunternehmen von strategischer Bedeutung bei der Auftragsakquisition sein könne, und dass 3) die Deponiepreise im ganzen Kanton stark angestiegen seien. Die Ursachen für die «Deponieengpässe» bei unverschmutztem Aushub seien vielseitig, wobei es

[811] So etwa die Deponien für unverschmutzten Aushub von Alluvia in Berken und Heimenhausen oder diejenigen von Vigier in Finsterhennen und Treiten. Dasselbe gilt im Übrigen auch für diejenigen von KAGA.
[812] Dazu, was mit einem «Deponie-Cluster» gemeint ist, siehe Rz 446.
[813] So die Kiesgruben von Vigier in Grünenmatt und Spiez sowie ihr Steinbruch in Kandergrund.
[814] Siehe Rz 240, ferner SAURER (Fn 404), 7.
[815] Rz 426 zweitletztes Lemma.
[816] Die Kiesgrube von Daepp in Oppligen.
[817] Vgl. das Koordinationsblatt zu diesem Standort (Nr. 124 «Schönibühl») im Richtplan ADT der Regionalkonferenz Bern-Mittelland.
[818] Die Kiesgrube von Vigier Kienberg in Wimmis und ihr Steinbruch in Reutigen.
[819] Siehe ferner dazu Erwägung 5 des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern 100.2016.1U vom 16.12.2016.
[820] Sachplan ADT 98 (Fn 635), S. 6.
[821] Controllingbericht 2008 (Fn 692), S. 10, ferner S. 5.
[822] Controllingbericht 2008 (Fn 692), S. 13. Die sich im Anhang befindlichen Übersichten 1 (unverschmutzter Aushub) und 2 (Inertstoffe) mit den entsprechend eingefärbten Gebieten geben einen guten Überblick über die Situation (Controllingbericht 2008 [Fn 692], S. 31).
[823] Controllingbericht 2008 (Fn 692), S. 18.

sich nicht bloss um ein periodisch auftretendes Problem handle. Im Bereich Inertstoffe ist im Sachplan ADT 12 gar von einem «Entsorgungsnotstand» in verschiedenen Regionen des Kantons Bern die Rede, namentlich in der Agglomeration Bern, in Teilen des Berner Oberlands und im Berner Jura.[824] Aufgrund der festgestellten Deponieengpässe wird empfohlen, die Planungsrichtmengen im oberen Bereich der Expertenschätzungen festzulegen.[825] Zudem wird unter dem Titel «Sofortmassnahmen Deponieengpässe» festgehalten, der Kanton wirke mit seinen Mitteln den gegenwärtig beobachteten Deponieengpässen entgegen.[826]

- Im Controllingbericht 2017 wird wiederum auf die regional sehr unterschiedliche Situation bezüglich der Deponierung von unverschmutztem Aushub und Inertstoffen hingewiesen. Die Deponiereserven würden weiterhin eine grosse Herausforderung darstellen. Planerisch stünden zwar genügend Reserven zur Verfügung, doch seien diese nicht oder zumindest nicht kurzfristig verfügbar. Nur ca. 5 % der Auffüllreserven seien tatsächlich verfügbar. Die Situation für die Deponierung von unverschmutztem Aushub sei daher in gewissen Regionen kurzfristig angespannt.[827] Immerhin erhofft sich der Kanton aufgrund von Gesetzesänderungen einen Rückgang der Menge zu deponierenden unverschmutzten Aushubs.[828] Die erwartete kurz-, mittel- und langfristige Situation bezüglich Deponievolumen für unverschmutzten Aushub resp. Inertstoffe sind in Abbildungen im Controllingbericht 2017 aufgezeigt (S. 25 resp. S. 26).
- Im Controllingbericht 2020[829] wird bezüglich der verfügbaren Auffüllreserven in Materialabbaustellen eine angespannte Situation erwartet. In den meisten Regionen sei mit Engpässen zu rechnen. Es präsentiere sich eine kurzfristig angespannte Situation, wobei sich eine Entspannung auch in vier Jahren nicht abzeichne. Mehrheitlich seien kaum ausreichende Auffüllkapazitäten in den Regionen vorhanden, um die zu erwartenden Aushubmengen abzufangen.[830] Die erwartete kurz-, mittel- und langfristige Situation bezüglich Deponievolumen für unverschmutzten Aushub resp. Inertstoffe sind in Abbildungen im Controllingbericht 2020 aufgezeigt (S. 28). Die Prognosen sind im Vergleich zum Controllingbericht 2017 düsterer.

427. Der Deponieengpass wird unter anderem bestätigt durch die Angaben der schriftlich befragten Transportunternehmen. Die Frage, ob sie in der Vergangenheit jemals Probleme gehabt hätten, Deponieplatz zu erhalten, wurde von der Mehrheit bejaht.[831] Als Gründe, die seitens der Deponien für eine Nichtannahme angegeben worden seien, wurden unterschiedliche genannt – primär ein Mangel an Deponievolumen, aber auch die Witterung oder rechtliche Probleme. Bestimmte Deponien, beispielsweise Kästli, würden sodann nur die eigenen Transporteure deponieren lassen.[832] Eine mündlich befragte, im Transportbereich tätige Person hielt etwa fest, «[I]n der Region Bern herrscht ein Deponienotstand, ausserhalb nicht».[833]

428. Weiter bekräftigt wird dieser Deponieengpass durch die Angaben von fünf schriftlich angefragten, unabhängigen Unternehmen, die im Raum Bern Kiesgruben und -werke sowie Deponien betreiben: Vier dieser fünf Unternehmen verneinten, dass bei ihnen während den letzten zehn Jahren stets unbeschränkt habe deponiert werden können. Als Grund für ihre Annahmeeinschränkungen führten sie vor allem das fehlende Deponievolumen (in Abhängigkeit vom Abbaufortschritt) an.[834] Dasjenige Unternehmen, das gemäss seinen Angaben keine Annahmeeinschränkung kannte, hielt fest, grundsätzlich nur Inertstoffe, nicht aber auch unverschmutzten Aushub zur Deponierung entgegenzunehmen.[835] Bezogen auf unverschmutzten Aushub heisst das nichts anderes, als dass dieses Unternehmen dessen Annahme – jedenfalls im Grundsatz – generell verweigerte, diesbezüglich also sogar eine umfassende Annahmebeschränkung praktizierte. Spezifisch hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang die Antworten von [U01][836] die sich als Einzige der grösseren Dritten in der Nähe von KAGA befindet[837]: Bei ihr konnte gemäss ihren Angaben mengenmässig während den letzten zehn Jahren nicht unbeschränkt deponiert werden, weil der Abbau zu wenig fortgeschritten war. Das bei ihr vorhandene Deponievolumen benötigte sie zu ca. 90 % für sich selber und stand nur zu ca. 10 % Dritten zur Verfügung.[838] Zudem nutzte [U01] Deponien anderer Anbieterinnen – und zwar primär, um dort unverschmutzten Aushub zu deponieren, da bei ihrer eigenen Deponie zuweilen ein Engpass bestand. Dass nicht unbeschränkt deponiert werden konnte, bestätigt auch ein weiteres, mündlich befragtes unabhängiges Unternehmen. Als Grund für die Beschränkung nennt auch dieses den Zusammenhang mit dem zuvor erforderlichen und zu wenig weit fortgeschrittenen Rohstoffabbau.[839]

[824] Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 10.
[825] Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 23.
[826] Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 37.
[827] Controllingbericht 2017 (Fn 409), S. 3 und 27.
[828] Controllingbericht 2017 (Fn 409), S. 18 einerseits, S. 27 andererseits.
[829] Abrufbar unter <www.raumplanung.dij.be.ch/content/dam/ raumplanung_dij/dokumente/de/Raumplanungsthemen/Wirtschaft-und-Energie/Abbau,-Deponie,-Transporte/controlling%20adt%202020-de.pdf> (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[830] Controllingbericht 2020 (vorangehende Fn), S. 27.
[831] So Act. IV.15, VI.22, VI.23, VI.24 (bezüglich Belags), VI.25 (bezüglich Asphaltaufbruch) und VI.44, jeweils betreffend Frage 30; in dem Sinne wohl auch VI.35, wo zwar bei Frage 30 keine Antwort erfolgte, aber bezüglich Frage 26 festgehalten wurde, primäres Kriterium für die Wahl einer Deponie sei, ob dort deponiert werden konnte/durfte. Verneint wurden Deponieprobleme hingegen in Act. VI.34 (ausser bei einem spezifischen Grossprojekt), VI.36, VI.41 und VI.42, jeweils betreffend Frage 30. Kurzum: von sieben befragten Transportunternehmen wurden Probleme bejaht (wobei von Zweien bezüglich anderer Materialien als unverschmutztem Aushub), von vier verneint.
[832] Siehe die in der vorangehenden Fn genannten Quellen. Dazu, dass die Deponie von Kästli in Rubigen für Dritte nicht geöffnet war, siehe auch Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 115 f., 173–184 und 195–201, Act. III.26.
[833] EV von [...] vom 26.4.2016 Rz 244 f., auch Rz 252–271, Act. III.23.
[834] Vgl. Act. VI.38, VI.48, VI.52 und VI.57, jeweils zu Frage 25.
[835] Vgl. Act. VI.54 zu Fragen 25 und 28.
[836] Act. VI.38 zu Fragen 21, 23, 24, 25 und 27.
[837] Siehe Rz 462 und 443 i.V.m. 450.
[838] Dass die Deponie von [U01] für Dritte, jedenfalls für grössere Nachfrager, nicht offenstand, bestätigt die Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 115 f. und 185–190, Act. III.26.
[839] Einvernahme von [...] vom 26.3.2015, Rz 99–103, Act. III.20.

429. In Würdigung dieser Beweismittel ist erstellt, dass in bestimmten Regionen des Kantons Bern während etlichen Jahren Engpässe von Deponievolumen für unverschmutzten Aushub bestanden haben und teilweise weiterhin bestehen. Insbesondere in der Region Bern bestand bereits zur Zeit des Sachplans ADT 98 ein Engpass, der sich verschärfte und jedenfalls bis Ende 2014 anhielt. Aus dem Controllingbericht 2017 ergibt sich, dass immerhin ab 2017 von ausreichenden Reserven und ab 2018 sogar mit einer guten Reservesituation in dieser Region gerechnet wurde. Zugleich wurde aber mit knappen Reserven im Jahr 2017 in der angrenzenden Region Thun gerechnet und mit ausreichenden ab 2018. In zehn Jahren, d.h., ab 2027, rechnet der Controllingbericht in beiden Regionen mit einer guten Reservesituation.

C.4.4.3.2 Engpässe bei KAGA und bei ihren Aktionärinnen

Bei KAGA

430. Ein Deponieengpass bestand insbesondere auch bei KAGA, wie die mündlichen Befragungen von anfangs 2015 belegen:

- [...], Geschäftsführer von KAGA, hielt fest, KAGA sei zwar immer noch in der Richtplangrösse gewesen, jedoch sei sie in die Gefahr gerutscht, diese zu verlassen. Sie hätten gewusst, dass in der gesamten Region Probleme bestehen würden, dies sei auch aus den Richtplandiskussionen bekannt gewesen.[840]

- [...], Betriebsleiter von KAGA, hielt fest, der Transportkostenausgleich sei eingeführt worden, um «Loch» zu schaffen. Später habe KAGA dann einen Engpass gehabt. Wer mehr als 5'000 Kubikmeter habe deponieren wollen, habe 2013 und 2014 im Gegenzug auch Kies mitnehmen müssen, um «Loch» zu schaffen. Da dann eine Entspannung eingetreten sei, habe KAGA von dieser Massnahme für 2015 absehen können.[841]

  Bezüglich Festlegung des Deponiepreises bei KAGA führte [...] aus, es sei kein Kriterium, wie hoch die Preise bei anderen Deponiebetreibern seien. KAGA habe ein eigenes System und jeder habe andere Kategorien. Andere Deponien hätten etwa einen Schlechtwetterzuschlag, was KAGA nicht habe. Dafür hätten sie verschiedene Schuttkategorien, man könne es fast nicht vergleichen. Er könne daher auch nicht sagen, ob KAGA gegenüber anderen teurer sei. KAGA lege ihre Deponiepreise völlig unabhängig davon fest, wie hoch die Deponiepreise bei anderen Deponien seien, einfach aufgrund ihres eigenen Kalkulationssystems. Ob er die Deponiepreisentwicklungen von anderen Deponiebetreibern verfolge, verneinte [...]. Weiter bestätigte er, dass er nicht mitbekommen würde, wenn etwa Alluvia in Oberwangen oder Kiestag in Wimmis ihre Preise senken würden. Zur Begründung, weshalb KAGA die Preisentwicklung bei anderen Deponiebetreibern nicht verfolge, hielt [...] fest, sie hätten bis vor einem Jahr ein Luxusproblem gehabt, da sie mit Aushub überschüttet worden seien. Ohne dass er etwas am Preis hätte machen müssen, sei in den letzten 6–7 Jahren das Material im Überschuss gekommen. Sie hätten nicht auf die Konkurrenz schauen müssen. Das sei immer das Schönste bei einem Unternehmen. Für die Kundinnen habe sich gezeigt, dass ihre Deponiepreise interessant seien, sonst wären diese ja nicht gekommen.[842]

- [...], Leiter technisches Büro und Sekretariat bei KAGA, hielt fest, 2013 habe bei KAGA ein Engpass bestanden, da sie mit Unmengen Deponiematerial überfahren worden sei. KAGA habe dann die Bedingung der Retourfuhren von Rohkies aufgestellt und die Situation entschärfe sich bereits wieder.[843]

- [...] (Kästli), VR-Präsident von KAGA, hielt fest, vor über zehn Jahren hätten sie festgestellt, dass es Schwierigkeiten im Bereich Deponien geben werde. Es müsse ein Gleichgewicht zwischen Abbau und Auffüllung bestehen, wobei sich die Situation seit Anfang der 90er-Jahre verändert habe, indem mehr Auffüllmaterial vorhanden gewesen als Material abgebaut worden sei. Sie hätten gesehen, dass dies zu Engpässen führen werde. Um mehr «Loch» zu schaffen, habe KAGA dann den Transportkostenausgleich geschaffen. Zudem hätten sie sich um eine Erhöhung der Deponien bemüht, jedoch erst 2009/2010 die Bewilligungen dafür erhalten. Diese Volumina seien ab 2015/2016 verfügbar, wodurch die Situation des Engpasses entlastet werde.[844] Trotz Transportkostenausgleich sei es nicht gelungen, rechtzeitig genügend Volumen zu schaffen. Ohne Transportkostenausgleich wäre es allerdings wahrscheinlich gewesen, dass die Deponien früher hätten zumachen müssen.[845]

- [...] (Alluvia), VR-Mitglied und Präsident der FIKO von KAGA, hielt fest, es bestehe ein Mangel an Deponievolumen bei KAGA. Dieser betreffe beide Deponien, Jaberg und Bümberg, in denen es in den letzten zehn Jahren einen Deponienotstand gegeben habe.[846] Der fehlende Deponieraum im Raum Bern habe zu einem Ausweichen auch auf KAGA geführt, wodurch sich der Engpass im Raum Thun massiv verschärft habe.[847] Im Jahr 2003 habe der Geschäftsführer von KAGA gemerkt, dass KAGA dem Ansturm nicht mehr gerecht werden könne. Um dem entgegenzuwirken, seien zunächst die Preise erhöht worden, in einem zweiten Schritt ein Annahmegebiet festgelegt worden.[848] «Es ist zwar unattraktiv, aber wir haben uns für höhere Deponiepreise entschieden, damit der Ansturm eingegrenzt werden kann. Eben um zu verhindern, dass alle zur KAGA fahren. Also, die erste Massnahme war sukzessive den Deponiepreis zu erhöhen. Aber es konnte bis heute nicht

[840] EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 311–314, Act. III.8.
[841] EV von [...] vom 21.1.2015 Rz 100 f., 111 f., 125–143, Act. III.9.
[842] EV von [...] vom 21.1.2015 Rz 234–260, Act. III.9.
[843] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 78–84, 296 f. und 312–330, Act. III.5.
[844] EV von [...] vom 9.2.2015, Rz 569–592, Act. III.14.
[845] EV von [...] vom 9.2.2015, Rz 663–672, Act. III.14.
[846] EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 267-272, Act. III.7.
[847] EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 301–304, Act. III.7.
[848] EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 310–320, Act. III.7.

ernsthaft verhindert werden, dass doch alle zur KAGA gefahren sind».[849] In einem dritten Schritt sei der Transportkostenausgleich eingeführt worden (wobei er nicht mehr sicher sei, ob das der zweite Schritt gewesen sei und die Gebietsbeschränkung erst später, also als dritter Schritt, eingeführt worden sei[850]). Das Problem sei dadurch zwar nicht gelöst gewesen, jedoch habe der schlimmste Fall, eine Schliessung der Deponien von KAGA, verhindert werden können.[851] Trotz der Massnahmen habe ca. im Jahr 2010 ein Deponienotstand bei KAGA bestanden. Deshalb sei als vierter Schritt eine Mengenbeschränkung für die bisherigen Kundinnen beschlossen worden, wobei die Kundinnen diese Menge hätten erhöhen können, wenn sie im Gegenzug Kies mitgenommen hätten.[852] Einen Deponienotstand habe KAGA heute nicht mehr und per 1. Januar 2015 seien alle diese Massnahmen aufgehoben worden. Aber einen Engpass habe KAGA immer noch, wobei KAGA davon ausgehe, dass in drei bis fünf Jahren wieder Normalbetrieb bestehe.[853]

- […] (Daepp), VR-Mitglied bei KAGA seit 2011, hielt fest, bei KAGA hätten sie in den letzten drei bis vier Jahren (also ca. 2011/2012 bis 2014) einen Engpass zum Deponieren von unverschmutztem Aushub gehabt. Wie es vor seiner Zeit gewesen sei, wisse er nicht.[854]

- [...] (Marti), VR-Mitglied bei KAGA, hielt fest, der Transportkostenausgleich sei zum einen aufgehoben worden, da sich die Knappheit im Deponievolumen entschärft haben solle.[855]

- [...] (Heimberg), VR-Mitglied bei KAGA, hielt fest, nur wenn abgebaut werde, könne nachher auch deponiert werden und dies müsse in zeitlicher Hinsicht aufgehen. Das habe zu einem Engpass in den letzten zwei Jahren (d.h. 2013 und 2014) geführt, der heute aber gänzlich verschwunden sei.[856] Zugleich hielt er fest, Heimberg betreibe selber keine Deponie und habe dies auch nie in Erwägung gezogen, sie bereite nur Kies auf.[857]

Interne Unterlagen von KAGA zeigen, dass sich KAGA der sich abzeichnenden Situation gewahr war.[858] Sie versuchte mit diversen, an dieser Stelle nicht zu vertiefenden Massnahmen einerseits die angelieferte Aushubmenge zu reduzieren und andererseits die Kiesgewinnung zu forcieren, um zumindest eine umfassende Annahmeverweigerung vermeiden zu können.

431. In Würdigung dieser Beweismittel ist bezüglich der Deponien von KAGA erstellt, dass die Situation zumindest seit Beginn der 2000er-Jahre angespannt war. Mit ein Grund dafür dürfte der bereits früher in der Region Bern bestehende Deponie-Engpass gewesen sein. Die Situation verschärfte sich im Laufe der Jahre und erreichte in den Jahren 2012 bis 2014 ihren Höhepunkt. Seither entschärft sich die Situation nach und nach.

Bei Kästli

432. Bezüglich der Deponie von Kästli in Rubigen wurden folgende Aussagen gemacht:

- [...], GL-Mitglied und Leiter Baustoffe bei Kästli, hielt fest, bis und mit 2014 habe Kästli kein Deponievolumen für Dritte gehabt, «weil uns der Kies im Weg war». Drittunternehmen mit Ausnahme gewisser Gärtner, die nur ganz kleine Mengen geliefert hätten, hätten bei Kästli nicht deponieren können. Es sei sehr lange her, dass die Deponie für Dritte offen gewesen sei, etwa 20 Jahre – zu Beginn oder Mitte der 90er-Jahre sei dies gewesen.[859] [...] hielt ausserdem fest, dass Kästli selber sogar teilweise unverschmutzten Aushub bei KAGA habe deponieren müssen,[860] da auch für sie selber kein Volumen mehr in der Deponie in Rubigen zur Verfügung gestanden habe.

- [...], ehemaliges GL-Mitglied bei Kästli, hat ausgeführt, Ende 80er, Anfang 90er-Jahre habe bei Kästli ein Deponienotstand bestanden. Dies sei gewesen, als die Deponie noch öffentlich gewesen sei – sie sei dann innerhalb eines Jahres voll gewesen. Da Kästli dann selber nicht mehr dort habe deponieren können, habe sie aufgehört, Deponiematerial anzunehmen, so dass nur noch Kästli dort habe deponieren können.[861]

433. In Würdigung dieser Beweismittel ist bezüglich der Deponie von Kästli in Rubigen erstellt, dass diese seit Anfang der 90er-Jahre, spätestens aber seit Mitte der 90er-Jahre, bis zumindest Ende 2014 für Drittunternehmen (mit der Ausnahme einiger lokaler Gärtner, die bloss Kleinstmengen deponierten) nicht zugänglich war. Mit anderen Worten war es ausschliesslich Kästli-Gruppe, die während all diesen Jahren die Deponie für unverschmutzten Aushub in Rubigen nutzen konnte. Als Anbieterin für Drittunternehmen trat diese Deponie nicht auf; sie diente einzig zur Befriedigung der eigenen Nachfrage der Kästli-Gruppe. Aber selbst dafür reichte sie nicht aus; vielmehr deponierte Kästli-Gruppe unverschmutzten Aushub auch bei KAGA. In der Deponie von Kästli in Rubigen, bei der es sich um die sechstgrösste Deponie im gesamten Kanton handelt,[862] wurde in den Jahren 2001 bis 2014 [4,0–4,25] % der im gesamten Kanton Bern abgelagerten Menge unverschmutzten Aushubs abgelagert, die sich Kästli-Gruppe damit exklusiv selber vorbehielt.

Bei Alluvia

434. Bezüglich der Deponien von Alluvia, insbesondere derjenigen in Mattstetten und Oberwangen, wurden folgende Aussagen gemacht:

[849] EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 312–316, Act. III.7.
[850] EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 404–406, Act. III.7.
[851] EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 331–349, Act. III.7.
[852] EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 350–362, Act. III.7.
[853] EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 388–398, Act. III.7.
[854] Weniger deutlich EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 329 f., Act. III.5, wonach 2013 ein Engpass bestanden habe, der sich aber schon wieder entschärft habe.
[855] EV von [...] vom 29.1.2015, Rz 157 f., Act. III.12.
[856] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 249–255, Act. III.6.
[857] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 212–222, Act. III.6.
[858] Illustrativ für die Planungen seitens KAGA bezüglich verfügbarem Deponievolumen etwa die von ihr im Jahre 2001 erstellten «Prognosegrafiken», vgl. VR-Protokoll der KAGA vom 29.8.2001, Anhang, Act. II.D.X.6.
[859] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 293–299, 306–310 und 327–335, Act. III.2.
[860] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 171–173 und 293–299, Act. III.2.
[861] Zeugeneinvernahme von [...] vom 5.2.2015 Rz 160–166, Act. III.13.
[862] Rz 447.

- [...], Leiter Absatz bei Alluvia, hielt fest, das Berner Oberland, d.h. von Münsingen an aufwärts, habe einen Deponienotstand.[863] Gleichzeitig hielt er fest, dass bei Alluvia jeder habe deponieren können, und zwar grundsätzlich unbeschränkt (vorbehältlich momentaner Engpässe wegen Grossbaustellen, weil dann gleichzeitig viel Aushub angefallen sei) und jederzeit (ausgenommen bei schlechtem Wetter).[864]
- [...], Geschäftsführer von Alluvia, hielt fest, das Ganze habe ca. im Jahr 2000 angefangen. Auslöser sei eine Grossbaustelle mit ca. 500'000 Kubikmetern zu deponierendem Material gewesen. Dadurch seien die Deponien im Raum Bern, auch die von Hofstetter, übermässig gefüllt worden, wenn auch noch nicht voll gewesen.[865] Aufgrund der bei KAGA eingeführten Gebietsbeschränkung seien dann die Deponien im Raum Bern stärker befüllt worden, insbesondere diejenige von Alluvia in Mattstetten. So sei der Deponienotstand auch zu Hofstetter gelangt.[866] Messerli habe für eine Kiesabbaubewilligung bis vor BGer gehen müssen. Danach habe sie zunächst abbauen müssen, bevor sie Deponiematerial habe annehmen können. Deshalb habe Messerli während etwa 15 Jahren keinen Deponieraum mehr zur Verfügung stellen können, erst seit 2013 könne sie das wieder tun. Obwohl die Branche den Kanton frühzeitig auf den sich abzeichnenden Deponieengpass hingewiesen habe, habe der Kanton diesen nicht gesehen und sei den Anliegen der Branche, mehr Deponieraum zu gewähren, z.B. mittels Deponien auf grüner Wiese, nicht nachgekommen. Diese Situation habe dazu geführt, dass sich auch der Deponieengpass im Raum Thun und im Berner Oberland massiv verschärft habe.[867]
- [...], Verwaltungsratspräsident von Alluvia, hielt fest, bei der Deponie in Oberwangen habe es einen Deponienotstand gegeben während der Planung des neuen Kieswerks. Dieser habe über Jahre gedauert. Als das Kieswerk in Betrieb genommen und ein anderes, älteres Kieswerk stillgelegt werden konnte, habe dies im Laufe des letzten Jahres Druck weggenommen wegen dem Engpass, den sie schon vor Jahren gesehen hätten. Der Kanton habe die Volumenzahlen falsch erhoben, was Auswirkungen auf das ganze Geschäft gehabt habe, nicht nur im Raum Bern, sondern bis zur KAGA.[868] Gegen den Deponienotstand in Oberwangen habe Alluvia nichts machen können, sie habe einfach kein Material annehmen können. Denn zuerst habe Kies abgebaut werden müssen. Und dabei müsse die über dem Kies liegende Deckschicht als erstes wieder deponiert werden, weshalb in dieser Zeit kein anderes Material habe deponiert werden können.[869] Bezüglich der Situation in Hindelbank wisse [...] besser Bescheid. Aber auch dort habe nicht unbeschränkt Platz zur Verfügung gestanden; grosse Mengen auf einmal habe man auch dort nicht deponieren können.[870]

435. In Würdigung dieser Beweismittel ist bezüglich der Deponien von Alluvia erstellt, dass in derjenigen in Oberwangen während etlichen Jahren kein Material deponiert werden konnte, da – nach Erhalt der entsprechenden Bewilligung – zunächst Kies abgebaut werden musste. Das belegen auch die Controlling-Daten. Während den Jahren 2001 bis 2005 wurden dort immerhin noch bescheidene Mengen unverschmutzten Aushubs deponiert. Von 2006 bis und mit 2014 waren es nur noch minimste Mengen, wenn überhaupt (in vier resp. fünf[871] Jahren wurde gar kein Material deponiert). Erstmals 2015 konnte wieder eine bedeutende Menge unverschmutzten Aushubs in der Deponie in Oberwangen abgelagert werden – in diesem einen Jahr deutlich mehr als in all den 13 resp. 14[872] Jahren zuvor zusammengerechnet. Bezüglich der Deponie in Mattstetten ist festzustellen, dass die Situation angespannt war. Grundsätzlich konnte zwar ohne Einschränkung deponiert werden, auch von Drittunternehmen, bei grossen Mengen – also im Falle von Grossbaustellen – ging dies allerdings nicht.

Bei Kiestag

436. Bezüglich der Deponien von Kiestag wurde von [...], Unternehmensleiter der Kiestag, folgende Aussage gemacht: Er hielt fest, dass es bei Kiestag noch nie passiert sei, dass sie einem Unternehmen den Zugang zu ihrer Deponie verweigert habe. Kapazitätsprobleme oder Engpässe habe sie nicht gehabt und die Unternehmen könnten zu ihr fahren.[873] Allerdings hielt er auch fest, dass die Deponiepreise von KAGA «viel günstiger» resp. «wesentlich günstiger» seien als diejenigen von Kiestag.[874] Und an anderer Stelle hielt er fest, KAGA sei nicht in ihrem Marktgebiet. Das sei eine andere Region und zu weit weg von ihr. In geringfügiger Weise relativierte er das anschliessend, indem er festhielt, dass Kiestag Kies von KAGA beziehe, wenn Lastwagen leer in der Region seien, um nicht leer fahren zu müssen; dies seien aber nur kleine Mengen.[875] Später in der Einvernahme sagte er auf die Frage, ob die Entscheidungen der KAGA einen Einfluss auf die Geschäftsstrategie der Kiestag habe: «Nein. Weil wir in einer anderen Region sind».[876]

437. In Würdigung dieser Beweismittel ist bezüglich der Deponien von Kiestag festzuhalten, dass diese anscheinend zu keinem Zeitpunkt die Annahme verweigern oder einschränken mussten. Gleichzeitig fällt auf, dass diese Deponien nach eigenen Angaben in preislicher Hinsicht deutlich weniger attraktiv sind als etwa diejenigen von KAGA.

[863] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 125–127, Act. III.3.
[864] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 135 f. und 283–302, Act. III.3.
[865] EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 274–287, Act. III.7.
[866] EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 327–330, Act. III.7.
[867] EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 288–309, Act. III.7.
[868] EV von [...] vom 22.1.2015 Rz 122–140, Act. III.10.
[869] EV von [...] vom 22.1.2015 Rz 141–151, Act. III.10.
[870] EV von [...] vom 22.1.2015 Rz 152–160, Act. III.10.
[871] Da weder im Jahr 2010 noch im Jahr 2012 überhaupt Material deponiert wurde, dürfte auch im Jahr 2011 (für das keine Controlling-Daten erhoben wurden) kein Material deponiert worden sein.
[872] Siehe die vorangehende Fn.
[873] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 159–164, Act. III.1.
[874] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 142 und 149, Act. III.1.
[875] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 87–95, Act. III.1.
[876] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 207–208, Act. III.1.

C.4.4.3.3 Zusammenfassung bezüglich der Deponieengpässe

438. In der Region Bern bestand mindestens seit Ende der 90er-Jahre eine Knappheit hinsichtlich Deponievolumen für unverschmutzten Aushub. Diese Situation verschärfte sich und hielt mindestens bis Ende 2014 an; seither entschärft sie sich. Die Knappheit in der Region Bern hatte auch Auswirkungen auf die umliegenden Regionen, namentlich auf das gesamte Aaretal, indem sich die Situation auch dort zunehmend verschärfte.

439. In der Deponie von Alluvia in Oberwangen konnte aus faktischen Gründen (Erhalt Kiesabbaubewilligung; vorgängiger Materialabbau) während den Jahren 2001 bis 2005 kaum Material deponiert werden, während von 2006 bis und mit 2014 überhaupt keine Deponierung möglich war. Seit 2015 ist dort die Deponierung von Material in wesentlichem Ausmasse wieder möglich. In der Deponie von Alluvia in Mattstetten war die Deponierung trotz angespannter Situation möglich. In der Deponie von Kästli in Rubigen konnte zwar während der gesamten Zeit deponiert werden. Dieses Deponievolumen nutzte Kästli-Gruppe jedoch zumindest ab Mitte der 90er-Jahre bis und mit 2014 ausschliesslich für sich; die Deponie war für Drittunternehmen geschlossen und stand ihnen nicht zur Verfügung. Teilweise musste Kästli-Gruppe auf die Deponien von KAGA ausweichen, da auch für sie selber kein Deponievolumen mehr zur Verfügung stand. In den Deponien von KAGA entstand ca. ab Anfangs 2000 ein Engpass, der etwa in den Jahren 2012 bis 2014 seinen Höhepunkt erreichte und sich ab 2015 nach und nach entschärfte. [U01], deren Deponie in der Nähe derjenigen von KAGA liegt, hatte ebenfalls einen Engpass, sodass auch bei ihr nicht unbeschränkt deponiert werden konnte. Vielmehr nutzte sie ihre Deponie zu ca. 90 % selber, wobei sie teilweise auf Deponien anderer Anbieterinnen ausweichen musste, da in ihrer Deponie auch für sie selber kein Deponievolumen mehr zur Verfügung stand. Weiter im Oberland, bei den Deponien von Kiestag, gab es hingegen zu keiner Zeit Annahmebeschränkungen. Allerdings waren die Deponiepreise der KAGA nach eigenen Angaben von Kiestag deutlich günstiger als diejenigen von ihr.

440. Mit diesen Feststellungen bezüglich Knappheit und Engpässen von Deponievolumen für unverschmutzten Aushub wird nur, aber immerhin, das diesbezügliche Beweisergebnis festgehalten. Es handelt sich dabei um eine Feststellung von Fakten. Diese Feststellung ist nicht als (impliziter) Vorwurf gegenüber KAGA oder ihren Aktionärinnen misszuverstehen, dass sie für diese Engpässe verantwortlich seien. Offenbleiben kann hier, ob und inwieweit die Engpässe auf die kantonale Planung zurückzuführen sind, da nicht das Verhalten des Kantons zur Beurteilung steht. Evident erscheint immerhin, dass die hohen Eintrittshürden das ihre dazu beigetragen haben dürften. Auch erscheint evident, dass die während vielen Jahren bestehenden, erst langsam und spät behobenen Planungsdefizite beim Kanton resp. den Planungsregionen[877] nicht geholfen haben dürften. Zudem dürfte die mehrjährige Dauer zum Durchlaufen der erforderlichen Planungs- und Bewilligungsverfahren[878] ein zeitnahes Reagieren durch eine (mehr oder weniger) rasche Erhöhung des Angebots von Deponievolumen verunmöglichen.

C.4.4.4 Betreiberinnen von Deponien für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern

C.4.4.4.1 Die grössten Betreiberinnen im Kanton Bern

441. Die Anzahl der im Kanton Bern für die Deponierung von unverschmutztem Aushub zur Verfügung stehenden Deponien schwankte zwischen den einzelnen Jahren von 2004 bis 2015 teilweise erheblich. Während 2004 68 Deponien zur Verfügung standen, waren es 2014 90, im Folgejahr 2015 allerdings wiederum bloss noch 74. Diese variierende Anzahl der Deponieangebote dürfte unter anderem auf den bereits erwähnten[879] turnusmässigen Betrieb der Abbaustellen und Deponien zurückzuführen sein. Wesensgemäss steht nicht das gesamte planungsrechtlich freigegebene Deponievolumen auch effektiv zur Verfügung, sondern bedingt durch einen geordneten Abbau und Wiederauffüllung bloss jeweils ein Bruchteil davon.

442. Die nachfolgende Übersicht zeigt, welchen prozentualen Anteil die einzelnen Betreiberinnen an der Gesamtmenge des in den Jahren 2004 bis 2015 im Kanton Bern abgelagerten unverschmutzten Aushub erreicht haben. Betreiberinnen mit einem Anteil von mindestens 1 % werden namentlich aufgeführt.

[877] Rz 333.
[878] Rz 358 i.V.m. 350.
[879] Siehe die vorangehende Rz und die dortigen Verweise.

Betreiberin	%-Anteil an kantonaler Gesamtmenge 04-15
KAGA	**[13–14]**
KAGA-Aktionärinnen	**[35–40]**
- Vigier	[22,5–25]
- Alluvia	[6–6,5]
- Kästli-Gruppe	[4,25–4,5]
- Marti-Gruppe	[2–2,25]
Dritte	[50–55]
- [U05]: [U08] und [U06]	[18–19]
- [U07]	[8–8,5]
- [U17]	[2,5–2,75]
- [U26]	[1,75–2]
- [U27] / [U18][880]	Je [1,5–1,75]
- [U28] / [U01]	Je [1–1,25]
- [U29]	[1–1,25]
Zahlreiche Klein- und Kleinstdeponien	Anteil je weniger als 1; alle zusammen [<13]
- Total Kanton Bern	**100**

Tabelle 16: Prozentuale Anteile der Betreiberinnen an der im Kanton Bern zwischen 2004 und 2015 gelagerten Menge unverschmutztem Aushub (Quelle Eigene Auswertungen der Controlling-Daten [Fn 408]).

443. Geordnet nach der Grösse ergibt sich daraus folgende «Rangliste»:

Grösse	Betreiber
1	**Vigier (KAGA-Aktionärin)**
2	[U05]
3	**KAGA**
4	[U07]
5	**Alluvia (KAGA-Aktionärin)**
6	**Kästli-Gruppe (KAGA-Aktionärin)**
7	[U17]
8	**Marti-Gruppe (KAGA-Aktionärin)**
9	[U26]
10	[U27] / [U18][881]
12	[U28] / [U01]
14	[U29]
15–x	Zahlreiche Klein- und Kleinstdeponien

Tabelle 17: Betreiberinnen, geordnet nach dem prozentualen Anteil an der im Kanton Bern zwischen 2004 und 2015 abgelagerten Menge unverschmutztem Aushub (Quelle Eigene Auswertungen der Controlling-Daten [Fn 408]).

444. Die vorangehenden Tabellen zeigen, dass sowohl KAGA als auch ihre Aktionärinnen (mit Ausnahme von Daepp und Heimberg, die in der Deponierung von unverschmutztem Aushub nicht aktiv sind) zu den bedeutendsten Betreiberinnen von Deponien für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern zählen. Gemeinsam zeichnen sie sich für die Entgegennahme von etwa der

[880] Die Kiesabbaustelle und Deponie für unverschmutzten Aushub der [U18] wird durch die KAGA-Aktionärin Kästli-Gruppe betrieben (vgl. Fn 718). Entsprechend ist fraglich, ob diese überhaupt als eine Konkurrentin gegenüber KAGA und deren Aktionärinnen, insbesondere Kästli-Gruppe, betrachtet werden kann. Da dies letztlich nicht entscheidend ist, kann dies offen bleiben.

[881] Siehe zu dieser aber auch Fn 880.

Hälfte des gesamten im Kanton Bern deponierten unverschmutzten Aushubs verantwortlich. Nur eine einzige Dritte (die nach der KAGA-Aktionärin Vigier die zweitgrösste Betreiberin von Deponien für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern ist) hat ein grösseres Volumen an unverschmutztem Aushub zur Deponierung entgegengenommen als KAGA. Die drei nächstgrössten Dritten erreichen demgegenüber sogar zusammengerechnet nicht das Volumen von KAGA alleine. Festzustellen ist sodann, dass etliche Klein- und Kleinstdeponien mit einem Anteil von je weniger als 1 % bestehen, wobei all diese Klein- und Kleinstdeponien zusammen einen Anteil von [<13] % am gesamten Deponievolumen von unverschmutztem Aushub im Kanton Bern erreichen.

445. Zu präzisieren ist, dass insbesondere die Betreiberinnen, die einen hohen prozentualen Anteil an der gesamten im Kanton Bern deponierten Menge von unverschmutztem Aushub innehaben, meist mehrere Deponien betreiben. Der jeweilige prozentuale Anteil am kantonalen Gesamtvolumen kann daher nicht mit dem Volumen einer einzelnen Deponie gleichgesetzt werden, sondern ergibt sich vielmehr aus der Summe aller Deponien der jeweiligen Betreiberin. Besonders deutlich ist das bei der KAGA-Aktionärin Vigier, die eine beachtliche Anzahl von Deponien betreibt (zwischen 2004 und 2015 insgesamt 13 Deponien),[882] aufgrund deren Gesamtheit sie den grössten prozentualen Anteil am Gesamtdeponievolumen im Kanton Bern erreicht; Betreiberin der grössten Deponie im Kanton Bern ist sie aber nicht.

C.4.4.4.2 Die grössten Deponien und «Deponie-Cluster» im Kanton Bern

446. Nachdem die grössten Betreiberinnen von Deponien für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern vorgestellt wurden, werden nachfolgend die grössten Deponien im Kanton Bern betrachtet. Liegen Deponien derselben Betreiberin nahe beieinanderliegen, werden sie häufig turnusmässig betrieben;[883] es liegt ein «Deponie-Cluster» vor. Es ist angebracht, bei solchen «Deponie-Clustern» die Anteile der naheliegenden Deponien derselben Betreiberin zu addieren, um die «wahre» Grösse des entsprechenden Deponiestandorts festzustellen. Liegen Deponien derselben Betreiberin hingegen in einer grösseren Entfernung voneinander, bilden sie freilich keinen Cluster und ihre Anteile sind nicht zu addieren.

447. In der nachfolgenden Tabelle sind die zwölf grössten Deponien für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern, gemessen am Gesamtvolumen des in den Jahren 2004 bis 2015 im Kanton Bern deponierten unverschmutzten Aushubs, aufgeführt. Dabei wird angegeben, ob es sich um einen «Deponie-Cluster» handelt oder nicht, und gegebenenfalls werden die Anteile der zu einem Cluster gehörenden Deponien zusammengerechnet. Bei den Deponienamen sind die Namen der zwölf grössten Deponien fett hervorgehoben, während die weiteren Deponien desselben Clusters in Normalschrift aufgeführt sind. Zwei «Deponie-Cluster» umfassen jeweils zwei der zwölf grössten Deponien im Kanton Bern. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass es keinen «Deponie-Cluster» von mehreren kleineren Deponien gibt, der als «Cluster» das Volumen einer der zwölf grössten Einzeldeponien erreichen würden. Schliesslich wird noch aufgeführt, wer die jeweilige Betreiberin ist, wobei zwischen KAGA und ihren Aktionärinnen einerseits, Dritten andererseits unterschieden wird.

#	%-Anteil	Deponie-Cluster	Deponien	Betreiberin	
				KAGA oder Aktionärin	Dritte
1	[15–16]	nein	**Neubannboden**		[U08] ([U05])
2	[13–14]	ja	**Bümberg**/Uttelo-Bachtelen/Ried/Schönibühl-Bergacher/Türliacher-Bergacher	KAGA	
3	[8–8,5]	ja	**Mettlen-Dennier/Buchrain**/Oberberg		[U07]
4	[8–8,5]	ja	**Gryfenberg/Leisern**	Vigier	
5	[5–5,5]	nein	**Charuque**	Vigier	
6	[4–4,25]	nein	**Schwarzbach**	Kästli	
7	[3,25–3,5]	ja	**Steinigand**/Kienberg/Gesigen	Kiestag (Vigier)	
8	[3,25–3,5]	nein	**Silbersboden**	Alluvia	
9	[3–3,25]	ja	**Dicki**/Chratzmatt		[U06] ([U05])
10	[2,5–2,75]	nein	**Bärnerschachen**	Vigier	

Tabelle 18: Aufstellung der zwölf Deponien mit dem grössten Anteil am Deponievolumen für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern in den Jahren 2004 bis 2015 resp. die zehn sie umfassenden «Deponie-Cluster» (Quelle: eigene Auswertung der Controlling-Daten [Fn 408]).

[882] Siehe Rz 422.

[883] Siehe zu dieser Beobachtung bereits Rz 423 und die weitere Verweisung in Fn 814.

448. Wie sich zeigt, wurde nur gerade auf einer Deponie im gesamten Kantonsgebiet ein grösseres Deponievolumen abgelagert als auf dem «Deponie-Cluster» von KAGA, namentlich auf derjenigen von [U08]/[U05]. Die nächstgrösste Deponie, der «Deponie-Cluster» von [U07] (Deponien à [5–5,5], [2,5–2,75] und [0,25–0,5] %), erreicht ein Deponievolumen von knapp zwei Drittel der Grösse derjenigen von KAGA. Von ähnlicher Grösse ist die viertgrösste Deponie, ein «Deponie-Cluster» von Vigier (Deponien à [5–5,5] und [2,5–2,75] %). Die zwei nächstgrössten Deponien, die von den KAGA-Aktionärinnen Vigier (5) resp. Kästli (6) betrieben werden, kommen auf etwa einen Drittel resp. zwei Fünftel der Grösse derjenigen von KAGA. Die vier restlichen der zwölf grössten Deponien im Kanton Bern, bei deren zweien ein «Deponie-Cluster» vorliegt (Kiestag [Vigier]: Deponien à [2,25–2,5], [0,5–0,75] und [0,25–0,5] % [7]; [U06]/[U05]: Deponien à [2,25–2,5] und [0,5–0,75] % [9]), sind vier- bis fünfmal kleiner als diejenigen von KAGA. Selbst unter den grössten Deponien im Kanton Bern sind die Grössenunterschiede demnach bemerkenswert.

C.4.4.5 Die Standorte der Deponien für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern

449. Wie bereits beim Rohkies spielen auch bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub die Transportkosten eine bedeutende Rolle für die Gesamtkosten, die für die Nachfrager entscheidend sind.[884] Je länger die Distanz und die Fahrzeit zwischen dem Ort, an dem der unverschmutzte Aushub anfällt (regelmässig eine Baustelle), und der Deponie ist, desto grösser sind die Transportkosten. Um den Wettbewerbsdruck, der von Konkurrentinnen ausgeht, richtig einschätzen zu können, ist es daher wichtig zu wissen, wo sich die Standorte der Deponien für unverschmutzten Aushub befinden, bzw. wie sie im hier interessierenden Gebiet verteilt sind. Ausgehend vom Untersuchungsgegenstand interessiert dabei insbesondere, wie nahe resp. weit entfernt die Deponien für unverschmutzten Aushub, die von Konkurrentinnen betrieben werden, von denjenigen von KAGA gelegen sind.

450. Die nachfolgende Abbildung zeigt, wo sich die Deponien für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern befinden, die zusammen mindestens 95 % des Gesamtvolumens des in den Jahren 2004 bis 2015 im Kanton Bern deponierten unverschmutzten Aushubs auf sich vereinen. Die anschliessende Tabelle benennt die nummerierten Deponien von KAGA und ihren Aktionärinnen. Ausgeblendet werden in der Abbildung die zahlreichen Kleinstdeponien, die zusammen nur maximal 5 % des Gesamtvolumens ausmachen. Diese Kleinstdeponien sind so klein, dass von ihnen kein nennenswerter Konkurrenzdruck ausgehen kann – sie sind mit anderen Worten vernachlässigbar. Zudem ist ihre Grösse in Relation zu den grösseren Deponien so gering, dass es nicht möglich wäre, sie so darzustellen, dass die eingezeichneten Punkte einerseits proportional zu den abgelagerten Mengen wären und andererseits noch sichtbar wären. Damit sie ersichtlich wären, müssten diese Kleinstdeponien in der Abbildung überproportional gross dargestellt werden, wodurch ihre Bedeutung überschätzt würde.

[884] Rz 318 ff.

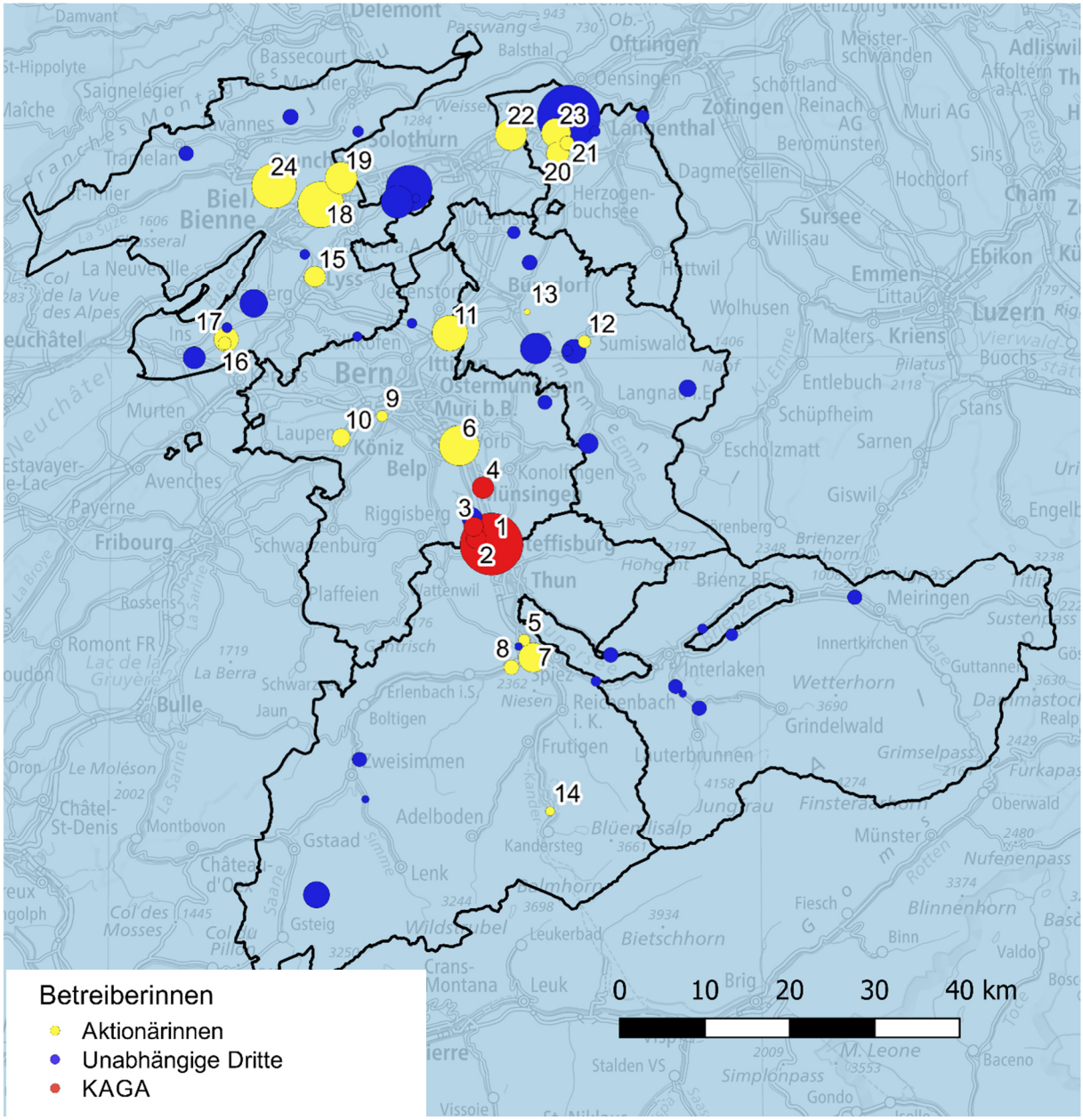


Abbildung 24: Standorte der Deponien für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern – Grösse anhand des Volumenanteils am Gesamtvolumen des deponierten unverschmutzten Aushubs in den Jahren 2004–2015 (Quelle: eigene Auswertung der Controlling-Daten [Fn 408])[885].

Tabelle 19: Deponienamen und -betreiberinnen der in Abbildung 24 nummerierten Deponien.

Nr	Deponie	Betreiberin
1	Bümberg Kiesgrube	KAGA
2	Abbaustelle / Deponie Ried	KAGA
3	Abbaustelle / Deponie Bergacher	KAGA
4	Uttelo-Bachtelen	KAGA
5	Gesigen Kiesgrube	Vigier
6	Schwarzbach	Kästli

[885] Die Grösse der Kreise wurde nach der Flannery-Methode festgelegt; dabei ist die Fläche nicht proportional zur dargestellten Grösse, sondern wird so festgelegt, dass die wahrgenommene Grösse besser der tatsächlichen Grösse entspricht. Weiter sind die Kreise der Grösse nach angeordnet, kleine Kreise stehen im Vordergrund. Die Nummerierung wurde entsprechend der euklidischen Distanz zur grössten Deponie für unverschmutzten Aushub der KAGA (hier: Bümberg) gewählt.

7	Abbaustelle / Deponie Steinigand	Vigier
8	Kienberg/Kienbergwald Kiesgrube	Vigier
9	Weissenstein/Hunzikergrube	Vigier
10	Abbaustelle Oberwangenhubel KWO	Alluvia
11	Kiesgrube Silbersbode	Alluvia
12	Pfaffenboden	Vigier
13	Kiesgrube Ziegelgut	Alluvia
14	Steinbruch bim Tanzbode	Vigier
15	Abbaustelle / Deponie Chrützwald	Vigier
16	Abbaustelle Oberfeld	Vigier
17	Kieswerk Oberfeld	Vigier
18	Gryfenberg/Chugelwald Kiesgrube	Vigier
19	Steinbruch Leisern	Vigier
20	Wolfgrubenacher	Alluvia
21	Christenhof/Oberberken Kieswerk	Alluvia
22	Bärnerschachen Kiesgrube	Vigier
23	Hinterfeld Walliswil b. N.	Marti-Gruppe
24	Décharge Charuque	Vigier

451. Die Abbildung zeigt zunächst, dass sich die Deponien von KAGA für unverschmutzten Aushub – wie bereits ihre Kiesgewinnungsstätten – auf beiden Seiten der Grenze zwischen den zwei Planungsregionen Bern-Mittelland und Thun-Oberland West (resp. deren Teilregion Entwicklungsraum Thun) befinden und nahe beieinanderliegen. Im Controlling sind die Deponien von KAGA für unverschmutzten Aushub Türliacher/Bergacher sowie Ried, beide in Kirchdorf, und Uttelo-Bachtelen in Wichtrach der Planungsregion Bern-Mittelland zugewiesen. Ihre in den Jahren 2004–2015 volumenmässig bedeutendste Deponie für unverschmutzten Aushub Bümberg in Kiesen verfügt über Flächen in beiden Planungsregionen.[886] Die diese Deponie betreffende Planung erfolgt koordiniert zwischen den zwei involvierten Planungsregionen. Sowohl gemäss dem Richtplan ADT der Regionalkonferenz Bern-Mittelland von 2017[887] als auch dem Teilrichtplan ADT des Entwicklungsraums Thun von 2019[888] wird das Deponievolumen der Deponie Bümberg zu 2/3 der Regionalkonferenz Bern-Mittelland und zu 1/3 dem Entwicklungsraum Thun zugeordnet.[889] In den Controlling-Daten wird diese Deponie hingegen seit der neuen Datenerfassung ausschliesslich der Region Thun Oberland-West zugewiesen. Aus Gründen der Konstanz wurde diese ausschliessliche Zuweisung bei der Auswertung der Controlling-Daten auf die gesamte Datenerfassungszeit ausgedehnt. Diese ausschliessliche Zuordnung zu einer Planungsregion erfolgt jedoch einzig für die Auswertung, sie entspricht nicht den tatsächlichen Gegebenheiten. Werden die planungsregionsbezogenen Daten näher betrachtet, gilt es, das Volumen der Deponie Bümberg vielmehr entsprechend den einschlägigen Richtplänen im Verhältnis zwei zu eins auf die zwei Planungsregionen aufzuteilen.

452. Die Abbildung führt sodann vor Augen, dass sich die meisten der grösseren Deponien im Kanton Bern nicht in der Umgebung des «Deponie-Clusters» von KAGA befinden. Die bereits zuvor abgebildete[890] Tabelle der zwölf grössten Deponien für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern wird daher nachfolgend erneut abgebildet. Diesmal allerdings nicht nach der Grösse der Deponien geordnet, sondern nach der Fahrdistanz[891] zum «Deponie-Cluster» von KAGA. Angegeben ist zudem die ungefähre Fahrzeit[892] zwischen den Deponien. Bei einem «Deponie-Cluster» wird die Fahrdistanz und -zeit zur grössten Deponie dieses Clusters angegeben. Bei KAGA wurde entsprechend Bümberg als Ausgangspunkt genommen. Jeweils in Zehnerschritten erfolgt eine Abtrennung mit einem etwas breiteren Strich:

[886] Siehe Koordinationsblatt Nr. 101.1 im Teilrichtplan ADT des Entwicklungsraums Thun resp. Koordinationsblatt Nr. 108 im Richtplan Bern-Mittelland (Quellennachweise in den beiden folgenden Fn).

[887] Abrufbar unter <www.bernmittelland.ch> Themen > Raumplanung > Projekte > Abbau, Deponie, Transporte (ADT) > Behördenverbindliche Festlegungen mit Koordinationsblättern (Richtplantext) (zuletzt besucht am 13.6.2023).

[888] Abrufbar unter <entwicklungsraum-thun.ch> Landschaft Siedlung Verkehr > Abbau und Deponie > ERT Teilrichtplan ADT Richtplantext (zuletzt besucht am 13.6.2023).

[889] Siehe Koordinationsblatt Nr. 101.1 resp. Nr. 108 in den beiden einschlägigen Richtplänen.

[890] Siehe Rz 447.

[891] Die Fahrdistanzen wurden mittels Google Maps berechnet. Diese Berechnungen dürften etwas ungenauer sein als die detaillierten Berechnungen von KAGA selbst (Rz 408), weshalb soweit vorhanden auf Zweite zurückgegriffen wird.

[892] Bei den Fahrzeiten handelt es sich um ungefähre Angaben, die mittels Google Maps berechnet wurden. Die effektiven Fahrzeiten hängen insbesondere auch vom Verkehrsaufkommen zu einem bestimmten Zeitpunkt ab. Zudem dürften die hier relevanten Transportfahrzeuge generell etwas langsamer unterwegs sein als gewöhnliche Personenwagen, die der Berechnung auf Maps zu Grunde gelegt sind. Die angegebenen Fahrzeiten sind entsprechend als «optimistische» Angaben zu verstehen und die effektiven Fahrzeiten dürften in der Praxis häufig eher höher sein. Siehe dazu auch Fn 776.

%-Anteil	Cluster	Deponien	Betreiberin		Fahrdistanz gerundet	ca. Fahrzeit
			KAGA oder Aktionärin	Dritte		
[13–14]	ja	**Bümberg**/Uttelo-Bachtelen/Ried/Schönibühl-Bergacher/Türliacher-Bergacher	KAGA		Punkt 0: Bümberg	
[4–4,25]	nein	**Schwarzbach**	Kästli		13	14
[3,25–3,5]	ja	**Steinigand**/Kienberg/Gesigen	Kiestag (Vigier)		20	19
[3–3,25]	ja	**Dicki**/Chratzmatt		[U06] ([U05])	28	34
[3,25–3,5]	nein	**Silbersboden**	Alluvia		34	30
[8–8,5]	ja	**Mettlen-Dennier/Buchrain**/Oberberg		[U07]	50+	45+
[8–8,5]	ja	**Gryfenberg/Leisern**	Vigier		55+	50+
[2,5–2,75]	nein	**Bärnerschachen**	Vigier		60+	45+
[15–16]	nein	**Neubannboden**		[U08] ([U05])	65	45
[5–5,5]	nein	**Charuque**	Vigier		65+	45+

Tabelle 20: Aufstellung der zwölf Deponien mit dem grössten Anteil am Deponievolumen für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern in den Jahren 2004 bis 2015 resp. die zehn sie umfassenden «Deponie-Cluster» (Quelle: eigene Auswertung der Controlling-Daten [Fn 408]).

453. Diese Tabelle zeigt, dass sich die Deponien für unverschmutzten Aushub, welche die mit Abstand bedeutendste Dritte, [U05], im Kanton Bern betreibt, in einiger Entfernung zu denjenigen von KAGA befinden. Die Fahrdistanz zur grössten Deponie im Kanton Bern, derjenigen von [U05]/[U08] beträgt 65 km und die Fahrzeit beläuft sich via Autobahn auf 45 Minuten. Die kleinere, näher bei KAGA gelegene Deponie von [U05]/[U06] liegt 28 km von KAGA entfernt, wobei die Fahrzeit fast 35 Minuten beträgt, da die Verbindung über die Landstrasse geht. Der «Deponie-Cluster» der zweitgrössten Dritten im Kanton Bern, [U07], ist mehr als 50 km und mehr als 45 Minuten Fahrzeit von den Deponien von KAGA entfernt. Die Deponien der vier kantonsweit nächstgrössten Dritten[893] [U17], [U26], [U27] und [U18][894] gehören nicht zu den zwölf grössten Deponien für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern. Die Fahrzeit zwischen ihren Deponien und den Deponien von KAGA beträgt 40 Minuten und mehr. Zwei der drei von der nächstgrössten Dritten [U28] betriebenen Deponien für unverschmutzten Aushub weisen ebenfalls eine Fahrzeit von 40 Minuten und mehr auf, ihre dritte Deponie eine solche von rund 35 Minuten. Hingegen befindet sich die Deponie für unverschmutzten Aushub der ebenso grossen Dritten [U01] in unmittelbarer Nähe der Deponien für unverschmutzten Aushub von KAGA (vgl. zur angespannten Angebotssituation bei der Deponie von [U01] allerdings Rz 428).

454. Zu ergänzen bleiben bezüglich dieser Auswertungen zwei Punkte:

- Die Deponie für unverschmutzten Aushub von Alluvia in Oberwangen erscheint in diesen Auswertungen nicht als eine der zwölf grössten Deponien im Kanton Bern. Dies aus dem einfachen Grund, weil das aggregierte Deponievolumen während der Jahre 2004 bis 2015 ausgewertet wurde, also während einer Zeitspanne, in der in einem Grossteil der Jahre auf der Deponie in Oberwangen kein oder nur wenig Material deponiert wurde.[895] Prospektiv ist allerdings zu beachten, dass die Deponie in Oberwangen ihren Betrieb im Jahr 2015 erstmals wieder ernsthaft aufnehmen konnte. In diesem einen Jahr wurde dort ein Volumen unverschmutzten Aushubs deponiert, das in etwa der Hälfte des jährlichen Medians des in den Jahren 2004 bis 2015 im «Deponie-Cluster» von KAGA deponierten Volumens unverschmutzten Aushubs entspricht. Davon ausgehend, dass die im Jahr 2015 in der Deponie in Oberwangen abgelagerte Menge indikativ ist, beläuft sich der Anteil der Deponie Oberwangen am gesamthaft im Kanton Bern deponierten unverschmutzten Aushub damit ab dem Jahr 2015 auf etwa [6,5–7] %. Ab 2015 gehört sie somit zu den zwölf grössten Deponien im Kanton Bern. Sie wird von der KAGA-Aktionärin Alluvia betrieben und ist von der Fahrdistanz her 34,5 km von der Deponie Bümberg entfernt, von der Fahrzeit her 33 Minuten.[896]
- Nicht enthalten ist in diesen Auswertungen die Deponie «auf grüner Wiese» in Thierachern, deren Betrieb Ende 2017 letztinstanzlich bewilligt[897] und 2018 aufgenommen wurde. Sie wird von einer unabhängigen

[893] Siehe Rz 443.
[894] Siehe zu dieser allerdings auch Fn 718.
[895] Siehe Rz 434 zweites Lemma.
[896] Gemäss den detaillierten Berechnungen von KAGA Rz 408.
[897] Siehe Rz 322.

Dritten, [U04], betrieben. Gemäss kantonaler Überbauungsordnung, auf der diese Deponie fusst, beträgt die jährliche Obergrenze für Deponierungen 60'000 Kubikmeter fest unverschmutzten Aushubs, was einem Volumen von ca. 72'000 Kubikmetern lose entspricht. Das zulässige Gesamtvolumen dieser Deponie über die volle Betriebsdauer beträgt maximal 520'000 Kubikmeter unverschmutzten Aushubs.[898] Daraus ergibt sich, dass das Gesamtvolumen der Deponie frühestens nach knapp neun Jahren verbaut ist. Wird bei dieser Deponie die jährliche Obergrenze des Deponievolumens vollständig ausgeschöpft, entspricht dies ungefähr einem Anteil von 3 % am kantonalen Volumen. Damit beträgt das Volumen dieser Deponie knapp ein Viertel des jährlichen Medians des in den Jahren 2004 bis 2015 im «Deponie-Cluster» von KAGA deponierten Volumens unverschmutzten Aushubs, womit sie ebenfalls zu den zwölf grössten Deponien gehören würde. Allerdings ist diese Deponie bei Ausschöpfung der jährlichen Obergrenze nach 8 2/3 Jahren bereits voll und es kann dort ab etwa 2026 kein unverschmutzter Aushub mehr abgelagert werden. Die Deponie Eyacher in Thierachern befindet sich in einer Fahrdistanz von ca. 12 km und einer Fahrzeit von ca. 14 Minuten von der Deponie Bümberg entfernt.

455. Ergänzt mit diesen zwei Deponien, auf denen ab 2015 bei der Deponie Oberwangen resp. ab 2018 bei der Deponie Eyacher (voraussichtlich bis ca. 2026, da dann das maximale Gesamtvolumen erreicht und die Deponie vollständig aufgefüllt sein dürfte) in beachtenswertem Umfang unverschmutzter Aushub deponiert werden konnte, präsentiert sich die Tabelle aus Rz 452, nunmehr erweitert auf die 14 grössten Deponien für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern, wie folgt:

%-Anteil	Cluster	Deponien	Betreiberin		Fahrdistanz gerundet	ca. Fahrzeit
			KAGA oder Aktionärin	Dritte		
[13–14]	ja	Bümberg/Uttelo-Bachtelen/Ried/Schönibühl-Bergacher/Türliacher-Bergacher	KAGA		Punkt 0: Bümberg	
ca. 3	nein	Eyacher (ab 2018 bis ca. 2026)		[U04]	12	14
[4–4,25]	nein	Schwarzbach	Kästli		13	14
[3,25–3,5]	ja	Steinigand/Kienberg/ Gesigen	Kiestag (Vigier)		20	19
[3–3,25]	ja	Dicki/Chratzmatt		[U05] ([U06])	28	34
[3,25–3,5]	nein	Silbersboden	Alluvia		34	30
[6,5–7]	nein	Oberwangen (ab 2015)	Alluvia		34.5	33
[8–8,5]	ja	Mettlen-Dennier/Buchrain/ Oberberg		[U07]	50+	45+
[8–8,5]	ja	Gryfenberg/Leisern	Vigier		55+	50+
[2,5–2,75]	nein	Bärnerschachen	Vigier		60+	45+
[15–16]	nein	Neubannboden		[U05] ([U08])	65	45
[5–5,5]	nein	Charuque	Vigier		65+	45+

Tabelle 21: Aufstellung der vierzehn Deponien mit dem grössten Anteil am Deponievolumen für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern resp. die zehn sie umfassenden «Deponie-Cluster», ausgehend von den Deponievolumen in den Jahren 2004 bis 2015 und ergänzt mit den zwei in Rz 453 aufgeführten Fällen (Quelle: eigene Auswertung der Controlling-Daten [Fn 408]; Google Maps bezüglich Fahrdistanzen und -zeiten; Entscheid des Regierungsrates bezüglich der Deponie Eyacher).

C.4.4.6 Betreiberinnen von Deponien für unverschmutzten Aushub nach Planungsregionen

456. Die Grenzziehung bei den Planungsregionen erfolgt insbesondere entlang von Gemeindegrenzen und fasst jeweils mehrere Gemeinden in einer Region zusammen.

[898] Vgl. zu diesen Anordnungen in der kantonalen Überbauungsordnung sowie der Umrechnung Entscheid des Regierungsrates des Kantons Bern 190/2015/1 vom 16.12.2015 (RRB Nr. 1523/2015) E. 5.e (zum Gesamtvolumen), E. 7.a (zur jährlichen Obergrenze) und E. 7.e (zur Umrechnung).

Die anhand der Planungsregionen erhobenen Daten fokussieren wesensgemäss auf die Regionen und nicht auf einzelne Deponien und den Wettbewerbsdruck, dem diese ausgesetzt sind (dasselbe wurde bereits bezüglich Rohkies festgestellt[899]). Gleichwohl vermögen die anhand der Planungsregionen erhobenen Daten einen aufschlussreichen Eindruck über die Marktsituation zu geben, zumal die mit einer Betrachtung der Planungsregionen verbundenen Nachteile reduziert werden können: Die Nachteile der auf Planungsregionen bezogenen Daten bestehen zum einen darin, dass bei einer planungsregionsbezogenen Betrachtung Deponien ausgeblendet werden, die zwar ziemlich nahe an einer anderen Deponie, aber eben in einer anderen Planungsregion liegen. Zum anderen landen Deponien «im selben Topf», obwohl sie derart weit auseinander liegen, dass sie sich nicht mehr in einer «sinnvollen» Distanz zueinander befinden. Während, wie ausgeführt, Ersteres eher zu einer Überschätzung der Marktstellung eines bestimmten Deponieunternehmens führen dürfte (weil allenfalls relevante Akteure resp. deren Deponievolumen aus anderen Planungsregionen zu Unrecht weggelassen werden), ist Folge von Zweiterem eher eine Unterschätzung dieser Stellung (weil allenfalls irrelevante Akteure resp. deren Deponievolumen zu Unrecht mitberücksichtigt werden).[900] Der erstgenannte Nachteil wird vorliegend bereits dadurch erheblich relativiert, dass sich die Deponien von KAGA im Grenzgebiet zweier Planungsregionen befinden und daher beide berücksichtigt werden. Der zweitgenannte Nachteil lässt sich immerhin bezüglich der Planungsregion Thun-Oberland West reduzieren, indem auf die relevanten Teilregionen fokussiert wird. Die so ergänzten resp. angepassten planungsregionsbezogenen Daten vermögen ein hinreichend zuverlässiges Bild der Kräfteverhältnisse zu zeichnen.

457. Nachfolgend wird zunächst eine planungsregionsbezogene Übersicht gegeben, bevor alsdann die zuvor erwähnten Nachteile schrittweise reduziert werden. Die nachfolgende Übersicht zeigt, wie sich das Gesamtvolumen von unverschmutztem Aushub, der in den Jahren 2004 bis 2015 in den einzelnen Planungsregionen deponiert wurde, zwischen KAGA, den KAGA-Aktionärinnen und den unabhängigen Dritten aufteilt. Wie bereits an anderer Stelle erläutert,[901] ist allerdings bei der Deponie Bümberg von KAGA angezeigt, diese losgelöst von der Zuweisung zu einer Planungsregion in den Controlling-Daten im Verhältnis von zwei zu eins auf die Planungsregionen Bern-Mittelland resp. Thun-Oberland West aufzuteilen. Die Planungsregionen sind in der Reihenfolge ihres Anteils am Gesamtvolumen des im Kanton Bern deponierten unverschmutzten Aushubs aufgeführt.[902]

	Betreiber	**%-Anteil am Deponievolumen unverschmutzten Aushubs der Planungsregion 04–15** (d.h. Bümberg vollst. Thun-O-W zugewiesen, siehe oben Rz 0)	**Berücksichtigung der Aufteilung Bümberg gem. Richtplänen** (d.h. Bümberg zu 2/3 Bern-Mittelland und zu 1/3 Thun-O-W, siehe oben Rz 0)
[…]	**Biel-Seeland/Jura**		
	KAGA	0	unverändert
	KAGA-Aktionärinen (Vigier)	[50–55]	
	Dritte	[45–50]	
[…]	**Oberaargau**		
	KAGA	0	unverändert
	KAGA-Aktionärinnen (Vigier, Marti-Gruppe und Alluvia)	[27,5–30]	
	Dritte	[70–72,5]	
[…]	**Bern-Mittelland**		
	KAGA	[20–25]	[45–50]
	KAGA-Aktionärinnen (Alluvia und Kästli, minim auch Vigier)	[55–60]	[40–45]
	KAGA und ihre Aktionärinnen zusammen	**[80–85]**	**[85–90]**
	Dritte	[15–20]	[10–15]

[899] Rz 374.
[900] Siehe Rz 375.
[901] Rz 451.
[902] Siehe hierzu Rz 328 f.

	Betreiber	%-Anteil am Deponievolumen unverschmutzten Aushubs der Planungsregion 04–15 (d.h. Bümberg vollst. Thun-O-W zugewiesen, siehe oben Rz 451)	Berücksichtigung der Aufteilung Bümberg gem. Richtplänen (d.h. Bümberg zu 2/3 Bern-Mittelland und zu 1/3 Thun-O-W, siehe oben Rz 451)
[…]	**Thun-Oberland West**		
	KAGA	[55–60]	[30–35]
	KAGA-Aktionärinnen (Vigier, minimst auch Marti-Gruppe)	[20–22,5]	[30–35]
	KAGA und ihre Aktionärinnen zusammen	**[75–80]**	**[60–65]**
	Dritte	[20–25]	[35–40]
[…]	**Emmental**		
	KAGA	0	unverändert
	KAGA-Aktionärinnen (Vigier, Alluvia)	[7,5–8]	
	Dritte	[92–92,5]	
[…]	**Oberland-Ost**		
	KAGA	0	unverändert
	KAGA-Aktionärinnen	0	
	Dritte	100	

Tabelle 22: Prozentualer Anteil am in den sechs Planungsregionen des Kantons Bern zwischen 2004 und 2015 jeweils deponierten unverschmutzten Aushubs durch KAGA, KAGA-Aktionärinnen und Dritte (Quelle Eigene Auswertungen der Controlling-Daten [Fn 408]).

458. Diese auf die Planungsregionen bezogene Auswertung lässt sich verfeinern: Die Planungsregion Thun-Oberland West besteht nämlich aus drei Teilregionen, wobei sich die Standorte von KAGA im Grenzgebiet der Teilregion Entwicklungsraum Thun und der Planungsregion Bern-Mittelland befinden. Die zwei anderen Teilregionen der Planungsregion Thun-Oberland West sind das Kandertal und das Obersimmental-Saanenland.[903] Da die Daten getrennt nach den drei Teilregionen erfasst wurden, lassen sich diese Teilregionen separat betrachten. Die Teilregion Kandertal resp. die meisten der sich dort befindlichen Deponien für unverschmutzten Aushub liegen in einer Fahrdistanz zwischen 30 und 40 Kilometern und einer Fahrzeit zwischen 30 und 40 Minuten von der Deponie Bümberg von KAGA entfernt, weshalb es angezeigt ist, diese Teilregion (und damit die dortigen Deponien) mit einzubeziehen. Demgegenüber liegt die zur Deponie Bümberg nächstgelegene Deponie für unverschmutzten Aushub in der Teilregion Obersimmental-Saanenland 48 Kilometer Fahrdistanz und 46 Minuten Fahrzeit entfernt. Die Fahrdistanzen und -zeiten zwischen der Deponie Bümberg und den übrigen Deponien in der Teilregion Obersimmental-Saanenland sind noch grösser und reichen bis zu 75 Kilometern resp. 80 Minuten. Namentlich die mit Abstand grösste Deponie für unverschmutzten Aushub in der Teilregion Obersimmental-Saanenland liegt 64,5 Kilometer Fahrdistanz und über einer Stunde Fahrzeit von der Deponie Bümberg entfernt. In Anbetracht dessen ist es angezeigt, diese Teilregion nicht mit einzubeziehen, um so zu vermeiden, dass Deponien mitberücksichtigt werden, die aufgrund ihrer Entfernung zu den Standorten von KAGA dort keinen, jedenfalls keinen nennenswerten Wettbewerbsdruck ausüben können.[904]

459. Unter Berücksichtigung der Aufteilung der Deponie Bümberg im Verhältnis zwei zu eins zeigt sich in den Teilregionen Entwicklungsraum Thun und Kandertal nahezu dasselbe Bild wie in der Planungsregion Bern-Mittelland:

[903] Siehe Rz 256.
[904] Vgl. den zweitgenannten Nachteil in Rz 456.

Betreiber	%-Anteil am Deponievolumen unverschmutzten Aushubs der zwei Teilregionen 04–15	Berücksichtigung der Aufteilung Bümberg gem. Richtplänen
Teilregionen Entwicklungsraum Thun und Kandertal		
KAGA	[65–70]	[40–45]
KAGA-Aktionärinnen (Vigier, minimst auch Marti-Gruppe)	[22,5–25]	[40–45]
KAGA und ihre Aktionärinnen zusammen	**[90–95]**	**[85–90]**
Dritte	[5–10]	[10–15]

Tabelle 23: Prozentualer Anteil am in den Teilregionen Entwicklungsraum Thun und Kandertal zwischen 2004 und 2015 deponierten unverschmutzten Aushubs durch KAGA, KAGA-Aktionärinnen und Dritte (Quelle Eigene Auswertungen der Controlling-Daten [Fn 408]).

460. Zusammengefasst zeigen die zwei vorangehenden Tabellen, dass vom in der Planungsregion Bern-Mittelland in den Jahren 2004 bis 2015 deponierten unverschmutzten Aushub [45–50] % auf Deponien von KAGA entfällt. In den Teilregionen Entwicklungsraum Thun und Kandertal sind es [40–45] %. In beiden dieser Regionen nehmen sodann KAGA-Aktionärinnen eine starke Stellung im Bereich Deponierung von unverschmutztem Aushub ein, indem knapp [40–45] % des dort deponierten unverschmutzten Aushubs auf sie entfallen. Bei diesen KAGA-Aktionärinnen handelt es sich in der Planungsregion Bern-Mittelland vor allem um Alluvia und Kästli (mit je etwa gleich grossen Anteilen), während es in den Teilregionen Entwicklungsraum Thun und Kandertal nahezu ausschliesslich Vigier ist. Umgekehrt bedeutet das, dass unabhängige Dritte in diesen beiden Regionen nur gerade zwischen [10–15] % der Deponierung von unverschmutztem Aushub auf sich vereinig(t)en.

461. Die in Rz 457 aufgeführte Tabelle zeigt ferner, dass KAGA-Aktionärinnen auch in den zwei Planungsregionen Oberaargau und Biel-Seeland/Jura, die für die im Kanton Bern insgesamt deponierte Menge unverschmutzten Aushubs von zentraler Bedeutung sind, einen beachtlichen Teil des Volumens auf sich vereinig(t)en. In der mengenmässig bedeutendsten Planungsregion Biel-Seeland/Jura ist Vigier alleine für etwas mehr als die Hälfte des dort deponierten unverschmutzten Aushubs verantwortlich. In der Planungsregion Oberaargau entfällt knapp ein Drittel des deponierten Volumens auf die drei KAGA-Aktionärinnen Vigier, Marti-Gruppe und Alluvia. Einzig in den zwei Planungsregion Emmental und Oberland-Ost, die für die Deponierung von unverschmutztem Aushub im Kanton Bern volumenmässig die geringste Bedeutung haben, sind KAGA-Aktionärinnen mit unter 10 % resp. gar nicht vertreten.

462. Die zwei nachfolgenden Tabellen listen die jeweils drei grössten unabhängigen Dritten in der Planungsregion Bern-Mittelland resp. den Teilregionen Entwicklungsraum Thun und Kandertal in der Reihenfolge ihrer Grösse auf. Angegeben ist der auf sie entfallende prozentuale Anteil am gesamten Volumen von unverschmutztem Aushub, das in diesen Regionen deponiert wurde (unter Berücksichtigung der Aufteilung der Deponie Bümberg im Verhältnis zwei zu eins auf die betroffenen Regionen) sowie am Gesamtvolumen im Kanton Bern.

Bern-Mittelland			
Betreiber	**%-Anteil am Deponievolumen unverschmutzten Aushubs 04-15 Planungsregion**/Kanton	**Fahrdistanz gerundet (Bümberg Punkt 0)**	**ca. Fahrzeit (Bümberg Punkt 0)**
[U01]	**[5–5,5]** / [1–1,25]	6	8
[U05]: [U06]	**[2,5–2,75]** / [0,5–0,75]	23	30
[U19]	**[1,5–1,75]** / [0,25–0,5]	39	29

Tabelle 24: Prozentualer Anteil der drei grössten Dritten am zwischen 2004 und 2015 in der Planungsregion Bern-Mittelland deponierten Volumen unverschmutzten Aushubs (Quelle Eigene Auswertungen der Controlling-Daten [Fn 408]).

Entwicklungsraum Thun und Kandertal			
Betreiber	**%-Anteil am Deponievolumen unverschmutzten Aushubs 04-15 Teilregionen**/Kanton	**Fahrdistanz gerundet (Bümberg Punkt 0)**	**ca. Fahrzeit (Bümberg Punkt 0)**
Rigips AG[905]	**[4–4,25]** /[0,25–0,5]	27	20
[U03][906]	**[3,25–3,5]** / [0,25–0,5]	23	19
[U02]	**[2,5–2,75]** / [<0,25]	14	20

Tabelle 25: Prozentualer Anteil der drei grössten Dritten am zwischen 2004 und 2015 in den Teilregionen Entwicklungsraum Thun und Kandertal deponierten Volumen unverschmutzten Aushubs (Quelle Eigene Auswertungen der Controlling-Daten [Fn 408]).

463. Die zwei vorangehenden Tabellen zeigen, dass keine unabhängige Dritte in den beiden Regionen einen Anteil von mehr als [5–5,5] % des gesamten in diesen Regionen deponierten Volumens unverschmutzten Aushubs erreicht. Die jeweils grösste Dritte ist etwa acht- (Bern-Mittelland) oder neunmal (Entwicklungsraum Thun und Kandertal) kleiner als KAGA. Im Verhältnis zu KAGA und ihren Aktionärinnen ist die jeweils grösste Dritte etwa siebzehn- (Bern-Mittelland) oder zwanzigmal (Entwicklungsraum Thun und Kandertal) kleiner.

C.4.4.7 Betreiberinnen von Deponien für unverschmutzten Aushub im Nachfrageradius von Kundinnen, die sich im «Einzugsgebiet» von KAGA befinden

C.4.4.7.1 Vom «Anliefergebiet» über das «Einzugsgebiet» zum Nachfrageradius von Kundinnen, die sich im «Einzugsgebiet» von KAGA befinden

464. Die Nachfrager von Deponieleistungen für unverschmutzten Aushub können den Ort, an dem der unverschmutzte Aushub anfällt, nicht steuern. Vielmehr ist dies der Ort der jeweiligen Baustelle.[907] Und wo gebaut wird, bestimmt wiederum der jeweilige Bauherr. Bei der Auswahl des Baustandorts spielen für einen Bauherrn zahlreiche Faktoren eine Rolle. Es ist notorisch, dass die Fahrzeit und -distanz zu den nächstgelegenen Deponien für unverschmutzten Aushub (ausser in Spezialfällen, namentlich bei Bauvorhaben, die später beim Betrieb auf die Nähe zu einer Deponie angewiesen sind) kein Kriterium für die Auswahl des Baustandorts darstellt (bzw. wenn, dann höchstens in einem negativen Sinne, d.h., dass sich ein Bauherr gegen einen Baustandort in unmittelbarer Nähe zu einer Deponie entscheidet). Mit anderen Worten ist der Ort, an dem unverschmutzter Aushub anfällt, für die Nachfrager nach diesbezüglichen Deponieleistungen aufgrund anderer Faktoren von aussen vorgegeben – der Startpunkt ihrer Entsorgungsfahrten ist gesetzt. Sie können in der Folge einzig auswählen, in welcher Deponie sie diesen unverschmutzten Aushub deponieren wollen. Bei dieser Wahl sind für die Nachfrager die Gesamtkosten das massgebliche Kriterium. Diese setzen sich zusammen aus dem Preis für die Deponierung und den Transportkosten, wobei die Transportkosten durch Retourfuhren reduziert bzw. auf zwei Materialtransporte «aufgeteilt» werden können.[908] Da die Transportkosten einen wesentlichen Teil der Gesamtkosten ausmachen und mit zunehmender Fahrzeit und -strecke steigen, erstaunt denn auch nicht, dass die befragten Unternehmen mehrheitlich angaben, jeweils die nächstgelegene Deponie anzufahren, während zwei Unternehmen betonten, bei der Wahl der anzufahrenden Deponie die jeweilige Möglichkeit von Retourfuhren miteinzubeziehen[909] (die Gesamtkosten sind trotz etwas längerer Transportdistanz und -zeit pro Weg geringer, wenn eine Retourfuhr möglich ist, als bei etwas geringerer Transportdistanz und -zeit, wenn dafür die Rückfahrt leer erfolgt).[910] Ein fix abgestecktes «Anliefergebiet» gibt es aus Sicht der Nachfrager damit nicht. Vielmehr ist dafür, welche Fahrzeiten und -distanzen ein Nachfrager bereit (resp. gezwungen) ist, auf sich zu nehmen, jeweils der Ort der konkreten Baustelle massgebend sowie die Standorte der umliegenden Deponien.

465. Ob sich nun von einer bestimmten Baustelle eine oder mehrere Deponien für unverschmutzten Aushub in ähnlicher Fahrdistanz und -zeit befinden, hängt vom Ort ab, an dem sich eine konkrete Baustelle befindet. Diese Nachfragesituationen bei den einzelnen Bauprojekten zu erheben und im Detail auszuwerten (so dies denn überhaupt möglich sein sollte), ist jedoch entbehrlich und wäre auch nicht zielführend, zumal keine Anzeichen dafür vorliegen, dass seitens der Deponien der Annahmepreis von unverschmutztem Aushub je nach Distanz (oder Fahrzeit) zum Herkunftsorts differenziert würde. Wesentlich ist vielmehr, dass fortlaufend zahlreiche Baustellen parallel betrieben werden, wodurch ein (freilich je nach örtlicher Bautätigkeit unterschiedlich dichtes) Geflecht von Baustellen besteht. Die Orte, an denen unverschmutzter Aushub anfällt und von denen aus dessen Deponierung nachgefragt wird, sind bei einer Betrachtung des Gesamtbildes letztlich flächendeckend (selbstverständlich gibt es zahlreiche Gebiete, von denen keine Nachfrage ausgeht, weil dort aus unterschiedlichen Gründen keine Bautätigkeit erfolgt, z.B. Seen,

[905] Der Standort dieser Konkurrentin wurde per 1.10.2020 von der KAGA-Aktionärin Vigier übernommen (vgl. Rz 496). Da sie im betrachteten Zeitraum 2004 bis 2015 noch eine Konkurrentin war, wird sie hier als solche aufgeführt – künftig ist sie es nicht mehr.

[906] Anders als für den Kiesabbau, den sie an Vigier ausgelagert hat (vgl. Fn 739), ist die [U03] für den Betrieb der Deponie selber zuständig (vgl. e contrario aus <[…]>, zuletzt besucht am 13.6.2023).

[907] Rz 319.

[908] Rz 319.

[909] Rz 319.

[910] Sehr illustrativ zum letzten Punkt das Beispiel, das eine befragte Person machte, siehe EV von [...] vom 26.4.2016 Rz 210–213, Act. III.23 (von Wichtrach aus würde er die Deponien von KAGA beispielsweise auch «einfach» anfahren, ab Muri abwärts hingegen nur, wenn er auch Retourfuhren machen könne).

Landwirtschaftszonen, Wald, jedoch ändern diese Gebiete der «Nicht-Nachfrage» am Grundsatz der flächendeckenden Nachfrageorte nichts). Während also die Standorte, von denen aus die Nachfrage ausgeht, in ihrer Gesamtheit eine Fläche bilden, sind die Deponien jeweils an einem bestimmten Standort verankert. Entsprechend besteht aus Sicht der einzelnen Deponien – quasi als Pendant zum «Anliefergebiet» aus Sicht der diversen Nachfrager – jeweils ein «Einzugsgebiet». Diese «Einzugsgebiete» sind aussagekräftiger und aufschlussreicher als die Vielzahl von letztlich flächendeckenden «Anliefergebieten», weshalb es die «Einzugsgebiete» näher zu betrachten gilt.

466. Allerdings ist auch dieser Ansatz sogleich wieder zu relativieren. Denn ein festes, vorbestimmtes «Einzugsgebiet» für Deponien von unverschmutztem Aushub gibt es jedenfalls im Kanton Bern nicht, da das kantonale Recht keine diesbezüglichen Restriktionen vorsieht. Die Transportdistanzen und -zeiten von unverschmutztem Aushub zur Deponierung sind nicht technisch bedingt limitiert. Nur, aber immerhin, die mit zunehmender Fahrdistanz und -zeit steigenden Transportkosten, die bei den Gesamtkosten stark ins Gewicht fallen, stecken faktisch einen Rahmen ab.[911] Dieser ist aber nicht fix.[912] Zwar gaben die befragten Nachfrager von Deponievolumen für unverschmutzten Aushub grossmehrheitlich an, dass sie in der Regel Distanzen von 20 Kilometern oder weniger zwischen Baustelle und Deponie zurücklegen würden.[913] Diese oftmals genannte Fahrdistanz ist aber eher eine Aussage darüber, wie dicht das Netz der vorhandenen, offenstehenden Deponien ist (d.h. in welcher Entfernung von einer Baustelle in der Regel zumindest eine offenstehende Deponie gelegen ist), als dass sich daraus ein fester Radius zur Bestimmung des «Einzugsgebiets» einer Deponie ergäbe.[914] Liegt die nächstgelegene offenstehende Deponie 35 Kilometer von einer bestimmten Baustelle entfernt, muss zwangsläufig mindestens diese Distanz zurückgelegt werden, damit der unverschmutzte Aushub rechtskonform deponiert werden kann. Das soeben Gesagte wird bei den über Jahre vorhandenen Deponieengpässen besonders augenfällig: Als in diversen Deponien gar kein Deponievolumen zur Verfügung stand oder das vorhandene Volumen für Drittunternehmen nicht zugänglich gemacht wurde, d.h., diese Deponien für Drittunternehmer geschlossen waren, mussten teilweise auch deutlich längere Distanzen als 20 km für die Deponierung von Material zurückgelegt werden.[915]

467. Das «Einzugsgebiet» einer Deponie ist demnach nicht fix. Aufgrund der Transportkosten ergibt sich aber gleichwohl ein Gebiet, das hinsichtlich einer bestimmten Deponie zumindest als deren übliches «Einzugsgebiet» zu betrachten ist und auf das sie ihre Geschäftstätigkeit ausrichtet. So erhob etwa KAGA, aus welchen Gebieten der unverschmutzte Aushub stammte, der bei ihr abgelagert worden ist. Sie unterschied dabei fünf Regionen, namentlich die beiden Ballungszentren Bern und Thun (bis Spiez) sowie Aare-, Gürbe- und Chiesental.[916] Weitere Herkunftsorte unterschied sie nicht, sondern fasste diese pauschal unter «Annahme Material von ausserhalb KAGA Region» zusammen[917]:

[911] Sinngemäss ebenso Zeugeneinvernahme von [...] vom 5.2.2015 Rz 124 f., Act. III.13: «Der Standort hängt mit dem Transport eng zusammen. Dadurch wird ein Gebiet abgegrenzt».

[912] Dies und das Nachfolgende wird bestätigt durch die Aussage eines Geschäftsleitungsmitglieds eines Tochterunternehmens der Konkurrentin [U05], siehe Einvernahme von [...] vom 26.3.2015, Rz 104–114, Act. III.20.

[913] Rz 319.

[914] In diesem Sinne auch EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 220–225, Act. III.1.

[915] Siehe dazu Rz 426 ff.

[916] Illustrativ auch Act. II.G.X.11 S. 2, wo das Gebiet für Deponien umschrieben wird als: «dito Kies [Region Bern Süd bis Thun Nord, Gürbetal, Aaretal, Chisental] plus Bern Nord und West plus Thun Süd bis Spiez».

[917] Act. II.B.X.344 S. 104.

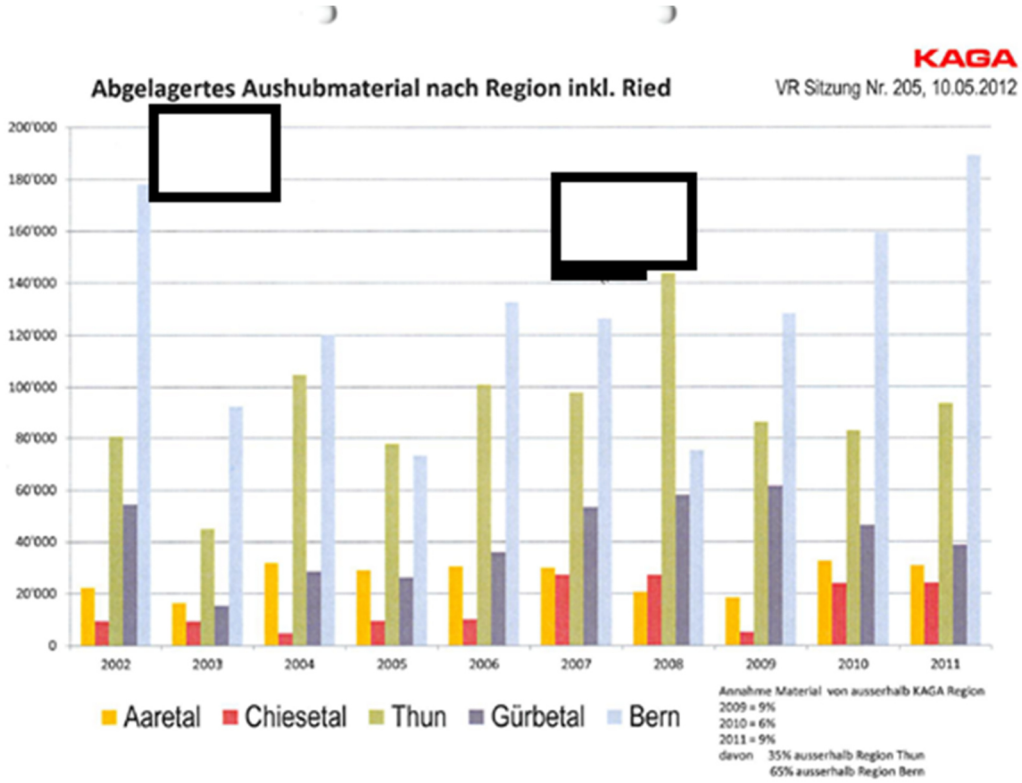


Abbildung 25: Grafische Darstellung «Abgelagertes Aushubmaterial nach Region inkl. Ried» der KAGA (Quelle: Act. II.B.X.344 S. 104).

468. Die Abbildung zeigt, dass der bei KAGA deponierte unverschmutzte Aushub vor allem aus den beiden Ballungsregionen Thun und Bern stammt. In einigen Jahren stammte zudem auch aus der Region Gürbetal ein bemerkenswertes Volumen davon. Während KAGA das erhebliche Volumen aus dem Raum Bern im Jahr 2002 auf mehrere grössere Bauprojekte zurückführte (vergleichbar auch das «Ausreisserjahr» 2008 für den Raum Thun), fehlt eine solche Erklärung für den stetigen Anstieg von unverschmutztem Aushub aus dem Raum Bern zwischen 2009 und dem Höchststand im Jahr 2011. Erklärung dafür dürfte der bereits dargelegte Deponieengpass und das im Anschluss daran erfolgte Ausweichen sein.[918]

469. Die Situation lässt sich letztlich wie folgt auf den Punkt bringen: Das «Anliefergebiet» (aus Sicht der Nachfrager) resp. das «Einzugsgebiet» (aus Sicht der Deponieanbieter) ist aus technischer Sicht nicht beschränkt. Da jedoch die Fahrkosten einen wesentlichen Teil der Gesamtkosten ausmachen und mit zunehmender Fahrzeit und -distanz steigen, sind die Nachfrager grundsätzlich an einer möglichst nahen Deponierung interessiert – je kürzer der Weg und die Fahrzeit, desto besser (wobei die Möglichkeit von Retourfuhren mitzuberücksichtigen ist). Oder dasselbe aus Sicht der Anbieter formuliert: eine nahegelegene Deponie verfügt über einen Kostenvorteil gegenüber weiter entfernten Deponien, der mit zunehmender Entfernung der anderen Deponien steigt.[919] Dies führt dazu, dass intensiver Wettbewerb zwischen Deponien vor allem dort stattfinden könnte, wo sich zwei (oder mehr) Deponien in vergleichbarer Fahrzeit und -distanz zu dem Ort befinden, an dem der unverschmutzte Aushub anfällt. Je ungleicher die Fahrzeit und -distanz vom Ort, an dem unverschmutzte Aushub anfällt, zu den einzelnen Deponien ist, desto grösser ist der Kostenvorteil der näher gelegenen Deponie gegenüber den anderen und desto geringer wird der Wettbewerbsdruck, der von den weiter entfernten Deponien ausgeht. Die Kostenvorteile der näher gelegenen Deponie steigen bei zunehmendem Distanzvorteil kontinuierlich, nicht abrupt. Der Wettbewerbsdruck durch weiter entfernte Deponien fällt daher nicht unvermittelt an einer bestimmten Stelle einer unterschiedlichen Fahrdistanz und -zeit von hundert auf null, sondern reduziert sich vielmehr zusehends mehr und mehr. Ein gewisser Schematismus ist daher aus Praktikabilitätsgründen unvermeidlich,[920] aber nicht weiter nachteilig, da ein ausreichend realitätsnahes Bild auch so möglich ist.

470. Die Nachfrager von Deponieleistungen haben grossmehrheitlich festgehalten, dass sie in der Regel 20 Kilometer oder weniger zwischen dem Entstehungsort des Aushubs (Baustelle) und dem Ablagerungsort des Aushubs (Deponie) zurücklegen («Anliefergebiet» der Nachfrager[921]). Da die Fahrzeit ebenso wie die Fahrdistanz die Höhe der Transportkosten bestimmt, achten die

[918] Rz 426 ff.
[919] Siehe hierzu auch, wenn auch bezüglich Beläge und nicht bezüglich Deponieleistungen, RPW 2000/4, 619 Rz 140, *Markt für Strassenbeläge*.
[920] Vgl. zu dieser ernüchternden Feststellung in Bezug auf den Rohkies bereits Rz 375.
[921] Vgl. Rz 464 und 466.

Nachfrager nicht nur auf das eine, sondern auch auf das andere. Die Fahrzeit ist daher ebenfalls zu berücksichtigen und als Pendant zu den 20 Kilometern mit 20 Fahrminuten festzulegen. Liegen die Deponien von KAGA am Rande des «Anliefergebiets» eines Nachfragers, erstreckt sich dieses in der anderen Richtung auf dieselbe Distanz. Von den Deponien von KAGA aus gesehen ergibt sich daraus ein Umkreis von maximal 40 Kilometern und 40 Fahrminuten um diese. Bei diesem Umkreis handelt es sich um den Nachfrageradius von Kundinnen, die sich im «Einzugsgebiet» von KAGA befinden. Deponien, die in diesem Umkreis liegen, sprechen teilweise (siehe dazu Rz 477 ff.) dieselben Nachfrager an wie KAGA. Die Verhältnisse in diesem Umkreis werden im nachfolgenden Kapitel erörtert.

C.4.4.7.2 Deponien im Nachfrageradius von Kundinnen, die sich im «Einzugsgebiet» von KAGA befinden

471. In der nachfolgenden Tabelle sind die Deponien für unverschmutzten Aushub aus der Planungsregion Emmental (Region 6) aufgeführt, die in einer Fahrdistanz von 40 Kilometern oder weniger und einer Fahrzeit von 40 Minuten oder weniger von der Deponie Bümberg entfernt liegen. Nicht aufgeführt sind Deponien, die einen Anteil von weniger als 0,2 % am gesamten Deponievolumen im Kanton Bern erreichen, da solche Kleinstdeponien von ihrer Grösse her zu unbedeutend sind, um die Wettbewerbssituation effektiv zu beeinflussen. In den Planungsregionen Biel-Seeland/Jura, Oberaargau und Oberland-Ost befinden sich keine Deponien in dieser Fahrdistanz und -zeit zu denjenigen von KAGA.

%-Anteil	Region	Cluster	Deponien	Betreiberin	Fahrdistanz gerundet	ca. Fahrzeit
[13–14]	2+5	ja	Bümberg/Uttelo-Bachtelen/Ried/Schönibühl-Bergacher/Türliacher-Bergacher	KAGA	Punkt 0: Bümberg	
[<0,25]	6	ja	Winkel, Chemmerizopfen	[U02]	12	15
[1–1,25]	6	nein	Kiesgrube Hasli	[U29]	20	25
[0,5–0,75]	6	ja	Kiesgrube Gohl; Waldhaus	[U30][922]	26	30
[2,25–2,5]	6	ja	Dicki (Chratzmatt ist Bern-Mittelland, d.h. Region 5)	[U05] ([U06])	28	34
[1,5–1,75]	6	nein	Gumpersmüli	[U18][923]	34	40

Tabelle 26: Aufstellung der Deponien resp. «Deponie-Cluster» in der Planungsregion Emmental, die in einer Fahrdistanz von 40 Kilometern oder weniger und einer Fahrzeit von 40 Minuten oder weniger von der Deponie Bümberg entfernt liegen und einen Anteil von mindestens 0,2 % am gesamten Deponievolumen für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern in den Jahren 2004 bis 2015 erreichen (Quelle: eigene Auswertung der Controlling-Daten [Fn 408]; Google Maps bezüglich Fahrdistanzen und -zeiten).

472. Aus dieser Tabelle ist ersichtlich, dass in der Planungsregion Emmental fünf Deponien resp. «Deponie-Cluster» bestehen (zu den Überlegungen zum «Deponie-Cluster» siehe Rz 446), die in einer Fahrdistanz von maximal 40 Kilometern und einer Fahrzeit von maximal 40 Minuten von der Deponie Bümberg von KAGA entfernt sind. Der nächstgelegene «Deponie-Cluster» (Fahrdistanz unter 20 Kilometer und Fahrzeit unter 20 Minuten) ist allerdings von sehr bescheidener Grösse. In einer Fahrdistanz zwischen 20 und 30 Kilometern befinden sich drei weitere Deponien resp. «Deponie-Cluster», wobei die Fahrzeiten zwischen 25 und knapp 35 Minuten betragen. Innerhalb dieser Gruppe ist die am weitesten entfernte Deponie die deutlich Grösste – sie ist zusammen mit der zum selben «Deponie-Cluster» gehörenden, in der Planungsregion Bern-Mittelland gelegenen Deponie knapp ein Viertel so gross wie der «Deponie-Cluster» von KAGA. In einer Fahrdistanz zwischen 30 und 40 Kilometern befindet sich schliesslich eine weitere Deponie, wobei die Fahrzeit 40 Minuten beträgt.

473. Aus der Planungsregion Bern-Mittelland sowie den Teilregionen Entwicklungsraum Thun und Kandertal sind ebenfalls diejenigen Deponien zu berücksichtigen, die sich im Umkreis von maximal 40 Kilometer und maximal 40 Fahrminuten von KAGA entfernt befinden, und die einen Anteil von mindestens 0,2 % am gesamten Deponievolumen im Kanton Bern erreichten. Sodann ist es angezeigt, zwei jüngere, bereits thematisierte[924] Entwicklungen in diesen Planungsregionen zu berücksichtigen. Dies ist einerseits die 2018 neu eröffnete Deponie für unverschmutzten Aushub einer neuen Konkurrentin, die sich in einer Fahrdistanz von ca. 12 Kilometern und einer Fahrzeit von ca. 14 Minuten von der Deponie Bümberg entfernt befindet. Diese Deponie erreicht bei Ausschöpfung des maximalen jährlichen Deponievolumens einen Anteil von ca. 3 % am gesamten im Kanton Bern abgelagerten Deponievolumen von unverschmutztem Aushub und ist damit nahezu viereinhalbmal kleiner als der «Deponie-Cluster» von KAGA. Zudem ist diese Deponie bei Ausschöpfung der maximalen Auffüllungsrate bereits nach knapp 9 Jahren, also im Jahr 2026, voll und tritt alsdann wieder aus dem Markt aus. Andererseits ist dies die ab 2015 wieder ernsthaft im Einsatz stehende Deponie der KAGA-Aktionärin Alluvia in Oberwangen,

[922] Die vollständige Firma lautet [U30] (nachfolgend [U30]).
[923] Siehe zu dieser aber auch Fn 880.
[924] Rz 453.

die sich in einer Fahrdistanz von ca. 34,5 Kilometern und einer Fahrzeit von ca. 33 Minuten von der Deponie Bümberg entfernt befindet. Ihr ungefährer Anteil am gesamten im Kanton Bern deponierten Volumen von unverschmutztem Aushub beläuft sich auf [6,5–7] %, womit sie etwa halb so gross ist wie der «Deponie-Cluster» von KAGA.

474. Die nachfolgende Tabelle zeigt die Deponien für unverschmutzten Aushub, die in einer Fahrdistanz von maximal 40 Kilometern und einer Fahrzeit von maximal 40 Minuten von den Deponien von KAGA entfernt sind und einen Anteil am gesamten im Kanton Bern deponierten Volumen von mindestens 0,2 % erreichen.[925] Die Deponien sind in erster Linie nach den Fahrdistanzen geordnet, in zweiter Linie nach den Fahrzeiten. Liegt ein «Deponie-Cluster» vor, beziehen sich die angegebenen Fahrdistanzen und -zeiten jeweils auf die grösste Deponie dieses Clusters, bei KAGA also auf die Deponie Bümberg. Jeweils in Zehnerschritten erfolgt eine Abtrennung mit einem etwas breiteren Strich. Fett hervorgehoben sind sodann die prozentualen Anteile am deponierten Volumen, die mindestens einem Zehntel des prozentualen Anteils von KAGA entsprechen. Handelt es sich bei den Betreiberinnen der Deponien um Aktionärinnen von KAGA, sind die Zellen grau hinterlegt.

%-Anteil[926]	Cluster	Deponien	Betreiberin	Fahrdistanz gerundet	ca. Fahrzeit
[13–14]	ja	Bümberg/Uttelo-Bachtelen/Ried/Schönibühl-Bergacher/Türliacher-Bergacher	KAGA	Punkt 0: Bümberg	
[1–1,25]	nein	Thalgut	[U01]	6	8
(3.00)	nein	Eyacher (2018 bis ca. 2026)	[U04]	12	14
[<0,25]	ja	Winkel, Chemmerizopfen	[U02]	12	15
[4–4,25]	nein	Schwarzbach	Kästli	13	14
[<0,25]	nein	Zulgport	[U02]	14	20
[3,25–3,5]	ja	Steinigand/Kienberg/Gesigen	Kiestag (Vigier)	20	19
[1–1,25]	nein	Kiesgrube Hasli	[U29]	20	25
[0,25–0,5]	nein	Reutigen	[U03]	23	19
[0,5–0,75]	ja	Kiesgrube Gohl; Waldhaus	[U30]	26	30
[0,25–0,5]	nein	Rigips-Gipsgrube	seit 1.10.20: Vigier	27	20
[3–3,25]	ja	Dicki/Chratzmatt	[U05] ([U06])	28	34
[3,25–3,5]	nein	Silbersboden	Alluvia	34	30
[1,5–1,75]	nein	Gumpersmüli	[U18][927]	34	40
([6,5–7])	nein	Oberwangen (ab 2015)	Alluvia	34.5	33
[0,25–0,5]	nein	[U19]	[U19]	39	29
[0,25–0,5]	nein	Mitholz	Vigier	40	36

Tabelle 27: Deponien resp. «Deponie-Cluster», die in einer Fahrdistanz von 40 Kilometern oder weniger und einer Fahrzeit von 40 Minuten oder weniger von der Deponie Bümberg entfernt liegen und einen Anteil von mindestens 0,2 % am gesamten Deponievolumen für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern in den Jahren 2004 bis 2015 erreichen, sowie der zwei in Rz 473 genannten Deponien (Quelle: eigene Auswertung der Controlling-Daten [Fn 408]; Google Maps bezüglich Fahrdistanzen und -zeiten).

475. Die Tabelle zeigt, dass KAGA innerhalb eines Umkreises einer Fahrdistanz von maximal 40 Kilometern und einer Fahrzeit von maximal 40 Minuten die mit Abstand grösste Betreiberin von Deponien für unverschmutzten Aushub ist. Weiter sticht ins Auge, dass es sich bei den vier grössten Deponien nach KAGA in diesem Gebiet um solche von Aktionärinnen von ihr handelt (Oberwangen, Alluvia; Schwarzbach, Kästli; Silbersboden, Alluvia; Steinigand, Vigier [genauer: Kiestag]). Erst die fünft- und die sechstgrössten Deponien werden von unabhängigen Dritten betrieben (Dicki, [U05]/[U06]; Eyacher, [U04]). Dabei wird die sechstgrösste Deponie, die

[925] Mangels Relevanz für die Zukunft sowie den grössten Teil der vergangenen Jahre nicht aufgeführt wird eine Deponie von unverschmutztem Aushub der KAGA-Aktionärin Vigier, welche die Voraussetzungen an sich erfüllt, da auf ihr letztmals im Jahr 2004 Material deponiert wurde.

[926] Die in Klammern angegebenen prozentualen Anteile an der gesamten im Kanton Bern deponierten Menge stammen aus Überschlagsrechnungen basierend auf dem maximalen jährlichen Auffüllvolumen (Deponie Eyacher) resp. dem im Jahr 2015 angenommenen Deponievolumen (Oberwangen), dem ersten Jahr, in dem in dieser Deponie wieder in grösserem Umfang Material deponiert werden konnte.

[927] Die Kiesabbaustelle und Deponie für unverschmutzten Aushub der [U18] wird durch die KAGA-Aktionärin Kästli-Gruppe betrieben (vgl. Fn 718). Entsprechend ist fraglich, ob [U18] überhaupt als eine Dritte gegenüber KAGA und deren Aktionärinnen, insbesondere Kästli-Gruppe, betrachtet werden kann. Da das letztlich nicht entscheidend ist, kann es offen bleiben.

im Jahre 2018 eröffnet wurde, bei Ausschöpfung der maximalen jährlichen Auffüllmenge bereits 2026 voll sein und wieder aus dem Markt austreten wird. Bei ihr handelt es sich um eine «vorübergehende» Erscheinung.

C.4.4.7.3 Mengenanteile in verschiedenen Umkreisen und damit einhergehende Unter- und Überschätzung der Marktstellung

476. Die in der Tabelle in Rz 474 aufgeführten prozentualen Anteile an der Gesamtmenge im Kanton Bern können an sich für frei gewählte Umkreise um die KAGA (z.B. in Zehnerschritten) jeweils auf 100 % hochgerechnet werden (wobei bei dieser Hochrechnung die Kleinstdeponien mit einem Anteil von weniger als 0,2 % an der Gesamtmenge im Kanton Bern wiederum nicht einfliessen).[928] In Anbetracht der «vorübergehenden» Präsenz der Deponie Eyacher und der langen Planungshorizonte im Bereich der Deponie für unverschmutzten Aushub erfolgt diese Berechnung einmal mit und einmal ohne Berücksichtigung dieser Deponie:

Umkreis um KAGA	Anteil KAGA	Anteil Aktionärinnen	Anteil Dritte
max. 10 km/max. 10 Min	[90–92,5] %	0 %	[7,5–10] %
max. 20 km/max. 20 Min	[50–55] %	[25–30] %	[15–20] %
max. 30 km/max. 30 Min	[45–50] %	[25–30] %	[20–25] %
max. 40 km/max. 40 Min	[30–35] %	[40–45] %	[25–30] %

Tabelle 28: Prozentuale Anteile entsprechend den Zehnerschritten unter Mitberücksichtigung der «vorübergehenden» Deponie Eyacher (Quelle: eigene Berechnungen).

Umkreis um KAGA	Anteil KAGA	Anteil Aktionärinnen	Anteil Dritte
max. 10 km/max. 10 Min	[90–92,5] %	0 %	[7,5–10] %
max. 20 km/max. 20 Min	[55–60] %	[30–35] %	[5–10] %
max. 30 km/max. 30 Min	[50–55] %	[30–35] %	[10–15] %
max. 40 km/max. 40 Min	[30–35] %	[45–50] %	[20–25] %

Tabelle 29: Prozentuale Anteile entsprechend den Zehnerschritten ohne die «vorübergehende» Deponie Eyacher (Quelle: eigene Berechnungen).

477. Die so berechneten Anteile sind allerdings mit Vorsicht zu geniessen, da sie zu einer Über- oder Unterschätzung der Marktstellung führen können. Denn sie sagen primär etwas darüber aus, wie gross der «Deponie-Cluster» von KAGA im Vergleich zu allen anderen Deponien ist, die ihren Standort innerhalb einer bestimmten Fahrdistanz und -zeit zu ihr haben. Nicht entnehmen lässt sich den Zahlen hingegen, welchen Anteil eine Deponie am deponierten Material hat, das aus ebendiesem Umkreis stammt. Denn dazu, woher das Material kommt, besagen diese Zahlen nichts und das deponierte Material kann auch aus einem Gebiet ausserhalb dieses Umkreises stammen.

478. Liegt der Standort einer Deponie nun sehr nahe bei demjenigen von KAGA, decken sich ihre «Einzugsgebiete» weitgehend. Dass auf dieser Deponie Material deponiert wird, das von ausserhalb des um KAGA gezogenen Umkreises von 40 km/40 Min stammt, dürfte selten, wenn überhaupt der Fall sein. Auch von ausserhalb des Umkreises von 30 km/30Min dürfte es selten sein; von ausserhalb des Umkreises von 20 km/20Min dürfte es ab und zu der Fall sein. Dies liegt letztlich daran, dass eine nahe von der KAGA gelegene Deponie fast das gleiche «Einzugsgebiet» hat wie die KAGA selbst. Je näher sich der Standort einer Deponie aber am äusseren Rand des um KAGA gezogenen Umkreises von 40 km/40 Min befindet, desto mehr und in bedeutenderem Ausmass wird auf dieser Deponie Material von ausserhalb des «Einzugsgebiets» von KAGA deponiert, da sich das «Einzugsgebiet» dieser Deponie eben bloss noch teilweise mit demjenigen von KAGA deckt. Sehr stark vereinfacht[929] lässt sich diese Problematik schematisch anhand einer ausgewählten Deponie[930] wie folgt darstellen:

[928] Die Berechnungen werden wie folgt durchgeführt: Es wird ein Umkreis festgelegt. Es werden alle Deponien / «Deponie-Cluster», die sich in diesem Kreis befinden, ausgewählt. Die Summe ihrer Deponiemengen bildet 100 %. Nun lässt sich für jede der ausgewählten Deponien / «Deponie-Cluster» der Anteil an diesen 100 % berechnen.

[929] Die Vereinfachung erfolgt in mehrfacher Hinsicht: Da die Fahrdistanzen und -zeiten von der geografischen Ausgangslage, insbesondere den Verkehrswegen und der Topografie abhängen, handelt es sich bei den Umkreisen an sich nicht um Radien, sondern um amorphe Gebilde, die von Deponie zu Deponie variieren. Da zudem zwei Faktoren – Distanz und Zeit – für die Bestimmung ihres Umfangs relevant sind, wäre die exakte Ausgestaltung dieser Gebilde noch komplizierter. Die Fahr*distanz* von Bern zu den beiden abgebildeten Deponien ist beispielsweise nahezu gleich. Die Fahrzeit zur Deponie von KAGA ist hingegen rund 10 Minuten kürzer als zur anderen Deponie (Autobahn vs. Landstrasse). Zudem bestehen in der Realität natürlich nicht «stufenweise», abrupte Übergänge zwischen Zehnerschritten, vielmehr verläuft dies graduell und fliessend. Der Aussagekraft der Darstellung tut die Vereinfachung jedoch keinen Abbruch, die zu Grunde liegende Problematik wird auch so ersichtlich.

[930] In der Realität spielt selbstverständlich nicht nur eine ausgewählte Deponie eine Rolle, sondern alle im entsprechenden Umkreis liegenden.

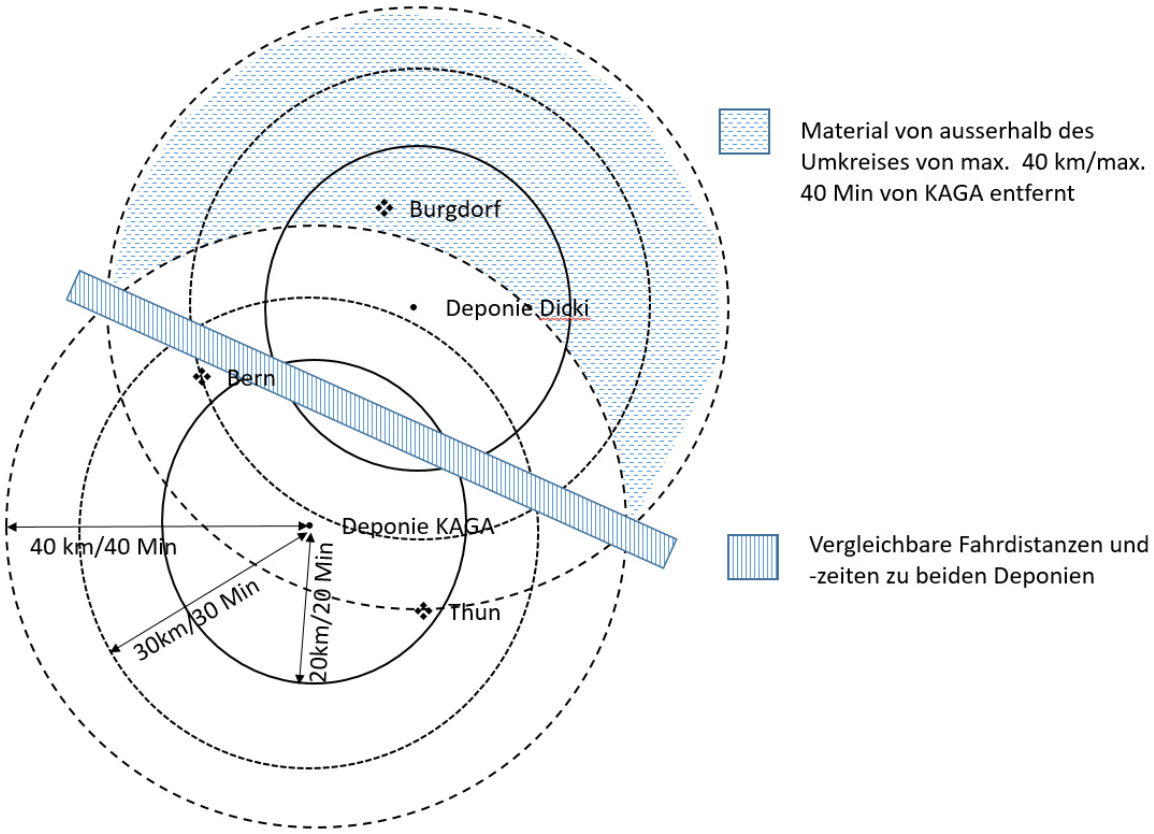


Abbildung 26: Vereinfachte schematische Darstellung der sich bloss teilweise deckenden «Einzugsgebiete» von KAGA einerseits und einer Deponie mit Standort im äusseren Zehnerschritt des Umkreises von maximal 40 Kilometern und maximal 40 Fahrminuten zur Deponie Bümberg.

479. Die Abbildung illustriert, dass auf der Deponie Dicki ([U05] [[U06]]) auch unverschmutzter Aushub deponiert wird, der aus einem Gebiet stammt, das ausserhalb des um KAGA gezogenen Umkreises von 40 Kilometern und 40 Fahrminuten liegt. Mit anderen Worten wird auf der Deponie Dicki auch unverschmutzter Aushub aus Gebieten deponiert, die mehr als 40 Kilometer und mehr als 40 Fahrminuten von den Deponien von KAGA entfernt sind. Die Aussage eines Geschäftsführungsmitglieds der Deponie Dicki bestätigt das: «Das [Aushubmaterial] von Burgdorf nehmen wir sicher und kommt in der Regel nach Hasle und Rumendingen»[931]. Der Anteil des «Deponie-Cluster» Dicki von [3–3,25] % am insgesamt im Kanton Bern deponierten unverschmutzten Aushubs setzt sich also auch aus Material zusammen, das von ausserhalb des 40/40-Umkreises um KAGA stammt. Oder anders gewendet ist der Anteil der Deponie Dicki von [3–3,25] % nicht direkt mit demjenigen von KAGA von [13–14] % vergleichbar, soweit es um Material geht, das aus dem 40/40-Umkreis um KAGA stammt. Während bei KAGA das allermeiste, wenn nicht alles bei ihr deponierte Material aus diesem Umkreis stammen dürfte, ist das bei der Deponie Dicki nicht der Fall; der Anteil des auf der Deponie Dicki deponierten Materials, das aus dem 40/40-Umkreis um KAGA stammt, ist deutlich geringer.

480. Mehr noch: Der 40/40-Umkreis basiert wie ausgeführt auf dem im Regelfall gegebenen «Anliefergebiet» der Nachfrager – der 40/40-Umkreis entspricht dem «Anliefergebiet» derjenigen Nachfrager, die 20/20 von den Deponien von KAGA entfernt sind. Bei den Nachfragern, die sich zwischen dem 20/20-Umkreis und dem 40/40-Umkreis befinden, handelt es sich demnach um solche, für welche die Deponien von KAGA bereits ausserhalb ihres im Regelfall gegebenen «Anliefergebiets» liegen, nämlich mehr als 20 Kilometer/20 Minuten entfernt sind. Der in den Tabellen in Rz 476 angeführte prozentuale Anteil gerade von Deponien, die selber zwischen dem 30/30-Umkreis und dem 40/40-Umkreis liegen, dürfte in einem bedeutenden Umfang auf derartige Nachfrager zurückgehen. Dieser Gedanke lässt sich auch der Abbildung entnehmen: Ersichtlich ist, dass der 20/20-Umkreis um die Deponie Dicki zu einem Grossteil mit einem Bereich zwischen dem 20/20-Umkreis und dem 40/40-Umkreis um KAGA überlappt. Ein weiterer Teil des 20/20-Umkreises um die Deponie Dicki liegt, wie ausgeführt, ausserhalb des 40/40-Umkreises um KAGA. Nur bei einer vergleichsweise kleinen Fläche handelt es sich um eine Schnittmenge der beiden 20/20-Umkreise. Mit anderen Worten dürfte nur ein vergleichsweise geringer Anteil von unverschmutztem Aushub, der in der Deponie Dicki deponiert wird, aus einem Gebiet stammen, das zugleich innerhalb des Regel-«Anliefergebiets» von 20 Kilometern und 20 Fahrminuten zu KAGA liegt. Ein Grossteil des dort deponierten Materials dürfte aus Gebieten stammen, die sich ausserhalb dieses Regel-«Anliefergebiets» zu KAGA befinden und 30, 40 oder noch mehr Fahrkilometer resp. Fahrminuten von KAGA entfernt sind.

[931] Einvernahme von [...] vom 26.3.2015, Rz 108 f., Act. III.20.

481. Im Bewusstsein darum, sind die in Rz 476 aufgeführten prozentualen Anteile umso beeindruckender: Im nächsten Umkreis von 10/10, also im Verhältnis zu Deponien mit mehr oder weniger dem identischen «Einzugsgebiet», ist KAGA mit einem Anteil von über 90 % erdrückend gross. Wird dieser Umkreis auf 20/20 oder 30/30 erweitert, reduziert sich der Anteil von KAGA zwar, aber er bleibt weiterhin über 50 % resp. fällt nur knapp darunter (Umkreis 30/30 bei Mitberücksichtigung der «vorübergehenden» Deponie Eyacher). Gleichzeitig steigt der Anteil, der auf Aktionärinnen von KAGA entfällt. Besonders deutlich wird dieses «Wechselspiel» zwischen KAGA und ihren Aktionärinnen bei einem Umkreis von 40/40. Der Anteil von KAGA am in diesem Umkreis deponierten unverschmutzten Aushub macht hier immer noch ca. einen Drittel aus, obwohl bei den zusätzlich berücksichtigten Deponien ein beachtlicher Anteil am deponierten Volumen aus Gebieten stammen dürfte, die, wie ausgeführt, mehr als 40 Kilometer und 40 Fahrminuten von KAGA entfernt sind. Vor allem aber steigt in diesem Umkreis der Anteil, der auf ihre Aktionärinnen entfällt; sie machen nunmehr nahezu die Hälfte aus. Dies führt die Positionierung von bedeutsamen Deponien der KAGA-Aktionärinnen in dem um KAGA gezogenen Umkreis von 40 km/40 Minuten vor Augen.

C.4.4.8 Selbsteinschätzung durch KAGA

482. Die Marktstellung, die sie innehat, war KAGA selbst bewusst, wie etliche interne Unterlagen belegen: So wurde bereits in einer Unternehmensanalyse von 2001, also noch vor dem Höhepunkt der Deponieengpässe, von ihr festgehalten: «Deponien: übermässiger Marktanteil bedingt durch Deponieknappheit», während sie bezüglich Kies «bloss» festhielt, «Marktanteil bedeutend (> 50 %)».[932] In einer «Unternehmensanalyse im Vergleich zur Konkurrenz» von 2002 wurde bezüglich Deponie der Punkt «Fähigkeit, hohe Preise zu lösen» mit der Maximalbewertung von «++» eingestuft mit der Begründung «Deponieknappheit». Gleichzeitig wurde bezüglich der «Fähigkeit, Deponiematerial effizient anzuliefern», festgehalten, dass KAGA in diesem Bereich keine Tätigkeit ausübe. Die Ertragskraft von KAGA wurde mit «+» bewertet und bei der Begründung festgehalten «Teilweise Monopolstellung in Deponiebereich; Kies gerät eher unter Druck».[933] Eine «Branchen-Analyse Kies- und Deponiegeschäft» ebenfalls von 2002 hielt fest, im Bereich Deponie bestehe Unterkapazität; bezüglich «Konkurrenzdruck» kam die Analyse zum Schluss «durch Knappheit des Deponievolumens kein Druck».[934] Im März 2002 stellte der VR von KAGA unter dem Titel «Annahmemengen Deponiematerial/evtl. Massnahmen» denn auch fest: «Die hochgerechnete Aushub- und Inertstoffmaterialannahme vom 14.1. bis 31.3.2002 beträgt ca. 125'000 m^3, das sind ca. 80 % mehr, als budgetiert worden sind. (…) Die Preiserhöhung auf 2002 (von Fr. 6.– auf Fr. 8.–/m^3) und die Umstellung auf Tonnen hat sich auf die Menge in keinem Fall ausgewirkt».[935] Für das Jahr 2003 beschloss der VR von KAGA sodann eine weitere Erhöhung der Deponiegebühren «um 12,5 % (Aushub Fr. 8.– auf Fr. 9.–/m^3)».[936] Die im Mai 2003 vom VR genehmigte «Strategie 2003+» hielt fest, dass im Deponiebereich eine «marktführende Rolle» angestrebt ist.[937] Genau dasselbe wurde vom VR anlässlich der Strategietagung «Strategie 2012+» festgehalten.[938] Bei der Unternehmensphilosophie hält KAGA als ihre «Mission/Aufgabe» fest, dass sie «die wichtigste Ver- und Entsorgerin von Kies-, Aushub- und Inertstoffmaterialien im Raum Bern – Spiez» ist.[939]

483. Besonders eindrücklich ist die Einschätzung der eigenen Position und der Marktkräfte, wie sie anlässlich der Beratung des Budgets 2006 in einem Protokoll der FIKO, bestehend aus [...] (Alluvia), [...] (Kästli) und [...] (KAGA), festgehalten ist. Die Notiz ist insbesondere auch im Kontext der Entwicklung des Deponiepreises während den Vorjahren zu betrachten. Den Preis pro Kubikmeter unverschmutztem Aushub hat KAGA von Fr. 6.– im Jahr 2001 stufenweise auf Fr. 10.– im Jahr 2005, als das Budget 2006 besprochen wurde, gesteigert,[940] also um zwei Drittel innerhalb von vier Jahren.

Die Preise sind auf dem Niveau (ausser den vom GF vorgeschlagenen Korrekturen) von 2005 zu belassen, dies auch bei den Deponiepreisen, obwohl hier der momentane Markt wahrscheinlich mangels Alternative eine Preiserhöhung „schlucken" würde. Die Gefahr, dass die KAGA dadurch als „Abzocker" in den Ruf kommen könnte, zusätzlich für Dritte ein Anreiz zur Selbstaktivität für einen Deponiebetrieb geschaffen werden könnte, scheint der FIKO zu gross. Dazu kommt, dass die KAGA wiederum ein überaus gutes Resultat mit dem Deponiebetrieb erwarten darf.

Abbildung 27: Auszug aus Protokoll der FIKO der KAGA vom 10.11.2005, T. 3.1 (Act. II.B.X.463).

[932] Act. II.G.X.11 S. 2.
[933] Act. II.G.X.15 S. 3 resp. 4.
[934] Act. II.G.X.12 S. 3.
[935] VR-Protokoll der KAGA vom 21.3.2002, T. 5, Act. II.D.X.6. Siehe auch Act. II.G.X.16 unter dem Titel «Bereits eingeleitete/umgesetze Massnahmen» «Preisteuerung der Schuttannahme gem. offizieller KAGA-Preisliste 2002» und unter dem Titel «Beurteilung der Massnahmen» «Keine spürbare Reduktion der angelieferten Mengen Schutt».
[936] VR-Protokoll der KAGA vom 28.11.2002, T. 5.3, Act. II.D.X.6.
[937] Act. II.G.X.29 S. 3.
[938] Act. II.G.X.29 S. 122.
[939] Act. II.G.X.29 S. 163.
[940] Zur Preissteigerung siehe Rz 1012 und die vorangehende Rz. Der Deponiepreis für unverschmutzten Aushub entwickelte sich in diesen Jahren wie folgt: 2001 Fr. 6.–; 2002 Fr. 8.–; 2003/2004: Fr. 9.–; 2005: Fr. 10.–.

484. Selbstverständlich war sich KAGA auch der Interdependenz von ihr und ihren Aktionärinnen bewusst: So listete etwa ein Beratungsunternehmen bei seiner «Auswertung Aktivitätsfelder für KAGA» von 2002 zahlreiche Möglichkeiten auf, wie KAGA ihre Aktivitätsfelder ausdehnen könnte. Dabei fällt auf, dass als Argumente gegen die Ausdehnung die Tätigkeiten der Aktionärinnen mehrmals als Hemmschuhe aufgeführt werden: Unter dem Titel «Neue Kundengruppen» heisst es als erste Option etwa: «Keine (schwierig, da sonst Konkurrenzierung von Aktionären)». Ähnlich auch unter dem Titel «Neue Marktgebiete», wo die erste Option «Keine neue Regionen (da sonst Konkurrenzierung der Aktionäre, Transportverteuerung durch LSVA-Steuer)» lautet, die zweite demgegenüber «Kerngebiet der Aktionäre». Bei Transportleistungen Kies sowie Transportleistungen Deponie lautet jeweils eine Option «Nur, falls Aktionäre dies nicht tun wollen».[941] In der vom VR im Mai 2003 genehmigten «Strategie 2003+» wurde festgehalten, dass KAGA «das langfristig benötigte Auffüll- und Deponievolumen im Raum Bern – Spiez sicherstellt – *unter Berücksichtigung der aktionärseigenen Auffüll- und Deponievolumina*».[942] Genau dasselbe ist auch im VR-Protokoll zur Strategietagung «Strategie 2012+» festgehalten, ergänzt mit folgender Bemerkung: «Die Konkurrenzsituation anderer Deponien wird für die nächsten fünf Jahre als gering eingestuft (siehe Tabelle in Strategieprotokoll vom 10. Juli 2012). Störend ist die Tatsache, dass Kies mangels genügender Deponiemöglichkeit im Raum Bern, aus dem Raum Oberaargau mit 'Aushub-Retourfuhren' nach Bern gelangt».[943] Entsprechend ist auch die Unternehmensphilosophie von KAGA ausgerichtet: «Ihre wirtschaftliche Tätigkeit richtet sich nach den Bedürfnissen der Aktionäre und soll diese in der Ausübung deren Stammaktivitäten sinnvoll ergänzen und unterstützen».[944]

C.4.4.9 Sich ergebendes Gesamtbild

485. Aus den vorangehenden Feststellungen resultiert folgendes Gesamtbild: In der Planungsregion Bern-Mittelland[945] und den Teilregionen Entwicklungsraum Thun und Kandertal[946] machen die Deponien für unverschmutzten Aushub von KAGA jeweils mehr als 40 % des gesamten deponierten Volumens aus. Die Deponieanteile, die in diesen Regionen auf die Aktionärinnen von KAGA entfallen, sind von vergleichbarer Grössenordnung (d.h. über 40 %), wodurch KAGA zusammen mit ihren Aktionärinnen einen Anteil am Deponievolumen von jeweils über 85 % erreicht. Der Anteil an deponiertem Volumen, der in diesen Gebieten auf Dritte entfällt, ist entsprechend gering, wobei zudem keine Dritte einen Anteil von mehr als [5–5,5] % erreicht. Diese Ausgangslage akzentuiert sich weiter, wenn berücksichtigt wird, dass die in diesen Regionen grösste Dritte, [U01], ihre eigene Deponie zu ca. 90 % für den eigenen Bedarf nutzte und zudem Engpässe hatte, sodass sie zuweilen darauf angewiesen war, selber in Deponien anderer Anbieterinnen zu deponieren.[947]

486. Werden die aufgrund ihres Standorts relevanten Deponien für unverschmutzten Aushub aus der Planungsregion Emmental miteinbezogen, relativiert dies die Stellung von KAGA und ihren Aktionärinnen zwar etwas, vermag sie aber nicht in grundsätzlicher Hinsicht zu erschüttern. In der Planungsregion Emmental befinden sich drei Deponien resp. «Deponie-Cluster» mit einem immerhin nennenswerten Deponievolumen in einer Fahrdistanz zwischen 20 und 30 Kilometern und einer Fahrzeit von 25 bis 35 Minuten von der Deponie Bümberg entfernt. Jedoch erreichen diese drei Deponien resp. «Deponie-Cluster», selbst wenn sie trotz unterschiedlicher Betreiberinnen zusammengerechnet würden, nicht einmal einen Drittel der Grösse von KAGA. Kommt hinzu, dass die Grösste dieser drei Deponien, die von [U06]/[U05] betrieben wird, in geringeren Fahrdistanzen und -zeiten zu den Deponien von Kästli in Rubigen und von Alluvia in Mattstetten liegt als zur Deponie von KAGA in Bümberg. Sie resp. der «Deponie-Cluster», zu dem sie gehört, ist im Verhältnis zur Trias des «Deponie-Clusters» von KAGA und den zwei erwähnten Deponien ihrer Aktionärinnen knapp siebenmal kleiner.[948]

487. Die zwei grössten Deponien resp. «Deponie-Cluster», die im Kanton Bern von Dritten betrieben werden, liegen in den Planungsregionen Oberaargau resp. Biel-Seeland/Jura. Die Fahrdistanz zwischen ihnen und der Deponie Bümberg beträgt mehr als 50 resp. 65 Kilometer und die Fahrzeit beläuft sich auf ca. 45 Minuten und mehr. Zu einem Gebiet nördlich der Stadt Bern sind diese zwei Deponien resp. «Deponie-Clustern» einerseits und derjenige von KAGA andererseits in vergleichbaren Fahrdistanzen und -zeiten entfernt. Diese zwei grössten Deponien resp. «Deponie-Cluster», die von Dritten betrieben werden, mögen daher in diesem Gebiet nördlich der Stadt Bern noch einen gewissen Wettbewerbsdruck auf KAGA auszuüben, wobei dieses Gebiet ausserhalb des «Einzugsgebiets» von KAGA liegt. Im eigentlichen «Kerngebiet» von KAGA, dem Aaretal von der südöstlichen Seite von Bern bis zur nördlichen Seite von Thun, können diese zwei grössten von Dritten betriebenen Deponien keinen Wettbewerbsdruck mehr entfalten, jedenfalls keinen nennenswerten – zu gross ist das Ungleichgewicht bezüglich der Fahrdistanzen und -zeiten.[949]

488. Das Bild, das sich bei der Rohkiesgewinnung ergeben hat,[950] besteht noch ausgeprägter bei den Deponien für unverschmutzten Aushub. KAGA ist im Aaretal von Thun (Nord) bis Bern (Südost) – welche durch die Autobahn A6 verkehrstechnisch gut verbunden sind – die bedeutendste und grösste Deponie für unverschmutzten Aushub. Etliche weitere Deponien für unverschmutzten Aushub von ihren Aktionärinnen finden sich etwas entfernt von ihr im Aaretal (Deponie von Kästli) bzw. um dieses herum gelegen (im Norden und Südwesten von

[941] Act. II.G.X.20 S. 5 f.
[942] Act. II.G.X.29 S. 3, Hervorhebung von Wettbewerbsbehörde.
[943] Act. II.G.X.29 S. 122.
[944] Act. II.G.X.29 S. 163.
[945] Rz 457.
[946] Rz 459.
[947] Rz 428, 443 und 450.
[948] Vgl. die Tabelle in Rz 455.
[949] Muri-Gümligen beispielsweise grenzt südöstlich an die Stadt Bern an und liegt damit am nordwestlichen Ende des Aaretals. Die Fahrdistanzen und -zeiten von dort zu Deponien von KAGA belaufen sich auf 17 Kilometer und 15 Minuten, während sie zu den zwei grössten von Dritten betriebenen Deponien mehr als doppelt so gross sind (38 resp. 50 Kilometer; 37 resp. 34 Minuten).
[950] Rz 407.

Bern Deponien von Alluvia, im Süden von Thun Deponien von Vigier [insbesondere Kiestag]). Diese Deponien der Aktionärinnen bilden dadurch quasi eine «Pufferzone» um das Aaretal von Thun bis Bern und schirmen dieses qua Fahrdistanz und -zeit gegenüber unabhängigen Dritten ab. Und umgekehrt erwächst diesen umliegenden Deponien der KAGA-Aktionärinnen aus dem Aaretal heraus nicht Druck durch bedeutende Deponien, die von Dritten betrieben werden, da dieses Gebiet durch KAGA «besetzt» ist. Im Aaretal selber befindet sich längerfristig eigentlich nur eine einzige etwas grössere Deponie für unverschmutzten Aushub, die von einer Dritten betrieben wird (Deponie von [U01] in Kirchdorf) – im Vergleich zum sehr nahegelegenen «Deponie-Cluster» von KAGA ist diese aber mehr als zwölfmal kleiner. Zudem bestanden auch bei dieser Deponie in den vergangenen Jahren Engpässe. Von ausserhalb des Aaretals besteht primär aus nördlicher Richtung, aus der Planungsregion Emmental, im Randbereich des Gebiets ein gewisser Wettbewerbsdruck durch Deponien von unverschmutztem Aushub, die von Dritten betrieben werden. Verglichen mit dem «Deponie-Cluster» von KAGA sind diese Deponien aber von deutlich geringerer Grösse – dies umso mehr, wenn sie in Relation zu KAGA und ihren in diesem Gebiet tätigen Aktionärinnen gesetzt werden. In vorliegendem Zusammenhang ist weiter zu beachten, dass die Betreiberin einer Deponie das bei ihr zur Verfügung stehende Deponievolumen trotz vorhandener Nachfrage nicht kurzfristig in bedeutendem Umfang erhöhen kann (etwa bis zur Grenze ihrer Auffüllreserven), sondern aufgrund der etappenweisen Bewirtschaftung zu einem bestimmten Zeitpunkt nur ein Bruchteil ihrer Auffüllreserven tatsächlich zur Deponierung zur Verfügung stellen kann.[951]

489. Die gegebene Situation ist aufgrund der planungs- und bewilligungsrechtlichen Ausgangslage[952] sodann über Jahre hinweg zementiert – kurz- und mittelfristige Neueintritte und Erweiterungen sind nicht möglich. Zudem erfahren alle Marktteilnehmer lange im Voraus von beabsichtigten neuen Deponien für unverschmutzten Aushub sowie geplanten Erweiterungen bestehender Deponien und können sich entsprechend darauf einstellen. Dass die Deponie «auf grüner Wiese» in Thierachern 2018 ihre Tore öffnen konnte, kam für KAGA und ihre Aktionärinnen daher nicht überraschend. Diese zum «Deponie-Cluster» von KAGA nahegelegene Deponie mag die – ansonsten über Jahre, wenn nicht gar Jahrzehnte hinweg stabile – Situation etwas aufzurütteln und sie erzeugt einen gewissen Wettbewerbsdruck auf KAGA sowie die Aktionärinnen in der Nähe. Aufgrund der maximalen Auffüllmenge ist diese «Störung» jedoch von absehbarer Dauer und beschränkt sich – bei Ausschöpfung der jährlichen Maximalmenge – auf knapp neun Jahre. Zudem ist auch der mengenmässig maximale Umfang dieser «Störung» bekannt; und zwar sowohl in jährlicher Hinsicht als auch insgesamt. Eine Zeitspanne von neun Jahren mag in anderen Wirtschaftsbereichen sehr lange sein, bei den im Deponiegeschäft bestehenden Planungshorizonten erscheint dies hingegen ein überblickbarer Zeitraum, der zudem in volumenmässiger Hinsicht beschränkt ist. Kurzum: Der Wettbewerbsdruck, der von dieser neu eröffneten Deponie auf KAGA ausgeht, ist sowohl zeitlich als auch volumenmässig beschränkt. In grundsätzlicher Hinsicht die Situation zu verändern, vermag diese neue Deponie nicht. An anderer Stelle wird im Übrigen ausgeführt, dass und inwiefern KAGA versuchte, selbst diese vorübergehende «Störung» kontrollieren und zumindest teilweise in ihre eigenen Hände nehmen zu können.[953]

C.4.4.10 Ausblick auf die zukünftige Entwicklung

490. Dem aktuellen Richtplan ADT der Regionalkonferenz Bern-Mittelland von 2017[954] und den Teilrichtplänen ADT des Entwicklungsraums Thun von 2019[955] und Kandertal von 2018 lassen sich die Standorte entnehmen, an denen Deponien für unverschmutzten Aushub bereits jetzt grundeigentümerverbindlich gesichert sind und wo diesbezügliche Festsetzungen, Zwischenergebnisse und – in ferner Zukunft liegend – Vororientierungen erfolgt sind. Die Richtpläne geben auch Auskunft über die vorhandenen resp. erwarteten Kubaturen.

491. Eine Auswertung des Richtplans ADT der Regionalkonferenz Bern-Mittelland ergibt das folgende Bild:

[951] Siehe Rz 423.
[952] Siehe Rz 358 f. m.w.H.
[953] Siehe Rz 1228 ff.
[954] Abrufbar unter <www.bernmittelland.ch> Themen > Raumplanung > Projekte > Abbau, Deponie, Transporte (ADT) > Behördenverbindliche Festlegungen mit Koordinationsblättern (Richtplantext) (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[955] Abrufbar unter <entwicklungsraum-thun.ch> Landschaft Siedlung Verkehr > Abbau und Deponie > ERT Teilrichtplan ADT Richtplantext (zuletzt besucht am 13.6.2023).

Standort			Richtplanung Bern-Mittelland 17			
Betreiberin	**Bezeichnung**	**Ort**	**Grundeigen-tümerver-bindlich**	**Festset-zung**	**Zwischen-ergebnis**	**Vororien-tierung**
AAA (=Marti)	Neumatt	Oppligen				**2'300'000**
Alluvia	Oberwangen	Bern, Köniz, Neuenegg	**3'750'000**			**unbekannt**
Alluvia	Silbersbode	Mattstetten, Bäriswil	**3'260'000**		**3'000'000**	
Alluvia	Eichmatt	Jegenstorf			**500'000**	
[U24]	Hubel-Chrützfeld	Ferenbalm/Ulmiz (FR)			1'300'000	
[U06]	Chratzmatt	Landiswil	2'280'000			
[U53]	Oechtlen	Riggisberg	224'000	161'000	339'000	
Daepp	Ried	Kirchdorf	**945'000**			
Daepp	Schönibühl	Oppligen	**189'000**	**600'000**		**700'000**
[U56]	Bütschel	Oberbalm				380'000
[U31]	Obermoos	Deisswil, Münchenbuchsee			2'240'000	
[U32]	Chessiboden	Köniz, Neuenegg			1'400'000	
[U57]	Louelen	Köniz			500'000	
KAGA	Türliacher	Jaberg, Kirchdorf	**2'450'000**	**2'800'000**	**1'600'000**	
KAGA	Bümberg	Kiesen, Oppligen	**3'590'000**	**2'190'000**	**9'810'000**	
Kästli	Bodenweid	Rubigen	**1'630'000**	**3'000'000**	**4'000'000**	
[U20]	Schwefelberg-Pochten	Rüschegg	127'000			
[U01]	Thalgut	Gerzensee, Kirchdorf	875'000		2'670'000	
[U58]	Rehhag	Köniz		400'000		
[U54]	Bergacher	Mühleberg			790'000	
[U02]	Griedenbühl	Linden	203'000	251'700	289'300	480'000
Vigier	Stossesbode	Neuenegg		**1'950'000**	**2'050'000**	**5'900'000**
[U59]	Riedere Bramberg	Neuenegg				140'000
[U60]	Marizried	Neuenegg			300'000	
Total			**19'523'000**	**11'352'700**	**30'788'300**	**9'900'000**

Tabelle 30: Standorte gemäss Richtplan ADT Bern-Mittelland von 2017 (Quelle Eigene Auswertung des Richtplans ADT Bern-Mittelland von 2017).

492. Aussagekräftiger als diese absoluten Zahlen sind prozentuale Angaben. Aus diesen ist leichter erkennbar, was diese Angaben in den Richtplanungen hinsichtlich der künftigen Marktposition bedeuten:

Richtplan ADT Bern-Mittelland 17				
Betreiberin	**Grundeigentü-merverbindlich**	**Festsetzung**	**Zwischen-ergebnis**	**Vororien-tierung**
KAGA	30.9	44.0	37.1	0
KAGA inkl. Daepp	**36.7**	**49.2**	**37.1**	**7.1**
KAGA-Aktionärinnen	**44.3**	**43.6**	**31.0**	**82.8**
- Alluvia	35.9	0	11.4	0
- Kästli-Gruppe	8.3	26.4	13.0	0
- Vigier	0	17.2	6.7	59.6
- Marti-Gruppe	0	0	0	23.2
Dritte	**19.0**	**7.2**	**31.9**	**10.1**

Tabelle 31: Prozentuale Anteile von KAGA, ihren Aktionärinnen und unabhängigen Dritten an den im Richtplan ADT Bern-Mittelland von 2017 vorgesehenen Deponievolumen für unverschmutzten Aushub nach Koordinationsständen (Quelle Eigene Auswertung des Richtplans ADT Bern-Mittelland von 2017).

493. Die in Rz 394 abgebildete Karte, die Teil der Richtplanung ADT Bern-Mittelland ist, zeigt im Übrigen, wo sich die entsprechenden Standorte befinden.

494. Bezüglich der bereits grundeigentümerverbindlich gesicherten Reserven verhält es sich in der Planungsregion Bern-Mittelland so, dass KAGA und ihre Aktionärinnen zusammen weiterhin einen Anteil von über 80 % erreichen. Bezüglich der Festsetzungen beläuft sich ihr Anteil gar auf über 90 %. Der Anteil von KAGA an den bereits grundeigentümerverbindlich gesicherten Reser-

ven macht mehr als einen Drittel aus, während er bei den Festsetzungen auf nahezu die Hälfte kommt. Der Anteil ihrer Aktionärinnen beläuft sich zwischen 43,5 % und 44,5 %. Unter dem Strich bleibt die Lage während den nächsten 35 Jahren (vorausgesetzt, die Festsetzungen können wie geplant in Nutzungsplänen umgesetzt werden, und vorbehältlich unvorhersehbarer, nicht eingeplanter Entwicklungen) mehr oder weniger gleich wie bisher.

495. Etwas anders sieht das Verhältnis bei den Zwischenergebnissen aus, die der längerfristigen Reservesicherung ab 35 Jahren dienen und erst noch in Festsetzungen umgewandelt werden müssen, bevor sie in Nutzungsplanverfahren konkretisiert werden können.[956] Dort büssen sowohl KAGA als auch ihre Aktionärinnen gewisse Anteile ein. Entsprechend steigt bei den Zwischenergebnissen der Anteil unabhängiger Dritter von unter 20 % auf immerhin knapp einen Drittel. Diese Steigerung ist zu einem Grossteil auf vier grosse Zwischenergebnisse unabhängiger Dritter mit einem Volumen von je mehr als 1 Mio. Kubikmetern zurückzuführen: Das grösste Projekt (Thalgut von [U01]) liegt in unmittelbarer Nähe zu den Deponien der KAGA. Das Zwischenergebnis von KAGA ist allerdings mehr als viermal so gross wie dasjenige von [U01]. Wird dabei zudem das Zwischenergebnis der KAGA-Aktionärin Kästli mitberücksichtigt, deren Deponie ebenfalls auf der Südseite von Bern liegt, ist das Zwischenergebnis von [U01] fast sechsmal kleiner. Anders als diese geplante Deponieerweiterung von [U01] liegen die drei weiteren als Festsetzungen berücksichtigten Grossprojekte Dritter in bedeutender Distanz zu den Deponien von KAGA an den Kantonsgrenzen zu Solothurn resp. Freiburg: Das zweitgrösste Projekt (Obermoos von [U31]) befindet sich auf der Nordseite von Bern in der Nähe zum Kanton Solothurn. Das drittgrösste Projekt (Chessiboden von [U32]) befindet sich auf der Südwestseite von Bern in Grenznähe zum Kanton Freiburg. Das viertgrösste Projekt (Hubel-Chrützfeld von [U24]) befindet sich auf der Westseite von Bern auf der Grenze zum Kanton Freiburg. Im Süden von Bern bleibt damit bezüglich des Kräfteverhältnisses zwischen KAGA und ihren Aktionärinnen einerseits und unabhängigen Dritten andererseits auch bei Realisierung der Zwischenergebnisse alles in etwa beim Alten. Bei den Vororientierungen, die noch weiter in der Zukunft liegen als Zwischenergebnisse und deren Realisierung daher derzeit in mancherlei Hinsicht ungewiss erscheint, fällt auf, dass drei solche Vororientierung in der Umgebung der Deponien von KAGA eingegeben wurden. Die kleinste dieser drei Vororientierungen erscheint als die Einzige, die von einer unabhängigen Dritten stammt, und sie ist zugleich die am weitesten von KAGA entfernte Vororientierung. Die zwei anderen Vororientierungen liegen hingegen in der unmittelbaren Umgebung, wobei eine von der KAGA-Aktionärin Aare-Kies (Daepp) stammt. Die andere dürfte in Anbetracht der Person des Verwaltungsratspräsidenten der als Betreiberin angegebenen Gesellschaft von der KAGA-Aktionärin Marti-Gruppe stammen. Mit anderen Worten bleibt der Süden von Bern auch bei Berücksichtigung dieser Vororientierungen weiterhin in den Händen von KAGA und ihren Aktionärinnen.

496. Die nachfolgende Auswertung der Teilrichtpläne ADT des Entwicklungsraums Thun 19 und Kandertal 18 zeigt die Koordinationsstände bezüglich Deponien von unverschmutztem Aushub. Wie in der Tabelle ausgewiesen, hat sich seit Erlass der Teilrichtpläne eine wesentliche Änderung bezüglich einer Betreiberin ergeben: Die KAGA-Aktionärin Vigier übernahm per 1. Oktober 2020 die Gipsgrube von Rigips AG,[957] die ein bedeutendes Volumen an den Festsetzungen und den Zwischenergebnissen aufweist. Es erfolgte bloss eine einzige Vororientierung (Kiesgrube Zulgport), wobei im Richtplan die erwartete Kubatur als unbekannt angegeben und die Betreiberin zur Einholung der privatrechtlichen Abbaurechte angehalten wird.

[956] Siehe dazu Rz 341.

[957] Vgl. <www.rigips.ch/de/news-events/Presse/medienmitteilung-leissigen> (zuletzt besucht am 13.6.2023).

Betreiberin	Bezeichnung	Ort	Grundeigen-tümerver-bindlich	Festset-zung	Zwischen-ergebnis	Vororien-tierung
[U52]	Brünnlisau	Erlenbach			700'000	
[U50]	Pfandern	Thun		360'000		
[U23]	Chollere II	Diemtigen			400'000	
[U23]	Pochte	Adelboden	250'000	300'000		
[U61]	Meigi I	Kandersteg			50'000	
[U61]	Meigi II	Kandersteg	50'000			
[U61]	Eggenschwand	Kandersteg		60'000		
[U61]	Bärebode	Kandersteg	44'000			
[U62]	Baumannsbode	Reichenbach		35'000		
[U62]	Losplatte	Reichenbach		42'000		
[U62]	Wurmeren	Reichenbach		110'000		
[U63]	Meiersmaad	Sigriswil		40'000		
[U64]	Rohrbach	Frutigen	17'000		175'000	
[U04]	Eyacher	Thierachern	520'000			
[U04]	Limpachmoos	Uetendorf			500'000	
KAGA	Bümberg, Ägelmoos u.a	Heimberg, Kiesen, Oppl	**1'800'000**	**1'100'000**	**4'900'000**	
KAGA	Säget, Weid	Uttigen	**1'050'000**			
[U55]	Würzigrube	Diemtigen	20'000			
[U65]	Innerkandergrund	Kandergrund	4'000			
Nicht angegeben	Lischa	Adelboden		83'000		
Noch unbekannt	Bettbach	Frutigen			50'000	
[U03]	Hanigrube	Reutigen	320'000			
Rigips (Vigier seit 01.10.2020)	Gipsgrube Rigips	Krattigen	**300'000**	**2'000'000**	**1'900'000**	
[U66]	Zilti-Wengi	Reichenbach		130'000		
[U02]	Zulgport	Unterlangenegg	210'000			k.A.
Vigier	Gesigen	Spiez	**200'000**			
Vigier	Steinigand	Wimmis	**250'000**	**2'000'000**		
Vigier	Neu Allmi	Reutigen		**850'000**		
Vigier	Steinbruch Reutigen	Reutigen		**500'000**		
Vigier (SHB Steinbruch)	Mitholz	Kandergrund	**2'000'000**		**3'000'000**	
Vigier (1/2 ARGE Almid)	Allmid	Zwieselberg	**650'000**			
[U24] (1/2 ARGE Allmid)			650'000			
[U67]	Steinbruch Port	Wimmis	410'000			
[U68]	Fuchsegg	Unterlangenegg		43'000		
Total			**8'745'000**	**7'653'000**	**11'675'000**	

Tabelle 32: Standorte gemäss Teilrichtplänen ADT Entwicklungsraum Thun von 2019 und Kandertal von 2018 (Quelle Eigene Auswertung der Teil-Richtpläne ADT Entwicklungsraum Thun von 2019 und Kandertal von 2018)[958].

497. Der einfacheren Lesbarkeit halber seien auch hier die prozentualen Angaben dargestellt:

Teilrichtpläne ADT Entwicklungsraum Thun 19 und Kandertal 18				
Betreiberin	**Grundeigentü-merverbindlich**	**Festsetzung**	**Zwischen-ergebnis**	**Vororien-tierung**
KAGA	**32.6**	**14.4**	**42.0**	**Keine Angaben**
KAGA-Aktionärinnen	**38.9**	**69.9**	**42.0**	
- Vigier	38.9	69.9	42.0	
Dritte	**28.5**	**15.7**	**16.0**	

Tabelle 33: Prozentuale Anteile von KAGA, ihren Aktionärinnen und unabhängigen Dritten an den in den Teilrichtplänen ADT Entwicklungsraum Thun von 2019 und Kandertal von 2018 vorgesehenen Deponievolumen für unverschmutzten Aushub nach Koordinationsständen (Quelle Eigene Auswertung der Teilrichtpläne ADT Entwicklungsraum Thun von 2019 und Kandertal von 2018).

[958] Mangels anderer Anhaltspunkte wurde das grundeigentümerverbindlich gesicherte Volumen der ARGE Allmid je hälftig auf ihre beiden Gesellschafter Vigier und [U25] aufgeteilt.

498. Die Karte der Standorte im Teilrichtplan Entwicklungsraum Thun von 2019 und die dazugehörige Legende findet sich in Rz 400. Ergänzend wird nachfolgend die Karte der Standorte im Teilrichtplan Kandertal von 2018 sowie die dazugehörige Legende abgebildet:

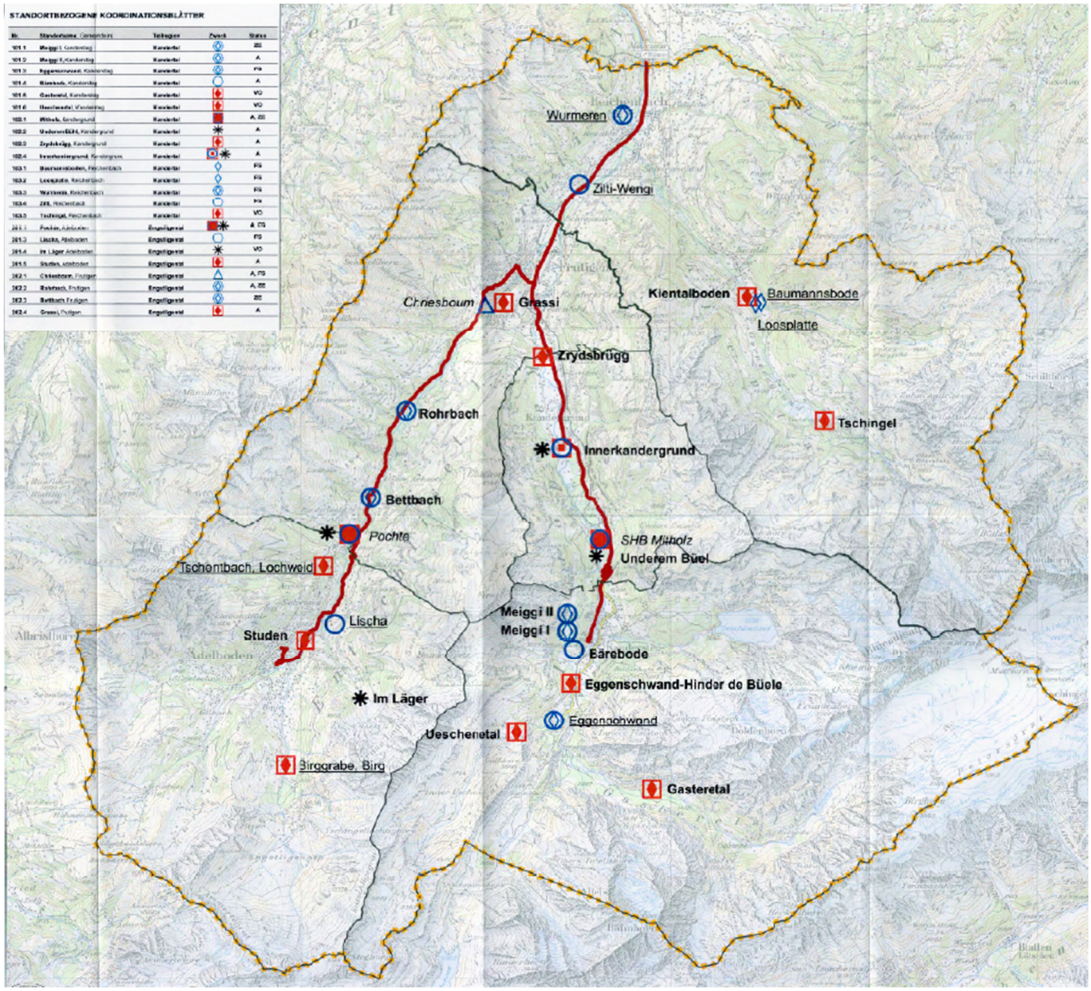


Abbildung 28: Standorte gemäss Teilrichtplan ADT Kandertal von 2018 (Quelle Teilrichtplankarte Kandertal)[959].

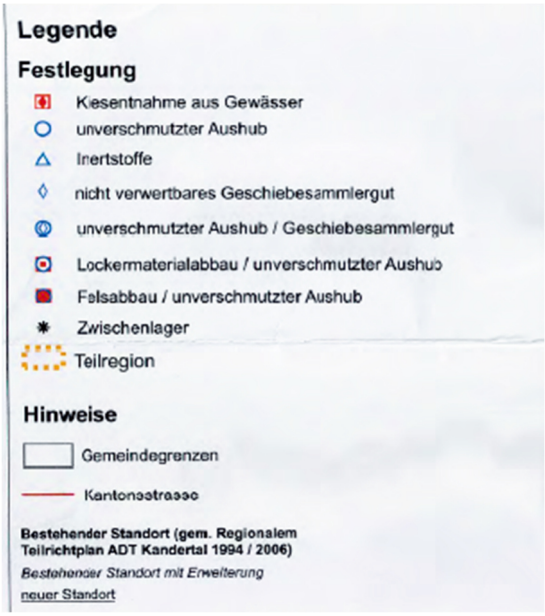


Abbildung 29: Legende zur Teilrichtplankarte ADT Kandertal von 2018 (Quelle Teilrichtplankarte Kandertal)[960].

[959] Abrufbar unter <kandertal.ch> Dienstleistungen unter dem Titel «Planungen genehmigt» Teilrichtplan regionale Abbau- und Deponieplanung > Karte (zuletzt besucht am 13.6.2023).

[960] Für die Quellenangabe siehe die vorangehende Fn.

499. Verglichen mit der bisherigen Situation ist der Anteil der unabhängigen Dritten an den grundeigentümerverbindlich gesicherten Reserven grösser als ihr bisheriger Anteil; er steigt zusammengerechnet auf fast 30 %. Knapp ein Drittel macht der Anteil von KAGA aus, während auf ihre Aktionärin Vigier fast 40 % entfallen. Der Anteil von KAGA und ihrer Aktionärin Vigier beläuft sich damit bei den grundeigentümerverbindlich gesicherten Reserven «immerhin» noch auf über 70 %. Verglichen mit den grössten Deponien von Dritten bleiben die zwei Deponien resp. Deponieteile[961] des «Deponie-Cluster» von KAGA, die im Entwicklungsraum Thun gelegen sind, bedeutend grösser: knapp viereinhalbmal so gross als der hälftige, auf eine Dritte entfallende Deponieanteil bei einer Deponie, die diese Dritte zusammen mit der KAGA-Aktionärin Vigier betreibt. Und knapp fünfeinhalbmal so gross als die grösste Deponie, die in diesem Gebiet ausschliesslich durch eine Dritte betrieben wird. Bei den Festsetzungen wirkt sich vor allem auch die Übernahme der Gipsgrube von Rigips AG durch die KAGA-Aktionärin Vigier aus: Der Anteil von KAGA und von den unabhängigen Dritten macht bei den Festsetzungen jeweils rund 15 % aus, während der Anteil der KAGA-Aktionärin Vigier auf fast 70 % emporschnellt. Bei den Zwischenergebnissen ist der Anteil von KAGA und ihrer Aktionärin Vigier genau ausgeglichen und beträgt je 42 %; die unabhängigen Dritten kommen auf etwas mehr als 16 %. Zusammengefasst ist festzustellen, dass in den Teilregionen Entwicklungsraum Thun und Kandertal der Anteil von KAGA und ihrer Aktionärin Vigier bei den grundeigentümerverbindlich gesicherten Reserven im Vergleich zu jetzt zwar etwas abnimmt, aber weiterhin über 70 % bleibt. Bei den Festsetzungen und Zwischenergebnissen beläuft sich der Anteil von KAGA und ihrer Aktionärin Vigier wiederum auf fast 85 %, wobei sich das interne Verhältnis bei den Festsetzungen deutlich zu Gunsten von Vigier verschiebt, bei den Zwischenergebnissen aber wieder ausgeglichen ist. Alles in allem wird sich daher das Kräfteverhältnis zwischen KAGA und ihrer Aktionärin Vigier einerseits und unabhängigen Dritten andererseits in den Teilregionen Entwicklungsraum Thun und Kandertal trotz einer gewissen «Baisse» bei den grundeigentümerverbindlich gesicherten Reserven nicht wesentlich ändern.

C.4.4.11 Zusammengefasstes Beweisergebnis bezüglich Deponien für unverschmutzten Aushub

500. Zusammenfassend ist festzustellen, dass sowohl KAGA als auch ihre Aktionärinnen Vigier, Alluvia, Kästli-Gruppe und Marti-Gruppe zu den bedeutendsten Betreiberinnen von Deponien für unverschmutzten Aushub im gesamten Kanton Bern zählen. Gemessen am prozentualen Anteil an der Gesamtabbaumenge in den Jahren 2004 bis 2015 im Kanton Bern ist KAGA die drittgrösste Betreiberin. Ihre Aktionärinnen belegen den ersten (Vigier), fünften (Alluvia), sechsten (Kästli-Gruppe) und achten (Marti-Gruppe) Rang.

501. Bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub machen die Transportkosten – ebenso wie beim Rohkies – einen wesentlichen Teil der Gesamtkosten aus. Die Transportkosten steigen mit zunehmender Fahrdistanz und -zeit, weshalb die Distanzen und Fahrzeiten zwischen dem Ort, an dem unverschmutzter Aushub anfällt (regelmässig dem Ort der Baustelle), und den Deponien für unverschmutzten Aushub eine erhebliche Rolle spielen. Die Nachfrager von Deponieleistungen können den Ort, an dem der unverschmutzte Aushub anfällt, nicht steuern, sondern nur, aber immerhin, auswählen, welche Deponie sie von dort aus anfahren wollen. Die Deponien sind von ihrer Natur aus stationär, wobei näherliegende Deponien für Nachfrager einen Kostenvorteil gegenüber weiter entfernten aufweisen, der in Relation zur zusätzlichen Fahrdistanz und -zeit steht. Weil fortlaufend zahlreiche Baustellen parallel betrieben werden, besteht letztlich ein flächendeckendes Geflecht von Baustellen. Entsprechend ist nicht die Situation eines einzelnen Nachfragers massgeblich, sondern das «Anliefergebiet» der Nachfrager in ihrer Gesamtheit. Dieses ist zwar nicht technisch beschränkt, jedoch wird aufgrund der steigendenden Transportkosten faktisch ein Rahmen abgesteckt, der mit der Dichte der Deponiestandorte zusammenhängt. Es ist daher angebracht, die «Einzugsgebiete» der Deponien im hier interessierenden Gebiet zu betrachten. Diese sind ebenfalls nicht fix, wobei auch hier die zunehmenden Transportkosten faktisch einen Rahmen abstecken. Der Wettbewerb zwischen Deponien ist nun in jenen Gebieten am intensivsten, in denen die Fahrdistanzen und -zeiten zu zwei oder mehr Deponien in etwa gleich sind. Je ungleicher die Fahrdistanzen und -zeiten zu den nächsten Deponien in einem Gebiet sind, desto weniger Wettbewerbsdruck kann eine weiter entfernte Deponie noch auf die näher gelegene ausüben – die Abnahme des Wettbewerbsdrucks erfolgt dabei graduell oder kontinuierlich, nicht abrupt.

502. KAGA betreibt ihren «Deponie-Cluster» an der Grenze zwischen den Planungsregionen Bern-Mittelland und Thun-Oberland West. In Anbetracht der Dichte der Deponiestandorte in diesem Gebiet sowie der von Nachfragern grossmehrheitlich genannten maximalen Fahrdistanz von im Regelfall 20 Kilometern oder weniger sind bei der Planungsregion Thun-Oberland West die Teilregionen Entwicklungsraum Thun und Kandertal mitzuberücksichtigen; die Fahrdistanzen und -zeiten zur Teilregion Obersimmental-Saanental sind hingegen zu gross. Andererseits sind die Fahrdistanzen und -zeiten zu einzelnen Deponien in der Planungsregion Emmental dergestalt, dass diese Deponien ebenfalls mitzuberücksichtigen sind. Der «Deponie-Cluster» von KAGA ist in der Planungsregion Bern-Mittelland sowie in den Teilregionen Entwicklungsraum Thun und Kandertal die mit Abstand grösste Deponie (Anteil von rund [45–50] % resp. [40–45] %). In einem um KAGA gezogenen Umkreis von maximal 30 Fahrkilometern und maximal 30 Fahrminuten entfallen auf KAGA [50–55] % resp. [45–50] % (bei Mitberücksichtigung der «vorübergehenden» Deponie Eyacher) des gesamten Materials, das bei Deponien in diesem Umkreis deponiert wird (siehe allerdings Rz 476 zur Aussagekraft dieser Zahl). Und selbst in einem um

[961] Die Deponie Bümberg liegt auf der Grenze der Planungsregionen Bern-Mittelland und Thun-Oberland West, weshalb nur ein Teil ihrer Flächen in den Teilrichtplan Entwicklungsraum Thun einfloss, der andere, deutlich grössere Teil ihrer Flächen in den Richtplan Bern-Mittelland (vgl. Rz 491; die Angaben im Richtplan Bern-Mittelland bezüglich der Deponie Bümberg sind folgende: grundeigentümerverbindlich gesichert: 3'590'000; Festsetzung: 2'190'000 und Zwischenergebnis: 9'810'000).

sie gezogenen Umkreis von maximal 40 Fahrkilometern und maximal 40 Fahrminuten ist KAGA die mit Abstand grösste Deponie hinsichtlich des bei Deponien in diesem Umkreis deponierten Materials (da in die Berechnung des Gesamtvolumens in diesem Umkreis deponiertes Material einfliesst, das von ausserhalb des «Anliefergebiets» von 20 Kilometern/ 20 Fahrminuten stammt und sogar solches, das von ausserhalb des 40/40-Umkreises kommt, unterschätzt der berechnete Anteil von [30–35] % resp. [30–35] % die effektive Marktstellung).

503. Selber erachtet KAGA als ihr «Einzugsgebiet» in internen Unterlagen die Ballungszentren Bern und Thun (bis Spiez) sowie das Aare-, Gürbe- und Chiesental.[962] Bereits 2001, also noch lange vor dem Höhepunkt der Deponieengpässe, ist in einem von KAGA eingeholten Beratungsbericht davon die Rede, dass KAGA einen «übermässige[n] Marktanteil bedingt durch Deponieknappheit» hält. Im selben Bericht wird ihr Marktanteil im Bereich Kies hingegen deutlich nüchterner mit nur «bedeutend (> 50 %)» beschrieben. Die mit einem «übermässigen» Marktanteil gemeinte Dimension lässt sich dadurch erahnen und ist jedenfalls deutlich grösser als 50 %. In einer von KAGA eingeholten Analyse von 2002 ist bezüglich Konkurrenzdrucks sodann zu lesen, dass «durch Knappheit des Deponievolumens kein Druck» bestanden hat. Da sich der Deponieengpass, auf den in diesen Unterlagen mehrmals ausdrücklich abgestellt wird, in den darauf folgenden Jahren weiter zuspitzte, hat sich die herausragende Position von KAGA seit dieser Selbsteinschätzung durch KAGA höchstens noch weiter verstärkt.

504. Der Blick auf den – bereits für sich sehr beeindruckenden – Anteil von KAGA offenbart aber nur einen Ausschnitt des Gesamtbilds, der die Realität noch nicht abzubilden vermag. Die bedeutendsten Deponien im Umkreis des «Deponie-Clusters» von KAGA werden nämlich nicht von Dritten betrieben, sondern von den Aktionärinnen von KAGA. Entsprechend hoch ist der Anteil am Volumen deponierten unverschmutzten Aushubs, der auf sie entfällt: In der Planungsregion Bern-Mittelland [40–45] % und in den Teilregionen Entwicklungsraum Thun und Kandertal [40–45] %. Ebenfalls [40–45] % ist der Anteil der Aktionärinnen im 40/40-Umkreis um KAGA, wobei die – nach KAGA – vier grössten Deponien in diesem Umkreis von KAGA-Aktionärinnen betrieben werden. Oder anders gewendet: Der «Deponie-Cluster» von KAGA, bei dem es sich ohnehin bereits um die mit Abstand grösste Deponie in den betrachteten Gebieten handelt, ist in seinem Umkreis zu einem wesentlichen Teil umgeben von Deponien, die von ihren Aktionärinnen betrieben werden. Der auf KAGA und ihre Aktionärinnen zusammen entfallende Anteil beläuft sich – je nach betrachtetem Gebiet – auf rund 80 % und mehr.

505. Folge davon ist, dass in den betrachteten Gebieten Deponien, die von Dritten betrieben werden, bloss einen bescheidenen Anteil haben. In der Planungsregion Bern-Mittelland entfällt ein Anteil von [10–15] % auf sie, während sich dieser in den Teilregionen Entwicklungsraum Thun und Kandertal auf [10–15] % beläuft. Selbst im 40/40-Umkreis um KAGA macht der Anteil von Dritten bloss [20–25] % resp. [25–30] % aus. Die einzelnen von Dritten betriebenen Deponien sind dabei jeweils ein Mehrfaches kleiner als der «Deponie-Cluster» von KAGA. Der grösste von einer Dritten betriebene «Deponie-Cluster», der sich in einem der betrachteten Gebiete befindet, liegt ca. 28 Kilometer Fahrdistanz und eine Fahrzeit von ca. 34 Minuten von den Deponien von KAGA entfernt. Er ist fast viereinhalbmal kleiner als der «Deponie-Cluster» von KAGA, liegt zudem näher bei Deponien von KAGA-Aktionärinnen als bei den Deponien von KAGA selbst und in seinem «Einzugsgebiet» liegt das Ballungszentrum Burgdorf. Seit 2018 wird immerhin eine – fast viereinhalbmal kleinere – Deponie von einer Dritten deutlich näher zum «Deponie-Cluster» von KAGA betrieben; in einer Fahrdistanz von ca. 12 Kilometer und einer Fahrzeit von ca. 14 Minuten. Jedoch handelt es sich bei dieser Deponie «auf grüner Wiese» aufgrund ihres maximalen Gesamtvolumens um eine «vorübergehende» Erscheinung. Sie kann nur, aber immerhin, für eine von vornherein absehbare Zeit (bis ca. 2026) einen gewissen, wegen dem jährlichen Maximalvolumen aber limitierten Wettbewerbsdruck verursachen; längerfristig ändern sich die Verhältnisse dadurch nicht. Die zwei grössten von Dritten im Kanton Bern betriebenen Deponien resp. «Deponie-Cluster» liegen in den Planungsregionen Oberaargau resp. Biel-Seeland/Jura und weisen Fahrdistanzen von mehr als 50 Kilometer resp. 65 Kilometer und Fahrzeiten von 45 Minuten und mehr zu KAGA auf. Im «Kerngebiet» von KAGA, dem Aaretal von Thun bis Bern, können sie daher keinen Wettbewerbsdruck mehr entfalten, jedenfalls keinen nennenswerten. Kurzum: In den betrachteten Gebieten sind zwar ein paar Dritte vorhanden, die aufgrund ihrer Deponie-Standorte überhaupt Druck auf die Deponien von KAGA ausüben können. Doch sind diese Deponien ein Mehrfaches kleiner als der «Deponie-Cluster» von KAGA; und nochmals kleiner, wenn sie mit den Deponien von KAGA zusammen mit denjenigen ihrer Aktionärinnen verglichen werden. Der Anteil am gesamten deponierten Volumen in den betrachteten Gebieten, der auf Dritte entfällt, ist gering.

506. Der aktuelle Richtplan ADT der Regionalkonferenz Bern-Mittelland von 2017 resp. die Teilrichtpläne ADT des Entwicklungsraums Thun von 2019 und Kandertal von 2018 zeigen sodann, dass sich diese Kräfteverhältnisse zumindest in den nächsten 35 Jahren nicht wesentlich verändern werden. In beiden Regionen überschreitet weder bei den grundeigentümerverbindlich gesicherten Reserven noch bei den Festsetzungen der Anteil, der auf Dritte entfällt, je 30 %; vielmehr bleibt er meist deutlich tiefer (Bern-Mittelland 19 % resp. 7 %; Entwicklungsraum Thun und Kandertal 28 % resp. 15 %). Und auch noch weiter in der Zukunft, bei Betrachtung der Zwischenergebnisse (und, soweit vorhanden, der Vororientierungen), verändern sich die Verhältnisse in den betrachteten Gebieten nicht wesentlich.

507. Zusammenfassend ist festzustellen, dass KAGA in ihrem Kerngebiet, dem Aaretal von Thun bis Bern, die bedeutendste und grösste Betreiberin von Deponien für unverschmutzten Aushub ist. Im Aaretal selbst und um dieses herum gelegen befinden sich mehrere bedeutende Deponien für unverschmutzten Aushub, die von ihren

[962] Act. II.G.X.12 S. 2.

Aktionärinnen betrieben werden. Im Vergleich dazu sind die Deponien, die von Dritten betrieben werden und sich im Aaretal oder um dieses herum gelegen befinden, von bescheidener Grösse. Durch die Standorte der Deponien von KAGA und ihrer Aktionärinnen entsteht quasi eine «Pufferzone» um das Aaretal von Thun bis Bern und dieses wird gegen aussen qua Transportzeit und -distanz gegenüber Dritten abgeschirmt. Zugleich wird verhindert, dass Dritte aus dem Aaretal hinaus Wettbewerbsdruck auf die dort und darum herum gelegenen Deponien von KAGA-Aktionärinnen verursachen.

C.4.5 Zusammenfassendes Beweisergebnis

C.4.5.1 Zur Rohkiesgewinnung

508. Zusammenfassend ist festzustellen, dass sowohl KAGA als auch ihre Aktionärinnen (mit Ausnahme der Heimberg, die in der Kiesgewinnung nicht aktiv ist) zu den bedeutendsten Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten im Kanton Bern zählen. Aufgrund der im Bereich des Rohkieses wichtigen Transportkosten ist der Blick allerdings zu fokussieren. In den zwei Planungsregionen, in denen KAGA Rohkiesabbaustellen betreibt, namentlich Bern-Mittelland und Thun-Oberland West, verfügt sie über einen Anteil von je rund 30 % an dem in diesen Regionen gewonnenen Rohkies, und ihre Aktionärinnen vereinigen weitere 50–55 % auf sich. Wird ein engerer, sich mehr an den effektiven Fahrzeiten und -distanzen orientierender Umkreis betrachtet, ändert sich das Bild nicht in entscheidender Weise. Einerseits erhöht sich der Anteil von KAGA, andererseits reduziert sich derjenige ihrer Aktionärinnen – unter dem Strich vereinen sie aber nach wie vor mehr als 80 % auf sich. Aufgrund der weiteren Abbaustellen von KAGA-Aktionärinnen bilden diese quasi eine «Pufferzone» um das Aaretal von Thun bis Bern und schirmen dieses qua Transportzeit und -distanz gegenüber unabhängigen Dritten in punkto Wettbewerbsdruck ab.

C.4.5.2 Zur Kiesveredelung

509. KAGA betreibt selber kein Kieswerk und nimmt keine Kiesveredelung vor, ihre Aktionärinnen allerdings schon. Dies hat zwei Folgen: Erstens führt dies zu einer Interdependenz zwischen KAGA und ihren Aktionärinnen. KAGA ist für den Absatz des von ihr gewonnenen Rohkieses auf ihre Aktionärinnen angewiesen, die allesamt Kieswerke betreiben. Der Anteil der KAGA-Aktionärinnen an den Kiesbezügen bei KAGA lag im Untersuchungszeitraum bei rund 90 %. Umgekehrt haben sich auch die Aktionärinnen von KAGA, jedenfalls diejenigen, die ein Kieswerk in der Nähe betreiben, auf diese kontinuierliche Rohkiesversorgung durch KAGA eingestellt. Zweitens senkt die Tatsache, dass KAGA auf die Kiesveredelung verzichtet und «nur» Rohkies anbietet, die Attraktivität des Angebots von Deponievolumen für deponierwillige Akteure, die selber – anders als die KAGA-Aktionärinnen – kein Kieswerk betreiben, da für diese dadurch regelmässig die Möglichkeit von Retourfuhren wegfällt.

C.4.5.3 Zur Deponierung von unverschmutztem Aushub

510. KAGA und ihre Aktionärinnen Vigier, Alluvia, Kästli-Gruppe und Marti-Gruppe zählen zu den bedeutendsten Betreiberinnen von Deponien für unverschmutzten Aushub im gesamten Kanton Bern. Aufgrund der im Bereich des Deponierens wichtigen Transportkosten ist der Blick allerdings zu fokussieren. Der «Deponie-Cluster» von KAGA ist in der Planungsregion Bern-Mittelland sowie in den Teilregionen Entwicklungsraum Thun und Kandertal die mit Abstand grösste Deponie (Anteil von [45–50] % resp. [40–45] %). In einem um KAGA gezogenen Umkreis von maximal 30 Fahrkilometern und maximal 30 Fahrminuten entfallen auf KAGA [50–55] % resp. [45–50] % (bei Mitberücksichtigung der «vorübergehenden» Deponie Eyacher) des gesamten Materials, das bei Deponien in diesem Umkreis deponiert wurde. Und selbst in einem um sie gezogenen Umkreis von maximal 40 Fahrkilometern und maximal 40 Fahrminuten ist sie die mit Abstand grösste Deponie hinsichtlich des bei Deponien in diesem Umkreis deponierten Materials.[963] KAGA selbst geht für sich von einem «übermässigen Marktanteil» aus. Allerdings ist nicht nur KAGA alleine zu betrachten: Der «Deponie-Cluster» von KAGA, bei dem es sich ohnehin bereits um die mit Abstand grösste Deponie in den betrachteten Gebieten handelt, ist in ihrem Umkreis zu einem wesentlichen Teil umgeben von Deponien, die von ihren Aktionärinnen betrieben werden. Der auf KAGA und ihre Aktionärinnen zusammen entfallende Anteil beläuft sich – je nach betrachtetem Gebiet – auf rund 80 % und mehr. Durch die Standorte der Deponien von KAGA und ihrer Aktionärinnen entsteht quasi eine «Pufferzone» um das Aaretal von Thun bis Bern und dieses wird gegen aussen qua Transportzeit und -distanz gegenüber Dritten abgeschirmt.

C.5 Grundsätzliches zur KAGA

C.5.1 Gegenstand dieses Kapitels

511. In diesem Kapitel werden die Ursprünge der KAGA, deren Grösse und Organisation vertiefter vorgestellt. Ein besonderes Augenmerk gilt dabei dem VR von KAGA. Wie im Überblick ausgeführt,[964] vermittelt dieses Kapitel ein Grundverständnis für die KAGA und den Beziehungen zwischen ihr und ihren Aktionärinnen. Besondere Bedeutung hat es hinsichtlich des Informationsaustauschs, der im VR von KAGA erfolgt.

C.5.2 Die Gründungsaktionärinnen und die Entwicklung des Aktionariats der KAGA

512. Am 20. März 1970 gründeten acht Gesellschaften die Aktiengesellschaft KAGA, indem sie jeweils 1/8 des Aktienkapitals zeichneten. Dazu gehören einerseits die sieben zuvor in der einfachen Gesellschaft KWU verbundenen Gesellschaften, welche die Aktiven und Passiven der KWU als Sacheinlage in die KAGA einbrachten. Zudem traten Kästli und Marti eigene Kiesausbeutungsrechte an die KAGA ab. Zu diesem Zweck schlossen sie einen Sacheinlagevertrag ab.[965] Andererseits gehört die zuvor nicht an der KWU beteiligte Heimberg zu den Gründungsaktionärinnen. Sie kam ihrer Einlageverpflichtung durch Barzahlung nach.[966]

[963] Zur beschränkten Aussagekraft der für die Umkreise 30/30 oder 40/40 berechneten Anteile resp. dazu, dass diese Anteilsangaben die effektive Marktstärke (deutlich) unterschätzen, siehe Rz 476 ff.
[964] Rz 222.
[965] Sacheinlagevertrag vom 20.3.1970, Ziff. 1, Act. II.C.X.8.
[966] Protokoll der Gründungsversammlung vom 20.3.1970, T. 3 a), Act. II.C.X.6.

513. Somit haben diese acht Gesellschaften die KAGA gegründet:[967]

- K. + U. Hofstetter & Co (heute: Hofstetter)
- Messerli & Co (heute: Messerli)
- Aare-Kies
- Bendicht Kaestli & Soehne AG (heute: Kästli)
- Heimberg
- A. Marti & Cie AG (heute: Marti)
- [U09]
- [U10]

514. 1977 übernahm die Kiestag die Aktien der [U09], die 1976 Konkurs gegangen war.[968] Die Kiestag erklärte dabei im Rahmen einer Vereinbarung mit der KAGA, die Rechte und Pflichten aus dem «Gründervertrag» zur Kenntnis genommen zu haben und diese ausdrücklich und uneingeschränkt anzuerkennen.[969]

515. 1998 schied die [U10] (nachfolgend [U10]), die ihren Ursprung in der Gründergesellschaft [U10] hatte, als Aktionärin aus, wobei die KAGA resp. die verbliebenen Aktionärinnen deren Aktien übernahmen.[970] Von 1973 bis 2004 war zudem die [U11] (nachfolgend [U11][971]) Aktionärin der KAGA.[972] Ihr Ausscheiden und der damit verbundene Kauf ihrer KAGA-Aktien durch KAGA[973] waren Anlass für die 2004 bei der KAGA durchgeführte Aktienkapitalherabsetzung von CHF 1,35 Mio. auf CHF 525'000.–.[974]

516. Seit 2004 und bis heute hat die KAGA 7 Aktionärinnen mit einem Aktienanteil von je 1/7 (je 75 Aktien der seit der Kapitalherabsetzung von 2004 insgesamt noch 525 Aktien à nominell CHF 1'000.–), wobei zwei Aktionärinnen (Hofstetter und Messerli) seit 2006 zum selben Unternehmen gehören.[975]

517. Die Entwicklung des Aktionariats lässt sich wie folgt grafisch zusammenfassen:

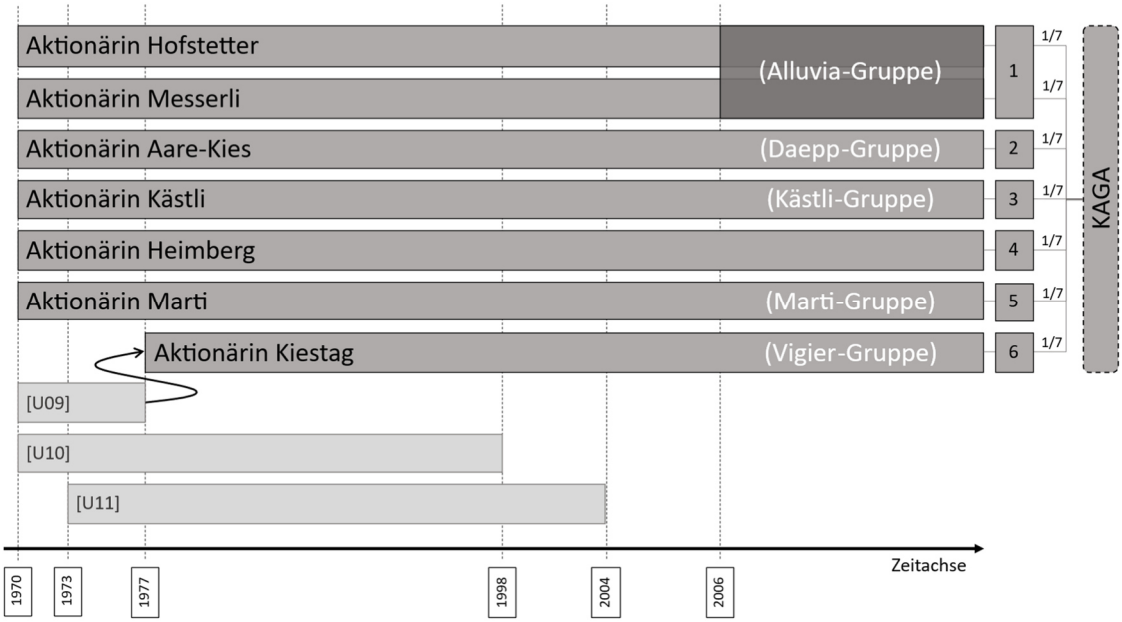


Abbildung 30: Übersicht über die Entwicklung des Aktionariats der KAGA (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

518. Die heutigen Aktionärsgesellschaften der KAGA bestehen entweder seit ihrem ersten Aktienerwerb in unveränderter Form (Aare-Kies, Rz 71 ff.; Heimberg, Rz 78 ff.; Kiestag, Rz 84 ff.) oder sind Gesamtrechtsnachfolgerinnen der damaligen Aktienerwerberinnen (Hofstetter, Rz 67 ff.; Messerli, Rz 67 ff.; Kästli, Rz 75 ff.; Marti, Rz 81 ff.).

C.5.3 Grössenverhältnisse der KAGA

C.5.3.1 Anzahl Mitarbeitende, Standorte und Beteiligungen

519. Die KAGA hat rund 20 Mitarbeitende und einen Geschäftsführer, dem die Aufgaben gemäss Organisationsreglement zukommen.[976]

[967] Protokoll der Gründungsversammlung vom 20.3.1970, T. 3 b) und d), Act. II.C.X.6.
[968] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 146, Act. III.5; siehe auch Vereinbarung zwischen KAGA und Kiestag vom 17.5.1977, Act. II.D.X.4.
[969] Vereinbarung zwischen KAGA und Kiestag vom 17.5.1977, T. 1, Act. II.D.X.4.
[970] VR-Protokoll der KAGA vom 24.2.1998, T. 4, Act. II.D.X.6; [U10] wurde bereits per 31.12.1996 geschlossen, das Inventar übernahmen die Messerli und die Kästli (VR-Protokoll der KAGA vom 31.10.1996, T. 5, Act. II.D.X.6).
[971] In Zitaten ist teilweise von [U11], [U11] oder [U11] die Rede, gemeint ist damit stets [U11].
[972] Vereinbarung zwischen KAGA und [U11] vom 30.3.1973, Act. II.C.X.17; zum Ausstieg siehe: VR-Protokoll der KAGA vom 3.6.2004, T. 4, Act. II.D.X.6.
[973] VR-Protokoll der KAGA vom 18.9.2003, T. 10, Act. II.D.X.6.
[974] VR-Protokoll der KAGA vom 3.6.2004, T. 4, Act. II.D.X.6.
[975] VR-Protokoll der KAGA vom 2.12.2004, T. 3, Act. II.B.X.258; Handelsregistereintrag KAGA; siehe zudem Fn 3.
[976] Zur Anzahl Mitarbeitender siehe <www.kaga.ch> Portrait > Team (zuletzt besucht am 13.6.2023); Organisationsreglement der KAGA vom 26.6.2003, inkl. Funktionendiagramm, Act. II.G.X.29.

520. Die KAGA betreibt die Standorte Bergacher (in den Gemeinden Kirchdorf und Jaberg) und Bümberg (in den Gemeinden Kiesen und Heimberg), an welchen sie einerseits Kies abbaut und andererseits Deponiematerial annimmt und recykliert bzw. einbaut. Am Standort Bergacher baut die KAGA seit den 1970er Jahren Kies ab. Am Standort Bümberg tut sie dies seit 2005 bzw. tat sie dies schon von 1976 bis 1990.[977] An denselben Standorten nimmt die KAGA auch Deponiematerial entgegen. Die Deponie Bergacher ist eine Inertstoffdeponie, welche die KAGA seit mindestens 1986 betreibt. Die Deponie Bümberg ist eine Aushubdeponie, welche die KAGA seit 2006 betreibt (davor war sie aber zum Teil schon in den 1980er Jahren aktiv).[978] Früher hatte die KAGA weitere Abbaustellen und Deponien: Den Standort Säget in der Gemeinde Uttigen und den Standort Wichtrach in der gleichnamigen Gemeinde.[979] Zudem betrieb die KAGA von 1987 bis ca. 2009 die Inertstoffdeponie Ried, gestützt auf eine Vereinbarung mit der Aare-Kies, die über die Abbau- und Deponierechte an diesem Standort verfügt.[980] 2012 haben sich die KAGA und die Aare-Kies darauf geeinigt, dass die Aare-Kies der KAGA weiterhin gestattet, die Deponie am Standort Ried zu betreiben.[981]

521. Die KAGA verfügt bzw. verfügte über verschiedene Beteiligungen an anderen Gesellschaften. So gründete die KAGA 1973 zusammen mit der Kieswerk Steinigand AG und 7 Gemeinden die [U33], an welcher sie bis 2004 die Aktienmehrheit hielt.[982] Ebenfalls 2004 gründete die KAGA die KAGA Deponien AG, an welcher sie […] der Aktien hält.[983] 1989 nahm die [U34] ihre Arbeit auf, an welcher die KAGA […] der Aktien hält.[984] Von 1981 bis 1996 war die KAGA schliesslich mit 20 % am [U35] beteiligt.[985]

C.5.3.2 Angaben zu Volumina von Kies und Deponie

522. Nachfolgend wird die Entwicklung die Kiesvolumina wiedergegeben, welche die KAGA von 2000 bis 2015 ausgestossen hat. Darin enthalten ist das mit Abstand wichtigste Kiesprodukt der KAGA (unsortierter Wandkies, auch Kiessand ab Wand genannt; siehe dazu vorne Rz 256 und 273 sowie nachfolgende Rz), aber auch sortiertes Rundmaterial. Die nachfolgende Tabelle zeigt, welchen Anteil die Aktionärinnen insgesamt von diesen Kiesvolumina bezogen haben und wie sich die Volumina auf die einzelnen Aktionärinnen verteilen. Es wird ersichtlich, dass die Gruppe der Aktionärinnen der KAGA über all die Jahre stets Hauptkundin der KAGA beim Bezug von Kies war.[986]

[977] Zu den Standorten siehe <www.kaga.ch> Portrait > Standorte (zuletzt besucht am 13.6.2023); KAGA in Zahlen 2013, S. 7, Act. II.D.X.135.

[978] Geschäftsbericht der KAGA 2007, S. 12, Act. II.C.X.118; Geschäftsbericht der KAGA 1986, S. 12, Act. II.C.X.52; Geschäftsbericht der KAGA 1985, S. 9, Act. II.C.X.51.

[979] Am Standort Säget wurde zuletzt 1984 Kies abgebaut bzw. 2008 bis 2011 in kleinen Mengen für eigene Zwecke entnommen (KAGA in Zahlen 2013, S. 7, Act. II.D.X.135; Geschäftsbericht 1991, S. 11, Act. II.C.X.56; Geschäftsbericht der KAGA 2009, S. 7, Act. II.F.X.27). Am Standort Säget wurden zudem bis 1999 kleine Mengen an Inertstoffen angenommen, ansonsten wurde am Standort Säget Kehricht deponiert (nicht von der KAGA; Geschäftsbericht der KAGA 1999, S. 6 und 7, Act. II.C.X.59). Am Standort Wichtrach baute die KAGA zwischen 1979 und 2001 Kies ab und nahm bis 2007 Material an (KAGA in Zahlen 2013, S. 7, Act. II.D.X.135; Geschäftsbericht der KAGA 2001, S. 7, Act. II.C.X.67; Geschäftsbericht der KAGA 1991, S. 11, Act. II.C.X.56).

[980] Rz 750. Per Ende 2006 war das Deponievolumen der Deponie Ried vorläufig aufgebraucht, danach wurden nur noch sehr kleine Mengen eingebaut (Geschäftsbericht der KAGA 2009, S. 10, Act. II.F.X.27; Geschäftsbericht der KAGA 2007, Act. II.C.X.118, S. 10; Geschäftsbericht der Aare-Kies 2006, S. 3, Act. II.C.X.111; siehe auch EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 113 ff., Act. III.5). Es wurde damit gerechnet, dass die Deponie Ried per 2011 der KAGA wieder zur Verfügung stehen würde (VR-Sitzung der KAGA vom 13.5.2008, S. 3, Act. II.C.X.122).

[981] Rz 916.

[982] VR-Protokoll der KAGA vom 3.6.2004, T. 2.1, Act. II.C.X.85; Geschäftsbericht der KAGA 2000, S. 26, Act. II.C.X.63.

[983] Geschäftsbericht der KAGA 2013, Anhang zur Jahresrechnung, Act. II.G.X.46; VR-Protokoll der KAGA vom 3.6.2004, T. 9, Act. II.C.X.85.

[984] Geschäftsbericht der KAGA 2013, Anhang zur Jahresrechnung, Act. II.G.X.46; VR-Protokoll der KAGA vom 30.3.1989, T. 2.1.

[985] VR-Protokoll der KAGA vom 31.10.1996, T. 3.2, Act. II.C.X.6; VR-Protokoll der KAGA vom 27.11.1981, T. 4, Act. II.C.X.32.

[986] Aus der Tabelle «Übersicht Kiesbezüge ab 1982 (m^3 lose)» ergibt sich, dass die Aktionärinnen seit 1982 stets zwischen 72 und 97 Prozent des Kieses bezogen haben (KAGA in Zahlen 2015, S. 9, Act. IV.13).

Bezüge Kies in m^3 gesamt und nach Aktionären										
	Gesamt	m^3 A°	% A°	davon						
				Aarekies	Hofstetter	Kästli	Kiestag	Heimberg	Marti[1)]	Messerli
2014	322'515	298'847	92.7%	73'242	43'413	63'089	7'339	76'661	110	34'993
2013	335'535	307'212	91.6%	77'028	40'810	74'516	12'101	67'502	202	35'054
2012	326'563	303'328	92.9%	78'319	42'032	94'747	2'632	37'712	13'514	34'372
2011	410'297	400'049	97.5%	121'423	37'459	113'590	7'775	68'174	16'628	35'000
2010	387'842	353'722	91.2%	119'004	35'223	98'921	6'521	51'980	6'835	35'238
2009	325'445	301'424	92.6%	117'133	40'889	57'311	3'304	47'618	160	35'009
2008	380'418	276'239	72.6%	114'651	29'877	82'942	3'066	15'107	1'206	29'390
2007	319'981	294'253	92.0%	70'064	37'500	96'325	2'667	50'157	27	37'513
2006	381'212	349'829	91.8%	135'490	32'254	82'397	2'542	61'655	3'308	32'183
2005	288'044	265'474	92.2%	97'739	25'067	42'440	4'221	66'922	1'370	27'715
2004	210'953	202'964	96.2%	59'969	25'029	37'917	8'918	35'827	9'331	25'973
2003	210'964	189'405	89.8%	29'463	26'141	28'164	13'601	57'045	9'393	25'998
2002	288'443	271'160	94.0%	74'292	43'567	21'650	18'170	59'920	17'057	36'504
2001	298'366	271'763	91.1%	94'445	26'668	29'359	6'529	74'040	14'242	26'590
2000	222'282	186'011	83.7%	59'677	32'088	20'220	3'671	48'425	9'162	12'768

Die Zahlen stammen aus der Tabelle "Übersicht Kiesbezüge ab 1982" in KAGA in Zahlen 2015, Act. IV.13, Beilage 22, S. 9.

[1)] In den Zahlen von Marti sind bis zum Austritt von [U11] im Jahr 2004 auch [U11] Mengen enthalten.

Tabelle 34: Entwicklung des von der KAGA ausgestossenen Kiesvolumens 2000 bis 2015 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

523. Die folgende Abbildung fokussiert auf die Entwicklung der Aktionärsbezüge von 2000 bis 2015 (d.h., sie bildet die Spalten Aare-Kies bis Messerli der vorangehenden Tabelle ab).

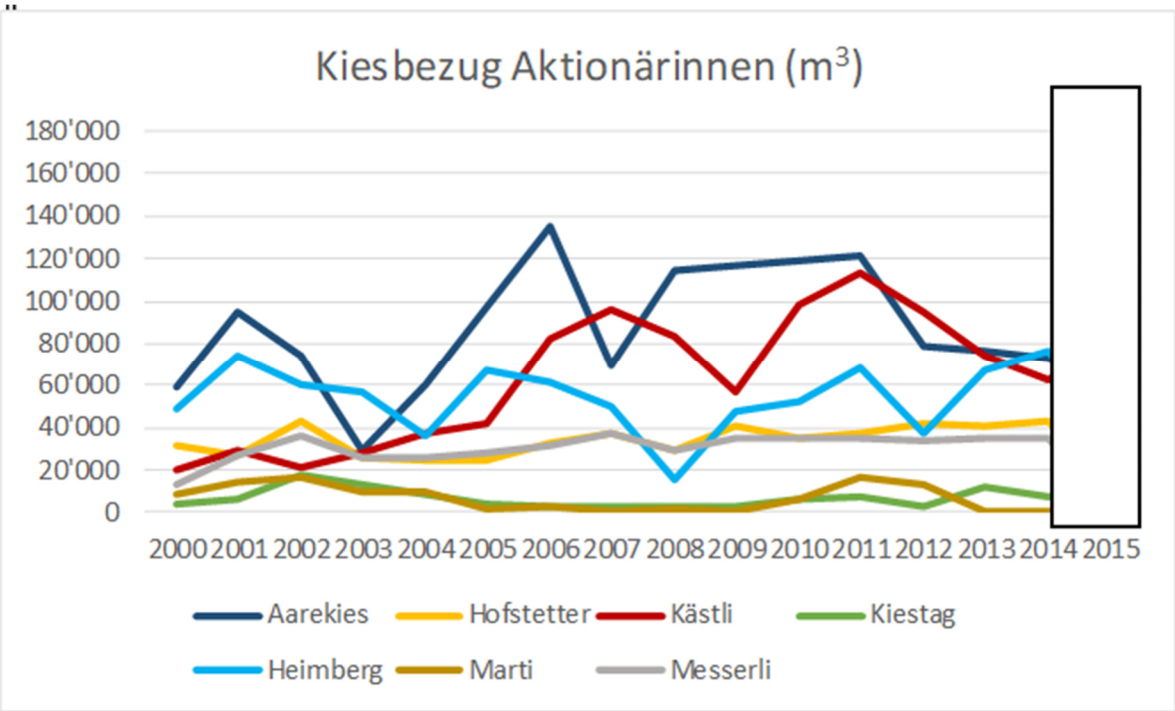


Abbildung 31: Kiesbezug der Aktionärinnen von 2000 bis 2015 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

524. Detailliert aufgelistet werden die Kiesbezüge der Aktionärinnen von 1982 bis 2015 in der Dokumentation «Die KAGA in Zahlen 2015»[987]. Anstatt diese Tabelle hier im Einzelnen wiederzugeben, wird auf das entsprechende Aktenstück verwiesen.[988] Zu entnehmen ist dieser Aufstellung unter anderem, dass etwa Hofstetter von 1983 bis 1997 in jedem dieser Jahre (mit einer Ausnahme) weniger als 10'000 Kubikmeter Kies bei KAGA bezogen hat und in zwei Jahren (1992 und 1993) sogar gar nichts. Ersichtlich ist auch, dass Messerli von 1993 bis 1999 in jedem dieser Jahre (ebenfalls mit einer Ausnahme) weniger als 10'000 Kubikmeter Kies bei KAGA bezogen hat. Die Aktionärinnen Marti und [U11] werden in der Auflistung gemeinsam aufgeführt, wobei ihre gemeinsame Bezugsmenge von 1996 bis 2015 in vier dieser 20 Jahre 10'000 Kubikmeter Kies überschritten hat, in den übrigen Jahren lag sie darunter. Namentlich aufgeführt ist in dieser Auflistung ferner eine Dritte, nämlich [U01]. Diese bezog von 2001 bis 2015 in jedem dieser Jahre (auch hier mit einer Ausnahme) über 1'000 Kubikmeter Kies bei KAGA. In diversen Jahren (1982, 1983, 1991, 1992, 2005, 2013 und 2014) bezog [U01] sogar über 10'000 Kubikmeter Kies bei KAGA. Im Durchschnitt der Jahre 2003 bis und mit 2014 bezog [U01] in etwa gleich viel Kies bei KAGA wie die Aktionärin Vigier[989] und fast 1'000 Kubikmeter pro Jahr mehr als die Aktionärin Marti[990].

525. Die Dritten, die bei KAGA Rohkies bezogen haben, sind in unterschiedlichen Bereichen tätig. Einige sind als Bauunternehmen im Hoch-, Tief- und/oder Strassenbau aktiv.[991] Andere widmen sich – regelmässig kombiniert – den Bereichen Aushub, Entsorgung, Materialaufbereitung und Transport.[992] Die Kundin [U01] ist einerseits im Bereich Aufbereitung und Transport tätig, betreibt aber andererseits auch eine eigene Kiesgrube mit Kieswerk[993] und entsprechend eine Aushubdeponie.[994]

526. In der nachfolgenden Tabelle wird für das abgesetzte Kiesvolumen gezeigt, welchen hohen Anteil am gesamten Kiesausstoss das Produkt Wandkies hatte (auch Kiessand ab Wand genannt) und welcher Anteil am Wandkiesausstoss auf die Aktionärinnen entfiel. Da der Wandkiesausstoss in den relevanten Akten («Kiesverkäufe», siehe Quellenangaben in der Tabelle) in Tonnen angegeben ist, werden in der dritten Spalte der Tabelle auch die «Kiesbezüge» gesamt in Tonnen umgerechnet.

[987] Siehe zu dieser und deren Verteiler Rz 564.
[988] Act. IV.13, Beilage 22, S. 9.
[989] Nämlich im Durchschnitt 6'096 m^3 ([U01]) resp. 6'224 m^3 (Vigier), was einer durchschnittlichen Differenz von 127 m^3 p.a. entspricht (Quelle der Berechnungen Act. IV.13, Beilage 22, S. 9).
[990] Marti bezog im Durchschnitt dieser Jahre 5'174 m^3, was 923 m^3 pro Jahr weniger ist als [U01] bezogen hat (Quelle der Berechnungen Act. IV.13, Beilage 22, S. 9).
[991] Nebst den in Act. IV.13, Beilage 10, aufgeführten Gesellschaften insbesondere die der Kategorie «Hauptkunden» zugeteilten [U25] und [U36] (Act. IV.13, Beilage 9).
[992] So etwa die der Kategorie «Hauptkunden» zugeteilten [U37] (nachfolgend [U37]), [U38] (nachfolgend [U38]), [U04], [U39] (nachfolgend [U39]), [U40] (nachfolgend [U40]), [U41] (nachfolgend [U41]), [U42] und [U43] (nachfolgend [U43]) (Act. IV.13, Beilage 9; siehe zu den Aktivitätsfeldern der meisten dieser Gesellschaften ferner auch Rz 1193), Für weitere Transportunternehmen siehe die in Act. IV.13, Beilage 11, aufgeführten Gesellschaften.
[993] Ebenfalls Kiesgruben mit Kieswerk und Aushubdeponie betreibt die Kundin [U02] die allerdings nur geringe Mengen Wandkies bei KAGA bezog (vgl. Act. IV.13, Beilage 10 im Jahr 2015).
[994] Vgl. etwa Rz 1193 und zu ihrer Stellung als Konkurrentin von KAGA Rz 1209–1217.

Jahr	Kies-bezüge gesamt (in m3)[1)]	Kies-bezüge gesamt (in t)[1)]	Kiessand ab Wand (in t)				Quelle
			total	Anteil am Kies gesamt	an Aktionäre	an Dritte	
2015	244'564	476'900	393'093				KAGA in Zahlen 2015, Act. IV.13[2)]
2014	322'515	628'904	578'292	92%	550'061	28'231	Kiesverkäufe 2014, Act. II.B.X.496
2013	335'535	654'293	612'747	94%	569'978	42'769	Kiesverkäufe 2013, Act. II.B.X.412
2012	326'563	636'798	568'078	89%	535'736	32'342	Kiesverkäufe 2012, Act. II.B.X.363
2011	410'297	800'079	712'645	89%	703'379	9'266	Kiesverkäufe 2011, Act. II.B.X.356
2010	387'842	756'292	645'152	85%	638'021	7'131	Kiesverkäufe 2010, Act. II.B.X.307
2009	325'445	650'890	593'481	91%	587'753	5'728	Kiesverkäufe 2009, Act. II.B.X.306
2008	380'418	760'836	541'863	71%	536'993	4'870	Kiesverkäufe 2008, Act. II.B.X.256
2007	319'981	639'962	602'259	94%	576'455	25'804	Kiesverkäufe 2007, Act. II.B.X.246
2006	381'212	762'424	747'441	98%	700'322	47'119	Kiesverkäufe 2006, Act. II.B.X.206
2005	288'044	576'088	526'721	91%	498'068	28'653	Kiesverkäufe 2005, Act. II.B.X.208
2004	210'953	421'906	414'066	98%	402'829	11'237	Kiesverkäufe 2004, Act. II.B.X.170
2003	210'964	421'928	400'628	95%	385'418	15'210	Kiesverkäufe 2003, Act. II.B.X.158
2002	288'443	576'886	556'096	96%	536'075	20'021	Kiesverkäufe 2002, Act. II.B.X.139
2001	298'366	596'732	552'986	93%	536'101	16'885	Kiesverkäufe 2001, Act. II.B.X.113
2000	222'282	444'564	399'595	90%	373'823	25'772	Kiesverkäufe 2000, Act. II.B.X.74

[1)] Die Zahlen stammen aus KAGA in Zahlen 2015, Act. IV.13, Beilage 22. Die m^3 werden dabei bis und mit 2009 mit einem spezifischen Gewicht von 2.00 in t umgerechnet (siehe z.B. Eigenverbrauch 2009, Act. II.B.X.306). Ab 2010 wird mit einem spezifschen Gewicht von 1.95 gerechnet (siehe z.B. Preise Aktionäre ab 01.03.2010, Act. II.B.X.280).
Die eingefärbte Spalten "an Aktionäre" und "an Dritte" stammen aus den genannten Quellen. Die Spalten "Wandkies unsortiert total" und "Anteil am Kies gesamt" werden aus den genannten Zahlen summiert bzw. dividiert.

[2)] Das Total Kiessand ab Wand in Tonnen 2015 stammt aus KAGA in Zahlen 2015, S. 4 (201'586 x 1.95).

Tabelle 35: Anteil Kiessand ab Wand an Kiesbezüge gesamt 2000 bis 2015 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

527. Nachfolgend wird die Entwicklung der Deponievolumina wiedergegeben, welche die KAGA von 2000 bis 2015 angenommen hat. Es handelt sich dabei um die Volumina, wie sie in den Deponien angeliefert wurden (lose), nicht um die Volumina nach Einbau in der Deponie (fest). Ersichtlich ist auch, welchen Anteil die Aktionärinnen insgesamt von diesen Deponievolumina angeliefert haben und wie sich die Volumina auf die Aktionärinnen verteilen. Diese Angaben lassen sich allerdings nicht für sämtliche Jahre den Akten entnehmen. Die nachfolgende Tabelle zeigt, dass die Aktionärinnen in den Jahren 2000 bis 2013 gemeinsam jeweils zwischen 7 % (2004) und 40 % (2009) des gesamthaft angelieferten Deponievolumens angeliefert haben. Hauptkundin war in dieser Zeit somit die Kundengruppe der Nicht-Aktionärinnen.

Lieferungen in KAGA-Deponien in m^3 lose gesamt und nach Aktionären										
	Gesamt	m^3 A°	% A°	davon						
				Aarekies	Hofstetter	Kästli	Kiestag	Heimberg	Marti	Messerli
2015	218'451									
2014	239'610									
2013	316'054	106'572	33.7%	1'086	44'030	45'363	219	8'998	1'409	5'045
2012	426'001	169'583	39.8%	38	43'143	109'386	54	5'935	1'129	7'570
2011	528'087	182'687	34.6%	46	0	157'227	1'050	8'674	7'254	8'436
2010	452'794	138'703	30.6%	100	34	118'855	9	5'864	5'425	8'416
2009	384'725	155'950	40.5%	4	35	142'849	2'165	6'922	405	3'570
2008	427'331	142'574	33.4%	106	0	122'351	889	15'829	2'011	1'388
2007	446'922	136'995	30.7%	4'769	0	120'997	1'115	9'745	263	104
2006	454'143	141'832	31.2%	23'958	0	85'140	7'549	9'308	3'470	12'406
2005	345'554	68'503	19.8%	9'869	0	6'543	26'141	7'703	965	17'282
2004	364'490	25'358	7.0%	8'778	0	6'783	256	5'628	2'476	1'438
2003	247'732	21'763	8.8%	1'588	371	5'980	2'405	9'469	1'890	61
2002	383'474	34'582	9.0%	9'240	0	6'068	3'655	7'659	3'016	4'944
2001	534'233									
2000	445'941									

Die m^3-Angaben und Anteile ergeben sich wo nicht anders gekennzeichnete aus folgenden Dokumenten "Übersicht Materialanlieferungen vs Kiesbezüge": **2013**: Act. II.D.X.134; **2012**: Act. II.A.X.345; **2011**: Act. II.D.X.177; **2010**: Act. II.D.X.177; **2009**: Act. II.D.X.177; **2008**: Act. II.C.X.207; **2007**: Act. II.D.X.26; **2006**: Act. II.C.X 108; **2005**: Act. II.D.X.26; **2004**: Act. II.D.X.26; **2003**: Act. II.D.X.26; **2002**: Act. II.D.X.26; die Gesamtangaben der Jahre 2015, 2014, 2008, 2001 und 2000 stammen aus der Tabelle "Entwicklungen Aushub- und Inertmaterialannahme ab 1970 in m^3 lose", KAGA in Zahlen 2015, Act. IV.13.

Tabelle 36: Lieferungen in KAGA Deponien gesamt und nach Aktionärinnen (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

528. Die nachfolgende Abbildung fokussiert auf die Entwicklung der Aktionärsanlieferungen (d.h. sie bildet die Spalten Aare-Kies bis Messerli der vorangehenden Tabelle ab).

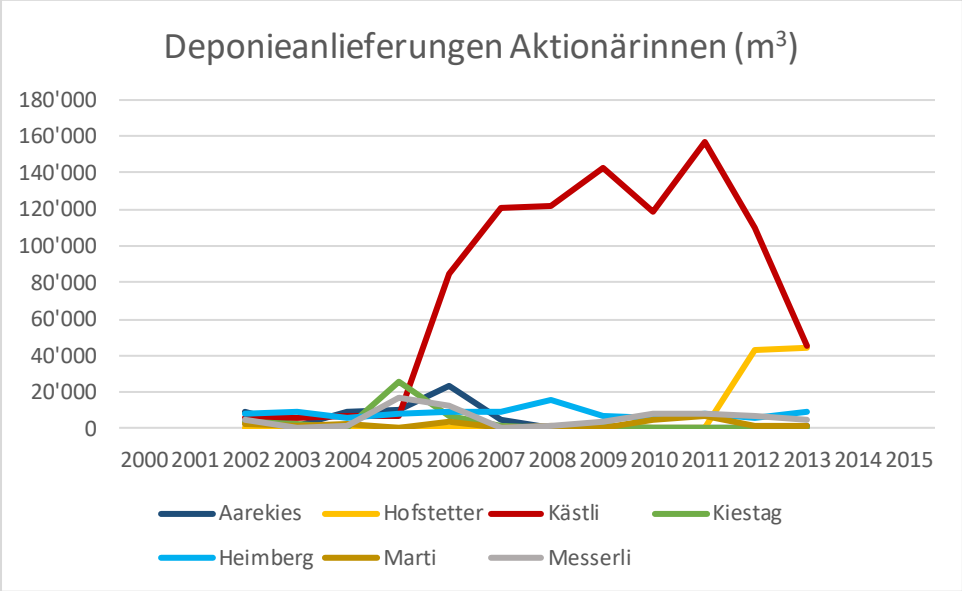


Abbildung 32: Deponieanlieferungen Aktionärinnen (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

C.5.3.3 Wirtschaftliche Entwicklung der KAGA

529. Die Hauptumsatzquellen der KAGA bilden der Abbau bzw. Verkauf von Wandkies (Kiessand ab Wand) und der Verkauf von Deponievolumen. In der nachfolgenden Tabelle sind die Gesamtumsätze der Jahre 2000 bis 2013 ersichtlich sowie die Bruttoumsätze mit den verschiedenen Kiesprodukten, wozu wie soeben erwähnt die Umsätze mit Wandkies zählen. In den Jahren 2000 bis und mit 2006 bildete der Verkauf von Wandkies die Hauptumsatzquelle der KAGA (fette Zahlen). Die Bruttoumsätze enthalten zwar noch die Erlösminderungen wie z.B. Rabatte für Aktionärinnen oder die VASA-Abgabe im Deponiebereich. Die Zusammenstellung vermittelt dennoch ein Bild über die verschiedenen Umsatzquellen, deren Entwicklung und ihr Verhältnis zueinander.

	Umsätze mit Kies								
	Brutto-umsatz (BU)	Umsatz Kiessand ab Wand unsortiert	Anteil am BU	Umsatz sort. Rund-material	Anteil am BU	Umsatz Recycling-material	Anteil am BU	Umsatz spez. Materialien	Anteil am BU
2013	13'522'180	5'033'459	*37.2%*	361'539	*2.7%*	138'507	*1.0%*	372	*0.0%*
2012	14'847'017	4'625'351	*31.2%*	659'708	*4.4%*	183'062	*1.2%*	15	*0.0%*
2011	18'001'263	5'568'187	*30.9%*	766'295	*4.3%*	176'375	*1.0%*	72'889	*0.4%*
2010	16'037'574	5'220'713	*32.6%*	400'957	*2.5%*	219'823	*1.4%*	52'035	*0.3%*
2009	13'747'064	4'796'547	*34.9%*	200'904	*1.5%*	145'892	*1.1%*	29'136	*0.2%*
2008	12'995'713	4'460'411	*34.3%*	133'793	*1.0%*	138'157	*1.1%*	151'791	*1.2%*
2007	12'755'085	4'389'902	*34.4%*	101'590	*0.8%*	127'822	*1.0%*	45'434	*0.4%*
2006	12'872'272	**5'611'274**	***43.6%***	55'318	*0.4%*	213'578	*1.7%*	85'382	*0.7%*
2005	10'141'583	**4'131'182**	***40.7%***	94'851	*0.9%*	95'268	*0.9%*	13'808	*0.1%*
2004	8'449'700	**3'398'779**	***40.2%***	42'990	*0.5%*	60'535	*0.7%*	139'794	*1.7%*
2003	6'845'870	**3'312'218**	***48.4%***	102'993	*1.5%*	29'557	*0.4%*	25'400	*0.4%*
2002	7'500'136	**3'970'974**	***52.9%***	66'297	*0.9%*	36'501	*0.5%*	4'104	*0.1%*
2001	7'989'751	**3'359'243**	***42.0%***	62'651	*0.8%*	40'874	*0.5%*	35'830	*0.4%*
2000	7'073'672	**2'641'434**	***37.3%***	32'267	*0.5%*	138'911	*2.0%*	72'141	*1.0%*

Die Bruttoumsätze enthalten die Erlösminderungen wie z.B. Rabatte für Aktionäre und die VASA-Abgabe. Die vollständigken Zahlen sind nur bis 2013 in den Akten enthalten; für die Jahre 2014 und 2015 sind vereinzelte Zahlen in den Akten enthalten (KAGA in Zahlen 2015, S. 4, Act. IV.13, Beilage 22). Die kursiven Zahlen wurden aus den übrigen Zahlen berechnet. Quellen: **2013**: Jahresabschluss 2013, Act. II.A.X.493; **2012**: Jahresabschluss 2012, Act. II.A.X.360; **2011**: Jahresabschluss 2011, Act. II D X 80; **2010**: Jahresabschluss 2010, Act. II.C.X.208; **2009**: Jahresabschluss 2009, Act. II.C.X.209; **2008**: Jahresabschluss 2008 Act. II.C.X.210; **2007**: Jahresabschluss 2007, Act. II.C.X.211; **2006**: Jahresabschluss 2006, Act. II.C.X.212; **2005**: Jahresabschluss 2005, Act. II.C.X.213; **2004**: Jahresabschluss 2004, Act. II.C.X.214; **2003**: Jahresabschluss 2003, Act. II.C.X.215; **2002**: Jahresabschluss 2002, Act. II.C.X.216; **2001**: Jahresabschluss 2002, Act. II.C.X.216; **2000**: Jahresabschluss 2000, Act. II.C.X.217. Fett gedruckt sind die Anteilszahlen von Wandkies unsortiert, die bis und mit 2006 den Hauptumsatz der KAGA bildeten.

Tabelle 37: Umsätze der KAGA mit Kies 2000 bis 2013 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

530. In der nachfolgenden Tabelle werden die Bruttoumsätze mit dem Verkauf von Deponievolumen gezeigt. In den Jahren 2007 bis und mit 2013 bildete der Verkauf von Deponievolumen die Hauptumsatzquelle der KAGA (fette Zahlen).

	Umsätze mit Deponiegebühren		
	BU	Umsatz Deponie-gebühren	Anteil am BU
2013	siehe oben	**6'733'944**	***49.8%***
2012		**7'959'072**	***53.6%***
2011		**9'445'776**	***52.5%***
2010		**8'310'645**	***51.8%***
2009		**6'756'073**	***49.1%***
2008		**6'392'807**	***49.2%***
2007		**6'607'401**	***51.8%***
2006		4'676'220	*36.3%*
2005		3'760'351	*37.1%*
2004		2'753'406	*32.6%*
2003		1'852'870	*27.1%*
2002		1'570'953	*20.9%*
2001		2'684'219	*33.6%*
2000		2'294'779	*32.4%*

Quellen: siehe vorangehende Tabelle. Fett gedruckt sind die Anteilszahlen des Deponieumsatzes, der ab 2007 die Hauptumsatzquelle bildete.

Tabelle 38: Umsätze der KAGA mit Deponiegebühren 2000 bis 2013 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

531. In der nachfolgenden Tabelle werden die übrigen Umsatzposten der KAGA angegeben. So führt die KAGA diverse Dienstleistungen aus, wie z.B. Rekultivierungsarbeiten für andere Betriebe, Strassenreinigungen, Winterdienst sowie Personal- und Maschinenvermietung.[995] Schliesslich generiert die KAGA weitere Erlöse aus Grundstücken und Immobilienvermietungen.[996]

[995] Siehe z.B. Geschäftsbericht der KAGA 2010, S. 8, Act. II.F.X.44 und Geschäftsbericht der KAGA 2008, S. 13, Act. II.C.X.126.
[996] Siehe z.B. Jahresabschluss 2011, S. 2, Act. II.D.X.80.

		übrige Umsätze										
	BU (Bruttomsatz)	Umsatz Deponie-raum [U33]	Anteil am BU	Umsatz aus Grund-stücken	Anteil am BU	Umsatz aus Dienst-leist.	Anteil am BU	Umsatz aus Mieten	Anteil am BU	Umsatz aus Fremd-dep.	Anteil am BU	übrige Umsätze am BU
2015	siehe oben											
2014												
2013		116'557	*0.9%*	446'943	*3.3%*	640'538	*4.7%*	50'322	*0.4%*	0	0.0%	9.3%
2012		107'048	*0.7%*	516'368	*3.5%*	746'937	*5.0%*	49'455	*0.3%*	0	0.0%	9.6%
2011		112'540	*0.6%*	521'327	*2.9%*	1'278'141	*7.1%*	55'479	*0.3%*	4'252	0.0%	11.0%
2010		209'413	*1.3%*	533'207	*3.3%*	1'025'191	*6.4%*	56'506	*0.4%*	9'085	0.1%	11.4%
2009		137'882	*1.0%*	508'276	*3.7%*	1'107'523	*8.1%*	58'877	*0.4%*	5'954	0.0%	13.2%
2008		113'385	*0.9%*	500'206	*3.8%*	1'058'939	*8.1%*	48'225	*0.4%*	0	0.0%	13.2%
2007		123'043	*1.0%*	502'268	*3.9%*	769'719	*6.0%*	59'934	*0.5%*	27'972	0.2%	11.6%
2006		99'601	*0.8%*	485'009	*3.8%*	728'253	*5.7%*	69'577	*0.5%*	840'049	6.5%	17.3%
2005		104'799	*1.0%*	477'687	*4.7%*	690'094	*6.8%*	86'590	*0.9%*	686'954	6.8%	20.2%
2004		90'544	*1.1%*	467'212	*5.5%*	682'367	*8.1%*	136'007	*1.6%*	678'067	8.0%	24.3%
2003		70'966	*1.0%*	352'047	*5.1%*	672'288	*9.8%*	113'868	*1.7%*	313'662	4.6%	22.2%
2002		82'179	*1.1%*	266'247	*3.5%*	626'786	*8.4%*	111'063	*1.5%*	765'028	10.2%	24.7%
2001		109'276	*1.4%*	271'146	*3.4%*	1'324'155	*16.6%*	102'354	*1.3%*	0	0.0%	22.6%
2000		90'228	*1.3%*	268'443	*3.8%*	990'664	*14.0%*	109'691	*1.6%*	435'114	6.2%	26.8%

Quellen: siehe vorvorangehende Tabelle

Tabelle 39: Umsätze der KAGA mit weiteren Tätigkeiten 2000 bis 2013 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

532. Die Anteile der einzelnen Umsatzquellen am Gesamtumsatz haben sich über die Jahre verändert. Wie bereits erwähnt, bildete bis und mit 2006 der Verkauf von Wandkies (unsortiert) die Hauptumsatzquelle, seit 2007 ist es der Verkauf von Deponievolumen. Diese Entwicklung lässt sich der nachfolgenden Abbildung entnehmen.

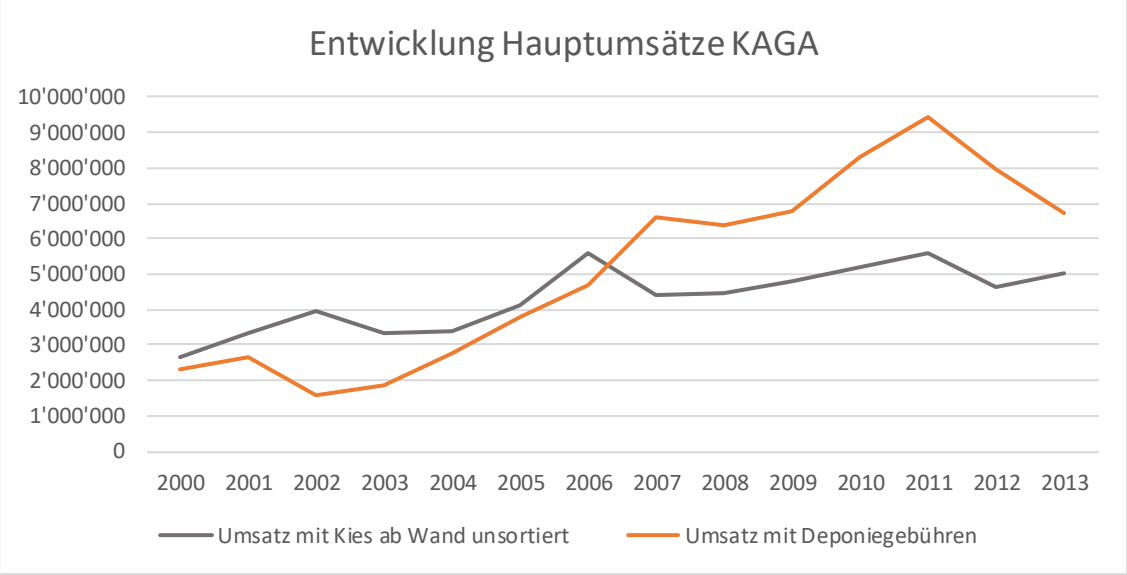


Abbildung 33: Entwicklung Hauptumsätze KAGA (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

533. Die nachfolgende Abbildung stellt die beiden Hauptumsatzquellen dem Gesamtumsatz (Bruttoumsatz) gegenüber. Die orange Fläche stellt den Umsatz mit Deponiegebühren dar, die graue Fläche den Umsatz mit Wandkies unsortiert und die weisse Fläche den Umsatz

mit den restlichen Umsatzquellen. Die oberste schwarze Linie entspricht somit dem Gesamtumsatz.

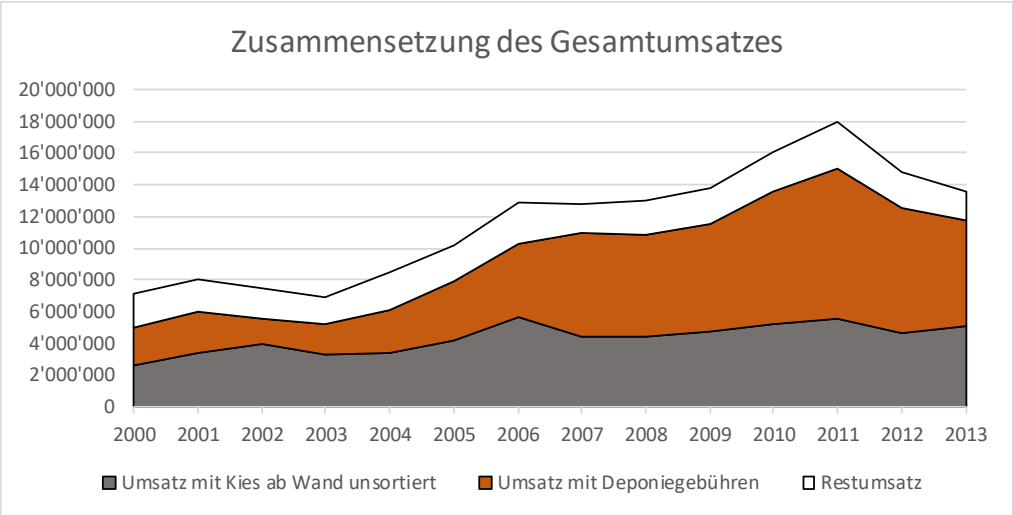


Abbildung 34: Zusammensetzung des Gesamtumsatzes (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

534. In der nachfolgenden Abbildung wird die Entwicklung der VR-Honorare und Dividenden der KAGA dargestellt. Um diese Entwicklung in den Kontext zu anderen Unternehmen zu setzen, sei auf die durchschnittlichen VR-Honorare von KMUs aus dem Jahr 2014 verwiesen.[997] So lag beispielsweise das durchschnittliche VR-Honorar bei Unternehmen mit 11 bis 50 Mitarbeitenden bei ca. CHF 32'000.–. Die Steuerverwaltung des Kantons Bern stufte die VR-Honorare der KAGA als relativ hoch ein.[998]

	Beträge in CHF								
	Div.	in %	Subst.-Div.	in %	Honorar VRP	Honorar Vize-P.	Honorar Mitglied VR	Summe Honorare	Quellen
2015	1'050'000	200%			80'000	65'000	60'000	445'000	VR-Protokoll der KAGA vom 30.03.2016, T. 2, Act. IV.13; VR-Protokoll der KAGA vom 08.12.2015, T. 3.5, Act. IV.13.
2014	1'050'000	200%			80'000	65'000	60'000	445'000	VR-Protokoll der KAGA vom 01.04.2015, T. 2, Act. IV.13; VR-Protokoll der KAGA vom 03.12.2014, T. 2.4, Act. II.A.X.571.
2013	1'837'500	350%			130'000	115'000	110'000	795'000	Jahresabschluss 2013, Act. II.A.X.493; VR-Protokoll der KAGA vom 28.11.2013, T. 2.4, Act. II.D.X.6.
2012	1'837'500	350%			130'000	115'000	110'000	795'000	Jahresabschluss 2012, Act. II.A.X.360; VR-Protokoll der KAGA vom 29.11.2012, T. 2.4, Act. II.D.X.6.
2011	3'150'000	600%			130'000	115'000	110'000	795'000	Jahresabschluss 2011, Act. II D.X.80; VR-Protokoll der KAGA vom 30.11.2011, T. 2.4, Act. II.D.X.6.
2010	3'150'000	600%	2'100'000	400%	130'000	115'000	110'000	795'000	Jahresabschluss 2010 (Act. II.C.X.208); VR-Protokoll der KAGA vom 24.11.2010, T. 2.4, Act. II.D.X.6.
2009	2'100'000	400%			130'000	115'000	110'000	795'000	Jahresabschluss 2009 (Act. II.C.X.209); VR-Protokoll der KAGA vom 02.12.2009, T. 2.5, Act. II.A.X.161.
2008	1'050'000	200%	3'150'000	600%	100'000	85'000	80'000	585'000	Jahresabschluss 2008 (Act. II.C.X.210); VR-Protokoll der KAGA vom 03.12.2008, T. 2.4, Act. II.A.X.125.
2007	1'050'000	200%	3'150'000	600%	100'000	85'000	80'000	585'000	Jahresabschluss 2007 (Act. II.C.X.211); VR-Protokoll der KAGA vom 06.12.2007, T. 2.4, Act. II.D.X.6.
2006	525'000	100%			100'000	85'000	80'000	585'000	Jahresabschluss 2006 (Act. II.C.X.212); VR-Protokoll der KAGA vom 06.12.2006, T. 2.5, Act. II.D.X.6.
2005	262'500	50%			100'000	85'000	80'000	585'000	Jahresabschluss 2005 (Act. II.C.X.213); VR-Protokoll der KAGA vom 30.11.2005, T. 2.5, Act. II.D.X.6.
2004	262'500	50%			100'000	85'000	80'000	585'000	Jahresabschluss 2004 (Act. II.C.X.214); VR-Protokoll der KAGA vo 02.12.2004, T. 2.3, Act. II.D.X.6.
2003	240'000	*)			30'000	15'000	10'000	105'000	Jahresabschluss 2003 (Act. II.C.X.215); VR-Protokoll der KAGA vom 17.11.2003, T. 3.4, Act. II.D.X.6.
2002	240'000	*)			100'000	80'000	60'000	540'000	Jahresabschluss 2002 (Act. II.C.X.216); VR-Protokoll der KAGA vom 28.11.2002, T. 6, Act. II.D.X.6.
2001	240'000	*)			100'000	80'000	60'000	540'000	Jahresabschluss 2002 (Act. II.C.X.216); VR-Protokoll der KAGA vom 28.11.2002, T. 6, Act. II.D.X.6.
2000	240'000	*)			50'000	40'000	30'000	270'000	Jahresabschluss 2000 (Act. II.C.X.217); VR-Protokoll der KAGA vom 28.11.2002, T. 6, Act. II.D.X.6.

*) In den Jahren 2000 bis und mit 2003 betrug das Aktienkaptial der KAGA CHF 1'350'000, seit 2004 beträgt es CHF 525'000 (VR-Protokoll der KAGA vom 03.06.2004, T. 4, Act. II.D.X.6.).

Tabelle 40: Dividenden, Substanzdividenden («Subst.-Div.») und VR-Honorare der KAGA 2000 bis 2015 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

[997] BDO Verwaltungsratsstudie, Ausgabe 2014, Anhang 7.
[998] Schreiben «Veranlagung 2004» vom 9.8.2005, Act. II.B.X.463.

C.5.4 Organisation der KAGA und Zusammenarbeit der Aktionärinnen innerhalb der Gremien der KAGA

C.5.4.1 Einleitung

535. Seit 2004 besteht das Aktienkapital der KAGA aus 525 Aktien à CHF 1000.–, wobei die 7 Aktionärinnen je 75 Aktien bzw. 1/7 des Aktienkapitals halten (Alluvia also 2/7, da die zwei Aktionärinnen Hofstetter und Messerli zu ihr gehören).[999]

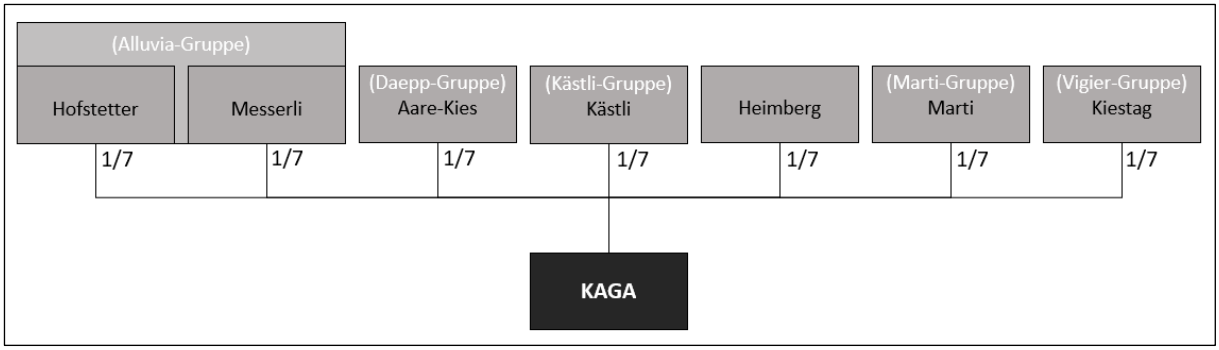


Abbildung 35: Übersicht über die aktuellen Aktionärinnen der KAGA (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

536. Beschlüsse der Generalversammlung werden mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen gefällt. Einzig für die auch im OR vorgesehenen Entscheide sind zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte nötig.[1000]

537. Der Verwaltungsrat von KAGA besteht aus sieben Mitgliedern, wobei jede Aktionärin berechtigt ist, einen Vertreter in den Verwaltungsrat zu entsenden.[1001] Beschlüsse des VR werden mit der absoluten Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, wobei mindestens die Hälfte bzw. bei ungerader Zahl die Mehrheit der VR-Mitglieder an der entsprechenden Sitzung anwesend sein müssen.[1002]

538. Von 1970 bis Juni 2003 (allenfalls mit einem Unterbruch zwischen 1987 und 1995) bestand bei der KAGA ein Verwaltungsrats-Ausschuss (VRA), dem zwei bis fünf VR-Mitglieder von KAGA angehörten.[1003] Nach Auflösung des VRA wurde bei der KAGA eine FIKO geschaffen, der zwei VR-Mitglieder von KAGA angehörten.[1004] Die FIKO wurde per September 2016 aufgelöst, wobei nach ihrer Auflösung ein Finanzausschuss geschaffen wurde.[1005]

C.5.4.2 Der Verwaltungsrat

C.5.4.2.1 Gelebtes Delegationsrecht der Aktionärinnen

539. Wie noch im Einzelnen gezeigt werden wird, haben die Aktionärinnen im KAGA-Vertrag unter sich vereinbart, dass jede Aktionärin ein Mitglied in den VR von KAGA abordnen kann, so dass jede Aktionärin Einsitz im VR von KAGA hat.[1006]

540. Untrennbar verbunden mit diesem unter den Aktionärinnen vereinbarten, jeweiligen Delegationsrecht ist das gegenseitige Einverständnis, dass die von den Aktionärinnen bestellten VR die im VR von KAGA behandelten Themen diskutieren. Selbstverständlich ist auch das gegenseitige Einverständnis, dass die VR-Mitglieder die Informationen insbesondere bezüglich KAGA erhalten und zur Kenntnis nehmen, die für die Behandlung der Themen im VR erforderlich sind. Andernfalls wäre eine Tätigkeit als VR gar nicht möglich.[1007] Vigier bezeichnet das in ihrer Stellungnahme zum Antrag als haltlose Konstruktion. Das würde heissen, dass immer wenn ein Aktionär vom gesellschaftsrechtlich vorgesehenen Entsenderecht Gebrauch mache, eine Abrede über den Informationsaustausch vorläge, was offensichtlich nicht richtig sein könne. Ausserdem stünden den Verwaltungsräten von Gesetzes wegen Auskunfts- und Einsichtsrechte zu. Das alles habe mit einer Abrede nichts zu tun.[1008] Dieses Vorbringen überzeugt nicht, soweit es überhaupt nachvollziehbar ist. Vorliegend haben die Aktionärinnen untereinander vertraglich ein gegenseitiges Entsenderecht vereinbart und dieses durch Entsendung von Schlüsselpersonen, meist eigenen Organen (so auch Vigier), gelebt. Unweigerlich mussten sie dadurch zugleich auch damit einverstanden sein, dass die in den VR von KAGA entsandten Personen die dort diskutierten Informationen zur Kenntnis nehmen. Denn das ist eine zwangsläufige Folge der Einsitznahme im

[999] VR-Protokoll der KAGA vom 2.12.2004, T. 3, Act. II.B.X.258.
[1000] Statuten vom 27.4.1995, Art. 15 Ziff. 2 und 3, Act. II.G.X.2.
[1001] Ausführlich dazu Rz 676 ff.
[1002] Statuten vom 27.4.1995, Art. 25 Ziff. 2 und 3, Act. II.G.X.2. Das Beschlussquorum entspricht der gesetzlichen Regelung, vgl. Art. 713 Abs. 1 OR.
[1003] Rz 554 ff.
[1004] Rz 560 ff.
[1005] Rz 567.
[1006] Rz 676 ff.
[1007] Vgl. nur etwa Art. 715a OR zum Recht der VR-Mitglieder auf Auskunft und Einsicht.
[1008] Act. VIII.164 Rz 72–74.

VR, wie u.a. auch die von Vigier angeführten gesetzlichen Auskunfts- und Einsichtsrechten von VR-Mitgliedern zeigen. Ein «gesellschaftsrechtlich vorgesehenes Entsendungsrecht», dessen Rechtsgrundlage im Gesellschaftsrecht Vigier bezeichnenderweise nicht zu benennen vermag,[1009] gibt es nicht. Entsprechend geht es vorliegend auch nicht um ein «gesellschaftsrechtlich vorgesehenes Entsendungsrecht» (ein solches ist inexistent), sondern um ein zwischen den Aktionärinnen vereinbartes, gegenseitiges Entsenderecht. Eine «haltlose Konstruktion» ist nicht ersichtlich.

541. Dass sich die Tätigkeitsbereiche von KAGA und ihren Aktionärinnen mehr oder weniger überschneiden,[1010] ist evident und war allen Beteiligten von Anfang an klar. Ebenso evident ist, dass die eigenen Interessen der Aktionärinnen durch die Aktivitäten von KAGA betroffen sind. Daraus entstehen möglicherweise strukturelle Interessenkonflikte für die einzelnen VR-Mitglieder, zumal wenn diese bei ihrer jeweiligen Aktionärin zugleich eine Schlüsselposition innehaben.[1011] Gleichwohl – oder womöglich sogar gerade deswegen – haben die Aktionärinnen im KAGA-Vertrag ohne Einschränkungen bezüglich der Personenwahl vereinbart, dass jede von ihnen ein Mitglied in den VR von KAGA abordnen kann. In der während Jahrzehnten gelebten Entsendepraxis hatten die in den VR von KAGA entsandten Personen jeweils zugleich Schlüsselpositionen bei den sie entsendenden Aktionärinnen inne.[1012] Dieser strukturelle Interessenkonflikt, der nahezu sämtliche Aktivitäten von KAGA betrifft, wurde und wird von den Beteiligten jedoch nicht als Grund dafür erachtet, dass ein VR-Mitglied auf die Teilnahme an der Behandlung solcher Geschäfte im VR von KAGA verzichten sollte. Denn andernfalls müssten die einzelnen VR-Mitglieder regelmässig bei einer Vielzahl von Geschäften im VR von KAGA in den Ausstand treten, wodurch sie ihr VR-Mandat kaum mehr vernünftig wahrnehmen könnten. Zudem würde bei etlichen Geschäften eine Beschlussunfähigkeit bei KAGA drohen, da sämtliche VR-Mitglieder in den Ausstand treten müssten.

542. Eine Durchsicht der VR-Protokolle zeigt, dass das Entsenderecht wie dargelegt gelebt wurde und der strukturelle Interessenkonflikt nicht als Ausstandsgrund betrachtet wurde oder wird. So kam es fast nie vor, dass ein VR-Mitglied bei einem bestimmten Geschäft in den Ausstand trat. Und wenn ausnahmsweise ein oder mehrere VR-Mitglieder in den Ausstand traten, war es jeweils bei Geschäften, in denen es darum ging, zu entscheiden, welcher Aktionärin KAGA einen (Bau)Auftrag erteilen soll.[1013] Die im Organisationsreglement von KAGA aus dem Jahr 2016 neu eingefügte Ausstandsbestimmung, wonach VR-Mitglieder bei Geschäften, die ihre eigenen Interessen oder die von ihnen nahestehenden Personen oder Gesellschaften betreffen, in den Ausstand treten,[1014] wird von den Beteiligten ebenfalls in diesem engen Sinne verstanden. Der strukturelle Interessenkonflikt wurde und wird nicht als Ausstandsgrund gehandhabt. Heimberg hält in ihrer Stellungnahme zum Antrag ohne weitere Erläuterungen fest, das Aktienrecht enthalte Vorschriften zum Ausstand bei Interessenkonflikten.[1015] Worauf sie damit hinauswill, ist nicht nachvollziehbar. An den vorangehenden Feststellungen vermag das jedenfalls nichts zu ändern. Relevant ist hier einzig, dass strukturelle Interessenkonflikte bestanden und die einzelnen VR-Mitglieder deshalb nicht in Ausstand getreten sind. Wie das aktienrechtlich zu würdigen wäre, interessiert hier nicht weiter.

C.5.4.2.2 Zusammensetzung des VR von KAGA

543. Das Delegationsrecht haben die Aktionärinnen von Anfang an gelebt. Abgesehen von einem kurzen Unterbruch von September 2005 bis August 2007, während dem kein Vertreter von Marti im VR von KAGA Einsitz nahm, waren die Aktionärinnen stets mit einem Mitglied im VR von KAGA präsent.[1016] Für die heute noch vorhandenen Aktionärinnen der KAGA waren während den Jahren folgende Vertreter im VR von KAGA (Reihenfolge aufsteigend nach der Anzahl Personenwechsel[1017]):

[1009] Auch an anderer Stelle beruft sich Vigier auf «das gesetzlich verankerte Recht von Vigier, einen Vertreter in den Verwaltungsrat zu entsenden» (Act. VIII.164 Rz 83), ohne dabei anzugeben, in welcher Norm welchen Gesetzes dieses Entsenderecht denn verankert sein soll. Die Wahl der VR-Mitglieder ist eine unübertragbare Befugnis der GV (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Jede Aktionärin kann an der GV entsprechend ihrem Aktienanteil für oder gegen bestimmte Personen als VR-Mitglieder stimmen. Ein «gesetzlich verankertes Recht von Vigier», einen Vertreter in den VR zu entsenden, stünde damit in einem unauflösbaren Widerspruch, würde dadurch doch das Stimmrecht der übrigen Aktionärinnen ausgehebelt. Vorgesehen ist im OR einzig, dass bei Vorhandensein verschiedener Aktionärskategorien und -gruppen (z.B. Stimmrechtsaktien, Vorzugsaktien) jeder Kategorie oder Gruppe ein Vertreter zugesichert ist (Art. 709 OR). Darum geht es vorliegend aber nicht, bestehen doch keine unterschiedlichen Aktionärskategorien oder -gruppen.

[1010] Vgl. die Übersicht in Rz 1448 bezüglich der Überschneidungen in den diversen sachlich und räumlich relevanten Märkten.

[1011] Rolf Sethe, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, SZW 2018, 375–392, 376, spricht u.a. bei dieser Ausgangslage von strukturellen Interessenkonflikten. Diese Formulierung wird hier ebenfalls verwendet.

[1012] Siehe Rz 545.

[1013] So etwa VR-Protokolle der KAGA vom 28.3.2012, T. 6, vom 13.9.2005, T. 4; beide Act. II.D.X.6.

[1014] Ziffer III.8 des Organisationsreglements der KAGA vom 31.8.2016, Act. IV.6.

[1015] Act. VIII.161 Rz 49.

[1016] Rz 677 ff.

[1017] Die Wechsel im VR erfolgten meist unter dem Jahr, und zwar i.d.R. nach der ordentlichen GV von KAGA, die im Sommer stattfindet. Der Einfachheit halber werden diese unterjährigen Wechsel in der Tabelle nicht abgebildet, sondern das Jahr gesamthaft dem neuen VR-Mitglied «zugeordnet».

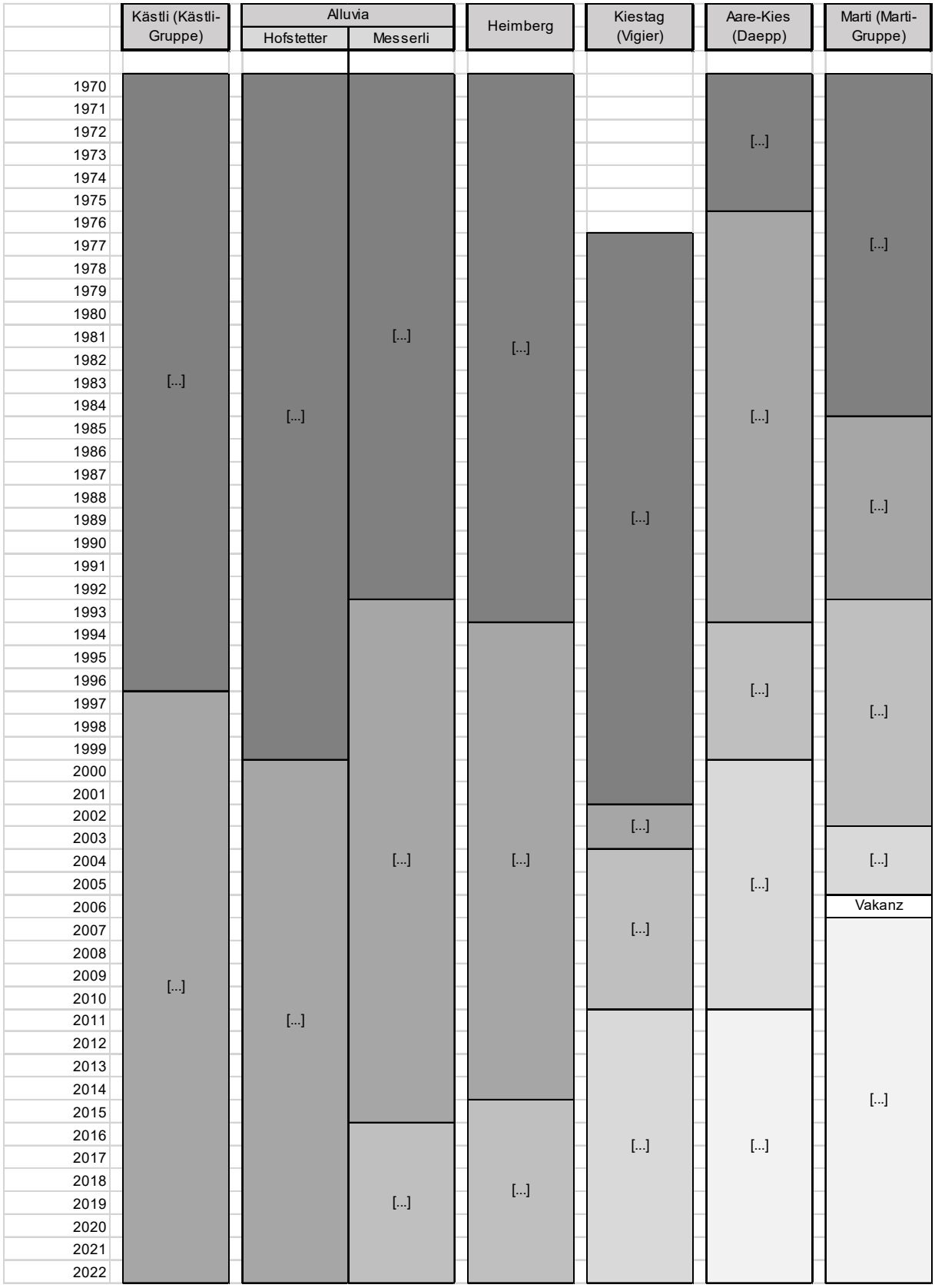


Abbildung 36: VR-Mitglieder der aktuellen Aktionärinnen bei KAGA (Quellen: VR-Protokolle von KAGA, Act. II.D.X.2, II.D.X.5 und II.D.X.6; Handelsregister).

544. Das Amt des Verwaltungsratspräsidenten von KAGA wurde während der gesamten Existenz von KAGA, d.h. während nunmehr 54 Jahren, von einem Vertreter von Kästli wahrgenommen. Zunächst war [...] VRP von KAGA (1970 bis 1997). Nach seinem Rücktritt aus dem VR von KAGA übernahm [...] nahtlos dieses Amt (1997 bis heute). Eine ähnliche Konstanz ist auch beim Amt des Vizepräsidenten des VR von KAGA festzustellen.

Dieses Amt wurde stets von einem weiteren der drei «Berner Unternehmen»[1018] gehalten. Bis zu seinem Rücktritt aus dem VR von KAGA war […] (Hofstetter) Vizepräsident des VR von KAGA (1970 bis 2000). Von da an übernahm [...] (Messerli, später Alluvia) das Amt des Vizepräsidenten des VR von KAGA (2000 bis 2016). Und seit dessen Rücktritt aus dem VR von KAGA ist es [...] (Alluvia), der das Amt des Vizepräsidenten des VR von KAGA innehat (2016 bis heute).[1019]

545. Alle Mitglieder des VR von KAGA waren und sind zugleich Schlüsselpersonen bei der jeweiligen Aktionärin, die sie abgeordnet hat. Das zeigt sich bereits an den Ämtern, die sie bei den Aktionärinnen bekleiden. Ausser bei Marti-Gruppe waren die entsandten Personen durchwegs mindestens «gewöhnliche» Mitglieder des VR der jeweiligen Aktionärin. Bei Marti-Gruppe handelte es sich bei den entsandten Personen teilweise ebenfalls um Mitglieder des VR, teilweise auch um ranghohe, leitende Angestellte. Aktuell handelt sich bei den entsandten Personen um Verwaltungsratspräsidenten, Verwaltungsräte, Delegierte des VR und einen Vizedirektor/Leiter Rechtsdienst bei der jeweiligen Aktionärin.

C.5.4.2.3 Rhythmus der Sitzungen

546. Aus Gründen der Einfachheit wird einzig die Sitzungsfrequenz seit Übernahme des VRP-Amtes durch [...] betrachtet. Zwischen 1997 und 2013 traf sich der VR von KAGA mindestens viermal jährlich zu einer Sitzung. In mehreren Jahren fanden fünf Sitzungen statt und in zwei Jahren sechs.[1020]

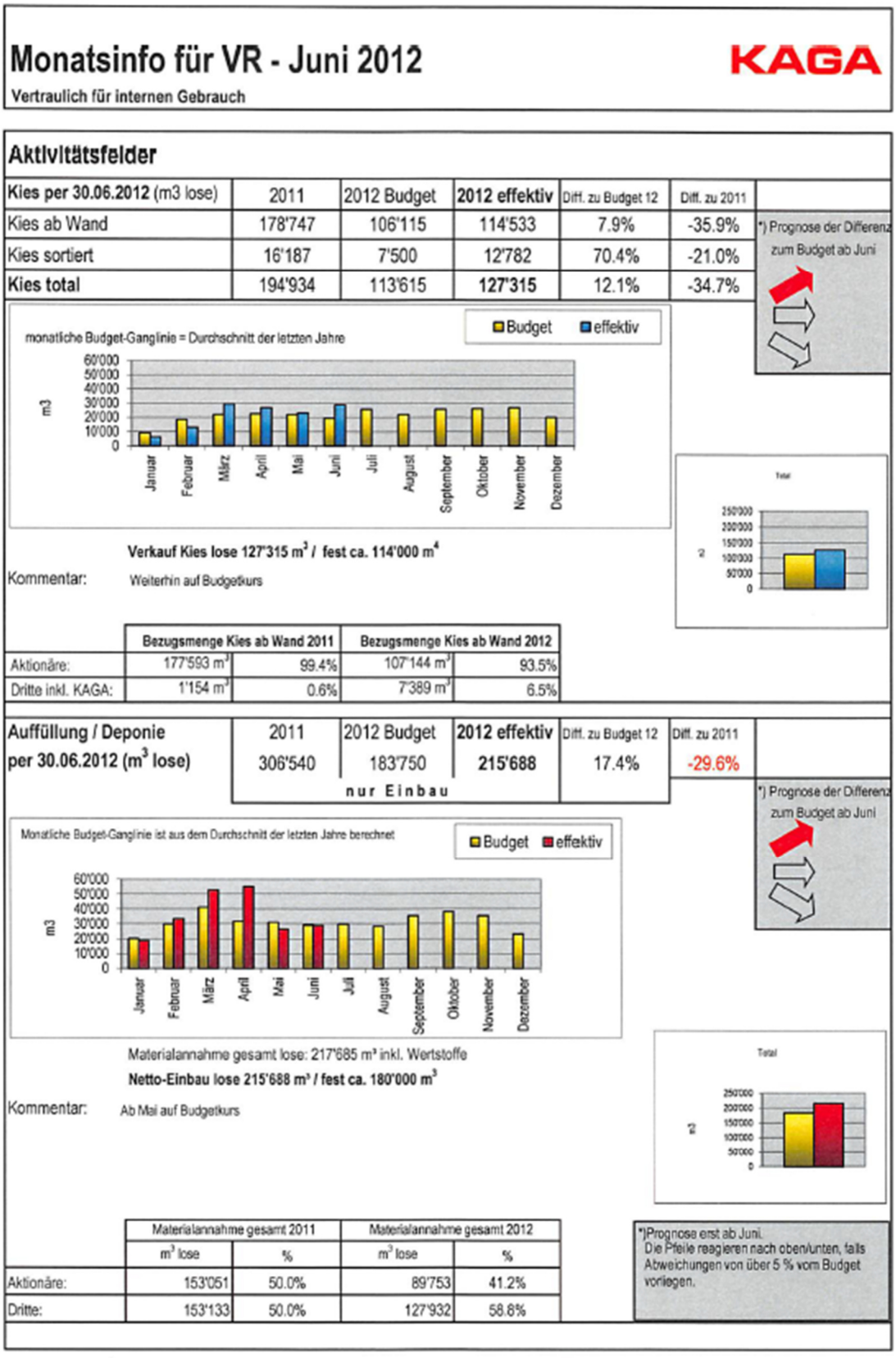
C.5.4.2.4 Inhalt der VR-Sitzungen

547. An den VR-Sitzungen wurde eine Vielzahl von Themen besprochen, exemplarisch seien genannt: Im Rahmen der (jährlichen) Budgetdiskussion wurden u.a. die erwartete Kies- und Deponieplatznachfrage bei KAGA, Anpassungen der KAGA-Listenpreise sowie das Investitionsbudget behandelt.[1021] Regelmässig traktandiert waren sodann «Planungen / Projekte» und «Verträge», die den VR in diesen Dingen auf dem Laufenden hielten. Unter dem Traktandum «Verträge» war es beispielsweise am VR, sein Einverständnis zum Abschluss von Grundstückkaufverträgen, Dienstbarkeitsverträgen oder Kiesstockvorkäufen zu erteilen.[1022] Ebenfalls im VR besprochen wurden die an anderen Stellen vertiefter behandelten Vorzugspreise der Aktionärinnen beim Bezug von Kies,[1023] der Transportkostenausgleich,[1024] die Pflicht zum Kiesbezug bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub und dabei insbesondere das weitere Vorgehen gegen [U04][1025] sowie die Einschränkung des Einzugsgebiets von KAGA[1026].

548. Bezüglich der Anpassungen der Listenpreise, der Vorzugspreise der Aktionärinnen beim Bezug von Kies sowie dem Transportkostenausgleich ist zu präzisieren, dass der VR von KAGA über diese abstimmte. Als eigentliche Preiskoordination des KAGA-Preises für Dritte mit den Preisen der Aktionärs-Unternehmen für Dritte kann dies im vorliegenden und spezifischen Kontext allerdings nicht gewertet werden. Die vorhandenen Beweismittel liefern keine Anzeichen dafür, dass an den VR-Sitzungen jeweils gezielt auf eine Koordination insbesondere der Aktionärs-Listenpreise mit den Listenpreisen der KAGA hingewirkt wurde. Soweit aus den Protokollen ersichtlich, stimmten die VR-Mitglieder vielmehr meistens ohne Diskussionen und ohne Änderungen den diesbezüglichen Listenpreis-Vorschlägen zu, die von der Geschäftsleitung von KAGA ausgearbeitet und vom VRA/von der FIKO vorbesprochen wurden. Vereinzelt kam es zwar zu Anpassungen der Listenpreis-Vorschläge der Geschäftsleitung im VRA/in der FIKO oder im VR von KAGA,[1027] jedoch bestehen keine Anzeichen dafür, dass dies mit Blick auf die Aktionärs-Listenpreise erfolgte. Zudem konnten einzelne VR-Mitglieder diesbezügliche Beschlüsse weder alleine treffen noch alleine verhindern.[1028]

549. Das regelmässige Traktandum «Betrieb KAGA» wurde ab September 2003 möglichst kurz gehalten, da die VR von da an mit einer «Monatsinfo für VR» bedient wurden. «Die Idee ist, den VR laufend über den Geschäftsgang in den Aktivitätsfeldern, den Stand der Planungen und Finanzen sowie über Aktuelles und Neues zu informieren».[1029] Exemplarisch sei die «Monatsinfo für VR – Juni 2012» abgebildet:

[1018] Vgl. dazu etwa Rz 723, 736, 741 und 1010.
[1019] Handelsregistereintrag KAGA; ferner VR-Protokolle der KAGA vom 20.3.1970, T. 1, Act. II.D.X.2; vom 26.6.1997, T. 2.2, Act. II.D.X.6; vom 20.6.2000, T. 2.1, Act. II.D.X.6 und vom 18.5.2016, T. 2.1, Act. IV.13.
[1020] Vgl. die Sitzungsdaten gemäss den Protokollen in Act. II.D.X.6 (fünf Sitzungen in den Jahren 1997, 2000, 2002, 2003, 2004, 2005; sechs Sitzungen in den Jahren 2001 und 2007).
[1021] Exemplarisch VR-Protokolle der KAGA vom 28.11.2013, vom 29.11.2012 und vom 30.11.2011, jeweils T. 2.3, vom 28.11.2002, T. 5, vom 10.12.1998, T. 4; alle Act. II.D.X.6.
[1022] Beispielsweise VR-Protokoll der KAGA vom 24.11.2010, T. 6, Act. II.D.X.6.
[1023] Rz 1031 ff.
[1024] Rz 1092 ff.
[1025] Rz 1143 ff.
[1026] Rz 1246 ff.
[1027] Siehe dazu Rz 897 f.
[1028] Rz 1299.
[1029] VR-Protokoll vom 18. September 2003, T. 2, Act. II.D.X.6.



Monatsinfo für VR - Juni 2012

KAGA

Vertraulich für internen Gebrauch

Aktivitätsfelder

Kies per 30.06.2012 (m3 lose)	2011	2012 Budget	2012 effektiv	Diff. zu Budget 12	Diff. zu 2011
Kies ab Wand	178'747	106'115	114'533	7.9%	-35.9%
Kies sortiert	16'187	7'500	12'782	70.4%	-21.0%
Kies total	194'934	113'615	127'315	12.1%	-34.7%

*) Prognose der Differenz zum Budget ab Juni

Verkauf Kies lose 127'315 m³ / fest ca. 114'000 m³

Kommentar: Weiterhin auf Budgetkurs

	Bezugsmenge Kies ab Wand 2011		Bezugsmenge Kies ab Wand 2012	
Aktionäre:	177'593 m³	99.4%	107'144 m³	93.5%
Dritte inkl. KAGA:	1'154 m³	0.6%	7'389 m³	6.5%

Auffüllung / Deponie per 30.06.2012 (m³ lose)	2011	2012 Budget	2012 effektiv	Diff. zu Budget 12	Diff. zu 2011
	306'540	183'750	215'688	17.4%	-29.6%
		nur Einbau			

*) Prognose der Differenz zum Budget ab Juni

Materialannahme gesamt lose: 217'685 m³ inkl. Wertstoffe

Netto-Einbau lose 215'688 m³ / fest ca. 180'000 m³

Kommentar: Ab Mai auf Budgetkurs

	Materialannahme gesamt 2011		Materialannahme gesamt 2012	
	m³ lose	%	m³ lose	%
Aktionäre:	153'051	50.0%	89'753	41.2%
Dritte:	153'133	50.0%	127'932	58.8%

*)Prognose erst ab Juni. Die Pfeile reagieren nach oben/unten, falls Abweichungen von über 5 % vom Budget vorliegen.

KAGA - Technisches Büro
Verteiler: VR KAGA (7 + 2 GF/Sekr.)

09.07.2012 - ki
Seite 1 / 2

Abbildung 37: Erste Seite des «Monatsinfo für VR – Juni 2012» (Quelle: Act. II.B.X.344, S. 87).

Dienstleistungen / Fremddeponie:

per 30.06.2012 CHF	2011 591'576.--	2012 Budget 277'000.--	2012 effektiv 288'620.-	Diff. zu Budget 12 4.2%	Diff. zu 2011 -51.2%

*) Prognose der Differenz zum Budget ab Juni

Kommentar:

Betrieb (Strassenreinigung/Winterdienst):	CHF	48'838.-
Kleinarbeiten / Vermietungen:	CHF	16'849.-
Mandate Büro:	CHF	115'004.-
Dieselverkauf:	CHF	107'929.-

Projekte:

Thuner Tagblatt TT Mittwoch, 4. Juli 2012, Gemeindeversammlung Kienersrüti
"Bodenlager kann kommen"
"In einem weiteren Traktandum genehmigte die Versammlung die Überbauungsordnung Bodenlager "Sägetmösli". Die Kies AG Aaretal KAGA, der das Land gehört, möchte dort ein Depot für Humus erstellen. Gegen das Vorhaben sind keine Einsprachen eingegangen."

Allgemeines:

Kiesvorrat abgedeckt:	**Bergacher:**	**ca. 180'000 m³**	**Bümberg:**	**ca. 90'000 m³**	**Uttigen:**	**ca. 70'000 m³**
zusätzl. Volumen, nach Entfernen Moräne		**ca. 60'000 m³**		**ca. 75'000 m³**		Anteil ca. 50 % 2. Qualität
Verfügb. Auffüllvolumen 2012:	**Bergacher:**	**ca. 70'000 m³**	**Bümberg:**	**ca. 180'000 m³**	**Uttigen:**	**-----**

Aktuelles:

Am 12. Juni fand die Inspektion durch Herr [redacted] im Auftrag des [redacted] statt. Im schriftlichen Teil sowie auf dem Rundgang wurden keine Mängel gefunden. Ebenfalls an der Inspektion teil nahm der Vertreter des AWA, Hr [redacted]

KAGA - Technisches Büro
Verteiler: VR KAGA (7 + 2 GF/Sekr.) [redacted]

09.07.2012 - ki
Seite 2 / 2

Abbildung 38: Zweite Seite des «Monatsinfo für VR – Juni 2012» (Quelle: Act. II.B.X.344, S. 88).

550. Zuvor, d.h. bis zur Auflösung des VRA im Juni 2003, wurden die VR-Mitglieder von KAGA zwar nicht mit einem «Monatsinfo für VR» bedient, dafür aber mit den Protokollen der VRA-Sitzungen.[1030]

551. In den Jahren 2002, 2009 und 2012 trafen sich die VR-Mitglieder von KAGA zu mehreren halb- oder ganztätigen Strategietagungen.[1031] An diesen Tagungen besprachen sie, wie der Name bereits verrät, die künftige Strategie von KAGA und legten diese fest. Besonders umfangreich waren die Strategiearbeiten 2002, die unter Beizug eines externen Beraters durchgeführt wurden.[1032] Erstellt für diese Strategiearbeiten wurden unter anderem eine Marktanalyse, eine Branchenanalyse im Kies- und Deponiebereich, eine Unternehmensanalyse im Vergleich zur Konkurrenz sowie eine Beschaffungsmarkt-Analyse aus Sicht der KAGA.[1033] Sodann wurden die Aktivitätsfelder von KAGA ausgewertet und mögliche neue Aktivitätsfelder beurteilt.[1034] Die VR-Mitglieder wurden im Vorfeld der Strategietagungen jeweils mit zahlreichen Informationen bedient, um eine Diskussion zu ermöglichen, so etwa mit einer «Übersicht der mutmasslichen Auffüllreserven KAGA per 1.1.2012»[1035], dem geplanten weiteren Abbau und Auffüllung der Flächen[1036] sowie Aufstellungen der Kiesbezüge und Materiallieferungen nach Standort und nach Region[1037]. Teilweise wurden auch die jährlichen Kiesbezüge und Deponielieferungen der einzelnen Aktionärinnen bei KAGA während den vorangegangenen Jahren in diesen Unterlagen aufgeführt.[1038]

552. Zuweilen wurden auch Informationen, welche die Aktionärinnen von KAGA betrafen, im VR von KAGA geteilt. Besonders ausgeprägt war dies anlässlich der Strategietagungen 2002. Nachdem mit den VR-Mitgliedern Einzelinterviews durchgeführt worden sind,[1039] wurden die Erkenntnisse daraus in einem «Kurzbeschrieb der kiesrelevanten Tätigkeiten der Aktionäre der KAGA» festgehalten. In diesem Kurzbeschrieb werden hinsichtlich jeder Aktionärin zunächst die «Aktivitätsfelder» festgehalten, alsdann der «Gesamtumsatz», der «Umsatzanteil Kies, Beton», der «Stellenwert des Kiesgeschäftes», die «Betriebsstätten / Beteiligungen», der «Geogr. Aktionsradius», die «Kiesreserven», der «Jährliche[r] Ausstoss», die «Vertragskunden», die «Zukünftige Marktentwicklung», die «Bedürfnisse der Kunden», das «Aktuelle[s] Preisniveau» sowie schliesslich der «Konkurrenzdruck».[1040] Aber auch ausserhalb von Strategietagungen wurden teilweise Informationen, welche die Aktionärinnen von KAGA betrafen, im VR von KAGA geteilt. So meldeten etwa die Aktionärinnen im Zusammenhang mit dem Transportkostenausgleich ihre mutmasslichen Kiesbezüge, die sie im kommenden Jahr bei KAGA zu tätigen beabsichtigten.[1041] Dabei kam es auch vor, dass ein VR-Mitglied bei einem anderen VR-Mitglied nachfragte, wie es sich mit dessen künftigen Kiesbezügen verhalte, nachdem diese im aktuellen Jahr deutlich geringer ausgefallen waren als in der Vergangenheit.[1042]

553. Die geschäftsrelevante und grundsätzlich geheimhaltungswürdige Natur der im VR von KAGA besprochenen Themen sowie der dazu erhaltenen Informationen zeigt sich auch etwa daran, dass der Rechtsvertreter von KAGA die entsprechenden Dokumente, insbesondere die VR-Protokolle, als Geschäftsgeheimnisse bezeichnet, die zwar den Aktionärinnen, nicht aber Dritten offengelegt werden dürften.[1043] Bei den Monatsinfo für VR ist im Einklang damit etwa vermerkt «Vertraulich für internen Gebrauch». Im Organisationsreglement von KAGA, das nach der Eröffnung dieser Untersuchung im Jahr 2016 erstellt wurde, ist nunmehr auch festgehalten, dass die VR-Mitglieder verpflichtet sind, gegenüber Dritten Stillschweigen über sämtliche Informationen und Dokumente zu bewahren, die ihnen im Zusammenhang mit ihrer Organtätigkeit zur Kenntnis gelangen.[1044]

C.5.4.3 VRA (Verwaltungsrats-Ausschuss)

C.5.4.3.1 Zusammensetzung

554. Die erste VRA-Sitzung fand am 23. November 1970 statt, die letzte am 19. Juni 2003, wobei es zwischen 1987 und 1995 allenfalls einen Unterbruch in den Sitzungen gab. Während dieser langen Zeit änderte sich unter anderem die Grösse und natürlich auch die Zusammensetzung des VRA. So gehörten etwa zu Beginn vier VR-Mitglieder von KAGA dem VRA an (Vertreter von Daepp, Hofstetter, Kästli und [U09]) und dieser wurde im Jahr 1973 auf fünf VR-Mitglieder erweitert (zusätzlich Vertreter von Heimberg).[1045] Später erfolgte eine Verkleinerung des VRA; im Jahr 1995 gehörten ihm noch gerade einmal zwei VR-Mitglieder von KAGA an (Vertreter von Hofstetter und Kästli). Nachdem in Gesprächen «der Wunsch entstanden [sei], im VRA einen Vertreter der 'Oberländer' aufzunehmen»[1046], wurde der VRA im Jahr 1998 um ein zusätzliches VR-Mitglieder von KAGA aufgestockt (zusätzlich Vertreter von Heimberg).[1047] Je nach Thema wurden jeweils noch weitere VR-Mitglieder an die Sitzungen des VRA einbezogen.[1048] Nebst den VR-Mitgliedern nahmen an den VRA-Sitzungen der Geschäftsführer von KAGA und je nach Traktanden weitere Mitarbeitende von KAGA teil.[1049]

555. Im Detail brauchen die personellen Entwicklungen und Wechsel im VRA von KAGA nicht aufgearbeitet zu

[1030] Dazu hiernach Rz 554 ff., insbesondere Rz .558.
[1031] Vgl. etwa Act. II.B.X.344, II.D.X.10, II.E.X.141.
[1032] Act. II.D.X.10.
[1033] Act. II.D.X.10, S. 87 ff.
[1034] Act. II.D.X.10, S. 169 ff.
[1035] Act. II.B.X.344, S. 37.
[1036] Act. II.B.X.344, S. 38 f., S. 73 ff. und 107 f.
[1037] Act. II.B.X.344, S. 96–110.
[1038] Act. II.D.X.10, S. 149–152.
[1039] Dazu Act. II.D.X.10, S. 47–72.
[1040] Act. II.D.X.10, S. 147–156.
[1041] Exemplarisch etwa für 2007 Rz 1121 und für 2014 Rz 1128.
[1042] VR-Protokoll vom 27.11.2003, T. 2.1, Act. II.D.X.6.
[1043] Act. I.277, I.412 und IV.13.
[1044] Ziffer III.9 des Organisationsreglements der KAGA vom 31.8.2016, Act. IV.6.
[1045] Vgl. die Sitzungsteilnehmer gemäss den Protokollen in Act. II.C.X.11.
[1046] Protokoll des VRA von KAGA vom 23.10.1997, T. 6, Act. II.D.X.7.
[1047] Vgl. auch hier die Sitzungsteilnehmer gemäss den Protokollen in Act. II.D.X.7.
[1048] Exemplarisch etwa Protokoll des VRA von KAGA vom 6.5.2002 zu T. 5 und 6 und dasjenige vom 20.6.2002 zu T. 2, Act. II.D.X.7.
[1049] Vgl. die Sitzungsteilnehmer gemäss den Protokollen in Act. II.C.X.11 und II.D.X.7.

werden. Hervorzuheben sind allerdings die zwei Konstanten, die über den gesamten Zeitraum unverändert geblieben sind:[1050]

- Den Vorsitz des VRA hatte stets der Vertreter von Kästli inne. Von 1970 bis 1997 war [...] Vorsitzender des VRA, ab August 1997 bis zur Auflösung des VRA im Jahr 2003 sodann [...]. Während einer gewissen Zeit waren sogar beide gleichzeitig an den Sitzungen des VRA – [...] als Vorsitzender des VRA, [...] zunächst als Präsident der F + P Kommission und nach deren Auflösung als Beisitzer.[1051]
- Nebst Kästli war sodann stets auch noch ein weiteres der drei «Berner Unternehmen»[1052] im VRA von KAGA vertreten. Von 1970 bis zu seinem Rücktritt Mitte 2000 war […] (Vertreter von Hofstetter) im VRA von KAGA und von da an bis zur Auflösung des VRA [...] (Vertreter Messerli).

C.5.4.3.2 Frequenz der Sitzungen

556. Zu Beginn traf sich der VRA von KAGA mehrmals jährlich. Gegen Ende der 70er-Jahre beschränkte er sich hingegen auf eine Sitzung pro Jahr, wobei die Kadenz Anfangs der 80er-Jahre wieder anzog und mehrere Sitzungen pro Jahr stattfanden.[1053] Von 1995 bis 2002 tagte der VRA von KAGA pro Jahr mindestens sechs Mal, wobei im Jahr 2001 sogar zehn Sitzungen stattfanden. Bei der letzten Sitzung des VRA von KAGA im Juni 2003 handelte es sich um die dritte Sitzung in diesem Jahr, was hochgerechnet auf ein Jahr wiederum sechs Sitzungen entsprechen würde.[1054]

C.5.4.3.3 Inhalt der VRA-Sitzungen

557. Aufgrund der sehr langen Existenzdauer des VRA erscheint es angezeigt, sich nachfolgend auf den Inhalt der VRA-Sitzungen in den späteren Jahren zu konzentrieren. Nebst der Genehmigung des Protokolls der letzten VRA-Sitzung waren von 1995 bis zur Auflösung des VRA im Jahr 2003 standardmässig bei jeder Sitzung zwei Themen traktandiert. Zum einen ein «Bericht Betrieb KAGA», zum anderen «Berichte aus Beteiligungen». Bei zahlreichen Sitzungen findet sich auch das Traktandum «Planungen», wobei die Besprechungen der einzelnen «Planungs»-Projekte dem jeweiligen Stand bzw. Fortschritt entsprechend meist über mehrere Sitzungen fortgesetzt wurden. In einem jährlichen Turnus wiederkehrend waren sodann die Traktanden «Jahresabschluss» und «Finanzplan». Andere Themen waren nicht derart regelmässig traktandiert, da sie – wie beispielsweise Kiesstockvorkäufe – vom aktuellen Geschehen abhängen. Nebst solchen grundstückbezogenen Traktanden wurden im VRA der KAGA auch Themen wie die «Strategie der KAGA», «Neue Preisgestaltung Deponiematerial in Tonnen», «Deponie auf grüner Wiese, vorhandene Unterlagen» oder «Transportkostenausgleich Kies» besprochen.[1055]

C.5.4.3.4 Verteiler der VRA-Protokolle

558. Die Protokolle der VRA-Sitzungen wurden nicht nur an die Mitglieder des VRA verteilt, sondern an alle Mitglieder des VR von KAGA. In den VRA-Protokollen ab 1995 ist der Verteiler «VRA / VR / Betriebsleiter KAGA» ausdrücklich festgehalten.[1056] Die früheren VRA-Protokolle nennen den Verteiler zwar nicht, jedoch steht gleichwohl fest, dass auch schon damals alle Mitglieder des VR von KAGA mit diesen Protokollen bedient worden sind. Denn in zahlreichen Sitzungen des VR von KAGA wurde ohne Weiteres auf die Protokolle des VRA verwiesen,[1057] was nur möglich ist, wenn diese VRA-Protokolle den VR von KAGA auch bekannt sind. Teilweise wurde an den VR-Sitzungen von KAGA auch explizit darauf hingewiesen, dass die VR-Mitglieder durch Zustellung der VRA-Protokolle auf dem Laufenden gehalten worden seien.[1058]

559. Damit ist erstellt, dass die Informationen, die in den VRA-Protokollen enthalten sind, allen Mitgliedern des VR von KAGA bekanntgegeben worden sind.

C.5.4.4 FIKO (Finanz-Kommission)

C.5.4.4.1 Zusammensetzung

560. Die erste Sitzung der FIKO fand am 10. November 2003 statt, aufgelöst wurde sie auf den 1. September 2016.[1059] Der FIKO gehörten während ihrer gesamten Existenz jeweils zwei VR-Mitglieder von KAGA an, wobei es stets dieselben Personen waren. Vorsitzender der FIKO war [...] (Vertreter von Hofstetter) und Mitglied [...] (Vertreter von Kästli). Nebst diesen VR-Mitgliedern war auch der Geschäftsführer von KAGA Mitglied der FIKO, und es nahmen – je nach Traktanden – noch weitere Mitarbeitende von KAGA, insbesondere der Betriebsleiter, an den Sitzungen teil.[1060]

C.5.4.4.2 Frequenz der Sitzungen

561. Die FIKO traf sich für gewöhnlich vier Mal im Jahr.[1061]

C.5.4.4.3 Inhalt der FIKO-Sitzungen

562. Die FIKO hat einerseits die finanziellen Geschäfte (Finanzbuchhaltung, Betriebsbuchhaltung) überprüft, andererseits aber auch weitere Geschäfte für den VR vorberaten. Namentlich wurde die FIKO vom Geschäftsführer von KAGA über operative Geschäfte, die sich auf die Finanzen auswirken, wie etwa Investitionen, Verkäufe oder damit zusammenhängende Verträge, vorinformiert.[1062]

[1050] Vgl. die Sitzungsteilnehmer gemäss den Protokollen in Act. II.C.X.11 und II.D.X.7.
[1051] Dies mindestens ab Anfang 1995 bis zum Rücktritt von [...] Mitte 1997, vgl. die Sitzungsteilnehmer gemäss den Protokollen in Act. II.D.X.7.
[1052] Vgl. dazu etwa Rz 723, 736, 741 und 1010.
[1053] Vgl. die Sitzungsdaten gemäss den Protokollen in Act. II.C.X.11.
[1054] Vgl. die Sitzungsdaten gemäss den Protokollen in Act. II.D.X.7.
[1055] Act. II.D.X.7.
[1056] Act. II.D.X.7.
[1057] Exemplarisch VR-Protokolle der KAGA vom 1.7.1985, T. 5; 13.1.1984, Vorbemerkung zu T. 2–6; 24.3.1983, T. 2.4; 21.3.1977, T. 3.3; 20.5.1976, T. 3; 13.5.1975, T. 3.a; 22.6.1971, T. 3.c; in Act. II.D.X.2 resp. Act. II.D.X.5.
[1058] Beispielsweise VR-Protokoll der KAGA vom 27.11.1981, T. 2.3, Act. II.D.X.5.
[1059] EV von [...] vom 14.2.2017, Rz 275 f., 305–307, Act. III.30.
[1060] Vgl. die Sitzungsteilnehmer gemäss den Protokollen in Act. II.B.X.463; EV von [...] vom 15.1.2015, Rz 226–234, Act. III.7; EV von [...] vom 14.2.2017, Rz 277–283, Act. III.30.
[1061] Vgl. die Sitzungsdaten gemäss den Protokollen in Act. II.B.X.463; EV von [...] vom 14.2.2017, Rz 284 f., Act. III.30.
[1062] Rz 21 von Act. IV.13; EV von [...] vom 15.1.2015, Rz 242–246, Act. III.7.

563. Regelmässige Traktanden an den FIKO-Sitzungen waren unter anderem die «Jahres- und Zwischenabschlüsse», «Investitionen», «Verträge», «Projekte», «Kiesvorkäufe», «Beteiligungen», «Budget». Hinzu kamen noch weitere Themen wie etwa Anpassungen bzw. Neuberechnungen des Transportkostenausgleichs.[1063]

564. Mindestens betreffend die Jahre 2010 bis 2014 wurden die beiden VR-Mitglieder [...] und [...] zudem mit der Publikation «Die KAGA in Zahlen» bedient.[1064] Betreffend die Jahre 2015 und 2016 wurde hingegen nur noch das VR-Mitglied [...] mit dieser Publikation versorgt.[1065] In «Die KAGA in Zahlen» sind unter anderem die zahlenmässigen Entwicklungen des Kiesabbaus und der Deponierung sowie des durchschnittlichen Bruttoerlöses pro Kubikmeter (Kies als auch Deponie) abgebildet. Weiter sind die Kiesbezüge jeder einzelnen Aktionärin sowie von [U01] und den übrigen Dritten pro Jahr aufgeschlüsselt. Aufgeführt sind ferner etwa die mutmasslichen bewilligten Kiesreserven und die mutmasslichen Auffüllreserven. Dargestellt werden schliesslich auch die Massenflüsse in Kubikmetern aufgeteilt nach Regionen.

C.5.4.4.4 Verteiler der FIKO-Protokolle

565. Der Verteiler der FIKO-Protokolle ist auf diesen ausdrücklich mit «FIKO» festgehalten. Der angegebene Verteiler entspricht den tatsächlichen Gegebenheiten. So wurden bei keinem Nichtmitglied der FIKO anlässlich der Hausdurchsuchungen FIKO-Protokolle gefunden und auch an den Sitzungen des VR von KAGA wird nicht auf FIKO-Protokolle verwiesen. Die VR-Mitglieder von KAGA, die nicht zur FIKO gehörten, wurden also nicht mit den FIKO-Protokollen bedient.

566. Damit ist erstellt, dass die Informationen, die in den FIKO-Protokollen enthalten sind, den Mitgliedern der FIKO bekannt waren. Bei den VR-Mitgliedern von KAGA sind dies [...] (Alluvia) und [...] (Kästli). Anderen Mitgliedern des VR von KAGA, die nicht der FIKO angehörten, wurden die Protokolle der FIKO hingegen nicht zugestellt.

C.5.4.5 Finanzausschuss

567. Nach Auflösung der FIKO im September 2016 wurde bei KAGA ein Finanzausschuss geschaffen. Dieser beschäftigt sich ausschliesslich mit finanziellen Aspekten der KAGA, d.h. er überprüft die finanziellen Geschäfte (Finanzbuchhaltung, Betriebsbuchhaltung).[1066] Auf den Finanzausschuss ist nicht weiter einzugehen.

C.5.5 Ursprünge der KAGA: Kieswerk Uttigen (KWU)

568. Bevor auf die kartellrechtlich relevanten Verhaltensweisen der Verfahrensparteien im Rahmen ihrer Zusammenarbeit zum Betrieb der KAGA eingegangen wird, wird in diesem Abschnitt ein kurzer Blick auf die drei einfachen Gesellschaften geworfen, die der KAGA vorausgingen. Alle drei wurden Kieswerk Uttigen (KWU) genannt. Dieser Rückblick ermöglicht ein besseres Verständnis der Gründe, die zur Gründung der KAGA geführt haben und die auf die Organisation der KAGA und ihr Marktumfeld bis heute nachwirken.

569. 1966 schlossen die nachfolgenden vier Gesellschaften einen Gesellschaftsvertrag zum gemeinsamen Abbau von Kies im Raume Uttigen – Uetendorf: Paul Hofstetter Schaad & Co, Messerli & Co, Bend. Kästli & Söhne AG und [U09]. Sie wählten die Form der einfachen Gesellschaft und nannten diese «Kieswerk Uttigen (KWU)».[1067] In der Folge fassten die vier einfachen Gesellschafter die Aufnahme weiterer Gesellschafter ins Auge, zumal auch bereits einige Gesellschaften ihr Interesse bekundet hatten.[1068] Zu diesem Zweck hielten sie im März 1967 die «Grundgedanken und Grundlagen zu den Aufnahme-Verhandlungen von neuen Mitgliedern» in die KWU fest,[1069] die sie Interessierten entsprechend mitteilten:[1070]

«Was bezweckt die Arbeitsgemeinschaft Kieswerk UTTIGEN?

Die 4 Firmen […] haben sich im Jahre 1966 zusammengefunden, um rechtzeitig den Kampf gegen die Grosskiesindustrien im Raume Bern-Thun aufzunehmen. Der Hügelzug Uttigen-Kirchdorf enthält enorme Kiesvorräte, die die Erstellung eines Grosskieswerkes rechtfertigen würden. Im Aaretal (Raum Bern-Thun) bildet dieser Hügelzug die grösste noch unangetastete Kiesreserve. Kein Wunder, dass sich die Spekulation mit diesem Objekt beschäftigte, und die Aufmerksamkeit der Grosskiesindustrie auf diese letzte Möglichkeit im Aaretal hinlenken wollte. Glücklicherweise erhielten die bestehenden Aaretal-Kieswerke ebenfalls Kenntnis von dieser gefährlichen Situation. Da die Grösse des Kiesvorkommens in Uttigen die finanziellen Möglichkeiten eines einzelnen Werkes überschritt, fand man sich bald zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammen, der es auch gelang, die ersten Ausbeutungsverträge abzuschliessen. Wir möchten den Zweck dieser Arbeitsgemeinschaft kurz wie folgt umschreiben:

1. *Fernhalten der ausserkantonalen und ausländischen Grossindustrie aus dem Raume Bern-Aaretal-Thun (Zementindustrie, Handel, usw.).*
2. *Rationelle Nutzung der im Aaretal vorhandenen abbauwürdigen und abbaubaren Kiesvorräte durch die bestehenden Kieswerke.*
3. *Gezielter und geordneter Kiesabbau im Aaretal im Interesse der Öffentlichkeit (Landschaftsschutz, Grundwasser) und im Interesse der beteiligten Kieswerke.*
4. *Anstreben einer engen Zusammenarbeit auf dem Gebiete der Preisbildung im Kies- und Betonsektor zur*
   - *Erzielung eines Verkaufspreises unserer Produkte, der mindestens die Kosten deckt und einen normalen Verdienst gewährleistet,*
   - *Verhinderung eines volkswirtschaftlich schädlichen Preiskampfes,*

[1063] Vgl. die Themen gemäss den Protokollen in Act. II.B.X.463.
[1064] Act. II.D.X.44, II.D.X.61, II.D.X.135 und Act. IV.13, Beilage 21. Verteiler auf dem Titelblatt.
[1065] Act. IV.13, Beilagen 22 und 23. Verteiler auf dem Titelblatt.
[1066] Rz 19 f. von Act. IV.13.
[1067] Gesellschaftsvertrag vom 20.9.1966, Act. II.C.X.1; ein Ausgleich der Transportkosten ist in dieser ersten Version des Gesellschaftervertrages nicht vorgesehen.
[1068] Siehe Notiz «Grundgedanken» vom 28.3.1967, Ziff. II. 2.1, Act. II.C.X.2.
[1069] Notiz «Grundgedanken» vom 28.3.1967, Act. II.C.X.2.
[1070] Vgl. Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 26.4.1967, T. 1, Act. II.C.X.3, an der auch die interessierte Aare-Kies teilnahm und anlässlich welcher diese «Grundlagen und Grundgedanken» zum integrierenden Bestandteil des Protokolls erklärt worden sind.

- *Garantie für den Weiterbestand eines jeden Kieswerkes und der Zubilligung eines gerechten Anteils an der Zunahme des Gesamtverkaufes im Raume Bern-Thun. Dabei ist es eine Selbstverständlichkeit, dass alle Beteiligten die technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten zur Verbesserung der Kies- und Betonqualität und zur Erzielung eines wirtschaftlichen Verkaufspreises einsetzen und ausnützen. Es gibt kein Ausruhen auf Lorbeeren.*

[…]

Der Einstandspreis für das Kiesmaterial von Uttigen soll für alle Kieswerke im Aaretal der gleiche sein. Damit kann verhindert werden, dass die Werke sich gegenseitig mit Uttigen-Kies konkurrenzieren können. Dieser gleiche Franko-Werkpreis kann durch Erreichen einer Ausgleichskasse für die Transporte oder auch durch einen unterschiedlichen Abgabepreis ab Uttigen erzielt werden».

570. Im April 1967 schloss sich die Aare-Kies der KWU Uttigen an, wobei zu Beginn dieser «Aufnahmesitzung» auf die hiervor zitierten «Grundgedanken und Grundlagen zu den Aufnahmeverhandlungen von neuen Gesellschaftern» verwiesen und diese zu einem integrierenden Bestandteil des Protokolls erklärt wurden.[1071] Schon damals gab die Kieswerk Daepp A.G. eine Erklärung ab, «wonach sie sämtliche Verpflichtungen ihrer Tochtergesellschaft Aare-Kies AG gegenüber der KWU selbst für sich auch anerkennt».[1072] Und schon damals wurden gewisse Grundstücke der Aare-Kies in Kirchdorf (Ried) vom reservierten Gebiet der KAGA ausgenommen.[1073] Die fünf Gesellschaften gründeten somit eine neue einfache Gesellschaft.

571. Im Juni 1967 nahmen die Gesellschafter der KWU zur Kenntnis, dass [U10] (die in Ostermundigen ein Kieswerk betrieb) mit Landeigentümern im Gebiet der KWU, d.h. in Uttigen, verhandelte.[1074] Unter den Gesellschaftern wurde die Möglichkeit einer Einbindung der [U10] diskutiert. Dem Protokoll der KWU ist zu entnehmen:[1075]

«Dem Vernehmen nach möchte [U10] in Uttigen mitmachen. Es würde für diesen nicht wirtschaftlich sein, das Kies nach Ostermundigen zu führen, was schliesslich zur Aufstellung eines Werkes führen könnte. Dies würde nicht im Interesse der KWU und insbesondere der [U09] und Daepp AG liegen. Es sollte [U10] Gelegenheit gegeben werden, sich in der KWU zu beteiligen. Auf die Zukunft hin würde dies für die KWU und die beteiligten Werke der beste Weg sein. Sämtliche VA-Mitglieder erklären sich grundsätzlich mit Verhandlungen mit [U10] einverstanden».

572. Im September 1967 orientierte der Vertreter der Kästli die anderen Gesellschafter der KWU über Abbaurechte der Kästli in Ostermundigen. Kästli sei bereit, der [U10] diese Abbaurechte abzutreten, namentlich unter der Bedingung, dass die [U10] der KWU beitrete.[1076] Im Hinblick auf die Aufnahme der [U10] hielt die «Kieswerk Uttigen (KWU)» in einem Schreiben vom Oktober 1967 fest, dass mit der Aufnahme der [U10], «auch der gegenseitigen Konkurrenz im Erwerb von Ausbeutungsrechten die Spitze gebrochen» ist.[1077]

573. Ebenfalls im Oktober 1967 wurde von den Gesellschaftern der KWU die Aufnahme der A. Marti & Cie AG diskutiert.[1078] Hierzu ist einem Protokoll der KWU zu entnehmen, dass die A. Marti & Cie AG über Ausbeutungsverträge in Kirchdorf verfüge und dass eine Verbindung mit der A. Marti & Cie AG für beide Teile von Vorteil wäre. Zur Aufnahme weiterer Strassenbauunternehmen wurden aber Bedenken geäussert.[1079] Als Bedingung für die Aufnahme wurde von der A. Marti & Cie AG verlangt, dass sie die von ihr erworbenen Kiesausbeutungsrechte in Kirchdorf in die KWU einbringt.[1080]

574. Im November 1967 haben sich die A. Marti & Cie AG und die [U10], «zur Zusammenarbeit mit den bisherigen fünf Gesellschaftern im Rahmen der Arbeitsgemeinschaft Kieswerk Uttigen entschlossen». Der Vorsitzende unterstrich dabei, dass die gemeinsame Ausbeutung der Kiesvorkommen Uttigen-Kirchdorf im Interesse aller beteiligten Firmen sein werde.[1081] A. Marti & Cie AG brachte dabei die von ihr in Kirchdorf erworbenen Ausbeutungsrechte in die KWU ein.[1082] In der Folge schlossen die nachfolgenden sieben Gesellschaften einen neuen Gesellschaftsvertrag zum gemeinsamen Abbau von Kies im Raume Uttigen – Uetendorf-Kirchdorf, nach wie vor in der Form der einfachen Gesellschaft und mit derselben Bezeichnung «Kieswerk Uttigen (KWU)»:[1083] K. u. U. Hofstetter & Co (vormals Paul Hofstetter Schaad & Co), Messerli & Co, Bend. Kästli & Söhne AG, [U09], Aare-Kies AG, A. Marti & Cie AG und [U10]. Der Gesellschaftsvertrag enthält in Art. 7 eine Regelung zum Ausgleich der Transportkosten, um den Einstandspreis für Kiesmaterial, das in den Werken der Gesellschafter weiterverarbeitet wird, anzugleichen.

575. Im Juni 1969 fasste die KWU den Betrieb einer Kiesaufbereitungsanlage auf dem Autobahnareal in Bümberg ins Auge, da das Autobahnamt einen diesbezüglichen Auftrag am vergeben war. Neben der KWU interessierte sich auch die Firma [U44] für den Auftrag. Dem entsprechenden Protokoll ist zu entnehmen, dass es der KWU darum ging, «dass dieser Auftrag nicht an

[1071] Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 26.4.1967, T. 1, Act. II.C.X.3.
[1072] Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 26.4.1967, T. 1, Act. II.C.X.3 und Schreiben der Daepp vom 9.6.1967, Act. II.C.X.3.
[1073] Vgl. Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 26.4.1967, T. 1 Art. 5, Act. II.C.X.3.
[1074] Siehe Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 21.6.1967, T. 6, Act. II.C.X.3, in dem in Bezug auf den Kiespreis, der den Grundeigentümern offeriert werden muss, auf die «Konkurrenzverhältnisse ([U10], Ostermundigen)» hingewiesen wird; ferner Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 23.8.1967, T. 3, Act. II.C.X.3.
[1075] Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 23.8.1967, T. 3, Act. II.C.X.3.
[1076] Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 14.9.1967, T. 4, Act. II.C.X.3.
[1077] Schreiben der «Kieswerk Uttigen (KWU)» an die Gesellschafter vom 10.10.1967, Act. II.C.X.3.
[1078] Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 19.10.1967, 11.15 Uhr (mit [U10]), T. 5, Act. II.C.X.3; Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 19.10.1967, 09.00 Uhr (noch ohne [U10]), T. 4, Act. II.C.X.3; siehe auch Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 9.11.1967, T. 4, Act. II.C.X.3.
[1079] Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 19.10.1967, 09.00 Uhr (noch ohne [U10]), T. 4, Act. II.C.X.3.
[1080] Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 9.11.1967, T. 4, Act. II.C.X.3.
[1081] Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 30.11.1967, T. 1, Act. II.C.X.3.
[1082] Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 30.11.1967, T. 4a und 4b, Act. II.C.X.3.
[1083] Gesellschaftsvertrag vom 30.11.1967, Art. 14, Act. II.C.X.4.

eine Firma vergeben wird, die sich alsdann auf dem dortigen Ausbeutungsareal festsetzt. Wenn der Auftrag an die Firma [U44] geht, dann sollte versucht werden, dass diese die Anlage wiederum wegräumt. Allenfalls sollte [U44] hiefür eine Entschädigung offeriert werden».[1084] Im Juli 1969 informierte der Vorsitzende der KWU darüber, dass die KWU den Auftrag für das Autobahnareal in Bümberg erhalten hat (die neu errichtete Kiesaufbereitungsanlage wurde von der KAGA bereits 1975 wieder abgebrochen[1085]). Zum Erhalt des Auftrages ist im Protokoll vermerkt:[1086]

«Vorgängig [zur Besprechung mit der Baudirektion] fand die Besprechung mit Herrn […] von der Firma [U44] statt. Mit diesem wurde vereinbart, dass er von der Abrechnungssumme mit dem Autobahnamt eine Entschädigung von 2 % erhalte (für den Rückzug seiner Offerte). Hierauf wurde der KWU der Auftrag erteilt».

576. Im September 1969 besprachen die Gesellschafter die Ausdehnungsmöglichkeiten der KWU in Kirchdorf. Gemäss Protokoll ging es dabei darum, Ausbeutungsverträge abzuschliessen, um das dortige Areal gegenüber der Konkurrenz [U45] abzusichern.[1087]

577. Ebenfalls im September 1969 wurde «mit Rücksicht auf die starke Ausweitung der geschäftlichen Tätigkeit der KWU (Kehrichtdeponie, Kieswerk Büemberg, weitere Ausbeutungen etc.) und die damit übernommenen Risiken» die Umwandlung der einfachen Gesellschaft in eine Aktiengesellschaft zum Thema.[1088] Diskutiert wurde in diesem Zusammenhang auch die Aufnahme der Heimberg als Aktionärin, die drei Ausbeutungsverträge auf der südlichen Seite des Heimberghubels habe. Der Vorsitzende der «Kieswerk Uttigen (KWU)», [...], befürwortete eine Aufnahme, da Heimberg «als Aussenseiter der KWU grössten Schaden zufügen könnte».[1089] Aufgrund der Bedenken der Aare-Kies und der [U09] wurde zunächst versucht, eine vertragliche Bindung mit Heimberg zu erreichen, und nur bei deren Scheitern eine Aufnahme anzustreben.[1090] Heimberg lehnte eine vertragliche Bindung allerdings ab und wollte Aktionärin werden. Der Vorsitzende unterstützte dies. Zur Begründung wies er «auf die Konkurrenzverhältnisse im oberen Aaretal hin. Auf die Dauer wird auch dort, wie im Gebiet von Bern und Umgebung, eine loyale Konkurrenzordnung geschaffen werden müssen, die jedem Unternehmen seinen Besitzstand und seinen Anteil an der Entwicklung garantiert».[1091] Es wurde alsdann einstimmig beschlossen, Heimberg als gleichberechtigte Aktionärin in die neue AG aufzunehmen.[1092] An der gleichen Sitzung wurde darüber orientiert, dass die Konkurrentin [U01] eine «Ausbeutung in der Aegerten in Uetendorf» beabsichtige, woraufhin beschlossen wurde, «diesbezüglich vorstellig zu werden bei der Gemeindebehörde Uetendorf (durch den Sekretär [der KWU]) und beim Kanton, Herrn [...] (durch den Vorsitzenden [der KWU])».[1093]

C.6 Die Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA

C.6.1 Gegenstand dieses Kapitels

578. Im Zentrum der vorliegenden Untersuchung stehen die Abmachungen, welche die Aktionärinnen der KAGA über den Betrieb der KAGA und über die Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der Aktionärinnen und der KAGA selbst getroffen haben. Im vorliegenden Kapitel C.6 werden diese Abmachungen, die grossteils in einem schriftlichen Vertrag festgehalten wurden, untersucht. Das schriftliche Dokument und die ebenfalls schriftlich vorgenommenen Änderungen daran werden nachfolgend gesamthaft als «KAGA-Vertrag» bezeichnet. Warum für dieses schriftliche Dokument für den Zweck der vorliegenden Untersuchung diese Bezeichnung gewählt wurde, wird ebenfalls nachfolgend erläutert.[1094]

579. Nachfolgend zu untersuchen sind namentlich folgende Sachverhaltsfragen:

- Bestand zwischen den Verfahrensparteien – und gegebenenfalls welchen – ein natürlicher Konsens darüber, wie sie im Rahmen der KAGA zusammenarbeiten wollen? Mit anderen Worten: Haben sich mehrere Verfahrensparteien durch explizite oder implizite, übereinstimmend verstandene Willenserklärungen darauf geeinigt, welche Rechte und Pflichten unter ihnen in Bezug auf die KAGA bestehen sollen und welche Rechte und Pflichten der KAGA selbst zukommen sollen? Falls ja, wann habe sie die Einigung getroffen und bis wann bestand diese? Da die vorliegend zu untersuchenden Abmachungen, wie soeben gesagt, grossteils in einem schriftlichen Vertrag festgehalten wurden, wird in einem ersten Schritt dessen Wortlaut dargelegt und ausgeführt, wann und zwischen wem dieser abgeschlossen wurde und wie er abgeändert wurde (Unterkapitel C.6.2). In einem zweiten Schritt folgt der Hauptteil der Analyse zu den Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA: Es wird dargelegt und ausgeführt, welchen Inhalt bzw. Gegenstand diese Abmachungen hatten (Unterkapitel C.6.3).
- Falls eine solche Einigung zustande kam: Welchen Zweck verfolgten die am Konsens beteiligten juristischen Personen? Diese Sachverhaltsfrage wird nachfolgend im Unterkapitel C.6.4 behandelt.
- Haben sich die Vertragsbeteiligten an die Abmachungen gehalten und falls ja, bis wann und welche Auswirkungen hatte resp. hat dies? Diese Sachverhaltsfragen werden nachfolgend unter dem Titel der Umsetzung und der Auswirkungen im Unterkapitel C.6.5 behandelt.

[1084] Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 5.6.1969, T. 7b, Act. II.C.X.3.
[1085] Siehe dazu unten Rz 735.
[1086] Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 1.7.1969, T. 5, Act. II.C.X.3.
[1087] Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 4.9.1969, T. 4, Act. II.C.X.3.
[1088] Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 4.9.1969, T. 5c, Act. II.C.X.3.
[1089] Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 27.11.1969, T. 6 und 7, Act. II.C.X.3.
[1090] Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 27.11.1969, T. 6 und 7, Act. II.C.X.3; Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 18.12.1969, T. 3e, Act. II.C.X.3.
[1091] Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 20.2.1970, T. 2, Act. II.C.X.3.
[1092] Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 20.2.1970, T. 2, Act. II.C.X.3.
[1093] Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 20.2.1970, T. 6d, Act. II.C.X.3.
[1094] Unten Rz 582.

580. Wie im Überblick ausgeführt,[1095] ist dieses Kapitel von besonderer Bedeutung für die rechtliche Würdigung der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA sowie die insofern erforderlichen Massnahmen. Aber auch für die weiteren beurteilten Verhaltensweisen ist dieses Kapitel von grosser Bedeutung, insbesondere für das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet (insbesondere Unterkapitel C.6.2, C.6.3.5.5 und C.6.5.3.1) und die Koordination der Angebote für die Übernahme von [U01] (im Unterkapitel C.6.3.3.3), die nicht zusätzlich noch in einem separaten Kapitel aufgegriffen werden, sowie den Informationsaustausch, der im VR von KAGA erfolgt (insbesondere Unterkapitel C.6.2 und C.6.3.1, dazu auch Kapitel C.5).

C.6.2 Der schriftliche KAGA-Vertrag (Wortlaut der Abmachungen, natürlicher Konsens, Beteiligte und Dauer)

C.6.2.1 Der Abschluss des KAGA-Vertrags

581. Die KAGA wurde wie bereits erwähnt am 20. März 1970 gegründet, wobei sie unter anderem die Ausbeutungsrechte der KWU[1096] übernahm (zu diesen übernommenen Ausbeutungsrechten gehörten zwei von der KWU selbst abgeschlossene Verträge sowie drei von A. Marti & Cie AG eingebrachte Verträge und ein von Kästli eingebrachter Vertrag).[1097] Im Gründungsprotokoll der KAGA vom selben Tag ist zu lesen, dass ein «interner Vertrag» unter den Aktionärinnen «in den Sacheinlagevertrag eingebaut worden sei, womit die vertraglichen Verpflichtungen eine verstärkte Verankerung erfahren».[1098] Bei diesem «Sacheinlagevertrag» handelt es sich um die notariell beurkundete «Urschrift Nr. 1148 Sacheinlagevertrag» vom 20. März 1970.[1099] Mit dem darin eingebauten «internen Vertrag» sind die in Ziff. 5 des Sacheinlagevertrags enthaltenen elf Artikel «zur Regelung verschiedener interner Fragen und Konkurrenzverhältnisse» gemeint.[1100]

582. Dieser «interne Vertrag» wird nachfolgend als KAGA-Vertrag bezeichnet. Diese Bezeichnung wurde aus zwei Gründen gewählt: Einerseits verwenden die Verfahrensparteien selbst unterschiedliche Bezeichnungen für diesen elf Artikel umfassenden Vertrag. So bezeichnen sie ihn als «Aktionärbindungsvertrag» und/oder als «Sacheinlagevertrag»: So beispielsweise 2009 im VR der KAGA: «Im geltenden Sacheinlage- und Aktionärbindungsvertrag verpflichten sich die Aktionäre, innerhalb eines gewissen Gebietes auf eigene Kiesabbauaktivitäten zu verzichten».[1101] Manchmal wird er auch als «Gründungsvertrag», als «Zusatzvertrag» oder, wie bereits festgehalten, als «interner Vertrag» bezeichnet.[1102] Die Wahl einer neuen, speziell für diese Untersuchung gewählten Bezeichnung soll verdeutlichen, dass all diese in den Akten auffindbaren Bezeichnungen umfasst sind, inklusive der damit jeweils verbundenen Sachverhaltselemente. Andererseits handelt es sich bei den zwei in den Akten häufig für die genannten elf Artikel verwendeten Begriffe «Sacheinlagevertrag» und «Aktionärbindungsvertrag» um Vertragsformen, denen juristisch ein bestimmter Inhalt zuzuschreiben ist. Im vorliegenden kartellrechtlichen Kontext ist die zivilrechtliche Qualifikation dieser Artikel irrelevant. Ob alle oder einzelne der elf genannten Artikel im juristischen Sinne denn wirklich Bestimmungen eines Aktionärbindungs- oder Sacheinlagevertrages darstellen und nach welchen juristischen Definitionen dies zu beurteilen wäre,[1103] interessiert hier nicht weiter. Durch die Wahl eines neutralen Begriffs zur Bezeichnung des Vertrags wird das deutlich gemacht.

583. Nachfolgend wird der Inhalt des KAGA-Vertrags im Wortlaut wiedergegeben (Unterstreichungen bereits im Original):[1104]

«Die hievor aufgeführten 8 Gründermitglieder der Kies AG Aaretal (KAGA) schliessen zur Regelung verschiedener interner Fragen und Konkurrenzverhältnisse miteinander gleichzeitig den nachfolgenden VERTRAG ab.

« Art. 1 Wirkungskreis

Die Aktionäre verpflichten sich, im Raume von Spiez-Thun (inkl. das rechts von See und Aare gelegene Gemeindegebiet von Thun)-Steffisburg-Heimberg-Kiesen (alles längs der Staatsstrasse und nördlich begrenzt durch Anschlussstrasse zur Autobahn)-entlang der Aare bis Höhe von Münsingen-Zimmerwald-Riggisberg-Blumenstein-Stockental-Wimmis, alles gemäss beiliegendem Plan im Massstab 1 : 100 000 (rot eingezeichnet) der zum integrierenden Bestandteil dieses Vertrages erklärt wird, weder direkt noch indirekt eigene Ausbeutungsrechte zu erwerben oder sonstwie auf eigene Rechnung Kies und Sand auszubeuten.

Ausgenommen hievon sind [fünf genau bezeichnete Grundstücke in Kirchberg, die von der Aare-Kies erworben worden sind oder noch erworben werden und das bisherige Ausbeutungsareal der Heimberg].

Art. 2 Erweiterung des Geschäftsbereiches

Der Tätigkeitsbereich der Kies AG Aaretal (KAGA) erstreckt sich auf:

a) Wandkiesausbeutung in Uttigen, Jaberg, Kirchdorf, Heimberg-Kienersrütti

---

[1095] Rz 223.

[1096] Zur KAGA-Vorgängerin Kieswerk Uttigen (KWU) siehe oben Rz 568 ff.

[1097] Vgl. Ziffer 1 in fine des Sacheinlagevertrags, wo zudem festgehalten ist, dass Kästli und Marti sämtliche Rechte und Pflichten aus diesen Verträgen entschädigungslos an KAGA abtreten.

[1098] Oben Rz 512; Protokoll der Gründungsversammlung vom 20.3.1970, T. 2, Act. II.C.X.6.

[1099] Sacheinlagevertrag vom 20.3.1970, Act. II.C.X.8.

[1100] Sacheinlagevertrag vom 20.3.1970, Ziff. 5, Act. II.C.X.8.

[1101] VR-Protokoll der KAGA vom 10.9.2009, T. 4, Act. II.A.X.152; VR-Protokoll der Kästli vom 11.1.2010, T. 1, Act. II.A.X.167; E-Mail vom 20.8.2008, Act. II.A.X.122; siehe auch die Bezeichnung des Plans als «integrierenden Bestandteil zum Sacheinlagevertrag», Act. II.C.X.8; siehe auch EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 236 ff., Act. III.5; Frage des Sekretariats in EV von [...] vom 27.1.2015, Rz 234 ff., Act. III.11; EV von [...] vom 22.1.2015, Rz 379 f., Act. III.10.

[1102] Bezeichnung «Gründungsvertrag» siehe VR-Protokoll der Kästli vom 4.5.2009, T. 3.7, Act. II.A.X.138, und Vereinbarung zwischen KAGA und Kiestag vom 17.5.1977, T. 1, Act. II.D.X.4; Bezeichnung als «Gründervertrag» siehe Vereinbarung zwischen KAGA und [U11] vom 30.3.1973, Ziff. 5, Act. II.C.X.17; Bezeichnung als «Zusatzvertrag» siehe VR-Protokoll der KAGA vom 21.2.1974, T. 6, Ziff. 1 und 5, Act. II.C.X.5; Bezeichnung «interner Vertrag» siehe Protokoll der Gründungsversammlung vom 20.3.1970, T. 2, Act. II.C.X.6.

[1103] Siehe dazu beispielsweise folgende Passage einer Einvernahme, in welcher es um die Frage geht, ob es einen Aktionärbindungsvertrag aus den 70er Jahren gebe: «Ich glaube nicht einen Aktionärbindungsvertrag, sondern einen Sacheinlagevertrag». «Ist der Sacheinlagevertrag materiell auch ein Aktionärbindungsvertrag?» «Ja, der hat sicher schon Elemente eines Aktionärbindungsvertrags». (EV von [...] vom 22.1.2015, Rz 190 ff., Act. III.10).

[1104] Sacheinlagevertrag vom 20.3.1970, Ziff. 5, Act. II.C.X.8.

b) Betrieb einer Aufbereitungsanlage auf dem Autobahnareal in Büemberg, Kiesen, mit der Absicht, angrenzende Ausbeutungsrechte zu erwerben

c) Beabsichtigte Abgabe von Material an Aktionäre ab Kieswerk Büemberg nach erfolgter Beendigung des Auftrages des Autobahnamtes für die Kiesaufbereitung Autobahn

d) Geordnete Kehrichtdeponien

Die einfache Gesellschaft Kieswerk Uttigen wurde seinerzeit als Selbsthilfe-Arbeitsgemeinschaft geschaffen, um unerwünschte Grosskonkurrenten aus dem Gebiet des oberen Aaretales fernzuhalten. Die Kies AG Aaretal (KAGA) soll daher in keiner Weise die in der Gesellschaft zusammengeschlossenen Kieswerke, insbesondere des Aaretales, konkurrenzieren. Jede Ausweitung gegenüber dem jetzigen Tätigkeitsbereich (lit, a – d hievor) bedarf der Zustimmung von sämtlichen acht Gründerfirmen.

Art. 3 Materiallieferungen und die Preisgestaltung

Die Aktionäre erhalten das Kiesmaterial, das in ihren Werken verarbeitet wird, zu einem Vorzugspreis, der von Jahr zu Jahr vom Verwaltungsrat neu festgesetzt wird.

Soweit die Transportkosten es erlauben, werden die Aktionäre ihren zusätzlichen Bedarf an Kiesmaterial (Wandkies und Einzelkomponenten) bei der Kies AG Aaretal (KAGA) eindecken. Die Gesellschafter werden sich auch dafür einsetzen, dass aussenstehende Firmen (nicht der Gesellschaft angehörende) ihr Kiesmaterial bei der Kies AG Aaretal (KAGA) beziehen. Die Aktionäre sind berechtigt, ab Kieswerk Büemberg und den andern Ausbeutungsstellen Kiesmaterial an ihre Kunden direkt zu liefern. Der Verkaufspreis dieses Materials ab Werk und franko Baustelle wird durch den Verwaltungsrat jedes Jahr verbindlich festgesetzt. Eine Preisunterbietung mit Kiesmaterial aus den Ausbeutungs- und Produktionsstätten der Kies AG Aaretal (KAGA) ist nicht statthaft. Die Gesellschafter verpflichten sich überhaupt zu loyaler Konkurrenz.

Verstösse gegen diese Verkaufs- und Preisordnung werden mit einer Konventionalstrafe von Fr. 5.— pro Kubikmeter geahndet.

Art. 4 Ausgleichkasse-Bonus / Malus-Mindestquantum

Die unterschiedlichen Fuhrkosten ab den Ausbeutungsstellen zu den verarbeitenden Werken sollen durch die Schaffung einer Ausgleichskasse möglichst angenähert werden. Die Einzahlungen der einzelnen Werke an die Ausgleichskasse ab Ausbeutung Kirchdorf/Jaberg werden wie folgt festgelegt:

ab Ausbeutung Kirchdorf	*pro Kubikmeter Werkbezug*
Heimberg (8 km über ARA-Brücke)	*Fr. –.40*
Oppligen (3.5 km)	*Fr. –.60*
Wichtrach (8 km)	*Fr. –.40*
Rubigen	*Fr. –.20*
Ostermundigen	*Fr. -.--*

Für andere Ausbeutungsstellen bestimmt der Verwaltungsrat die Einzahlung in die Ausgleichskasse im Rahmen der vorerwähnten Zahlen.

Der Verwaltungsrat setzt alljährlich das Mindestbezugsquantum für die verarbeitenden Werke fest; er bestimmt ferner einen Bonus/Malus für die Mehr- bzw. Minderabnahmen. Die Einzahlungen in die Ausgleichskasse, sowie die Bonus/Malus werden wie bei der einfachen Gesellschaft Kieswerk Uttigen (KWU) miteinander verrechnet.

Art. 5 Verwaltungsrat

Bei der Gründung soll ein Verwaltungsrat, bestehend aus acht Mitgliedern, gewählt werden. Jede der Gründerfirmen soll ein Mitglied abordnen können.

Art. 6

Kein Gesellschafter darf etwas unternehmen, was geeignet wäre den Gesellschaftszweck zu beeinträchtigen.

Insofern ein Dritter, welcher den gegenwärtigen Vertrag nicht mitunterzeichnet hat, Aktien der Kies AG Aaretal (KAGA) erwirbt, so ist der Verkäufer der Aktien verpflichtet, dem Erwerber sämtliche Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag uneingeschränkt zu überbinden. Jeder Erwerber von Aktien hat diesen Vertrag anzuerkennen und mitzuunterzeichnen.

Den Erben eines verstorbenen Aktionärs sind die Rechte und Pflichten aus dem vorliegenden Vertrag ebenfalls vollumfänglich zu überbinden. Alle Rechtsnachfolger sind verpflichtet, diesen Vertrag mitzuunterzeichnen.

Art. 7 Verpfändung von Aktien

Die Verpfändung von Aktien ist nur an Bankinstitute gestattet».

Art. 8

Die Firma Kieswerk Daepp AG erklärt hiermit unwiderruflich, sämtliche Verpflichtungen ihrer Tochtergesellschaft Aare-Kies AG gegenüber der Kies AG Aaretal (KAGA) gemäss den heutigen Statuten und dem vorliegenden Vertrag in allen Teilen ebenfalls einzuhalten (analog der Erklärung vom 3. Juni 1967 gegenüber der einfachen Gesellschaft Kieswerk Uttigen).

Art. 9 Konkurrenzverbot

Die unterzeichneten Gesellschafter gehen hiermit die Verpflichtung ein, auch nach einem allfälligen Ausscheiden aus der Kies AG Aaretal (KAGA) und zwar während der Dauer von 10 Jahren im Vertragsgebiet gemäss Ziffer 1 dieses Vertrages weder direkt noch indirekt eigene Ausbeutungsrechte und Beteiligungen zu erwerben oder sonstwie auf eigene Rechnung Kies und Sand auszubeuten. Im Widerhandlungsfalle ist eine Konventionalstrafe von Fr. 100 000.— zu leisten. Diese entbindet indessen nicht von der vollumfänglichen Einhaltung des Konkurrenzverbotes. Schadenersatzansprüche bleiben überdies ausdrücklich vorbehalten.

Art. 10

Im Falle des Ausscheidens eines Vertragspartners infolge Todes oder Verkaufes der Aktien verpflichten sich die verbleibenden Aktionäre, sich weiterhin an diesen Vertrag zu halten und die gemeinsamen Interessen zu wahren.

Art. 11

Diese Vertragsbestimmungen haben Gültigkeit als wohlerworbene Rechte und können nur durch einstimmigen Beschluss aller Gründermitglieder abgeändert werden».

584. Dem KAGA-Vertrag ist der nachfolgende, von allen acht Gründungsaktionärinnen separat unterzeichnete Plan angehängt, mit den Worten:

«Dieser Plan mit roter Einzeichnung bildet integrierenden Bestandteil des Sacheinlagevertrages bei Gründung der KIES AG AARETAL (KAGA) vom 20. März 1970 (Art. 5)».

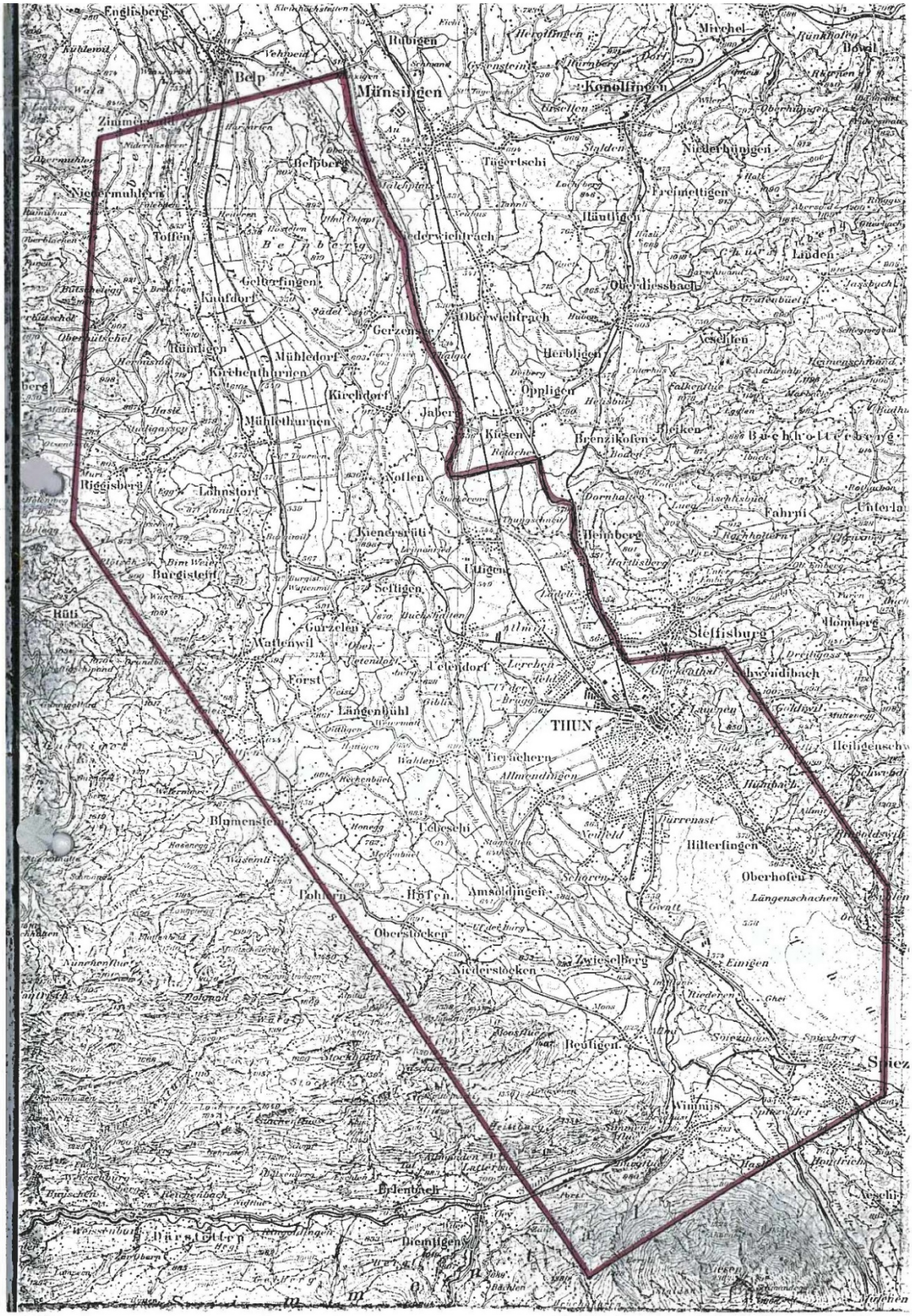


Abbildung 39: Plan zum KAGA-Vertrag (Act. II.C.X.8).

585. Unterzeichnet haben den KAGA-Vertrag sämtliche Gründungsgesellschaften der KAGA, namentlich folgende acht juristische Personen, handelnd jeweils durch für sie zeichnungsberechtigte natürliche Personen (in Klammer jeweils die Gesellschaft, die wie oben dargestellt zu einem späteren Zeitpunkt Rechtsnachfolgerinnen der unterzeichnenden Gesellschaften wurden):[1105]

[1105] Sacheinlagevertrag vom 20.3.1970, in fine, Act. II.C.X.8; siehe zu den Verfahrensparteien auch unten Rz 1313.

- K. + U. Hofstetter & Co (heute: Hofstetter)
- Messerli & Co (heute: Messerli)
- Aare-Kies
- Bendicht Kaestli & Soehne AG (heute: Kästli)
- Heimberg
- A. Marti & Cie AG (heute: Marti)
- [U09] (heute: Kiestag)[1106]
- [U10]. (seit 1998 nicht mehr Aktionärin, keine Verfahrenspartei)

586. Zudem hat die Kieswerk Daepp A.G. (schon damals Muttergesellschaft der Aare-Kies) am Schluss derselben Vertragsurkunde unter Bezugnahme auf Art. 8 des KAGA-Vertrags unterschriftlich bestätigt, dass sie sich mit dem Inhalt dieses Vertrags «ausdrücklich einverstanden» erklärt.[1107]

587. Der KAGA-Vertrag ist, wie ausgeführt, in der «Urschrift Nr. 1148 Sacheinlagevertrag» als Ziffer 5 (von insgesamt sieben Ziffern) eingebettet. Dieser ist notariell beurkundet; es handelt sich dabei mithin um eine öffentliche Urkunde. Für die durch sie bezeugten Tatsachen erbringt eine öffentliche Urkunde gemäss Art. 9 Abs. 1 ZGB den vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist. Es bestehen keine Anzeichen dafür, dass sich eine Person, die den Vertrag unterzeichnet hat, jemals gegenüber den anderen darauf berufen oder gar gerichtlich geltend gemacht hätte, der Inhalt dieses Vertrags sei unrichtig verurkundet worden.

588. Die in Rz 585 f. aufgeführten juristischen Personen haben sich demnach am 20. März 1970 darauf geeinigt (natürlicher Konsens), dass zwischen ihnen die elf Artikel des KAGA-Vertrages gelten sollen. Ein mittels Unterschrift bekräftigter, natürlicher Konsens besteht auch hinsichtlich des im Plan eingezeichneten Gebiets.

C.6.2.2 Die zwei erfolgten Änderungen des KAGA-Vertrages

589. In der Folge wurde der KAGA-Vertrag zwei Mal geändert, einmal 1977 und einmal 2012. Von 1973 bis 2004 war am KAGA-Vertrag zudem eine weitere Partei beteiligt, die [U11].[1108] Nachfolgend werden die Änderungen von 1977 und 2012 dargestellt.

C.6.2.2.1 Die Änderung von 1977

590. 1977 übernahm die Kiestag die KAGA-Aktien der konkursiten [U09].[1109] Die im Raum Thun ansässige Kiestag hatte an der entsprechenden Gläubigerversammlung eine Offerte für den Kauf der Sachwerte der [U09] unterbreitet, weil sie «in Wichtrach eine Nachfolgegesellschaft ins Auge» fasste. Da die KAGA-Aktionärinnen aber von einer Überkapazität ausgingen, einigten sie sich mit der Kiestag «auf ein gemeinsames Konzept»: «Die KIESTAG wollte den Kieswerkbetrieb aufrechterhalten und die Rekultivierung vornehmen, wogegen von der Gruppe der Berner Kieswerke vorgeschlagen wurde, die Kies- und Betonanlagen stillzulegen und das restliche Kies als Wandkies zu verkaufen. An der Kapazitätsverminderung haben nicht nur die Werke der KTB [wozu insbesondere Hofstetter, Messerli und Kästli sowie [U10] und [U11] gehörten][1110], sondern vor allem auch die Daepp AG und das Kieswerk Heimberg ein grosses Interesse».[1111]

591. Im Rahmen der Einigung unterzeichneten die Kiestag und die KAGA am 17. Mai 1977, handelnd durch für sie zeichnungsberechtigte natürliche Personen, folgende Vereinbarung (Unterstreichungen bereits im Original):[1112]

«1. Es wird festgestellt, dass die Firma Kieswerk Steinigand AG KIESTAG im Rahmen des Verwertungsverfahrens der [U09] die sich in deren Besitz befindlichen 150 Aktien der Kies AG Aaretal KAGA übernommen hat. Die KIESTAG tritt mit diesem Erwerb damit in alle Rechte und Pflichten eines Aktionärs der Kies AG Aaretal KAGA gemäss Statuten vom 20. März 1970 ein. Sie erklärt hiermit, von den im Gründervertrag (im Anhang zum Sacheinlagevertrag) vom 20. März 1970 statuierten Rechten und Pflichten Kenntnis genommen zu haben und diese ausdrücklich und uneingeschränkt anzuerkennen.

2. In Art. 1 des vorerwähnten Gründervertrages ist das sog. KAGA-Gebiet festgelegt, in dem die Aktionäre weder direkt noch indirekt eigene Ausbeutungsrechte erwerben oder sonstwie auf eigene Rechnung Kies und Sand ausbeuten können (abgesehen von den beiden erwähnten Ausnahmen).

Es wird in Abänderung von Art. 1 dieses Gründervertrages vereinbart, den Wirkungskreis der KAGA auf die Linie Reutigen-Gwatt (beides gehört zum Wirkungskreis KIESTAG) zurückzunehmen.

3. Wie bereits in der Vereinbarung [U15], Kieswerk Steinigand AG KIESTAG und Kies AG Aaretal KAGA vom 2. Juli 1976 (Art. 6) festgehalten, wird die Abnahmeverpflichtung bezüglich Kies gemäss Art. 4 des Gründervertrages für die Firma KIESTAG aufgehoben. Das Bezugsrecht der KIESTAG gemäss Art. 3 des Gründervertrages wird dadurch nicht tangiert».

592. Der Plan, der dem geänderten KAGA-Vertrag angehängt ist, wurde gestützt auf die Vereinbarung mit der Kiestag von 1977 angepasst. Die im Vertrag vom 17. Mai 1977 erwähnte Zurücknahme des Wirkungskreises der KAGA auf die Linie Reutigen-Gwatt ist dabei mit dem Vermerk «Gem. Vertrag mit KIESTAG u. Beschluss GV v. 17.5.1977» eingetragen.

[1106] Die zur Vigier gehörende Kiestag übernahm 1977 von der konkursiten [U09] die KAGA-Aktien (siehe dazu unten Rz 590 ff.).
[1107] Sacheinlagevertrag vom 20.3.1970, in fine, Act. II.C.X.8.
[1108] Siehe oben Rz 515, siehe auch unten, Rz 722.
[1109] Siehe oben Rz 514.
[1110] Siehe zu den Beteiligten am KTB-Verband im Jahr 1977 RPW 2020/1, 86 Rz 10, *KTB-Werke*.
[1111] VR-Protokoll der KAGA vom 8.4.1976, T. 3, Act. II.D.X.2.
[1112] Vereinbarung zwischen KAGA und Kiestag vom 17.5.1977, Act. II.D.X.4.

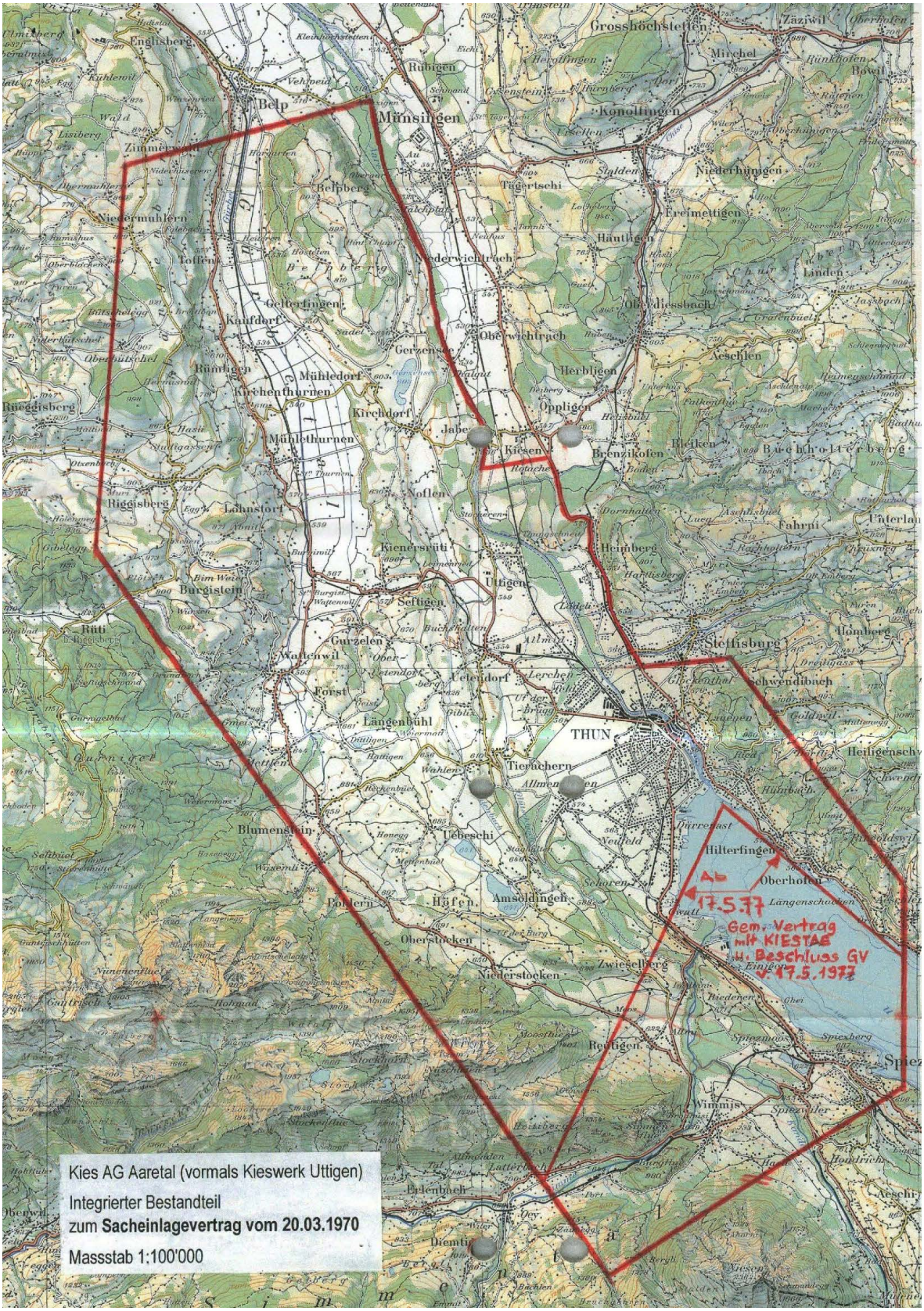


Abbildung 40: Plan zum KAGA-Vertrag in der Fassung von 1977, in welchem der KAGA-Wirkungskreis um die eingezeichnete Fläche im Süden reduziert wurde (Act. II.D.X.1 und Act. II.D.X.4).

593. Die VR-Mitglieder der KAGA wurden bereits im März 1977 über den beabsichtigten Abschluss dieser Vereinbarung orientiert.[1113] Da an der VR-Sitzung vom 17. Mai 1977 das VR-Mitglied der [U10] abwesend war, die Genehmigung dieser Vereinbarung jedoch «der Ein-

[1113] VR-Protokoll der KAGA vom 21.3.1977, T. 3.6, Act. II.D.X.2.

stimmigkeit aller Aktionäre» bedurfte, wurde sie auf die gleichentags stattfindende GV verschoben, an der die [U10] rechtsgültig vertreten war.[1114] Die Vereinbarung wurde sodann an der GV der KAGA vom 17. Mai 1977, an der alle Aktionärinnen durch sie repräsentierende natürliche Personen anwesend waren, verlesen und einstimmig genehmigt («Zustimmung sämtlicher Aktionäre»).[1115]

594. Somit haben die nachfolgenden juristischen Personen übereinstimmend ihren Willen erklärt (natürlicher Konsens), dass sie sich an die Vereinbarung vom 20. März 1970 mit den Änderungen vom 17. Mai 1977 halten wollen:

- K. + U. Hofstetter & Co (heute: Hofstetter)
- Messerli & Co (heute: Messerli)
- Aare-Kies
- Bendicht Kaestli & Soehne AG (heute: Kästli)
- Heimberg
- A. Marti & Cie AG (heute: Marti)
- Kiestag
- [U10] (1998 als Aktionärin ausgeschieden, keine Verfahrenspartei)
- [U11] (Aktionärin von 1973 bis 2004, keine Verfahrenspartei)[1116]
- KAGA (als Unterzeichnerin der Vereinbarung vom 17. Mai 1977)

C.6.2.2.2 Die Änderung von 2012

595. 2012 kam es zu einer weiteren Anpassung des KAGA-Gebiets. Die neuerliche Anpassung fand diesmal statt, weil die Aare-Kies (Daepp) eine Abbaustelle erweitern wollte. Aare-Kies hatte 2006 die Planung für eine Erweiterung ihres bestehenden Kiesabbaugebietes «Ried» aufgenommen.[1117] Im November 2007 informierte [...] (damaliger Geschäftsführer der KAGA)[1118] die für die Planung zuständigen Personen der Aare-Kies ([...] und [...]) darüber, dass die geplante Erweiterung dem KAGA-Vertrag widerspreche. In einer Notiz zur Besprechung zwischen diesen drei Personen hielt [...] fest:[1119]

«KAGA Sacheinlagevertrag von 1970 von Aare-Kies unterzeichnet: KAGA hat Anrecht zum Kiesabbau von Münsingen bis nach Wimmis! Ausgenommen heutiger Kiesabbauperimeter. Ried-Erweiterung ist aber KAGA-Gebiet».

596. [...] sagte aus, dass er und [...] sich vor der Besprechung mit [...] nicht bewusst gewesen seien, dass es den KAGA-Vertrag gibt. Sie seien erschrocken darüber, dass die Gefahr bestehe, dass die Aare-Kies die geplante Erweiterung nicht machen dürfe.[1120] Am 13. März 2008 kam es zu einer weiteren Besprechung zu diesem Thema: Diesmal trafen sich [...], [...] und [...]. Anlässlich der Besprechung seien die Besprechungsteilnehmer übereingekommen, dass die KAGA einen Vorschlag für eine Vereinbarung zur Erweiterung Ried vorbereite.[1121]

597. Am 4. Mai 2009 berichtete [...] im VR der KAGA-Aktionärin Kästli Folgendes:[1122]

«Die Regelung bzgl. Geschäftstätigkeit der Aktionäre im Einzugsgebiet der KAGA soll durchgesetzt werden gegenüber Daepp».

598. Am 17. Januar 2012 hielt [...] im VR der KAGA-Aktionärin Kästli weiter fest:[1123]

«Die Regelung betreffend Erweiterung der Kiesabbaustelle Daepp soll gemäss Statuten erledigt werden (Sacheinlagevertrag). Die Angelegenheit sollte bis Mitte 2012 erledigt werden».

599. Im März 2012 kam es zu einer weiteren Sitzung zu dieser Thematik zwischen [...], [...], [...], [...] und [...].[1124] In der Folge erstellte [...] einen Entwurf für eine neue Vereinbarung, die der VR der KAGA am 10. Mai 2012 genehmigte.[1125] Im VR-Protokoll wird vor diesem Beschluss festgehalten:

«Die vorliegende Vereinbarung und Erklärung ergänzt den Sacheinlagevertrag vom 20. März 1970 und regelt die Zusammenarbeit mit der Aarekies AG und der KAGA für die Kiesabbau- und die Auffüllstelle Ried, Gemeinde Kirchdorf. (…)»

600. An der vorerwähnten VR-Sitzung nahmen alle VR-Mitglieder der KAGA teil. D.h., es waren alle sieben Verwaltungsräte anwesend, die von je einer Aktionärin entsandt wurden.[1126] Im VR-Protokoll wird das Stimmverhältnis bei diesem Traktandum nicht näher präzisiert, sondern pauschal festgehalten: «Der VR genehmigt die vorliegende Vereinbarung und Erklärung vom 10.5.2012».[1127] Gemäss Art. 713 Abs. 3 OR ist über die Verhandlungen und Beschlüsse des VR ein Protokoll zu führen. Bei Beschlüssen ist darin das Stimmverhältnis anzugeben, wobei ablehnende Stimmen und Enthaltungen selbstverständlich ebenfalls zu protokollieren sind – und zwar möglichst mit Namensnennung.[1128] Im VR-Protokoll sind nun weder Enthaltungen noch Ablehnungen bezüglich dieses Beschlusses erwähnt. Daraus folgt, dass diese Genehmigung einstimmig von allen anwesenden Verwaltungsratsmitgliedern beschlossen wurde. Gemäss Ziffer 8 der Vereinbarung war der VR von KAGA von allen Aktionärinnen ermächtigt worden, diese Vereinbarung zu genehmigen.[1129] Aber auch abgesehen davon könnte die erfolgte Zustimmung durch die Verwaltungsratsmitglieder den jeweiligen Aktionärinnen zugeordnet werden, die sie in den VR von KAGA entsandt haben.[1130]

[1114] VR-Protokoll der KAGA vom 17.5.1977, Einleitung, Act. II.D.X.2.
[1115] KAGA-GV vom 17.5.1977, T 8 (Act. II.C.X.13).
[1116] Oben Rz 515.
[1117] Notiz zur Vorstellung an der Gemeindeversammlung vom 11.5.2006, Act. II.C.X.102.
[1118] Oben Rz 88.
[1119] Notiz der Besprechung vom 6.11.2007, Act. II.C.X.114.
[1120] EV von [...] vom 23.2.2015, Rz 196 ff., Act. III.16.
[1121] Notiz der Besprechung vom 6.11.2007, Act. II.C.X.114; EV von [...] vom 23.2.2015, Rz 215 ff., Act. III.16.
[1122] VR-Protokoll der Kästli vom 4.5.2009, T. 3.7, Act. II.A.X.138.
[1123] VR-Protokoll der Kästli vom 17.1.2012, T. 6.7, Act. II.A.X.258.
[1124] Notiz der Besprechung vom 15.3.2012, Act. II.C.X.151.
[1125] VR-Protokoll der KAGA vom 10.5.2012, T. 4.1, Act. II.A.X.289; für die darin erwähnte «Vereinbarung und Erklärung» siehe den Entwurf vom 10.5.2012, beschlagnahmt bei Heimberg (Act. II.E.X.138). Dieser Entwurf vom 10.5.2012 entspricht der unterzeichneten Vereinbarung vom 16.5.2012 (Act. II.C.X.203).
[1126] Siehe zur Entsendung auch Rz 676 ff.
[1127] VR-Protokoll der KAGA vom 10.5.2012, Act. II.A.X.289.
[1128] Statt anderer ROLAND MÜLLER, Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortung des VR-Sekretärs, Expert Focus 2015, 1043–1048, 1045 m.w.H.
[1129] Wiedergegeben in der nachfolgenden Rz.
[1130] Ausführlicher dazu Rz 672 ff.

601. Am 16. Mai 2012 unterzeichneten die «Aare Kies AG resp. Kieswerk Daepp AG» und die «Kies AG Aaretal KAGA», handelnd durch für sie zeichnungsberechtigte natürliche Personen, die nachfolgend auszugsweise wiedergegebene Vereinbarung:[1131]

«1. Im von allen Aktionären der KAGA unterzeichneten Sacheinlagevertrag vom 20. März 1970 wurden in den Artikeln 1 und 2 der Wirkungskreis und der Geschäftsbereich definiert. Mit einer Zusatzvereinbarung vom 17. Mai 1977 wurde […] der Wirkungskreis zugunsten der Aktionärin Kiestag abgeändert.

2. Der regionale Teilrichtplan Abbau und Deponie der Region Aaretal vom Februar 2008 legt im Gebiet Ried (A6), für Kirchdorf die Abbau- und Auffüllmöglichkeiten neu fest. Mit der vorliegenden Vereinbarung erfolgt aus den nachfolgenden Überlegungen eine weitere Abänderung des Wirkungskreises zugunsten der Aare-Kies AG:

> *Für das Gebiet Ried (A6), Kirchdorf ist festzuhalten, dass die Aare-Kies AG, resp. die Firma Kieswerk Daepp AG dort schon seit langer Zeit mit Kiesabbau und Auffüllung tätig sind. Zur vereinbarungskonformen Regelung dieser Tatsache wird festgehalten, dass das im regionalen Teilrichtplan enthaltene Gebiet Ried (A6), Seite 55 mit «rot A» umrandete neue Kiesabbaugebiet für den Kiesabbau ebenfalls noch aus dem Wirkungskreis der KAGA zugunsten der Aare-Kies AG ausgenommen wird. Erläuternd vergleiche Beiblatt 1, Perimeter UeO, Nrn. 0 bis 15.*
>
> *Das künftige Auffüllvolumen verbleibt jedoch im Wirkungskreis der KAGA, die allfällig diesbezüglich bereits aufgelaufene Kosten, resp. künftige Projektkosten übernimmt. […]*

3. Allfällige im Richtplan für Kiesabbau und Auffüllungen bereits als Vororientierung enthaltene Erweiterungsmöglichkeiten werden künftig jedoch ausschliesslich Sache der KAGA sein. Allfällig bereits abgeschlossene Dienstbarkeitsverträge im künftigen Abbaubereich werden auf die KAGA übertragen, sofern die Grundeigentümer zustimmen. Bei neuen Verträgen ist letztlich die KAGA Vertragspartei.

4. Der Wirkungskreis der KAGA ist in der beiliegenden Karte «Wirkungskreis» vom 17. Mai 1977 entsprechend der vorliegenden Vereinbarung neu aufgezeigt und wird zusammen mit dem Beiblatt 1 und der Vereinbarung allseitig unterzeichnet.

5. Bei einem Verkauf, einer Fusion, einer Veränderung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht zugunsten Dritter, ausserhalb der Familie, der Aare-Kies AG ist diese Vereinbarung nichtig und alle, das Gebiet des vgt. Perimeters «Ried» betreffenden Dienstbarkeitsverträge (Abbau und Deponie) sind unverzüglich gegen eine angemessene Entschädigung auf die KAGA zu übertragen.

6. Für die der Aare-Kies AG bis heute aufgelaufenen Kosten im Zusammenhang mit dem Abbau- und Dep[o]nieprojekt Ried […] gemäss Ziffer 2 hievor, zahlt die KAGA der Aare-Kies AG einen Pauschalbetrag von CHF 300'000 per Saldo aller Ansprüche. […]

[…]

8. Der Verwaltungsrat der KAGA wurde von allen Aktionären ermächtigt, diese Vereinbarung und Erklärung zu unterzeichnen».

602. Als unterzeichnete Beilagen enthält die Vereinbarung die Karte aus dem Jahr 1977[1132] und die nachfolgende Karte:

[1131] Vereinbarung zwischen KAGA und Aare-Kies vom 16.5.2012, Act. II.C.X.203; siehe auch den Bericht darüber im VR der Aare-Kies (VR-Protokoll der Aare-Kies vom 18.6.2012, S. 2, Act. II.C.X.157).
[1132] Oben Rz 592.

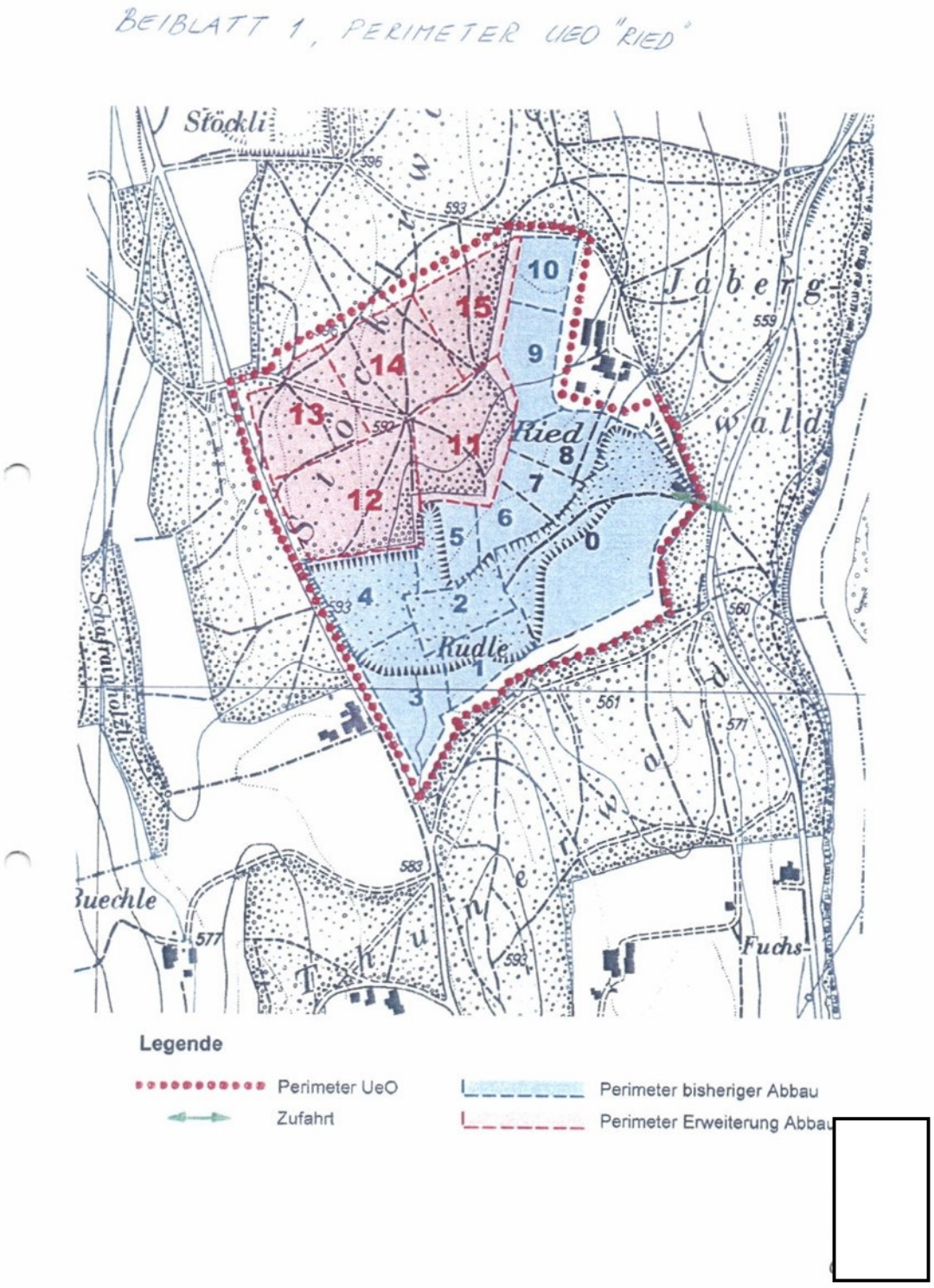


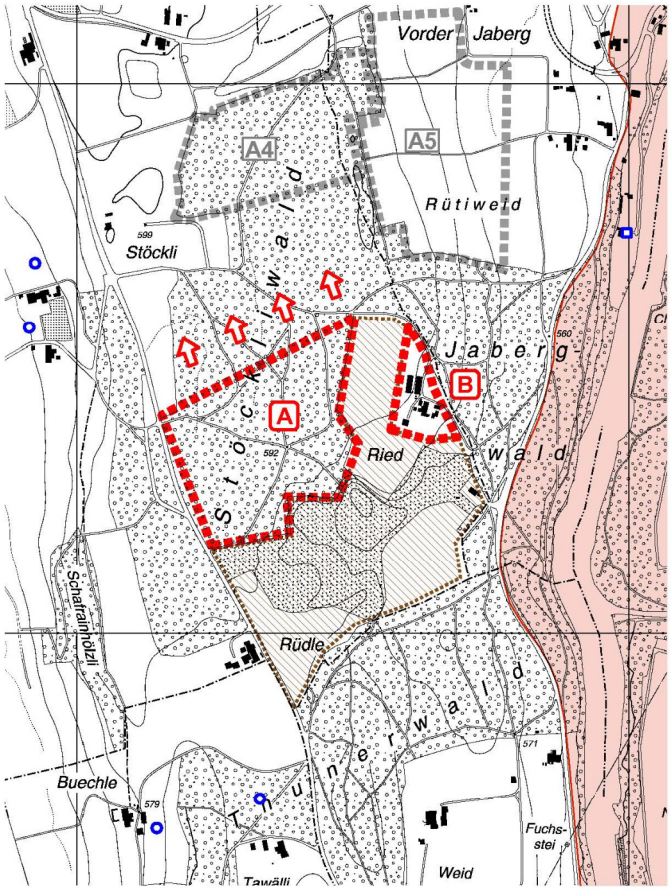
Abbildung 41: Plan zur Vereinbarung vom 16. Mai 2012 zwischen KAGA und Aare-Kies (Act. II.C.X.203).

603. Ziffer 2 der Vereinbarung nimmt zudem Bezug auf Seite 55 des regionalen Teilrichtplans Abbau und Deponie vom Februar 2008 / November 2010:

Standort:	**Ried**	**A6**
Gemeinde:	**Kirchdorf**	Seite 1/5
Nutzung:	– Abbau von Kies und Sand – Auffüllung mit mineralischen Bauabfällen (Inertstoffen) und unverschmutztem Aushubmaterial	

Übersichtsplan

Situation 1:10'000



Standortkoordinaten **(A) 609'300 / 184'350 (B) 609'600 / 184'400**

Legende

- Bereits bewilligte Abbaufläche
- **Abbauerweiterung als Vororientierung** (Im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit.c RPV)
- **Perimeter geplanter Abbau / -Auffüllflächen als Festsetzung**
- Benachbarte Abbau- und Deponiestandorte
- Gewässerschutzbereiche A_O / A_U
- Grundwasserfassung und Quelle

Abbildung 42: Regionaler Teilrichtplan Abbau und Deponie vom Februar 2008 / November 2010, S. 55.

604. Somit haben die nachfolgenden juristischen Personen, handelnd durch von ihnen hierzu ermächtigte natürliche Personen, übereinstimmend ihren Willen erklärt (natürlicher Konsens), dass sie sich an die Vereinbarung vom 20. März 1970 mit den Änderungen vom 17. Mai 1977 und vom 16. Mai 2012 halten wollen:

- K. + U. Hofstetter & Co (heute: Hofstetter)
- Messerli & Co (heute: Messerli)
- Aare-Kies
- Bendicht Kaestli & Soehne AG (heute: Kästli)
- Heimberg

- A. Marti & Cie AG (heute: Marti)
- Kiestag
- KAGA (Unterzeichnerin der Vereinbarungen vom 17. Mai 1977 und vom 16. Mai 2012)

605. Weitere Änderungen des KAGA-Vertrags sind nicht bekannt. Zwar hatten einige Aktionärinnen der KAGA den Wunsch, den KAGA-Vertrag zu ändern. Eine Änderung kam aber nicht zustande. Diese Änderungsversuche werden nachfolgend dargestellt.

C.6.2.3 Die gescheiterten Änderungsversuche des KAGA-Vertrages

606. Zwei Mal haben einige Aktionärinnen der KAGA erfolglos versucht, den KAGA-Vertrag zu überarbeiten bzw. durch eine gänzlich neue Vereinbarung zu ersetzen. Diese beiden Änderungsversuche werden nachfolgend kurz beleuchtet.

C.6.2.3.1 Erster Versuch, den KAGA-Vertrag aufzuheben bzw. zu erneuern (2008)

607. 2008 nahmen Aktionärinnen der KAGA einen ersten Versuch in Angriff, den KAGA-Vertrag zu ersetzen. Die Entwicklung zu diesem Versuch stellt sich wie folgt dar: Im August 2008 erarbeitete [...] einen ersten Entwurf und stellte diesen [...] zur Durchsicht zu. Hierbei machte [...] einen Vorschlag bzw. warf eine Frage auf zum KAGA-Vertrag von 1970 (er bezeichnet diesen als «Sacheinlagevertrag»):[1133]

«Vorschlag: Aufnahme der aktualisierten vertraglichen Bestimmungen des Sacheinlagevertrages vom 20.3.1970 (Wirkungskreis, Erweiterung Geschäftsbereich, Materiallieferungen und Preisgestaltung, Ausgleichskasse-Bonus/Malus-Mindestquantum, Verpfändung der Aktien, Kieswerk Daepp). Weitere Bestimmungen?»

608. Im Mai 2009 berichtete [...] im VR der Kästli über das Projekt (den KAGA-Vertrag bezeichnet er hier als «Aktionärbindungsvertrag» und als «Gründungsvertrag»):[1134]

«[...] hat die Überarbeitung des Aktionärbindungsvertrags angestossen mit dem Ziel, die Eckdaten des Gründungsvertrages auch unter neuen Voraussetzungen Geltung zu verschaffen. Insbesondere soll keiner der Aktionäre eine Mehrheit erlangen können (auch nicht durch Fusionen o.ä.); das Gleichgewicht unter den Aktionären soll gewahrt bleiben».

609. Ebenfalls im Mai 2009 nahm der VR der KAGA die Anpassung des KAGA-Vertrages in seine Planung auf:[1135] Im September 2009 wurde das Traktandum «Anpassung des Sacheinlage- und Aktionärbindungsvertrages» im VR der KAGA behandelt:[1136]

«[...] erläutert kurz den Hintergrund dieses Ansinnens und regt an, dieses Traktandum ebenfalls an der Klausurtagung des VR [vom 30. November 2009] zu behandeln. Die KAGA ist der bedeutendste Ver- und Entsorger von Steinen und Erden in der Region Bern-Aaretal. Im geltenden Sacheinlage- und Aktionärbindungsvertrag verpflichten sich die Aktionäre, innerhalb eines gewissen Gebietes auf eigene Kiesabbauaktivitäten zu verzichten. Im Gegenzug soll es ihnen aber jederzeit möglich sein, sich zu marktgerechten Konditionen bei der KAGA zu versorgen, was bisher stets gewährleistet war. Um diesen Grundsatz auch in die fernere Zukunft sicher zu stellen, ist es wesentlich, dass nicht ein einzelner KAGA-Aktionär die anderen majorisieren kann. Im Grundsatz geht es daher darum, das heutige Gleichgewicht innerhalb des KAGA-Aktionariates auch dann sicher zu stellen, wenn es in Zukunft zu Geschäftsübernahmen oder Fusionen kommen sollte, die dieses Gleichgewicht gefährden könnten».

610. An der Klausurtagung vom 30. November 2009 beschloss der VR der KAGA, dass er einen Aktionärbindungsvertrag erarbeiten und [...] einen solchen für die Beratung im VR vorbereiten werde.[1137] Im Januar 2010 berichtete [...] wieder im VR der Kästli über das Projekt:[1138]

«KAGA Aktionärbindungsvertrag – Auftrag für Überarbeitung ist ausgelöst, Ziel: Gesamtüberarbeitung, die alle bisherigen Regelungen ersetzt. Bereinigung/Überarbeitung braucht Zeit, realistischer Termin ca. Mitte 2010. (…) Absicherung des Paritätsprinzips über den Aktionärbindungsvertrag hat oberste Priorität».

611. Am 24. Februar 2010 schickte [...] einen überarbeiteten Entwurf an [...] (Titel: «2. Entwurf (Febr. 2010)»): Darin ist zu lesen:[1139]

«C. Gemäss dem Gründergedanken beabsichtigen die Aktionäre, im Rahmen der KAGA ihre Kiesversorgung im definierten Wirkungsbereich sicher zu stellen und das bestehende Gleichgewicht in der Aktienverteilung zwischen den Parteien innerhalb der KAGA aufrecht zu erhalten. Damit wird auch die Kontinuität der KAGA mit ihrer Zielsetzung gewährleistet.

In Anbetracht dessen vereinbaren die Parteien was folgt:

1. Grundsätze

Dieser Vertrag soll im Wirkungskreis der KAGA gem. beiliegendem Plan vom 20.3.1970 die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien verbindlich regeln. Die Aktionäre verpflichten sich, in diesem Raum weder direkt noch indirekt eigene Abbau- oder Deponierechte zu erwerben (weitere Kieswerke zu betreiben…..??) oder sonst wie auf eigene Rechnung Sand oder Kies abzubauen oder Auffüllungen oder Deponien zu betreiben. Die Parteien sind sich darin einig, dass der vorliegende Aktionärbindungsvertrag von folgenden Grundsätzen geleitet werden soll:

Ziel ist die langfristige Sicherstellung der Kiesversorgung und Bereitstellung von Auffüllungs- resp. Deponievolumina für Aktionäre.

(…)

2. Vertretung im Verwaltungsrat

2.1 Verwaltungsrat

2.1.1 Die Parteien vereinbaren unter Vorbehalt von Ziffer 2.1.3. nachfolgend, dass jeder Aktionär Anspruch auf einen Verwaltungsratssitz hat und dass beim Ersatz eines Verwaltungsratsmitgliedes wiederum ein Vertreter der entsprechenden Partei gewählt wird.

(…)

[1133] E-Mail vom 20.8.2008, vor Ziff. 2, Act. II.A.X.122.
[1134] VR-Protokoll der Kästli vom 4.5.2009, T. 3.7, Act. II.A.X.138.
[1135] VR-Protokoll der KAGA vom 14.5.2009, T. 8, Act. II.A.X.142.
[1136] VR-Protokoll der KAGA vom 10.9.2009, T. 4, Act. II.A.X.152.
[1137] Beschluss-Protokoll der VR Strategietagung der KAGA, T. 9, Act. II.D.X.27.
[1138] VR-Protokoll der Kästli vom 11.1.2010, T. 1 und 3.9, Act. II.A.X.167.
[1139] E-Mail vom 24.2.2010, Act. II.A.X.173.

2.1.3. Sofern zwei oder mehrere Parteien fusionieren oder wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung stehen, steht ihnen gemeinsam nur ein Verwaltungsratssitz zu. Für die Fusion Messerli/Hofstetter tritt diese Regelung mit dem nächsten Fusions- oder fusionsähnlichen Vorgang unter dem Aktionariat der KAGA in Kraft.

(…)

7.3 Dieser Vertrag hebt den Sacheinlagevertrag vom 20. März 1970 auf und ersetzt alle früheren diesbezüglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien. Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform und der Zustimmung und Unterzeichnung aller Parteien».

612. Am 25. März und 4. Mai 2010 behandelte der VR der KAGA das Thema:[1140]

«Der Aktionärbindungsvertrag wurde von den Herren [...] und [...] rechtlich bereinigt (Anpassung Statuten und Vertrag). Er kann jedoch nicht einstimmig genehmigt werden, da sich die Aktionärsfirma Marti AG Bern kurz vor der geplanten Unterzeichnung davon distanziert. Die anderen Aktionäre bedauern, dass damit kein aktueller Aktionärbindungsvertrag zu Stande kommt, sind sie doch überzeugt, dass mit dem vorliegenden Entwurf dem ursprünglichen KAGA-Gründungsgedanken bei sich verändernden Verhältnissen am ehesten Rechnung getragen werden könnte. Nach eingehender Diskussion wird vereinbart, das Thema einstweilen ruhen zu lassen und zu gegebener Zeit wieder aufzunehmen. Auf weitere Gespräche mit der Firma Marti wird vorläufig verzichtet. Auch wenn die Firma Marti dem neuen Vertrag nicht zustimmt, können sich die anderen Aktionäre im Sinne des Entwurfs verhalten».

613. Der erste Versuch, den KAGA-Vertrag aufzuheben und durch eine neue Vereinbarung zu ersetzen, scheiterte somit.

C.6.2.3.2 Zweiter Versuch, den KAGA-Vertrag aufzuheben bzw. zu erneuern (2014)

614. Im Dezember 2014 – also nachdem in der Presse über mögliches Fehlverhalten im Kies- und Deponiebereich in der Region Bern-Thun, insb. durch KAGA, berichtet und bereits über Abklärungen seitens der Wettbewerbsbehörden spekuliert wurde[1141] – nahmen Aktionärinnen der KAGA einen zweiten Versuch in Angriff, den KAGA-Vertrag zu ersetzen. Die Entwicklung zu diesem Versuch stellt sich wie folgt dar: Am 3. Dezember 2014 nahm der VR der KAGA das Thema KAGA-Vertrag wieder auf:[1142]

«Der veraltete Sacheinlagevertrag soll durch einen neuen Aktionärbindungsvertrag abgelöst werden».

615. Am 12. Dezember 2014 schickte der Geschäftsführer der KAGA den Verwaltungsräten der KAGA die Einladung für die VR-Sitzung vom 16. Dezember 2014, inkl. «Aktionärbindungsvertrag».[1143]

616. Gleichentags schrieb [...] folgendes E-Mail an [...] und [...]:[1144]

«Ich hatte vorgestern in dieser und ähnlichen Angelegenheiten eine Besprechung mit Herrn [...]. Ich kann es kurz machen: Als Vertreter der Marti AG Bern im Verwaltungsrat der KAGA werde ich den Aktionärbindungsvertrag nicht unterschreiben. Es tut mir leid, keinen konstruktiveren Beitrag leisten zu können».

617. Am 15. Dezember 2014 informierte [...] im VR der Kästli über die Haltung von Marti:[1145]

«[...] informiert, dass Marti die Aufhebung der ursprünglichen Aktionärverträge blockiert, obschon diese überholt sind und in der Praxis seit langer Zeit nicht mehr angewendet werden».

618. Am 16. Dezember 2014 behandelte der VR der KAGA das Thema des KAGA-Vertrages. Den definitiven Text des Protokolls vom 16. Dezember 2014 genehmigte der VR erst rund neun (!) Monate nach der Eröffnung der vorliegenden Untersuchung am 1. September 2015 und erst nachdem er ihn zwei Mal korrigiert hatte.[1146] Der von der Wettbewerbsbehörde aus allen Anpassungen in den Protokollen zusammengestellte Text lautet wie folgt:

«Der Entwurf für einen neuen Aktionärbindungsvertrag wird allen Aktionären verteilt. Dieser wurde zur Vorbesprechung an die an der letzten VR-Sitzung beauftragte Begleitgruppe ([...], [...], [...]) versendet. [...] hat in der Folge dem Präsidenten telefonisch mitgeteilt, dass Herr [...], Eigentümer der Fa. Marti AG Bern, nicht gewillt sei den vorliegenden Aktionärbindungsvertrag zu unterzeichnen. Damit kann, da es der Einstimmigkeit bedarf, der jetzt vorliegende Aktionärbindungsvertrag nicht abgeschlossen werden. [...] bestätigt, dass Herrn [...] keine Verträge unterzeichnen werde. Zu den Gründen kann er keine Angaben machen.

Der VR nimmt diesen Entscheid bedauernd zur Kenntnis. Der Entwurf des Aktionärbindungsvertrages wird für richtig und sinnvoll befunden. Mit dem neuen Aktionärbindungsvertrag könnten veraltete Vereinbarungen den aktuellen Gegebenheiten angepasst und allen Aktionären der zugesicherte Verwaltungsratssitz weiterhin garantiert werden. Es wird folgendes per Abstimmung festgehalten:

Der Verwaltungsrat der KAGA ist einstimmig und ohne Enthaltung dafür, den vorliegenden neuen Aktionärbindungsvertrag abzuschliessen. Da der Vertreter der Firma Marti AG Bern jedoch nicht befugt ist, den Aktionärbindungsvertrag zu unterzeichnen, kann dieser nicht abgeschlossen werden. Der VR beschliesst in der Folge, sich auch ohne schriftlichen Vertrag entsprechend zu verhalten. [...] begründet seine persönliche Zustimmung damit, dass er mit der Aufhebung überholter und veralteter Teile einverstanden sei».

619. Hierzu ergänzte der VR in seiner Sitzung vom 26. Mai 2015:[1147]

«Der VR hielt in der Diskussion fest, dass der seinerzeitige Beschluss zu diesem Traktandum [gemeint ist der Beschluss vom 16. Dezember 2014] explizit mit Abstimmung per Handheben gefällt wurde. Dabei wurde Einstimmigkeit ohne Enthaltungen festgestellt. Über den Vertrag von 1970 bzw. einzelne Artikel daraus wurde weder diskutiert noch Beschluss gefasst».

[1140] VR-Protokoll der KAGA vom 25.3.2010, T. 4, Act. II.B.X.258; VR-Protokoll der KAGA vom 4.5.2010, T. 4, Act. II.A.X.184 (das Zitat stammt aus diesem Protokoll).

[1141] Siehe die Zeitungsartikel vom November 2014 im Anhang zur EV von [...] vom 13.1.2015, Act. III.1, wie z.B. Bund-Artikel «Hinweise auf kartellartige Zustände im Berner Kiesgeschäft» vom 7.11.2014.

[1142] VR-Protokoll der KAGA vom 3.12.2014, T 5.3, Act. IV.13, Beilage 24.

[1143] E-Mail vom 12.12.2014 und die damit verschickte Einladung zur VR-Sitzung vom 16.12.2014, Act. II.C.X.202.

[1144] E-Mail vom 12.12.2014, Act. II.A.X.576.

[1145] VR-Protokoll der Kästli vom 15.12.2014, T. 6.3, Act. II.A.X.578.

[1146] VR-Protokoll der KAGA vom 1.9.2015, T. 1.1, Act. IV.13 (Beilage 27); für Anpassungen des Protokolls vom 16.12.2014, T. 3, siehe VR-Protokoll der KAGA vom 26.5.2015, T. 1.1, Act. IV.13 (Beilage 26) und VR-Protokoll der KAGA vom 1.4.2015, T. 1.2, Act. IV.13 (Beilage 25).

[1147] VR-Protokoll der KAGA vom 26.5.2015, T. 1, Act. IV.13, Beilage 26.

620. Der soeben erwähnte Entwurf eines neuen Aktionärbindungsvertrags konnte vom Sekretariat während der Untersuchung nicht in die Akten aufgenommen werden, da eine Partei geltend machte, er sei im Rahmen eines Mandatsverhältnisses erstellt worden und unterstehe dem Anwaltsprivileg.[1148] Dieselbe Partei reichte in einer bemerkenswerten Kehrtwende ihrer Haltung bezüglich Anwaltsgeheimnis den Entwurf dieses neuen Aktionärbindungsvertrags nunmehr allerdings im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats ungeschwärzt als Aktenstück ein.[1149] In materieller Hinsicht erhält dieser inklusive Anhang 21 Seiten umfassende Vertragsentwurf im Wesentlichen eine Bestimmung,[1150] namentlich das Recht jeder Aktionärin, eine Person in den VR von KAGA zu entsenden.[1151] Zudem sieht der Entwurf vor, dass dadurch alle früheren schriftlichen oder mündlichen Vereinbarungen zwischen den Aktionärinnen ersetzt werden.[1152]

621. Auch der zweite Versuch, den KAGA-Vertrag aufzuheben und durch eine neue Vereinbarung zu ersetzen, scheiterte somit.

C.6.2.4 Aussagen zum KAGA-Vertrag in den Einvernahmen

622. Das Sekretariat hat den KAGA-Vertrag an mehreren Einvernahmen zur Sprache gebracht. Die dabei gemachten Aussagen lassen sich wie folgt zusammenfassen (Reihenfolge: Chronologie der Einvernahmen). Zu beachten ist, dass in diesem Kontext die an den jeweiligen Einvernahmen verwendete Terminologie für den KAGA-Vertrag beibehalten wird, sodass zum Beispiel vom Aktionärbindungsvertrag, ABV oder Sacheinlagevertrag die Rede ist.

623. [...] (seit 2011 im VR der KAGA als Vertreter der Aare-Kies) sagte aus, er sei 2012 erstmals mit dem ABV konfrontiert worden.[1153] Es sei darum gegangen, dass Aare-Kies weiterhin Kies abbauen könne, wobei sie dies damals mit KAGA geregelt hätten. Ob der Vertrag trotz der damals getroffenen Regelung noch existent sei, wisse er nicht, aber er habe noch ein Exemplar. Als er 2012 damit konfrontiert worden sei, habe ihn das getroffen, denn dies treffe den Nerv seines Unternehmens.

624. [...] (Leiter Technisches Büro der KAGA) sagte auf die Frage, ob es Aktionärsbindungsverträge der Aktionärinnen gebe:[1154]

«Ja, das sind die Sacheinlageverträge.

Gibt es dort Neuerungen oder ist das immer der Gleiche gewesen?

Nein, das ist immer noch der von 1971».

625. [...] (damals im VR der KAGA für Heimberg) sagte auf die Frage, ob es eine Abmachung mit KAGA gebe, die der Heimberg verbiete, eine neue Kiesgrube zu eröffnen:[1155]

«Ja, im Gebiet Aaretal schon. Das ist im Aktionärbindungsvertrag festgehalten. Ausserhalb dieses Gebietes sind wir frei».

626. Auf die Frage, wann dieser Vertrag abgeschlossen worden sei, sagte [...], dass er das nicht auswendig sagen könne, aber es sei ganz am Anfang gewesen. Dann hätten sie den Vertrag mal ändern oder auflösen wollen, weil ein Artikel darin gewesen sei, von dem man gesagt habe, dass er nicht mehr zeitgemäss sei. Welcher Artikel das gewesen sei, müsste er in den Unterlagen nachschauen, da dies schon zu lange zurückliege. Das Rechtsempfinden von früher sei sicher ein anderes als heute. Aber der Vertrag sei nicht geändert worden. Marti sei ohne Begründung dagegen gewesen, was höchst ärgerlich gewesen sei. Die Frage, ob es für die Aufhebung des KAGA-Vertrages Einstimmigkeit gebraucht hätte, bejahte er. Er selbst habe für die Aufhebung des KAGA-Vertrages gestimmt. Der Vertrag sei veraltet, es brauche gar keinen solchen Vertrag. Auf die Frage, warum es keinen solchen Vertrag mehr brauche, sagte [...], dass er dafür den Vertrag anschauen müsste. Es brauche den Vertrag einfach nicht mehr in dieser Form. Auf die Rückfrage, was denn die Beweggründe dafür gewesen seien, für die Aufhebung zu stimmen, sagte [...], dass der Vertrag ein mehrseitiges Dokument sei, er könne da keine Einzelheiten nennen. Schliesslich wurde [...] gefragt, ob der KAGA-Vertrag noch in Kraft sei, was er bejahte.

627. [...] (von 1985 bis 2015 Geschäftsführer der KAGA)[1156] bestätigte, dass es den KAGA-Vertrag gibt.[1157] Dieser sei bei der Gründung abgeschlossen worden. Auf die Frage, ob er noch in Kraft sei, sagte [...]:

«Ja. Aber dieser sollte angepasst werden. Das ist aber Sache der Aktionäre, die müssen das machen».

628. [...] (damals im VR der KAGA als Vertreter der Messerli) wurde gefragt, ob der KAGA-Vertrag noch in Kraft sei.[1158] Er antwortete:

«Ich wollte diesen aufheben, aber dafür braucht es einen einstimmigen Beschluss. Dieser ist nicht zustande gekommen, da eine Partei dagegen gestimmt hat. Die übrigen Aktionäre haben aber einstimmig gesagt, dass sie sich nicht mehr daran halten. Das ist formell ein Problem, aber für die Aktionäre, die zugestimmt haben, ist dies bindend».

629. Weiter führte [...] aus, dass es Marti gewesen sei, die gegen die Aufhebung des KAGA-Vertrages gestimmt habe, ohne Angabe von Gründen. Die Diskussionen zur Aufhebung seien im Dezember 2014, möglicherweise schon im November 2014 geführt worden. Auf die Frage, ob der KAGA-Vertrag bis zu diesem Zeitpunkt für alle Aktionärinnen bindend war, antwortete [...]:

[1148] Act. I.291, Rz 15.
[1149] Beilage 1 von Act. VIII.156.
[1150] Bei den übrigen Bestimmungen in diesem Vertragsentwurf handelt es sich um (z.T. umformulierte) Wiedergaben gesetzlicher Normen (z.B. bezüglich der GV), um Allgemeinplätze (z.B. dass VR-Mitglieder Anspruch auf eine Vergütung haben), um organisatorische Normen (z.B. bezüglich Zustelladressen für Mitteilungen) oder um allgemein übliche Klauseln bezüglich des Vertragsentwurfs selbst (z.B. zu Dauer und Beendigung, Vertraulichkeit, Steuerfolgen, salvatorische Klausel, Rechtswahl und Gerichtsstand).
[1151] Ziffer 5.2.a.i Beilage 1 von Act. VIII.156. Dass dies das einzige materiell wesentliche Element dieses Vertrags ist, ist auch die Ansicht von KAGA (vgl. Act. VIII.156 Rz 56).
[1152] Ziffer 10.3 Beilage 1 von Act. VIII.156.
[1153] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 171–198, Act. III.4.
[1154] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 236–239, Act. III.5.
[1155] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 119–189, Act. III.6.
[1156] Oben Rz 89.
[1157] EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 361 ff., Act. III.8.
[1158] EV von [...] vom 22.1.2015, Rz 196 ff., 348 ff. und 364 ff., Act. III.10.

«Ja. Aber es kannte ihn niemand mehr. KAGA machte das Tagesgeschäft wie immer. Keiner hat mehr an den Aktionärbindungsvertrag gedacht. Da stehen Sachen drin, die jetzt irrelevant sind. Diese hätte man schon lange bereinigen sollen».

Wurde der Sacheinlagevertrag von den Aktionären der KAGA seit dem Abschluss im Jahr 1970 oder 1971 angepasst?

Ich glaube nicht. Ich wüsste nicht. Ich gehe nicht davon aus.

Nach unseren Informationen statuiert der Sacheinlagevertrag den Aktionären ein Verbot, in einem bestimmten geographischen Raum eigene Kiesabbaurechte zu erwerben. Ist das korrekt?

Das ist korrekt. Die Idee ist, dass KAGA die Versorgungssicherheit in diesem Gebiet sicherstellt, gemäss den Planungsrichtlinien, welche wir befolgen. Nach meinem Wissen gibt es praktisch keine Kiesabbaumöglichkeiten mehr, also von den anderen Bewilligungen her, wegen Grundwasser etc. Es wäre wahrscheinlich schwierig, überhaupt ein lohnendes Abbaugebiet zu finden. Viel ist durch das Grundwasser und wegen der Aare geschützt, so dass man grosse Gebiete gar nicht abbauen kann. Zudem gibt es Schutzzonen.

630. Nach der Einschätzung von [...] haben die Aktionärinnen der KAGA das Verbot, im Gebiet gemäss KAGA-Vertrag eigene Kiesabbaurechte zu erwerben, eingehalten. Zu den Gründen, weshalb der KAGA-Vertrag aufgehoben werden sollte, sagte [...], es habe etliche Bestimmungen gegeben, die überholt gewesen seien. Auch die Gebietsfrage sei nicht mehr aktuell gewesen, da die kantonale Planung eingegriffen hatte, aus der sich ergebe, wo Kies abgebaut werden könne und wo nicht. Das habe es in den 70er Jahren nicht gegeben, daher sei dies eigentlich obsolet geworden. Die Aufhebung sei nicht direkt aufgrund des Kartellvorwurfs angedacht worden, dies sei ein gleichzeitiger Nebeneffekt gewesen. Die praktische Bedeutung der Karte sei einfach nicht mehr relevant gewesen. Keiner habe mehr die Möglichkeit, überhaupt ein grosses Projekt aufzuziehen. KAGA und die Aktionärinnen könnten bestens ohne den KAGA-Vertrag leben. Es gehe ja nicht nur um den Kieshandel, sondern um die Sicherstellung der Reserven, also nicht darum, den Kies auf den Markt zu schiessen. Das öffentliche Interesse des Kantons sei durch die getroffenen Massnahmen abgedeckt.

631. [...] (im VR der KAGA als Vertreter der Kiestag) sagte aus, dass er nicht wisse, ob der KAGA-Vertrag noch in Kraft sei.[1159]

632. [...] (im VR der KAGA als Vertreter der Marti) äusserte sich zum Inhalt des KAGA-Vertrags. Auf die Frage, was er zum Vorwurf sage, wonach KAGA gegründet worden sei, um Konkurrenten aus dem Gebiet des oberen Aaretals fernzuhalten, erwiderte er:[1160]

«Wenn man den Sacheinlagevertrag liest, auf den sie sicherlich ansprechen, dann kann dies den Vorwurf begründen. Das steht da meines Wissens wortwörtlich drin. Vielleicht nicht explizit, dass man Konkurrenten fernhalten wollte, aber dass man sich gegenüber der Konkurrenz besser positioniert».

633. Weiter führte er aus, es sei richtig, dass der KAGA-Vertrag den geographischen Raum bezeichne, in welchem das Verbot gelte, eigene Abbaurechte zu erwerben. Ob sich die Aktionärinnen daran gehalten hätten, wisse er nicht. Was der Hintergrund der geplanten Anpassung von 2010 gewesen sei, könne er nicht mehr sagen. Es sei wohl um eine Modernisierung und Anpassung an das tatsächlich Gelebte gegangen. Ob der Entwurf eines (neuen) Aktionärbindungsvertrages im Jahr 2010 ein Gebiet bezeichnet habe, innerhalb dessen die Aktionärinnen keine eigenen Abbaurechte oder Deponierechte erwerben dürften, könne er nicht ausschliessen. Der Entwurf habe nicht verabschiedet werden können, weil Einstimmigkeit gefragt sei und Marti sich dagegen ausgesprochen habe. Die Frage, ob es zutreffe, dass die für einen Abschluss des neuen Vertrags stimmenden Aktionärinnen erklärt hätten, sich dennoch im Sinne des Vertragsentwurfs zu verhalten, bejahte er. Ob sich die Aktionärinnen in der Folge auch entsprechend verhalten hätten, wisse er nicht, er nehme es aber an.

634. Auf die Frage, ob der KAGA-Vertrag aus dem Jahr 1970 noch in Kraft sei, antwortete [...]:

«De jure sicherlich. Nach meinem Verständnis wird dieser auch de facto noch gelebt. Es wäre mir nicht bekannt, dass irgendein Aktionär im Wirkungskreis der KAGA ein Kieswerk eröffnet oder Abbaurechte erworben hat. Allerdings wurde an der ausserordentlichen Verwaltungsratssitzung vom 16. Dezember 2014 einstimmig beschlossen, auf die Gebietseinschränkung zukünftig zu verzichten. Aber bislang habe ich das Protokoll nicht erhalten und weiss daher nicht, ob dies im Protokoll steht».

635. Auf die Frage, weshalb an der VR-Sitzung vom 16. Dezember 2014 beschlossen worden sei, auf die Gebietsbeschränkung zu verzichten, antwortete [...], dass Rechtsanwalt [...] [...] empfohlen habe, den KAGA-Vertrag zu überdenken. Dem vorgelegten Entwurf eines neuen Aktionärbindungsvertrags habe er als Vertreter der Marti die Unterschrift verweigert. Generell unterschreibe Marti keine Aktionärbindungsverträge. [...] habe dann aber angeregt, wenigstens in einem Protokollbeschluss auf die Gebietsbeschränkung zu verzichten. Dies sei dann auch einstimmig, inklusive Marti, beschlossen worden.

636. [...] (im VR der KAGA als Vertreter der Kästli) wurde gefragt, ob es richtig sei, dass der KAGA-Vertrag aus dem Jahr 1970 den Aktionärinnen verbiete, in einem bestimmten geographischen Raum eigene Kiesabbaustellen zu erwerben. Er antwortete:[1161]

«Dies ist nicht ganz richtig, glaube ich. Der Sacheinlagevertrag ist von 1970, also vor über 40 Jahren gemacht worden. Dieser statuiert Ausnahmen. Diese sind im Vertrag geregelt».

637. Auf die Frage, ob sich die Aktionärinnen der KAGA an den KAGA-Vertrag gehalten hätten, antwortete [...], dass sich die Frage in der Regel gar nicht gestellt habe. Aber es sei schon so, dass man sich daran gehalten habe. Der KAGA-Vertrag sei nicht wörtlich zu nehmen. Es sei ein Papier aus der Gründerzeit. Mittlerweile gebe es gar keine weiteren Möglichkeiten mehr, «im grösseren Stil Kies in der KAGA-Region abzubauen». Für die Aktionärinnen habe es Sinn gemacht, sich an den KAGA-Vertrag zu halten, da es gemeinsam effizienter sei.

[1159] EV von [...] vom 17.1.2015, Rz 395 f., Act. III.11.
[1160] EV von [...] vom 29.1.2015, Rz 79 ff. und 292 ff., Act. III.12.
[1161] EV von [...], 9.2.2015, Rz 619 ff., Act. III.14.

638. [...] (VR der Aare-Kies und zuständig für die oben dargestellte Erweiterung des Kiesabbaus der Aare-Kies)[1162] wurde gefragt, ob es richtig sei, dass im KAGA-Vertrag von 1970 ein Verbot enthalten sei, in einem bestimmten geographischen Raum eigene Kiesabbaurechte zu erwerben.[1163] Er antwortete, dass dies im Vertrag so geschrieben sei. Auf die Frage, weshalb die Aare-Kies betreffend die Erweiterung Ried mit der KAGA eine Vereinbarung abgeschlossen habe, antwortete [...], dies sei gemacht worden, weil die Kiesabbauerweiterung nicht mehr dem KAGA-Vertrag entspreche. Mit der Vereinbarung zwischen der KAGA und der Aare-Kies sei der KAGA-Vertrag aus dem Jahr 1970 nicht aufgehoben worden. Bis zu seiner Pensionierung im Jahr 2013 sei aus seiner Sicht sowohl der KAGA-Vertrag von 1970 als auch die Vereinbarung zwischen der KAGA und der Aare-Kies vom 16. Mai 2012 noch in Kraft gewesen.

639. [...] (Verwaltungsratspräsident der Marti Holding AG) wollte zunächst keine Aussage machen zum Wirkungskreis des KAGA-Vertrages.[1164] Auf die Frage, ob die Vorschrift zum Wirkungskreis im KAGA-Vertrag von 1970 auch für Marti gegolten habe, sagte [...], dass ein Vertrag ein Vertrag sei. Zur Frage, ob sich Marti an diese Vorschrift gehalten habe, verweigerte [...] wiederum die Aussage. Die Rückfrage, ob sich Marti je in irgendeiner Form von dieser Vorschrift distanziert habe, bejahte [...] zwar, zur Rückfrage, ob er dies präzisieren könne, wollte er allerdings nichts sagen. Zur Frage, wann sich Marti denn distanziert habe, sagte [...], dies sei ungefähr 35 Jahre her. Auf die Frage, wie Marti sich denn distanziert habe, machte [...] keine Aussage. Er habe keine Belege mehr dafür, dass sich Marti distanziert habe, aber er habe sich vor 35 Jahren persönlich distanziert und habe dies den Mitaktionärinnen mitgeteilt. Auf die beiden Fragen, wie er den Mitaktionärinnen dies mitgeteilt habe und warum er sich distanziert habe, gab [...] keinen Kommentar. Er habe sich permanent distanziert, wollte aber nicht sagen, in welcher Form. Auch auf die Frage, ob KAGA oder eine ihrer Aktionärinnen Marti jemals mitgeteilt hätte, dass die Vorschrift über den Wirkungskreis für Marti nicht mehr gelte, gab [...] keinen Kommentar. Ob es im Dezember 2014 Bemühungen gegeben habe, den KAGA-Vertrag zu ersetzen, wisse er nicht. Auch ob der KAGA-Vertrag noch in Kraft sei, wisse er nicht. Beim Verlesen des Protokolls nahm [...] eine Aussageänderung vor: Er sei der Auffassung, dass der KAGA-Vertrag so nicht mehr gültig sei, seitdem es die Kartellgesetzgebung gebe.

C.6.2.5 Vorbringen zum KAGA-Vertrag in den Stellungnahmen zum Antrag

640. Mehrere Parteien haben sich im Rahmen ihrer Stellungnahmen zum Antrag sowie anderweitig zum KAGA-Vertrag und insbesondere zu einer allfälligen Aufhebung desselben im Jahr 2014 geäussert. Nachfolgend wird der Kerngehalt ihrer Vorbringen wiedergegeben, darauf eingegangen wird alsdann unter dem nachfolgenden Titel:

641. KAGA beruft sich zunächst auf das Protokoll der VR-Sitzung vom 16. Dezember 2014, wonach der VR beschlossen habe, sich auch ohne schriftlichen Vertrag entsprechend [gemäss Entwurf des neuen Aktionärbindungsvertrags] zu verhalten. Im selben Protokoll werde festgehalten, dass mit dem neuen Aktionärbindungsvertrag veraltete Vereinbarungen den aktuellen Gegebenheiten angepasst würden. Der Vertragsentwurf sehe vor, dass damit alle früheren Vereinbarungen aufgehoben würden. Damit stehe das «Bekenntnis des Verwaltungsrats der KAGA» zur formellen Abkehr vom KAGA-Vertrag fest. Ob das auch zivilrechtlich gültig sei, sei irrelevant – kartellrechtlich sei einzig entscheidend, dass der KAGA-Vertrag ab 16. Dezember 2014 nicht mehr gelten sollte. Die Aktionärinnen der KAGA hätten am 23. November 2023 in einer schriftlichen Erklärung nochmals bestätigt, dass der KAGA-Vertrag spätestens seit 2015 aufgehoben sei, wobei KAGA diese schriftliche Erklärung zu den Akten reicht.[1165]

642. Alluvia beruft sich ebenfalls auf den Beschluss im Protokoll der VR-Sitzung vom 16. Dezember 2014. Sie vergleicht, welche Änderungen dieses Protokoll im Rahmen seiner Überarbeitung erfuhr. Zudem wirft sie dem Sekretariat eine ungenügende Sachverhaltsabklärung vor, da es das geltend gemachte Anwaltsgeheimnis respektierte (da der Vertragsentwurf nunmehr Teil der Akten ist, erübrigt es sich, auf diesen Punkt näher einzugehen). Alluvia ist der Ansicht, dass der KAGA-Vertrag jedenfalls spätestens am 16. Dezember 2014 aufgehoben worden sei, wobei er bereits vorher nur noch vereinzelt eine Rolle gespielt habe und bloss noch halbherzig umgesetzt worden sei. So sei das Konkurrenzverbot gegenüber Daepp im Jahr 2012 jedenfalls kaum mehr durchgesetzt worden.[1166]

643. Marti-Gruppe beruft sich ebenfalls auf die VR-Sitzung vom 16. Dezember 2014, an der man sich darauf geeinigt habe, den KAGA-Vertrag nicht mehr zu halten. Unzutreffend sei, dass Marti-Gruppe nicht mit der Aufhebung des KAGA-Vertrags einverstanden gewesen sei. Richtig sei vielmehr, dass sich Marti-Gruppe seit den 1980er-Jahren nicht mehr an den KAGA-Vertrag gebunden erachtete und davon ausgegangen sei, dass kartellrechtswidrige Klauseln im KAGA-Vertrag mit Inkrafttreten des KG im Jahr 1995 nicht mehr anwendbar gewesen seien. Sie habe sich auch entsprechend verhalten. Deshalb habe die von Marti-Gruppe in den VR von KAGA entsandte Person auch kein Problem damit gehabt, an der VR-Sitzung vom 16. Dezember 2014 damit einverstanden zu erklären, dass der KAGA-Vertrag nicht mehr eingehalten werde. Einer formellen Aufhebung des KAGA-Vertrags oder dem Abschluss eines neuen Aktionärbindungsvertrag habe die entsandte Person aber nicht zustimmen können. Marti-Gruppe wäre jederzeit bereit gewesen, einen schriftlichen Aufhebungsvertrag zu unterzeichnen, bloss einen neuen Aktionärbindungsvertrag habe sie nicht unterzeichnen wollen. Das Sekretariat stelle damit andere, höhere Anforderungen an die Aufhebung eines Vertrags als an die Begründung eines solchen. Richtigerweise könne aber auch ein schriftlich

[1162] Siehe dazu die Ausführungen oben in Rz 593 ff.
[1163] EV von [...] vom 23.2.2015, Rz 97 ff., Act. III.16.
[1164] EV von [...] vom 12.5.2015, Rz 130 ff., III.21.
[1165] Act. VIII.156 Rz 52–61, 151 und Beilage 2, auch Act. IX.30 Beilage 6 Rz 17.
[1166] Act. VIII.162 Rz 41–46.

abgeschlossener Vertrag formlos aufgehoben werden. Der KAGA-Vertrag sei Ende 2014 von sämtlichen Parteien aufgehoben worden, wobei Marti-Gruppe freilich schon früher ausgeschieden sei.[1167]

644. Vigier macht geltend, der KAGA-Vertrag sei bereits vor 2014 veraltet gewesen und sei über weite Teile nicht mehr gelebt worden. Sodann sei er an der VR-Sitzung vom 16. Dezember 2014 faktisch ganz aufgehoben worden. Sie beruft sich dafür auf das bereits mehrfach erwähnte Protokoll dieser VR-Sitzung und reicht zudem die Erklärung der Aktionärinnen vom 23. November 2023 ein, die auch von KAGA eingereicht wurde. Vigier bezeichnet diese Erklärung allerdings – anders als KAGA – als Aufhebungsvereinbarung. Sie führt weiter diverse Einvernahmestellen und Gegebenheiten an, die auch schon im Antrag des Sekretariats aufgeführt waren, und sieht diese als Beleg dafür, dass der KAGA-Vertrag bereits vor dem 16. Dezember 2014 nicht mehr gelebt wurde.[1168]

C.6.2.6 Würdigung zur Dauer des KAGA-Vertrags und den aktuell daran beteiligten Parteien

645. Die vorangehenden Feststellungen zeigen, dass die oben genannten acht Gründungsaktionärinnen der KAGA am 20. März 1970 eine öffentlich beurkundete Vereinbarung mit elf Artikeln abgeschlossen haben (KAGA-Vertrag). Mit Vereinbarung vom 17. Mai 1977 drückten auch die Kiestag und die KAGA ausdrücklich ihren Willen aus, durch die Rechte und Pflichten gemäss Vereinbarung vom 20. März 1970 unter Berücksichtigung der Anpassungen vom 17. Mai 1977 (insbesondere Verkleinerung des KAGA-Gebiets) gebunden zu sein, wobei die übrigen Vertragspartnerinnen dem explizit zustimmten. Am 16. Mai 2012 kamen die an dieser Vereinbarung beteiligten juristischen Personen überein, den KAGA-Vertrag einer zweiten Änderung (insbesondere weitere Verkleinerung des KAGA-Gebiets, soweit den Kiesabbau betreffend, nicht aber bezüglich der Deponierung) zu unterziehen. Weitere Änderungsversuche wurden zwar in Angriff genommen, scheiterten aber.

646. Das zentrale Thema des ersten Änderungsversuchs in den Jahren 2008 bis 2010 war die Sicherung des bisherigen Gleichgewichts der Aktionärinnen. Namentlich [...] wollte verhindern, dass ein Unternehmen durch Aktienübernahmen eine Kontrollmöglichkeit über KAGA erlangen kann.[1169] Daneben ging es darum, «den Eckdaten des Gründungsvertrages auch unter neuen Voraussetzungen Geltung zu verschaffen».[1170] Die Diskussionen über die geplanten Änderungen zeigen klar, dass die Aktionärinnen davon ausgingen, dass der KAGA-Vertrag von 1970 (mit der Änderung von 1977) noch gilt. So spricht etwa [...] vom «geltenden Sacheinlage- und Aktionärbindungsvertrag»[1171] und von den «bisherigen Regelungen»[1172]. Im Entwurf vom Februar 2010 war zudem eine explizite Regelung über die Aufhebung des KAGA-Vertrages vom 20. März 1970 vorgesehen,[1173] was nicht nötig gewesen wäre, wenn der KAGA-Vertrag von 1970 nicht mehr als gültig betrachtet worden wäre. Damit wird auch klar, dass sich die im VR-Protokoll der KAGA vom 4. Mai 2010 erwähnte Handlungsoption, wonach «sich die anderen Aktionärinnen» (neben Marti) im Sinne des nicht verabschiedeten Entwurfs verhalten «können», höchstens auf Bestimmungen beziehen kann, die dem KAGA-Vertrag von 1970 nicht widersprechen, sondern über diesen hinausgehen.[1174]

647. Zentrales Thema des zweiten Änderungsversuchs im Jahr 2014 war nach Aussagen in den Einvernahmen sowie dem Passus im VR-Protokoll vom 16. Dezember 2014 die Aufhebung des von den Aktionärinnen nunmehr als «veraltet» empfundenen KAGA-Vertrages.[1175] [...] gibt an, dass der KAGA-Vertrag obsolet geworden sei, weil es gar keine weiteren Möglichkeiten mehr gebe, «im grösseren Stil Kies in der KAGA-Region abzubauen».[1176] [...] nannte neben der praktischen Schwierigkeit, in diesem Gebiet überhaupt noch Kies abzubauen, noch einen anderen Grund: Der KAGA-Vertrag sei überholt, weil die kantonale Planung eingegriffen habe, aus der sich ergebe, wo Kies abgebaut werden könne und wo nicht.[1177] [...] sagte aus, es sei wohl um eine Modernisierung gegangen. Rechtsanwalt [...] habe [...] empfohlen, den KAGA-Vertrag zu überdenken.[1178] [...] schliesslich konnte oder wollte die Frage nach dem Grund für die geplante Überarbeitung des KAGA-Vertrages nicht beantworten, aber gab generell an, der Vertrag sei veraltet gewesen.[1179]

648. Sehr viel naheliegender als die Erklärung der Anpassung veralteter Bestimmungen erscheint allerdings, dass der Grund für die angestrebte Überarbeitung im Dezember 2014 der in den Medien kurz zuvor aufgekommene Verdacht der Kartellrechtswidrigkeit des von den Aktionärinnen gemeinsam organisierten Kiesabbaus war. Dafür spricht erstens die zeitliche Abfolge.[1180] Zweitens räumte [...] selbst ein, dass die geplante Aufhebung zwar nicht direkt aufgrund des Kartellvorwurfs angedacht worden sei, dies aber ein gleichzeitiger Nebeneffekt gewesen sei.[1181] Dafür spricht drittens, dass die Stossrichtung des ersten Änderungsversuchs, der bloss vier Jahre zuvor erfolgte, noch eine gänzlich andere war (nämlich die Absicherung, dass keine Aktionärin eine Kontrollmöglichkeit über die KAGA erlangen kann)[1182]. Soweit die Aktionärinnen der KAGA also den KAGA-Vertrag im Jahr 2014 aus anderen Gründen aufheben wollten als den Gründen, die sie im Rahmen des gescheiterten Änderungsversuch 2010 diskutiert haben, müssten diese Gründe nach 2010 aufgekommen sein. Beim Änderungsversuch 2010 war die «Überalterung» der Bestimmungen des KAGA-Vertrags noch nicht das Thema.[1183] Und dass der bereits damals 40 Jahre alte

[1167] Act. VIII.158 Rz 28–31, insbesondere Fn 2, und Rz 74–76; vgl. auch Act. IX.30 Beilage 4 Rz 30–35.
[1168] Act. VIII.164 Rz 112–121 und 151, ferner 234.
[1169] Oben Rz 608 f.
[1170] Oben Rz 608.
[1171] Oben Rz 609.
[1172] Oben Rz 610.
[1173] Oben Rz 611.
[1174] Oben Rz 612.
[1175] Oben Rz 626 und Rz 630.
[1176] Oben Rz 637.
[1177] Oben Rz 630.
[1178] Oben Rz 633 f.
[1179] Oben Rz 626.
[1180] Oben Rz 614.
[1181] Oben Rz 630.
[1182] Oben Rz 608 und Rz 610.
[1183] Und entgegen der Aussage von [...] an seiner Einvernahme, gemäss welcher der KAGA-Vertrag überholt sei, weil die kantonale Planung vorgebe, wo Kies abgebaut werden dürfe, bezeichnete er den KAGA-Wirkungskreis noch fünf Jahre zuvor als «relevanten Punkt» des KAGA-Vertrags (E-Mail vom 24.2.2010, Act. II.A.X.173).

Vertrag in den vier Jahren von 2010 und 2014 rapide veraltet wäre, ist nicht einsichtig, zumal sich die Aktionärinnen im Jahr 2012 noch einig waren, den KAGA-Vertrag und insbesondere das darin vorgesehene, angeblich obsolete und überholte KAGA-Gebiet-Konkurrenzverbot gegenüber Aare-Kies anzurufen.[1184] Es bestehen denn auch keine Anzeichen dafür, dass nach dieser Anwendung des KAGA-Vertrags gegen Aare-Kies im Mai 2012 bis zu den Änderungsdiskussionen im Dezember 2014 eine oder mehrere Aktionärinnen angeregt hätten, den KAGA-Vertrag zu überarbeiten, da dieser nicht mehr zeitgemäss oder modern genug sei. Insbesondere in den Protokollen des VR der KAGA, in welchen in früheren Jahren Gespräche über Änderungsbedürfnisse des KAGA-Vertrags festgehalten wurden, finden sich vor Dezember 2014 keine Hinweise auf derartige Diskussionen.

649. Eine abschliessende Beweiswürdigung braucht es bezüglich der Motivation für den Änderungsversuch im Jahr 2014 allerdings nicht. Entscheidend ist an dieser Stelle nämlich vielmehr die Tatsache, dass die am zweiten Änderungsversuch Beteiligten zum Zeitpunkt der Diskussionen über die angestrebte Aufhebung oder Änderung des KAGA-Vertrages im Jahr 2014 davon ausgingen, dass der KAGA-Vertrag noch gilt. Dies zeigt sich deutlich daran, dass sich die Aktionärinnen der KAGA darin einig waren, dass es für die Aufhebung des KAGA-Vertrags bzw. den Abschluss eines (neuen) Aktionärbindungsvertrags einen einstimmigen Beschluss braucht. An der Verwaltungsratssitzung vom 16. Dezember 2014 behandelten die Verwaltungsräte den Entwurf eines Aktionärbindungsvertrags:[1185] «Der Entwurf für einen neuen Aktionärbindungsvertrag wird allen Aktionären verteilt. (…) Der Verwaltungsrat der KAGA ist einstimmig und ohne Enthaltung dafür, den vorliegenden neuen Aktionärbindungsvertrag abzuschliessen. Da der Vertreter der Firma Marti AG Bern jedoch nicht befugt ist, den Aktionärbindungsvertrag zu unterzeichnen, kann dieser nicht abgeschlossen werden». Da Aktionärbindungsverträge aber auch nur von einem Teil der Aktionärinnen abgeschlossen werden können, berufen sich die Verwaltungsräte bzw. Aktionärinnen mit dem Hinweis auf das Einstimmigkeitserfordernis auf den KAGA-Vertrag (siehe Art. 11 des KAGA-Vertrags).[1186] Damit bringen sie zum Ausdruck, dass sie davon ausgehen, dass dieser noch gilt. Zum selben Ergebnis führt die Würdigung des Protokolls der rund zwei Wochen vorher abgehaltenen VR-Sitzung, in welchem zu lesen ist:[1187] «Der VR beschliesst in der Folge: (…) der veraltete Sacheinlagevertrag soll durch einen neuen Aktionärbindungsvertrag abgelöst werden». Abgelöst werden kann ein Vertrag nur, wenn er noch gilt.

650. Schliesslich zeigen auch diverse Aussagen, dass die Parteien während ihren Diskussionen über einen (neuen) Aktionärbindungsvertrag davon ausgingen, dass der KAGA-Vertrag noch galt. Explizit bestätigt dies [...] (Vertreter der Alluvia), indem er auf die Frage, ob der KAGA-Vertrag im Dezember bzw. November 2014 noch «für alle Aktionäre bindend» war, sagt: «Ja. Aber es kannte ihn niemand mehr. (…) Keiner hat mehr an den Aktionärbindungsvertrag gedacht».[1188] Auch [...] (Vertreter der Kästli) bestätigt, dass es den KAGA-Vertrag gibt, und auch er nimmt eine Relativierung vor, indem er sagt:[1189] «Der Sacheinlagevertrag ist nicht wörtlich zu nehmen. Es ist ein Papier aus der Gründerzeit». Diese Relativierungen stehen allerdings in deutlichem Kontrast zum Verhalten der KAGA-Aktionärinnen im Jahr 2012, als sie der Aare-Kies (Daepp) nicht erlaubten, ohne ihre Zustimmung den Kiesabbau auszudehnen ([...] hat dabei den Entwurf für die Anpassung des KAGA-Vertrages ausgearbeitet).[1190] Zudem sei an die Worte von [...] erinnert, der in diesem Zusammenhang 2009 zur Geltung des KAGA-Vertrags sagte: «Die Regelung bzgl. Geschäftstätigkeit der Aktionäre im Einzugsgebiet der KAGA soll durchgesetzt werden gegenüber Daepp».[1191] Vor dem Hintergrund dieser Tatsachen erachtet die Wettbewerbsbehörde die Aussagen von [...] und [...], wonach es sich beim KAGA-Vertrag um eine in Vergessenheit geratene oder nicht wörtlich zu nehmende Vereinbarung handelt, nicht als glaubhaft. Vielmehr dürfte es ihnen darum gegangen sein, die Bedeutung des KAGA-Vertrages herunterzuspielen.

651. Die am KAGA-Vertrag Beteiligten waren sich aber nicht nur einig, dass der KAGA-Vertrag vor den Diskussionen über eine Anpassung oder Aufhebung im Jahr 2014 noch galt. Sie waren sich auch darin einig, dass der KAGA-Vertrag im Verlaufe dieser Diskussionen nicht aufgehoben oder geändert wurde. Dies ergibt sich insbesondere aus dem VR-Protokoll des KAGA-Verwaltungsrates vom 26. Mai 2015, in welchem dieser über fünf Monate nach der Sitzung vom 14. Dezember 2014 festhalten wollte, über was er an der Dezember-Sitzung diskutiert und Beschluss gefasst hatte. Er hielt darin fest: «Über den Vertrag von 1970 bzw. einzelne Artikel daraus wurde weder diskutiert noch Beschluss gefasst».[1192] Dann hat der Verwaltungsrat den KAGA-Vertrag von 1970 aber auch nicht geändert oder aufgehoben, zumal er sich ja einig war, dass dies ohne das Einverständnis der Aktionärin Marti gar nicht möglich gewesen wäre. Insofern schenkt die Wettbewerbsbehörde den Aussagen von [...] (Vertreter der Alluvia)[1193] bzw. [...] (Vertreter der Marti)[1194], wonach der Verwaltungsrat am 16. Dezember 2014 einstimmig beschlossen habe, sich nicht mehr an den KAGA-Vertrag halten zu wollen bzw. auf die Gebietsbeschränkung (gemäss KAGA-Vertrag) zu verzichten, keinen Glauben.[1195] Auch im Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 16. Dezember 2014, an welcher der angebliche Entscheid über einen künftigen Bruch mit dem KAGA-Vertrag gefällt worden sein soll, ist dazu nichts zu lesen. Es heisst dort einzig,

[1184] Oben Rz 595 ff.
[1185] Oben Rz 618.
[1186] Oben Rz 583.
[1187] Oben Rz 614.
[1188] Oben Rz 629.
[1189] Oben Rz 636 f.
[1190] Oben Rz 595 ff.
[1191] Oben Rz 597.
[1192] Oben Rz 619.
[1193] Oben Rz 628.
[1194] Oben Rz 634 f.
[1195] Zwar war [...] selbst an der VR-Sitzung vom 16.5.2015 nicht anwesend; allerdings widersprechen ihm alle übrigen Verwaltungsräte, inkl. [...], der gemäss [...] den Beschluss über die Abweichung vom KAGA-Vertrag angeregt haben soll.

dass der neue Aktionärbindungsvertrag nicht abgeschlossen werden könne, und weiter: «Der VR beschliesst in der Folge, sich auch ohne schriftlichen Vertrag entsprechend zu verhalten». Zwar enthält der Entwurf des neuen Aktionärbindungsvertrags eine Aufhebungsklausel früherer Verträge.[1196] Da der VR aber nach eigenen Angaben im VR-Protokoll vom 26. Mai 2015 keinen Beschluss über den KAGA-Vertrag von 1970 gefasst hat oder auch nur darüber diskutiert hat, kann mit dem Beschluss, sich auch ohne schriftlichen Vertrag entsprechend dem (neuen) Aktionärbindungsvertrag verhalten zu wollen, nicht auch diese Aufhebungsklausel (mit)gemeint sein, wäre dies doch gerade ein Beschluss über den KAGA-Vertrag, der explizit nicht gefällt worden ist. Ein Bruch mit dem KAGA-Vertrag kann demnach mit dem schillernden Beschluss, sich auch ohne schriftlichen Vertrag entsprechend verhalten zu wollen, nicht verbunden sein. Immerhin stellt sich [...] (Vertreter der Marti) noch die Frage, ob der VR der KAGA überhaupt befugt wäre, eine Abweichung vom KAGA-Vertag von 1970 zu beschliessen. Er bezweifelte dies, womit er auch die Gültigkeit des von ihm behaupteten Beschlusses anzweifelt. Schliesslich sei auf die Aussage von [...] (Vertreter der Heimberg) verwiesen. Nur einen Monat nach der Sitzung vom 16. Dezember 2014, an welcher er auch dabei war, beantworte er die Frage, ob der KAGA-Vertrag noch in Kraft sei, mit einem «Ja». Und auf die Frage, ob es eine Abmachung gebe, die der Heimberg verbiete, eine neue Kiesgrube zu eröffnen, sagte er:[1197] «Ja, im Gebiet Aaretal schon. Das ist im Aktionärbindungsvertrag festgehalten. Ausserhalb dieses Gebietes sind wir frei». Hätte der VR einen Monat zuvor wirklich entschieden, dass die Gebietsbeschränkung nicht mehr gelten soll, hätte [...] dies in seiner Antwort mit Sicherheit erwähnt. Auch die Mitarbeiter der KAGA, [...] und [...] (letzterer war allerdings an der Sitzung vom 16. Dezember 2014 nicht dabei), wussten nichts von einer im Dezember 2014 beschlossenen Änderung des KAGA-Vertrags.[1198] Kurzum: Was der VR mit seinem Beschluss, «sich auch ohne schriftlichen Vertrag [gemeint: der neue Aktionärbindungsvertrag] entsprechend zu verhalten», genau gemeint hat, ist nur schwer nachvollziehbar. Fest steht aber jedenfalls – und das ist vorliegend entscheidend –, dass es sich dabei nicht um einen contrarius actus, also um eine einvernehmliche Aufhebung des KAGA-Vertrags von 1970 handelt.

652. Was die Parteien in ihren Stellungnahmen zum Antrag und anderweitig hiergegen vorbringen, überzeugt nicht. Die wiederholte Berufung auf angeblich veraltete Bestimmungen im KAGA-Vertrag, die es endlich zu beseitigen galt, erscheint gerade in Anbetracht des zeitlichen Ablaufs und der Stossrichtung des vier Jahre zuvor erfolgten, ersten Änderungsversuchs schönfärberisch und vorgeschoben. Die Motivation zum zweiten Änderungsversuch ist aber letztlich nicht entscheidend.[1199]

653. Entscheidend ist vielmehr, dass nur schwer nachvollziehbar ist, was der VR von KAGA damit gemeint haben könnte, als er im Dezember 2014 beschloss, sich auch ohne schriftliche Vereinbarung entsprechend dem neuen Aktionärbindungsvertrag verhalten zu wollen. Soweit der VR damit die Einhaltung des Entsenderechts gemeint haben sollte, welches die einzige materiell wesentliche Bestimmung des neuen Aktionärbindungsvertrags ist, bedeutet der Beschluss keine Abkehr vom KAGA-Vertrag, ist das Entsenderecht doch ebenfalls im KAGA-Vertrag vorgesehen. Klar erscheint bezüglich dieses enigmatischen Beschlusses vom Dezember 2014 eigentlich einzig, dass damit jedenfalls nicht die Aufhebungsklausel im Entwurf des neuen Aktionärbindungsvertrags gemeint sein konnte, wie nachfolgend gezeigt wird:

654. Erstens würde das im Widerspruch zur expliziten Weigerung der Aktionärin Marti stehen, dem neuen Aktionärbindungsvertrag zuzustimmen, worin die Aufhebung der früheren Vereinbarungen vorgesehen ist. Ohne Zustimmung der Aktionärin Marti kann der KAGA-Vertrag nicht einfach aufgehoben werden, fehlt es doch an der Zustimmung aller Vertragsparteien, die für einen contrarius actus erforderlich wäre. Wenn Marti-Gruppe in ihrer Stellungnahme festhält, sie wäre jederzeit bereit gewesen, einen (schriftlichen) Aufhebungsvertrag zu unterzeichnen, mag das zwar sein. Diese behauptete Bereitschaft von Marti-Gruppe ändert aber nichts daran, dass ein solcher Aufhebungsvertrag, sei er nun mündlich oder schriftlich, eben gerade nicht abgeschlossen wurde, wie das Beweisverfahren und insbesondere die einschlägigen Protokolle zeigen. Über einen Aufhebungsvertrag wurde gar nicht erst diskutiert. Ebenso wenig überzeugt die Behauptung der Marti-Gruppe, sie sei davon ausgegangen, die kartellrechtswidrigen Bestimmungen des KAGA-Vertrags seien seit Inkrafttreten des aktuellen KG ohne Weiteres nicht mehr anwendbar. Mit diesem Argument schliesst sie aus der zivilrechtlichen Nichtigkeitsfolge kartellrechtswidriger Vereinbarungen, dass es eigentlich gar keine kartellrechtswidrigen Vereinbarungen geben kann, da diese ohnehin nichtig sind – das ist zirkelschlüssig; die möglichen zivilrechtlichen Folgen einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung sind für das Kartellverwaltungsverfahren hinsichtlich dieser Vereinbarung nicht ausschlaggebend. Im Übrigen lässt sich diese Aussage von Marti-Gruppe auch nicht damit vereinbaren, dass sie u.a. an der Durchsetzung des Konkurrenzverbots gegenüber Daepp mitbeteiligt war und dabei nicht auf die aus ihrer Sicht anscheinend evidente Nichtigkeit dieser Klausel hingewiesen hat.

655. Zweitens stünde das im Widerspruch zur expliziten Präzisierung im VR-Protokoll vom 26. Mai 2015, wonach über den KAGA-Vertrag bzw. einzelne Artikel daraus weder diskutiert noch Beschluss gefasst wurde. Damit ist ausgeschlossen, dass sich der Beschluss vom Dezember 2014, sich entsprechend dem (neuen) Aktionärbindungsvertrag verhalten zu wollen, auch auf die Aufhebungsklausel im Entwurf dieses Vertrags bezogen haben kann. Denn das würde einen Beschluss über den KAGA-Vertrag bedeuten, der gemäss Präzisierung im Protokoll vom 26. Mai 2015 ausdrücklich nicht gefasst worden ist.

656. Drittens zeigen die zeitnah nach dem fraglichen Beschluss vom Dezember 2014 durchgeführten Einvernahmen, dass auch die befragten Personen nicht ein-

[1196] Siehe hierzu oben Rz 620.
[1197] Oben Rz 625.
[1198] Oben Rz 627 und Rz 624.
[1199] Rz 647 ff.

ordnen konnten, was damit beschlossen worden sein soll. Etliche befragte Personen gaben denn auch trotz diesem Beschluss an, der KAGA-Vertrag gelte weiterhin, während andere festhielten, das nicht zu wissen. Demgegenüber äusserte keine befragte Person die Ansicht, der KAGA-Vertrag sei mit dem Beschluss vom Dezember 2014 klarerweise aufgehoben worden. Schlüssige, deckungsgleiche Ausführungen zur nunmehr behaupteten Vertragsaufhebung im Dezember 2014 lassen sich den damaligen, zeitnahen Einvernahmen nicht entnehmen.

657. Die Ausführungen von Marti-Gruppe, wonach die WEKO unterschiedliche Anforderungen an die Begründung von Verträgen stellen würde als an die Aufhebung, gehen an der Sache vorbei. Nicht die (fehlende) Schriftlichkeit der Vertragsaufhebung ist ausschlaggebend, sondern dass kein übereinstimmender natürlicher Wille zur Vertragsaufhebung festgestellt wurde, sei dieser nun schriftlich oder mündlich. Ebenfalls nicht entscheidend ist, dass die Parteien im November 2023 allesamt bestätigen, spätestens im Dezember 2014 den KAGA-Vertrag aufgehoben zu haben. Es geht hier nicht um eine zivilrechtliche Vertragsauslegungsstreitigkeit inter partes, bei der gemäss Verhandlungsgrundsatz übereinstimmende Behauptungen der Parteien bezüglich des Vertrags für die Sachverhaltsfeststellung massgebend sind. Es gilt vielmehr der Untersuchungsgrundsatz. In einem Kartellverwaltungsverfahren haben regelmässig alle Vertragsparteien das gleichlaufende prozesstaktische Interesse daran, eine allenfalls kartellrechtswidrige Vereinbarung zwischen ihnen abzustreiten oder als aufgehoben zu bezeichnen. Übereinstimmende nachträgliche Erklärungen der Parteien hinsichtlich einer angeblichen früheren Vertragsaufhebung sind zwar mitzuberücksichtigen, aber nicht für sich allein entscheidend und zumindest mit Vorsicht zu geniessen. Vorliegend bleibt es dabei, dass die Tragweite des Beschlusses vom Dezember 2014 unklar war und ist. Klar ist diesbezüglich nur, aber immerhin, dass er jedenfalls nicht die Aufhebungsklausel des Vertragsentwurfs beschlägt und daher den KAGA-Vertrag unberührt lässt, auch wenn die Parteien nun nachträglich etwas anderes behaupten.

658. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Parteien in ihren Stellungnahmen zum Antrag nicht vorbringen (und erst recht nicht belegen), den KAGA-Vertrag zu einem späteren Zeitpunkt in gegenseitigem Einvernehmen aufgehoben zu haben. Sie tragen einzig vor, dieser sei mit Beschluss vom Dezember 2014 aufgehoben worden. Das trifft allerdings, wie vorangehend ausgeführt, nicht zu. Eine spätere Aufhebung dieses Vertrags kann schon nur mangels dahingehender Behauptungen der sachnahen Parteien ausgeschlossen werden.

659. Weiter steht auch fest, dass keine am KAGA-Vertrag beteiligte Partei sich je von diesem losgesagt oder versucht hätte, ihn zu kündigen.[1200] Einzig [...] (Vertreter der Marti-Gruppe) behauptete in seiner Einvernahme, er habe sich persönlich vor 35 Jahren vom KAGA-Vertrag distanziert.[1201] Die Rückfragen, warum er dies gemacht habe und wie er es kommuniziert habe, beantwortete [...] aber nicht mehr. Er hielt bloss fest, auch später habe sich Marti «permanent» distanziert. Jedoch beantwortete [...] die entsprechenden Rückfragen auch hier nicht. Diese Ausführungen von [...] überzeugen schon nur deshalb nicht, weil sie im Widerspruch zum eigenen Handeln stehen. So hat sich [...] 2007 persönlich in einem Schreiben an den VRP der KAGA auf den KAGA-Vertrag vom 20. März 1970 berufen, um das Recht der Marti geltend zu machen, einen Vertreter in den VR der KAGA zu schicken.[1202] Im Übrigen trug auch die Marti die oben erwähnte Vertragsanpassung im Jahr 2012 mit.[1203] Eine bloss innere, persönliche Distanzierung gegenüber einer Vereinbarung, die weder gegen aussen kommuniziert wird noch auch nur gegen aussen gelebt wird, wäre aber ohnehin nicht von Bedeutung, weder zivilrechtlich und erst recht auch kartellrechtlich nicht. Soweit dies Marti-Gruppe in ihrer Stellungnahme zum Antrag anders sehen sollte,[1204] überzeugt ihre Auffassung nicht. Entgegen der Darstellung von Marti-Gruppe ist es auch keineswegs so, dass Gedeih und Verderb einer Vertragspartei davon abhängen, dass alle Vertragsparteien einer Aufhebung zustimmen.[1205] Eine Vertragspartei kann sich vielmehr, wie ausgeführt, einseitig von einer Abmachung distanzieren, insbesondere durch eine Kündigung. Erforderlich ist aber allemal, dass sie diese Distanzierung gegen aussen, insbesondere gegenüber ihren Vertragspartnern, kund tut. Ein bloss mentaler Rückzug von einer geschlossenen Abmachung, der weder den anderen Vertragspartnern mitgeteilt wird noch sich gegen aussen manifestiert, kann hingegen mangels (ausdrücklicher oder konkludenter) Willenskundgabe für eine Distanzierung nicht genügen, weder zivil- noch kartellrechtlich. Dass Marti-Gruppe ihren angeblichen inneren Unwillen den übrigen Vertragspartnern mitgeteilt hätte oder sie in für die anderen Vertragspartner sichtbarer Weise gegen die Abmachungen gehandelt und sich so implizit von diesen distanziert hätte, behauptet Marti-Gruppe selbst nicht. Im Gegenteil ist festzustellen, dass sich Marti-Gruppe für ihre Wahl in den VR von KAGA im Jahr 2007 noch explizit auf den KAGA-Vertrag berief. Da die behauptete Mentalreservation von Marti-Gruppe nicht rechtsrelevant ist, erübrigt es sich, hierüber Beweis zu führen.

660. Schliesslich entledigte sich auch keine der derzeitigen KAGA-Aktionärinnen von den Rechten und Pflichten des KAGA-Vertrags, indem sie die KAGA-Aktien verkaufte, auch jene Aktionärinnen nicht, die den KAGA-Vertrag als «veraltet», «nicht mehr zeitgemäss» oder «überholt» betrachteten. Von dieser Möglichkeit hat beispielsweise die [U11] im Jahr 2004 Gebrauch gemacht.[1206]

[1200] Gestützt auf Art. 27 ZGB kann eine Kündigung auch für Verträge in Frage kommen, die keine Kündigungsfrist enthalten, da Verträge nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht auf unbegrenzte Zeit geschlossen werden können (BGE 114 II 159 E. 2.a). Dies gilt namentlich auch für Aktionärbindungsverträge (BGE 143 II 480 E. 5.6).

[1201] Oben Rz 639.

[1202] Schreiben von [...] vom 8.6.2007 an KAGA, [...], Act. II.C.X.113; siehe dazu auch unten Rz 681.

[1203] Oben Rz 601; im hierzu unterzeichneten Vertrag zur Festlegung des KAGA-Wirkungskreises heisst es u.a. «Der Verwaltungsrat der KAGA wurde von allen Aktionären ermächtigt, diese Vereinbarung und Erklärung zu unterzeichnen».

[1204] Insbesondere Act. VIII.158 Rz 76.

[1205] Act. VIII.158 Rz 76.

[1206] Oben Rz 515.

661. Vor dem Hintergrund, dass der KAGA-Vertrag weiterhin gilt, muss nicht geprüft werden, ob eine formelle Aufhebung dieses schriftlichen Vertrags überhaupt etwas an der zugrundeliegenden Übereinkunft der Parteien ändern würde, so lange diese weiterhin wie bis anhin gemeinsam bei KAGA zusammenwirken.

C.6.2.7 Zusammenfassendes Beweisergebnis

662. Zusammenfassend steht somit fest, dass die nachfolgenden juristischen Personen übereingekommen sind (natürlicher Konsens), durch die Bestimmungen des KAGA-Vertrages gebunden zu sein:

- K. + U. Hofstetter & Co (heute: Hofstetter) (seit 1970)
- Messerli & Co (heute: Messerli) (seit 1970)
- Aare-Kies (seit 1970)
- Bendicht Kaestli & Soehne AG (heute: Kästli) (seit 1970)
- Heimberg (seit 1970)
- A. Marti & Cie AG (heute: Marti) (seit 1970)
- Kiestag (seit 1977)[1207]
- KAGA (Unterzeichnerin der Vereinbarungen vom 17. Mai 1977 und vom 16. Mai 2012)

663. Zwischen den ersten sechs genannten juristischen Personen besteht der Konsens seit dem 20. März 1970. Der Konsens zwischen allen acht juristischen Personen besteht seit dem 17. Mai 1977 und unter Berücksichtigung der Änderungen vom 16. Mai 2012 bis heute. Seit 2004 sind gewisse Kartellrechtsverstösse direkt sanktionierbar. Diese Untersuchung fokussiert deshalb auf diejenigen Unternehmen, die auch nach 2004 noch am Konsens des KAGA-Vertrags beteiligt waren. An dieser Stelle wird daher nicht weiter auf Unternehmen eingegangen, die früher zeitweise am KAGA-Vertrag beteiligt waren.[1208]

C.6.3 Gegenstände der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA

664. Nachdem gezeigt worden ist, dass zwischen der Hofstetter, der Messerli, der Aare-Kies, der Kästli, der Heimberg, der Marti, der Kiestag und der KAGA eine Einigung über den schriftlichen KAGA-Vertrag zustande gekommen ist, der aus ihrer Sicht nach wie vor gilt, ist zu untersuchen, worauf sich die Beteiligten damit genau geeinigt haben. Zu klären ist somit, auf welche Art der Zusammenarbeit sich die Beteiligten am KAGA-Vertrag geeinigt haben, mithin was Inhalt bzw. Gegenstand des KAGA-Vertrags ist.

665. Hierzu werden in einem ersten Schritt die relevanten Auszüge aus den Beweismitteln in vorwiegend beschreibender Form wiedergegeben. Dabei kann einerseits direkt auf den Wortlaut des KAGA-Vertrags abgestellt werden (nachfolgend C.6.3.2). So bedeutet beispielsweise die Abmachung, dass die Vertragspartner in einem bestimmten Gebiet eine bestimmte Tätigkeit nicht ausüben, evidenterweise, dass die Vertragspartner die bezeichnete Tätigkeit im genannten Gebiet eben nicht ausüben.[1209] Nachfolgend wird deshalb ein zweiter Blick auf den bereits oben wiedergegebenen Wortlaut des KAGA-Vertrags geworfen, um die sich unmittelbar daraus ergebenden Gegenstände auszumachen, die vorliegend relevant sein können. Andererseits kann indirekt auf den Inhalt der Einigung geschlossen werden, indem im Rahmen der Beweiswürdigung deren Begleitumstände berücksichtigt werden wie z.B. das Zustandekommen des schriftlichen Vertrags, die Umsetzung und die Weiterentwicklung der Zusammenarbeit und sämtliche Diskussionen und Aussagen darüber.[1210] Diese Begleitumstände werden ebenfalls nachfolgend festgestellt (nachfolgend C.6.3.3). Schliesslich werden die diesbezüglichen Aussagen anlässlich der Einvernahmen festgehalten (nachfolgend C.6.3.4).

666. In einem zweiten Schritt werden die dargelegten Beweismittel gewürdigt, um den Gegenstand der Abmachungen zwischen den daran Beteiligten festzustellen (nachfolgend C.6.3.5).

667. Vorab sind allerdings drei kurze Hinweise (hiernach) und eine Vorbemerkung (nachfolgend C.6.3.1) angebracht.

668. **Erster Hinweis:** Die nachfolgend festgestellten Begleitumstände betreffen zum Teil explizit den KAGA-Vertrag,[1211] zum Teil aber auch nicht, sondern beziehen sich auf die Beteiligung der Aktionärinnen an der KAGA und der damit verbundenen Zusammenarbeit unter den Aktionärinnen und mit der KAGA.[1212] Da der KAGA-Vertrag aber untrennbar mit der Beteiligung an der

[1207] Es kann vorliegend mangels Relevanz offenbleiben, ob die Kiestag durch die Übernahme der Aktien der [U09] derart in deren Rechte eintrat, dass ihr aufgrund Unternehmensnachfolge zudem die Vertragspartnerschaft der [U09] von 1970 bis 1977 angerechnet werden könnte.

[1208] Siehe dazu Rz 514 f.

[1209] Siehe Art. 1 des KAGA-Vertrags, oben Rz 583: «Die Aktionäre verpflichten sich, im Raume (…), weder direkt noch indirekt eigene Ausbeutungsrechte zu erwerben oder sonstwie auf eigene Rechnung Kies und Sand auszubeuten».

[1210] Vgl. dazu die Feststellung über die «innere Tatsache» des «wirklichen Willens» in der zivilrechtlichen Beweiswürdigung zum natürlichen Konsens: «Weil es sich beim wirklichen Willen um eine innere Tatsache handelt, kann er nicht direkt bewiesen werden. Daher ist der Wille anhand von Indizien zu ergründen. Zu diesem Zweck werden sämtliche Umstände des Vertragsschlusses herangezogen, welche für die Willensabgabe relevant waren. Als weitere Indizien kommen die Begleitumstände, die Beweggründe und das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsschluss infrage». (BGer, 5A_550/2019 vom 1.9.2020 E. 5.1 m.w.H.).

[1211] Siehe z.B. die Aussage aus dem Jahr 2010 (unten Rz 782): «Die anderen Aktionäre [ausser Marti] bedauern, dass damit kein aktueller Aktionärbindungsvertrag zu Stande kommt, sind sie doch überzeugt, dass mit dem vorliegenden Entwurf dem ursprünglichen KAGA-Gründungsgedanken bei sich verändernden Verhältnissen am ehesten Rechnung getragen werden könnte».

[1212] Siehe z.B. die Aussage aus dem Jahr 2009 (unten Rz 779): «Der Präsident [...] dankt allen Verwaltungsratsmitgliedern für die offene, faire und sachliche Diskussion im Verlaufe dieser Tagung. Auch wenn es für den einzelnen Aktionär nicht immer einfach war, sich zu Gunsten einer gesamten gemeinsamen Lösung zurückzunehmen, zeigte die Tagung, dass die dazu notwendige Solidarität untereinander vorhanden ist. Gerade Letzteres hat die KAGA in ihrer nun 40 jährigen Geschichte stark gemacht. Er wünscht sich, dass dies auch in Zukunft so bleiben kann, denn letztlich hat dadurch auch jeder Aktionär entsprechend profitiert».

KAGA verwoben ist,[1213] lässt sich das eine gar nicht vom anderen trennen. Zudem können die nachfolgend wiedergegebenen Diskussionen und Äusserungen als Umsetzung des dem KAGA-Vertrag immanenten, gemeinsam organisierten Abbaus von Kies verstanden werden. Dies führt dazu, dass diese Äusserungen über die Beteiligung an der KAGA und die allgemeine Zusammenarbeit unter den Aktionärinnen und mit der KAGA stets auch Begleitumstände des KAGA-Vertrags darstellen, indem sie zeigen, um was es den Beteiligten am KAGA-Vertrag mit ihrer Zusammenarbeit ging.

669. **Zweiter Hinweis:** Die nachfolgend festgestellten Begleitumstände stellen regelmässig weitere, neben den KAGA-Vertrag hinzutretende Vereinbarungen dar (natürlicher Konsens). Dies immer dann, wenn sie einen Konsens zwischen mindestens zwei Beteiligten darstellen. Da sie aber – wie im vorangehenden Hinweis dargelegt – immer auch Begleitumstände des KAGA-Vertrags darstellen, ist es nicht nötig, diese separaten Vereinbarungen als solche zu kennzeichnen. Sie werden nachfolgend, wie erläutert, unter dem Blickwinkel aufgeführt, dass sie zeigen, um was es den Beteiligten am KAGA-Vertrag mit ihrer Zusammenarbeit ging.

670. **Dritter Hinweis:** Wie sich nachfolgend zeigen wird, haben die Beteiligten am KAGA-Vertrag mehrere Abmachungen getroffen (was sich bereits daran zeigt, dass der KAGA-Vertrag mehrere Artikel hat). Im Kontext einer kartellrechtlichen Untersuchung ist es allerdings nicht nötig, sämtliche Abmachungen aufzuarbeiten, die von den Beteiligten eingegangen wurden. Es sind nur jene Gegenstände festzustellen, die für die kartellrechtliche Prüfung relevant sind, mithin wettbewerbsbezogene Abmachungen. Dies sind einerseits solche, die eine Wettbewerbsreduktion zum Gegenstand haben. Andererseits sind es Abmachungen, die eine Wettbewerbsintensivierung beinhalten. Ob daneben weitere Abmachungen getroffen wurden (wie z.B. Abmachungen zum Schutz der Landschaft[1214] oder zur Förderung des Umweltschutzes[1215]), ist hier nicht zu prüfen. Daraus ergibt sich, dass nachfolgend geprüft wird, ob die Beteiligten am KAGA-Vertrag Abmachungen getroffen haben, die als wettbewerbsbezogen zu qualifizieren sind. Soweit sich solche feststellen lassen, bedeutet dies nach dem Gesagten nicht, dass dies die einzigen getroffenen Abmachungen wären.

671. **Vorbemerkung**: Im vorliegenden Fall äussern die handelnden Personen ihren Willen sehr häufig im Rahmen ihrer Treffen an den Verwaltungsratssitzungen der KAGA. Da sie dabei Teil der Willensbildung der KAGA selbst sind, ist in der nachfolgenden Vorbemerkung zunächst darzulegen, inwiefern ihre Äusserungen gleichzeitig auch den von ihnen vertretenen Aktionärinnen zuzuordnen sind.

C.6.3.1 Vorbemerkung: Äusserungen, die ein Verwaltungsrat der KAGA an VR-Sitzungen macht, sind zwei juristischen Personen zuzuordnen

C.6.3.1.1 Grundsätzliches zur Zuordnung von Äusserungen an juristische Personen

672. In der vorliegenden Untersuchung ist unter anderem die Frage zu klären, ob und zwischen welchen Beteiligten Konsense zustande gekommen sind. Ein natürlicher Konsens (auch tatsächlicher oder innerer Konsens) liegt vor, wenn mindestens zwei Beteiligte sich durch explizite oder implizite übereinstimmende Willensäusserungen auf einen Inhalt geeinigt haben. Sämtliche Aktionärinnen der KAGA und KAGA selbst sind juristische Personen. Juristische Personen bilden und äussern ihren Willen durch natürliche Personen. Zu erörtern ist deshalb, unter welchen Gegebenheiten Willensäusserungen einer natürlichen Person einer juristischen Person zuzuordnen sind. Folge einer solchen Zuordnung ist, dass die entsprechende juristische Person als Konsensbeteiligte zu betrachten ist. Vergleichbares gilt auch für von juristischen Personen verfolgte Absichten und Zwecke.

673. Ohne Weiteres sind Willensäusserungen und Handlungen einer natürlichen Person einer juristischen Person zuzuordnen, wenn die natürliche Person nach zivilrechtlichen Grundsätzen als Repräsentantin (d.h. als Organ) oder als Vertreterin (z.B. durch eine kaufmännische Handlungsvollmacht) der juristischen Person agiert. Wie bereits im Einzelnen gezeigt, ist das bezüglich des Einverständnisses von den Aktionärinnen und KAGA zum schriftlich abgefassten KAGA-Vertrag (und dessen Änderungen) der Fall, da die involvierten natürlichen Personen explizit im Namen der juristischen Personen handelten, für die sie zeichnungsberechtigt waren.[1216] Konsensbeteiligt sind daher die entsprechenden juristischen Personen.[1217]

674. Die im Kartellrecht relevante Zuordnung von Willensäusserungen und Handlungen natürlicher Personen an juristische Personen geht jedoch über die zivilrechtlichen Vertretungsverhältnisse hinaus. Denn im handels- und zivilrechtlichen Vertretungsrecht geht es darum, ob die natürliche Person mit ihrer Tätigkeit eine juristische Person rechtsgeschäftlich binden konnte, wobei Überlegungen des Verkehrs- und Gutglaubensschutzes mitspielen. Im Kartellrecht ist die Schaffung einer rechtsgeschäftlichen Bindung hingegen nicht weiter relevant,

[1213] Dies schon nur deshalb, weil der KAGA-Vertrag bei einer Übertragung von KAGA-Aktien auf den Erwerber zu überbinden ist, vom Erwerber also ebenfalls akzeptiert werden muss: Der KAGA-Vertrag hält fest, dass ein Verkäufer von KAGA-Aktien verpflichtet ist, sämtliche Rechte und Pflichten aus dem KAGA-Vertrag auf den Erwerber zu überbinden, und dass jeder Erwerber von KAGA-Aktien den KAGA-Vertrag anzuerkennen und mitzuunterzeichnen hat (KAGA-Vertrag, Art. 6, Rz 583).

[1214] Siehe z.B. die Aussage von [...] im Jahr 1971, Act. II.C.X.14, S. 14 f.

[1215] Siehe z.B. die Aussage von [...] im Jahr 2005, wonach die KAGA Rücksicht auf die Natur und Mitwelt nimmt und ihre Aktivitäten mit dem Ziel der Minimierung der durch sie verursachten Belastungen vornimmt (Act. KAGA Unternehmensphilosophie, Ziff. 3, Act. II.D.X.15). Da vorliegend nur wettbewerbsbezogene Inhalte relevant sind, interessiert nicht weiter, ob und inwiefern bestimmte Massnahmen wie z.B. der Transportkostenausgleich (dazu Rz 1092 ff.) mit einer Minimierung der verursachten Belastungen in Einklang zu bringen sind.

[1216] Oben Rz 581 ff., Rz 590 ff. und Rz 595 ff.

[1217] Zusammengefasst Rz 662.

obwohl auch hier auf den Begriff des Konsenses zurückgegriffen wird. Das zeigt sich mit aller Deutlichkeit bereits daran, dass Art. 4 Abs. 1 KG nebst «rechtlich erzwingbaren» Vereinbarungen auch nicht erzwingbare sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen erfasst. Massgebend ist im Kartellrecht demnach die wirtschaftliche Realität. Im Einklang damit ist für die Zuordnung von Willensäusserungen und Handlungen auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zurückzugreifen. Was das bedeutet, wird folgend, soweit die Zuordnung von Äusserungen der VR-Mitglieder von KAGA anlässlich von VR-Sitzungen betreffend, ausgeführt.

675. Nachfolgend wird dargelegt, dass im vorliegenden Fall die Äusserungen der einzelnen VR-Mitglieder von KAGA, die sie anlässlich der VR-Sitzungen machten, zugleich auch den jeweiligen KAGA-Aktionärinnen zugeordnet werden können. Konsequenz daraus ist, dass es sich bei Beschlüssen des VR von KAGA zugleich auch um Konsense zwischen denjenigen Aktionärinnen von KAGA handelt, deren jeweilige VR-Mitglieder dem Beschluss zugestimmt haben. Gegen eine Zuordnung dieser Äusserungen der KAGA-VR an die einzelnen KAGA-Aktionärinnen könnte auf den ersten Blick sprechen, dass VR-Mandate auf eine natürliche Person als Individuum ausgerichtet sind. Juristische Personen sind gemäss Art. 707 Abs. 3 OR[1218] nicht in einen VR wählbar.[1219] Bei VR-Sitzungen sind die anwesenden natürlichen Personen grundsätzlich in ihrer Funktion als VR-Mitglied präsent und handeln – zumindest formell – nicht (zugleich auch) im Namen einer anderen juristischen Person. Zudem haben sie die Interessen der Gesellschaft, deren VR sie sind, hier also die Interessen von KAGA, in guten Treuen zu wahren (Art. 717 Abs. 1 OR). Prima vista beissen sich diese Vorschriften und Überlegungen deshalb damit, den einzelnen KAGA-Aktionärinnen gleichwohl Äusserungen eines VR-Mitglieds an VR-Sitzungen zuzuordnen und Beschlüsse des VR zugleich als Einigungen zwischen den Aktionärinnen der zustimmenden VR-Mitglieder zu betrachten.[1220] Eine solch formalistische Betrachtungsweise wird allerdings den wirtschaftlichen Realitäten zuweilen – und so insbesondere auch hier – nicht gerecht.[1221] Um in derartigen Fällen Abhilfe zu schaffen, bedient sich das Zivilrecht verschiedener Rechtsfiguren wie etwa der faktischen Organschaft oder des Durchgriffs. Im Kartellrecht bedarf es eines solchen Rückgriffs nicht, da hier – dem Zweck des Kartellrechts entsprechend – von Anfang an eine wirtschaftliche Betrachtungsweise im Vordergrund steht, weniger eine anspruchsbezogene zivilrechtliche Sicht.[1222] Bei den faktischen Gegebenheiten des konkreten Falls, die hiernach aufgezeigt werden, drängt sich die erwähnte Zuordnung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise geradezu unausweichlich auf.[1223]

C.6.3.1.2 Jede Aktionärin kann eine Person in den VR von KAGA abordnen

676. Der KAGA-Vertrag hält in Art. 5 mit dem Titel «Verwaltungsrat» fest, dass bei der Gründung von KAGA ein VR bestehend aus acht Mitgliedern gewählt werde, wobei «jede der [acht] Gründerfirmen» «ein Mitglied abordnen können» soll.[1224] Die Aktionärinnen von KAGA schlossen damit unter sich eine Stimmbindung hinsichtlich der Wahl der VR von KAGA ab. Jede Aktionärin sollte jeweils ein eigenes VR-Mitglied bestimmen und «abordnen» können, das alsdann von den Aktionärinnen an der GV von KAGA (vgl. Art. 698 Abs. 1 Ziff. 2 OR) in den VR von KAGA gewählt wurde.

677. Dieses Abordnungsrecht wurde von den Aktionärinnen von KAGA in der Folge konsequent gelebt. Bereits anlässlich der Gründungsversammlung von KAGA vom 20. März 1970, an der auch der KAGA-Vertrag abgeschlossen wurde, erfolgte die VR-Wahl nach diesem Schema. Illustrativ das Protokoll dieser erstmaligen Wahl:

[1218] Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220).

[1219] Alluvia ruft diese Norm in ihrer Stellungnahme zum Antrag ebenfalls an (Act. VIII.162 Rz 38). Es bleibt jedoch unklar, was sie daraus zu ihren Gunsten abzuleiten sucht.

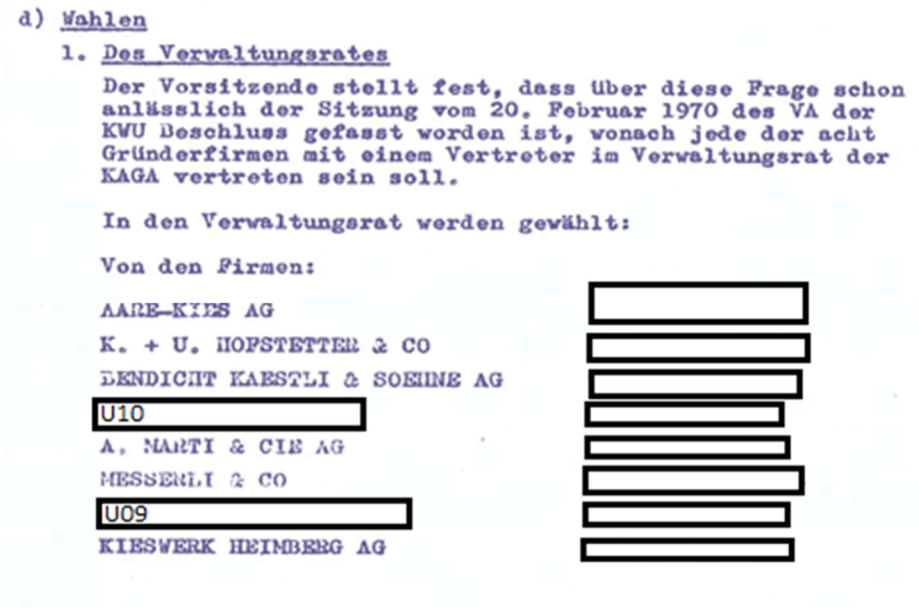
[1220] Generell gegen eine Zuordnung daher MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 4 Abs. 1 N 360c.

[1221] Zu absolut daher BSK KG-REINERT (Fn 1220), Art. 4 Abs. 1 N 360c.

[1222] Diese wirtschaftliche Betrachtungsweise offenbart sich an zahlreichen Stellen im KG, so etwa beim Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1bis KG (dazu Rz 1280 ff.), bei der expliziten Erfassung von «nicht erzwingbaren» Vereinbarungen als Wettbewerbsabreden in Art. 4 Abs. 1 KG oder indem gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG u.a. als Unternehmenszusammenschluss gilt, wenn «mehrere Unternehmen» «mittelbar» die (negative) Kontrolle über «Teile» eines bisher unabhängigen Unternehmens erlangen (zu einzelnen Punkten hiervon Rz 1287 und 1290).

[1223] Eine Zuordnung von Beschlüssen eines Vereinsvorstands an die Vereinsmitglieder, jedenfalls an diejenigen, die im Vereinsvorstand vertreten waren, wurde jüngst auch vom BVGer bejaht in BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 4.4.3.3.1, Ascopa. Dabei spielte u.a. eine Rolle, dass die Beschwerdeführerin, eine juristische Person, jeweils bei ihr zeichnungsberechtigte Personen als Vorstandsmitglieder «entsandte», womit klar sei, dass diese natürlichen Personen «jeweils als Vertreter» von ihr «fungierten».

[1224] Rz 583.



d) Wahlen

1. Des Verwaltungsrates

Der Vorsitzende stellt fest, dass über diese Frage schon anlässlich der Sitzung vom 20. Februar 1970 des VA der KWU Beschluss gefasst worden ist, wonach jede der acht Gründerfirmen mit einem Vertreter im Verwaltungsrat der KAGA vertreten sein soll.

In den Verwaltungsrat werden gewählt:

Von den Firmen:

AARE-KIES AG

K. + U. HOFSTETTER & CO

DENDICHT KAESTLI & SOEHNE AG

U10

A. MARTI & CIE AG

MESSERLI & CO

U09

KIESWERK HEIMBERG AG

Abbildung 43: Auszug aus dem Protokoll der Gründungsversammlung von KAGA vom 20. März 1970 (Act. II.X.C.6).

678. Als 1973 die [U11] als neunte Aktionärin von KAGA aufgenommen wurde, wurde zugleich auch der VR um eine weitere Person auf nunmehr neun erweitert. Im Protokoll der damaligen GV von KAGA ist zu lesen, dass das neue VR-Mitglied «als Vertreter der [U11]»[1225] gewählt wurde. Dasselbe Bild zeigt sich auch bei späteren Wahlen: Nachdem das bisherige VR-Mitglied von [U10] verstorben war, kam es 1974 zu einer Ersatzwahl. Gemäss GV-Protokoll war es [U10], die das neue VR-Mitglied vorschlug, das alsdann einstimmig gewählt wurde.[1226] 1977 übernahm Kiestag die Aktien der konkursiten [U09] und trat dem KAGA-Vertrag bei.[1227] Im VR von KAGA wurde die sich daraus ergebende Ersatzwahl besprochen: «Die KIESTAG ist damit berechtigt, einen Vertreter in den Verwaltungsrat abzuordnen».[1228] Die von Kiestag nominierte Person wurde anlässlich der GV denn auch einstimmig «als Vertreter der Kieswerk Steinigand AG KIESTAG» in den VR von KAGA gewählt.[1229] 1979 trat das bisherige VR-Mitglied der [U11] aufgrund einer Umorganisation bei dieser Gesellschaft zurück. [U11] schlug eine neue Person zur Wahl in den VR vor, die von der GV einstimmig gewählt wurde.[1230] 1985 fand eine ausserordentliche GV statt, an der es um die Ersatzwahl für das zurückgetretene VR-Mitglied der Marti ging – die von Marti als Ersatz vorgeschlagene Person wurde einstimmig gewählt.[1231] Besonders eindrücklich trat das Abordnungsrecht der einzelnen Aktionärinnen sodann 1991 zu Tage. Im GV-Protokoll ist zu lesen: «Bezüglich des Verwaltungsrates wird vom Wechsel der Vertretung der Firma [U11] von Herrn [...] zu Herrn [...] stillschweigend Kenntnis genommen und in dieser Zusammensetzung wird der Verwaltungsrat unverändert für eine weitere Periode bestimmt».[1232] 1993 trat das bisherige VR-Mitglied von Messerli zurück, nachdem es «die gesamten 25 Jahre» «aktiv am Erfolg der KAGA mitgearbeitet» hat; zugleich trat auch das bisherige VR-Mitglied von Marti zurück. In den VR von KAGA wurde an der GV eine Person «von der Firma Marti AG» gewählt und als «Ersatz» für den Vertreter von Messerli «[...], der bereits anlässlich der Gründungsversammlung vom 20. März 1970 die Ehre hatte, als Protokollführer zu amten».[1233] 2000 trat das VR-Mitglied von Hofstetter «nach 30-jähriger Tätigkeit» – «er war Gründungsmitglied der KAGA» – zurück; zugleich trat auch das bisherige VR-Mitglied von Aare-Kies zurück. Einstimmig gewählt wurden als Nachfolger wiederum Abgeordnete dieser beiden Gesellschaften.[1234] 2008 schied das bisherige VR-Mitglied von Kiestag aus dem VR aus. An der Universalversammlung vom Dezember 2008 kam es zur Ersatzwahl: «Die Fa. Vigier Management AG hat als Nachfolger des bisherigen Verwaltungsrates Herr [...], Herrn [...] vorgeschlagen. Dieser Vorschlag wurde vom VR zHd. der Universalsammlung aufgenommen. Als neuer VR wird gewählt: Hr. [...], Vertreter Kieswerk Steinigand AG».[1235] Kurz darauf wurde dies allerdings seitens Kiestag wieder rückgängig gemacht: Das VR-Protokoll vom April 2009 wird eingeleitet mit «[S]peziell begrüsst er [der VRP von KAGA] Herr [...], erneut im VR der KAGA, als Vertreter der KIESTAG, da Herr [...] nicht mehr bei der Vigier Management AG arbeitet. Im Protokoll der heutigen Universalversammlung wird die Wahl bestätigt».[1236] Im November 2010 folgte alsdann die nächste Ablösung auf diesem Posten: «Die Firma Vigier Rail AG hat als Nachfolger des bisherigen Verwaltungsrates Herr [...], Herr [...], Unternehmensleiter, vorgeschlagen», welcher an der a.o. GV einstimmig gewählt wurde.[1237]

[1225] GV-Protokoll der KAGA vom 22.6.1973, T. 7.a, Act. II.C.X.13.
[1226] GV-Protokoll der KAGA vom 6.6.1974, T. 6.a, Act. II.C.X.13.
[1227] Siehe Rz 590 ff.
[1228] VR-Protokoll der KAGA vom 21.3.1977, T. 3.6, Act. II.C.X.32.
[1229] GV-Protokoll der KAGA vom 17.5.1977, T. 6.1, Act. II.C.X.13.
[1230] GV-Protokoll der KAGA vom 1.6.1979, T. 6.1, Act. II.C.X.13.
[1231] GV-Protokoll der KAGA vom 21.3.1985, T. 2, Act. II.C.X.13.
[1232] GV-Protokoll der KAGA vom 27.6.1991, T. 6, Act. II.C.X.13.
[1233] GV-Protokoll der KAGA vom 24.6.1993, T. 6, Act. II.C.X.13.
[1234] GV-Protokoll der KAGA vom 20.6.2000, T. 5.1, Act. II.C.X.13.
[1235] Protokoll der Universalversammlung der KAGA vom 3.12.2008, T. 2, Act. II.A.X.125.
[1236] VR-Protokoll der KAGA vom 1.4.2009, Einleitung, Act. II.B.X.258.
[1237] Protokoll der a.o. GV der KAGA vom 24.11.2010, T. 2, Act. II.D.X.43.

679. Etwas harziger verlief einzig einmal der Wechsel eines VR-Mitglieds von Marti: Per Ende September 2005 verliess das damalige VR-Mitglied von Marti diese und wechselte zu einer anderen Bauunternehmung. Diese Person trat daher auch als Vertreter von Marti im VR von KAGA zurück. Marti beantragte, dass bis zur nächsten Wahl (GV 2006) eine andere Person von ihr als Beisitzer ohne Stimmrecht im VR Einsitz nehmen könne. Der VR von KAGA diskutierte dies und war der Ansicht, die Frage der Zusammensetzung des VR müsse grundsätzlich im Rahmen der Strategie diskutiert werden und es bestehe keine Eile, den VR-Sitz des zurückgetretenen VR-Mitglieds von Marti sofort zu ersetzen. Der VR lehnte daher den Antrag von Marti ab und hielt fest, eine allfällige Wahl erfolge an der GV 2006.[1238] Im März 2006 war wiederum die «Aktionärsfirma Marti AG Bern» Thema im VR von KAGA:[1239]

«Seit dem Stellenaustritt von Hr. [...] bei der Fa. Marti AG Bern wird kein Verwaltungsrat delegiert. Das weitere Vorgehen mit der Fa. Marti AG als Aktionärsfirma bei der KAGA wird im VR intensiv diskutiert. Es sind unterschiedliche Meinungen vorhanden, da ungewiss ist, was die Fa. Marti AG im Raum Bern für Absichten hat (Kies- und oder Betonwerk etc.). Der VR beschliesst folgendes Vorgehen: Der Präsident [...] sucht mit Hr. [...] ein Gespräch, dazu beigezogen werden kann [...]. Themen: was mit dem VR-Sitz, was hat die KAGA bei der Marti AG für einen Stellenwert. Einig ist sich der VR, dass die Strategie der KAGA auf keinen Fall geändert wird».

680. Im September 2006 wurde im VR von KAGA dieses Thema wieder aufgegriffen unter dem Titel «Zusammensetzung VR KAGA (Aktionärsfirma Marti AG, Bern)»:[1240]

«Das Gespräch zwischen [...] und [...] ergab folgendes Ergebnis: Ein Austritt von der Firma Marti AG aus der KAGA ist kein Thema, Vertretung im VR KAGA nicht durch [...] persönlich, sondern z.B. durch [...], Bauführer. Der VR beschliesst folgendes: Die Firma Marti AG, Bern bleibt Aktionärin der KAGA, jedoch bis auf weiteres ohne Vertreter im VR».

681. Auf die Einladung zur GV 2007 reagierte Marti mit einem Schreiben an den VRP von KAGA, [...], und liess dieses Schreiben in Kopie auch den übrigen Aktionärinnen von KAGA zukommen:[1241]

«[…] Bei der Durchsicht der Traktanden ist uns aufgefallen, dass ein – zumindest für uns zentraler – Verhandlungsgegenstand nicht aufgeführt ist, nämlich die Ersatzwahl oder eher die Wiederaufnahme eines Vertreters der Marti AG Bern in den Verwaltungsrat, was uns hier zudem die Gelegenheit bietet, den Bogen zu Ihrem Schreiben vom 14. November 2006 zu spannen. Wie Sie vermutlich wissen, ist es nicht Sache des Verwaltungsrates selbst, über dessen Zusammensetzung zu befinden. Wahlen von Mitgliedern in den Verwaltungsrat ist auch in der KAGA eine unübertragbare Befugnis der Generalversammlung.

Aus diesem Grund stellen wir das Begehren, als Verhandlungsgegenstand das Traktandum 'Ersatzwahl' aufzunehmen, mit dem Antrag, als Ersatz für den zurückgetretenen [...] als Vertreter der Marti AG Bern neu den von uns vorgeschlagenen Herr [...] in den Verwaltungsrat zu wählen. Dies mit folgender, einstweilen kurzer Begründung: Im Sacheinlagevertrag vom 20. März 1970 (Urschrift 1148) wurde unter anderem festgehalten, dass jede Gründerfirma, wozu auch Marti AG Bern gehört, ein Mitglied in den VR abordnen können soll. An dieser alle Aktionäre bindenden Verpflichtung, aber auch langjährigen Tradition soll festgehalten werden. Die Statuten von 1995 stehen hierzu nicht im Widerspruch».

682. Aus Fristgründen wurde das Anliegen nicht bereits an der ordentlichen GV 2007 Ende Juni behandelt. Der VR von KAGA beschloss aber am 4. Juli einstimmig, eine ausserordentliche GV am 27. August 2007 einzuberufen mit dem Haupttraktandum: «Wahl in den Verwaltungsrat: Herr [...] als Vertreter der Firma Marti AG Bern».[1242] Diese Wahl erfolgte denn auch einstimmig, womit das kurze Intermezzo der vorübergehenden Nichtvertretung von Marti im VR von KAGA sein Ende fand.

683. Das von Beginn an vereinbarte Abordnungsrecht der Aktionärinnen wurde nach dem Gesagten über all die Jahre hinweg respektiert und ausgeübt (letzteres mit Ausnahme der hiervor geschilderten, kurzen Episode). Eine Übersicht über die Personen, die einen VR-Sitz bei KAGA besetzten, findet sich an früherer Stelle.[1243] Inhaltlich geändert wurde es im Laufe der Jahre nicht. Bei den erfolgten Änderungen des KAGA-Vertrags[1244] ging es nicht um das darin verankerte Abordnungsrecht, dieses blieb unverändert bestehen. Ein Thema war das Abordnungsrecht aber bei den beiden gescheiterten Versuchen, den KAGA-Vertrag zu ändern. Es sollte allerdings nicht etwa aufgehoben werden, sondern vielmehr sollte das Bekenntnis dazu bekräftigt werden. Beim ersten Änderungsversuch ging es darum, die (mit Ausnahme von Alluvia seit dem Zusammenschluss von Hofstetter und Messerli) gleichgewichteten Kräfteverhältnisse der damaligen (und auch jetzigen) Aktionärinnen im VR von KAGA unabhängig ihres Aktienanteils zu zementieren und gegen weitere Veränderungen abzusichern.[1245] Folgender Formulierungsvorschlag lag dazu vor:

2.1.1 Die Parteien vereinbaren unter Vorbehalt von Ziffer 2.1.3. nachfolgend, dass jeder Aktionär Anspruch auf einen Verwaltungsratssitz hat und dass beim Ersatz eines Verwaltungsratsmitgliedes wiederum ein Vertreter der entsprechenden Partei gewählt wird.

(…)

2.1.3. Sofern zwei oder mehrere Parteien fusionieren oder wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung stehen, steht ihnen gemeinsam nur ein Verwaltungsratssitz zu. Für die Fusion Messerli/Hofstetter tritt diese Regelung mit dem nächsten Fusions-oder fusionsähnlichen Vorgang unter dem Aktionariat der KAGA in Kraft.

[1238] VR-Protokoll der KAGA vom 13.9.2005, T. 2.1, Act. II.D.X.6.
[1239] VR-Protokoll der KAGA vom 23.3.2006, T. 6, Act. II.D.X.6.
[1240] VR-Protokoll der KAGA vom 21.9.2006, T. 3, Act. II.D.X.6.
[1241] Act. II.C.X.113.
[1242] VR-Protokoll der KAGA vom 4.7.2007, T. 1, Act. II.D.X.6.
[1243] Siehe Rz 543.
[1244] Siehe Rz 590 ff.
[1245] Rz 607 ff., das Zitat stammt aus Rz 611.

684. Beim zweiten Änderungsversuch, der im Nachgang zu Presseberichten über mögliche Verfehlungen im Kies- und Deponiebereich im Kanton Bern unternommen wurde, wurde festgehalten, dass «[*M]it dem neuen Aktionärbindungsvertrag (…) allen Aktionären der zugesicherte Verwaltungsratssitz weiterhin garantiert werden»* könnte.[1246] Das Abordnungsrecht war die einzige materiell wesentliche Klausel im Entwurf des (neuen) Aktionärbindungsvertrag.[1247]

C.6.3.1.3 Gelebte Doppelrolle VR-Mitglied von KAGA und zugleich Repräsentant der Aktionärin

685. Bereits die vorangehenden Ausführungen belegen eindrücklich, dass es sich nach der Eigenwahrnehmung der Beteiligten bei den VR-Mitgliedern von KAGA zugleich auch um Repräsentanten der jeweiligen Aktionärinnen handelt. Die gewählten VR-Mitglieder sind jeweils direkt mit einer Aktionärin verknüpft, von der sie «abgeordnet» oder «delegiert» wurden oder als deren «Vertreter»[1248] sie bezeichnet werden. Die Wahl in den VR erfolgte aufgrund der aktienrechtlichen Ausgangslage zwar formell ad personam. Doch die Eigenschaften und Fähigkeiten der jeweiligen natürlichen Person waren für deren Wahl nicht entscheidend, sondern einzig, dass sie von einer Aktionärin abgeordnet wurde. Die Aktionärinnen konnten alsdann ihren Repräsentanten im VR von KAGA auch wieder «auswechseln», z.B. wenn dieser das Aktionärsunternehmen verliess – in extremis wurde von einem solchen VR-Wechsel sogar bloss «stillschweigend Kenntnis genommen».[1249] Bis in die 90er-Jahre hinein nahm mehrmals auch einfach eine andere Person der entsendenden Aktionärin an einer Sitzung des VR von KAGA teil (allerdings ohne Stimmrecht), wenn das von dieser Aktionärin delegierte VR-Mitglied verhindert war und nicht an der Sitzung teilnehmen konnte.[1250]

686. Hinzu kommt, wie das Entsenderecht von den Aktionärinnen während Jahrzehnten gelebt wurde. Bei den entsandten Personen handelte es sich bei allen Aktionärinnen ausser bei Marti-Gruppe durchwegs um mindestens «gewöhnliche» Mitglieder des VR der jeweiligen Aktionärin. Bei Marti-Gruppe handelte es sich bei den entsandten Personen teilweise ebenfalls um Mitglieder des VR, teilweise auch um ranghohe, leitende Angestellte. Aktuell handelt sich bei den entsandten Personen um Verwaltungsratspräsidenten, Verwaltungsräte, Delegierte des VR und einen Vizedirektor/Leiter Rechtsdienst bei der jeweiligen Aktionärin.[1251] Die entsandten Personen waren also meist zugleich Organe der eigenen Aktionärin, zumindest aber für diese in hoher Funktion tätig und zeichnungsberechtigt. Eine befragte Person hielt fest, die Aktionärinnen seien zwar Konkurrentinnen, aber «wenn sie zur KAGA kommen, dann ‘legen sie den KAGA-Hut’ an».[1252] Sogar wenn dies zutreffen würde und die entsandten Personen bei KAGA den Aktionärs-Hut ablegten und dafür den KAGA-Hut aufsetzten, ändert dies nichts daran, dass der Kopf unter dem Hut stets derselbe ist.[1253] Die natürlichen Personen, die gleichzeitig Organ von KAGA als auch von ihrer Aktionärin sind, tragen zwangsläufig das Wissen beider Gesellschaften mit sich, repräsentieren beide Gesellschaften und sind für deren Willensbildung zumindest mitzuständig. Ähnlich verhält es sich bei den natürlichen Personen, die bei KAGA Organ sind und bei ihrer Aktionärin eine leitende Funktion innehaben. Ihr Wissen mag allenfalls zivilrechtlich nicht automatisch auch der Aktionärin zurechenbar sein, bei wirtschaftlicher Betrachtung ist ihr Wissen aber ohne Weiteres auch bei der Aktionärin in verwertbarer Weise vorhanden und sie wirken bei der Willensbildung der Aktionärin aufgrund ihrer leitenden Funktion massgebend mit.

687. Dieses Selbstverständnis der Doppelrolle zeigt sich auch an zahlreichen weiteren Stellen. So hielt sogar das Geschäfts- und Organisationsreglement von KAGA (das vom VR von KAGA genehmigt wurde) aus dem Jahre 1995 fest: «Der VR setzt sich aus je einem Vertreter der Aktionärsfirmen zusammen».[1254] Weiter fiel teilweise der Geschäftsbericht an der GV von KAGA kurz aus. Dies mit der Begründung, «dass in unserer Gesellschaft [KAGA] sämtliche Aktionäre im Verwaltungsrat vertreten sind».[1255] Schliesslich sei auf die Gestaltung des Antworttalons für einen Zirkulationsbeschluss des VR von KAGA hingewiesen, der mit folgenden Feldern endete:[1256]

«Datum: …….. Firma: ……

Unterschrift: ……..»

688. Anzugeben war nebst Datum und Unterschrift also die Firma, die das entsprechende VR-Mitglied abgeordnet hat, und nicht etwa der Name der natürlichen Person (z.B. in Blockschrift), die das VR-Mandat als Individuum innehat. Die Antworttalons wurden von den Angeschriebenen denn auch so ausgefüllt – beim Feld «Firma» findet sich jeweils der Stempel der entsprechenden Aktionärin (bzw. bei Kiestag von deren Muttergesellschaft, der Vigier Holding AG). Schliesslich halten auch die Statuten von KAGA von 1995 fest, dass der VR von

[1246] Rz 614 ff., das Zitat stammt aus Rz 618.
[1247] Rz 620.
[1248] Exemplarisch: «Die anwesenden Vertreter der mitofferierenden Baufirmen Kästli AG ([...]) und Marti AG ([...]) treten in den Ausstand bei der Behandlung dieses Traktandums». (VR-Protokoll der KAGA vom 13.12.2005, T. 4, Act. II.B.X.258).
[1249] Rz 678.
[1250] So etwa [...] anstelle von [...] (VR-Protokolle der KAGA vom 2.9.1971 und 23.11.1971, Act. II.D.X.2); [...] anstelle von [...] (VR-Protokoll der KAGA vom 29.8.1972, Act. II.D.X.2); [...] anstelle von [...] (VR-Protokolle der KAGA vom 2.7.1975 und 13.8.1975, Act. II.D.X.2); [...] anstelle von [...] (VR-Protokolle der KAGA vom 17.5.1977 und 6.12.1978, Act. II.D.X.2); [...] anstelle von [...] (VR-Protokoll der KAGA vom 2.5.1978, Act. II.D.X.2); [...] anstelle von [...] (VR-Protokoll der KAGA vom 15.2.1979, Act. II.D.X.5) sowie [...] anstelle von [...] (VR-Protokoll der KAGA vom 8.12.1983, Act. II.D.X.5; VR-Protokolle der KAGA vom 5.12.1991 und 27.3.1992, Act. II.D.X.6).
[1251] Rz 545.
[1252] Rz 797.
[1253] Illustrativ, wenn auch in einem anders gelagerten Kontext, das zivilrechtliche Urteil des BGer, 4A_74/2024 vom 20.6.2024 E. 3.2.2, insbesondere der Satz «Eine solche Aufspaltung des Willens entbehrt jeglicher Grundlage».
[1254] Ziffer II.2 des Geschäfts- und Organisationsreglements der KAGA vom 28.4.1995, Act. II.F.X.3. In späteren Organisationsreglementen der KAGA findet sich diese Passage alsdann nicht mehr, vgl. etwa Ziffer I des Organisationsreglement der KAGA vom 26.6.2003, Act. II.G.X.31.
[1255] GV-Protokoll der KAGA vom 22.4.1971, T. 2, Act. II.C.X.13; GV-Protokoll der KAGA vom 22.6.1973, T. 2 und Anhang, Act. II.C.X.13.
[1256] Siehe Schreiben vom 30.8.2000 vorgängig zur VR-Sitzung vom 14.9.2000, Act. II.D.X.6.

689. Die Doppelfunktion, welche die natürlichen Personen an den VR-Sitzungen von KAGA innehaben – d.h. VR-Mitglied von KAGA und zugleich Repräsentant einer Aktionärin – wurde auch entsprechend gelebt. So wurden VR-Mitglieder an Sitzungen des VR von KAGA zuweilen explizit als Repräsentanten ihrer jeweiligen Aktionärin angesprochen: Beispielsweise informierte der VRP von KAGA anlässlich einer VR-Sitzung in Bezug auf ein Ausbauprojekt der [U33], er erwarte von dieser, dass die «Aktionäre der KAGA (Baufirmen [U11], Marti und Kästli) für die Submission berücksichtigt werden», und bat daher die «entsprechenden VR um Mitteilung, ob ihre Firmen für diesen Auftrag angefragt worden sind».[1259] Oder wenn im VR-Protokoll steht: «Der Geschäftsführer [von KAGA] bittet die Aktionärsfirmen als Hauptbezüger vermehrt Kiesbezüge ab Bümberg zu tätigen (…)».[1260] Weiter etwa, als sich hinsichtlich der im VR diskutierten, allfälligen Übernahme der [U01] «die Frage bezüglich der Transportflotte» stellte: «Die Verwaltungsräte werden gebeten, bis Ende Monat September 2003 dem Präsidenten mitzuteilen, ob sie bei einer Transportorganisation mitmachen wollen. Bereits jetzt melden sich [...] und [...] für ihre Firmen, kein Interesse bekundet [...] für die KIESTAG».[1261] Bezeichnend für diese Doppelfunktion ist ferner, dass die Aktionärinnen bezüglich ihrer Kiesbezüge bei KAGA keine Preis- oder anderweitigen Konditionsverhandlungen mit KAGA durchführten. Ausschlaggebend für diesen Verhandlungsverzicht seitens der Aktionärinnen war für diese, dass es der VR von KAGA ist, der diese Konditionen festlegte, und sie in diesem ja bereits mit einem Vertreter repräsentiert waren.[1262] Und schliesslich wurden im VR von KAGA sogar Themen besprochen, die schlicht kein Thema des VR sind, sondern ein solches der Aktionärinnen. Besonders deutlich zu Tage tritt dies bei den Beratungen über Änderungen des KAGA-Vertrags. Sowohl die erfolgreichen Änderungen als auch die letztlich erfolglos gebliebenen Änderungsversuche des KAGA-Vertrags wurden im Rahmen von Sitzungen des VR von KAGA angegangen und diskutiert.[1263] Eindrücklich auch der folgende «Beschluss» des VR von KAGA aus dem Jahr 2006: «Die Firma Marti AG, Bern bleibt Aktionärin der KAGA, jedoch bis auf weiteres ohne Vertreter im VR».[1264]

690. Wie sehr im vorliegenden Fall VR-Mandat und Aktionärsstellung vermengt sind, zeigt sich vor allem auch daran, wessen Interessen bei den Diskussionen und Entscheidfindungen im VR von KAGA im Vordergrund standen. Hierauf wird an anderer Stelle ausführlich eingegangen, worauf verwiesen sei.[1265] Vorweggenommen sei hier, dass es den natürlichen Personen bei ihrer Einsitznahme im VR von KAGA primär um das wirtschaftliche Fortkommen und die Erlangung von Wettbewerbsvorteilen ihrer jeweiligen Aktionärin ging. Die Wettbewerbs- und Marktsituation der Aktionärinnen und deren Marktverhalten standen für die VR-Mitglieder von KAGA im Zentrum – um das wirtschaftliche Wohlergehen von KAGA kümmerten sie sich bloss reflexweise.

691. Dass im VR der KAGA der Fokus auf den jeweiligen Aktionärinnen lag, soll an dieser Stelle mit einem Beispiel illustriert und greifbar gemacht werden (auch wenn an anderer Stelle noch ausführlicher darauf eingegangen wird), namentlich anhand der Strategiearbeiten des VR von KAGA im Jahre 2002: Die VR-Mitglieder erhielten damals gleich zu Beginn den Auftrag, «[D]ie zukünftigen Geschäftsfelder der KAGA sind aus der Sicht jedes einzelnen VR-Mitglieds unter Berücksichtigung der aktionärspolitischen Interessen zu definieren».[1266] Die Traktandenliste und insbesondere deren Reihenfolge anlässlich der nächsten VR-Sitzung vom 11./12. April 2002 zeigt denn auch eindrücklich, dass Leitstern der Strategiearbeiten des VR von KAGA die Aktivitäten und Interessen der Aktionärinnen war: Nach der «Begrüssung» und «Einleitung» war die «Ausgangslage Kies- und Deponiemarkt der Aktionäre» das Thema, gefolgt von einem «Kurzbeschrieb der kiesrelevanten Tätigkeiten der Aktionäre» und der «Aktionärspolitische[n] Grundhaltung zur KAGA». Erst danach wurde der Fokus auf KAGA selbst gelegt, indem eine «Vorstellung und Triage der möglichen Geschäftsfelder für die KAGA» erfolgte sowie das «Deponiegeschäft der KAGA» besprochen wurde.[1267] Im Rahmen der Strategiearbeiten erarbeitete der beigezogene externe Berater «anhand seiner mit den VR-Mitgliedern durchgeführten Einzelinterviews» «Kurzbeschrieb[e] der kiesrelevanten Tätigkeiten der Aktionäre der KAGA» und stellte diese allen VR-Mitgliedern von KAGA vor.[1268] Die VR-Mitglieder legten dabei bezüglich der sie abordnenden Aktionärin folgende Punkte offen: «Aktivitätsfelder», «Gesamtumsatz», «Umsatz Kies, Beton», «Stellenwert des Kies- und Betongeschäftes», «Betriebsstätten/Beteiligungen», «Geogr. Aktionsradius», «Kiesreserven», «Jährlicher Ausstoss», «Vertragskunden», «Zukünftige Marktentwicklung», «Bedürfnisse der Kunden», «Aktuelles Preisniveau» sowie «Konkurrenzsituation».[1269] Sodann wurde anlässlich dieser Strategiearbeiten die «Shareholder Optik» ermittelt. Diese Arbeiten förderten bezüglich «Haupt-Zweck von KAGA» Folgendes zu Tage: Alle sieben Aktionärinnen sahen diesen darin, «die Rohstoff-Basis für die Aktionäre langfristig zu sichern», und für sechs von sieben Aktionärinnen lag er darin, «die Wettbewerbsfähigkeit der Aktionäre in ihrem

[1257] Diese Variante ist vorliegend bloss theoretischer Natur. Seit Anbeginn von KAGA sind alle Aktionärinnen von ihr juristische Personen und als solche eben nicht direkt in den VR wählbar. Dass dies auch in Zukunft so bleiben dürfte, wird durch Art. 6 Ziff. 1 der Statuten von KAGA von 1995 ermöglicht. Diese Bestimmung sieht ausdrücklich vor, dass der VR die Zustimmung zu einer Aktienübertragung verweigern kann, wenn der Erwerber keine juristische Person ist, vgl. Act. II.G.X.2.

[1258] Art. 22 Ziff. 1 der Statuten von KAGA von 1995, Act. II.G.X.2.

[1259] VR-Sitzung vom 14.9.2000, T. 3.1, Act. II.D.X.6.

[1260] VR-Sitzung vom 30.3.2017, T. 8, Act. IV.13.

[1261] VR-Sitzung vom 18.9.2003, T.8, Act. II.B.X.258.

[1262] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 115–129, Act. III.1; siehe auch EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 186–198, Act. III.2 und EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 235–258, Act. III.3. Siehe ferner dazu Rz 1061 und den Nachweis in Fn 1983.

[1263] Rz 593, 599, 609 f. und 612, 614 f. und 618 f.

[1264] Siehe dazu Rz 680.

[1265] Unten Rz 869 ff.

[1266] Protokoll der Strategiesitzung VR-KAGA vom 28.2.2002, T. 8, Act. II.D.X.10.

[1267] Einladung zur Strategiesitzung VR KAGA vom 5.4.2002, Act. II.D.X.10; vgl. ferner das Protokoll der Strategiesitzung VR KAGA vom 11./12.4.2002, Act. II.D.X.10.

[1268] Protokoll der Strategiesitzung VR KAGA vom 11./12.4.2002, T. 4, Act. II.D.X.10.

[1269] Register 4 «Kurzbeschrieb der kiesrelevanten Tätigkeiten der Aktionäre der KAGA», Act. II.D.X.10, S. 147–156.

Geschäft zu fördern». «[M]öglichst viel Cash für die Aktionäre zu generieren» erachteten vier von sieben Aktionärinnen als einen Hauptzweck von KAGA.[1270] Die aktionärspolitische Grundhaltung wurde vom Berater wie folgt auf den Punkt gebracht: «KAGA ist nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck: Sie dient den Aktionären in ihrem jeweiligen Wettbewerb».[1271] Zu guter Letzt wies [...] (Messerli) im Rahmen dieser VR-Strategietagung noch darauf hin, «dass im Rahmen der Strategiearbeiten auch die Zusammensetzung des Aktionärskreises der KAGA (Kieswerke, Bauunternehmungen» diskutiert werden» müsse. Darauf nahmen «[a]us Sicht der Bauunternehmungen (…) [...], [U11] sowie [...], Marti AG kurz Stellung zu dieser Thematik».[1272]

692. Aufgrund des Vorangehenden dürfte es den tatsächlichen Gegebenheiten an sich näherkommen, die natürlichen Personen, die im VR von KAGA sind, in erster Linie als Repräsentanten ihrer jeweiligen Aktionärin zu betrachten und erst in zweiter Linie auch noch als VR der Aktiengesellschaft KAGA. Dieses «Übergewicht» der Abgeordnetenrolle im Verhältnis zur eigentlichen VR-Rolle braucht allerdings nicht weiter vertieft zu werden. Denn bewiesen ist, dass diese natürlichen Personen jedenfalls eine Doppelrolle im VR von KAGA wahrgenommen haben, indem sie gleichzeitig Repräsentanten ihrer jeweiligen Aktionärin und VR-Mitglied von KAGA waren. Und diese Feststellung ist für die Zuordnung der Aussagen der VR-Mitglieder an den VR-Sitzungen von KAGA an ihre jeweilige Aktionärin bereits ausreichend.

C.6.3.1.4 Welchen Aktionärinnen welche Voten im VR zugeordnet werden können

693. Nach dem Vorangehenden ist bewiesen, dass die natürlichen Personen im VR von KAGA eine Doppelrolle einnahmen – VR von KAGA und zugleich Repräsentanten derjenigen Aktionärin, die sie in den VR von KAGA abgeordnet hat. Aufgrund dieser Doppelfunktion ist es angebracht, sämtliche Voten der VR-Mitglieder von KAGA auch ihren jeweiligen Aktionärinnen zuzuordnen. Hiervon gibt es bloss eine Ausnahme: Hat ein VR-Mitglied bei einem Votum klar zum Ausdruck gebracht, dass er mit seiner Äusserung einzig seine eigene, persönliche Meinung als VR kundtut und dies nicht zugleich dem Willen der ihn abordnenden Aktionärin entspricht, fällt eine Zuordnung an die Aktionärin ausser Betracht. Diese Ausnahmesituation lag in Bezug auf die Voten des von Marti abgeordneten VR-Mitglieds hinsichtlich der zwei gescheiterten Änderungsversuche des KAGA-Vertrags vor.[1273] Abgesehen davon konnten keine Situationen festgestellt werden, in denen ein Mitglied des VR von KAGA sich bei einem Votum im VR deutlich und für die anderen VR-Mitglieder ersichtlich von der ihn abordnenden Aktionärin distanziert und sein Votum als ausschliesslich persönliche Äusserung bezeichnet hätte.

694. Zu präzisieren bleibt, wie anhand der VR-Protokolle Voten den einzelnen Aktionärinnen zugeordnet werden können. Evident ist die Zuordnung, soweit im Protokoll der Name des VR-Mitglieds aufgeführt ist, von dem das Votum stammt. Bezüglich Beschlüssen, die in VR-Protokollen festgehalten sind, verhält es sich wie folgt: Bei Beschlüssen des VR von KAGA handelt es sich um Konsense zwischen denjenigen Aktionärinnen, deren abgeordnete VR dem Beschluss zugestimmt haben. Wird in den Protokollen der Sitzungen des VR von KAGA ein Beschluss als «einstimmig» o.ä. bezeichnet, ist offenkundig, dass sämtliche anwesenden VR dem Beschluss zugestimmt haben und daher ihre Aktionärinnen am Konsens beteiligt sind. In den Protokollen der VR-Sitzungen von KAGA ist allerdings häufig nicht ausdrücklich festgehalten, mit welchem Stimmverhältnis ein Beschluss gefasst wurde. Ob in diesen Fällen davon auszugehen ist, dass der Beschluss einstimmig erfolgte, d.h. sämtliche anwesenden VR zugestimmt haben und entsprechend ihre Aktionärinnen am Konsens beteiligt sind, stellt eine Sachverhaltsfrage dar. Aus folgenden Gründen ist erwiesen, dass dem so ist, dass diesfalls also Einstimmigkeit vorlag:

695. So zeigt ein Blick in die VR-Protokolle der KAGA, dass abweichende Meinungen oder Stimmenthaltungen, so sie denn erfolgt sind, durchaus explizit festgehalten wurden.[1274] Im Umkehrschluss ergibt sich, dass eben keine abweichenden Stimmabgaben oder Stimmenthaltungen erfolgt sind, wenn sich im Protokoll keine entsprechenden Vermerke finden. Damit in Einklang steht die Antwort des Sekretärs des VR von KAGA auf die Frage des Rechtsvertreters von KAGA, ob Beschlussfassungen im VR in der Regel harmonisch seien: «Ja, meistens einstimmig. Es gibt selten Enthaltungen oder Gegenstimmen. Ich kann mich an Gegenstimmen eigentlich nicht erinnern, dass es diese gab».[1275] Dieses Ergebnis wird sodann durch die rechtlichen Pflichten nach Art. 713 Abs. 3 OR bestätigt und bestärkt, wonach über die Verhandlungen und Beschlüsse des VR ein Protokoll zu führen ist. Bei Beschlüssen ist im Protokoll das Stimmverhältnis anzugeben, wobei ablehnende Stimmen und Enthaltungen selbstverständlich ebenfalls zu protokollieren sind (und zwar möglichst mit Namensnennung).[1276] Wird im VR ein Beschluss gefasst und sind im Protokoll keine ablehnenden Stimmen oder Enthaltungen aufgeführt, heisst dies folglich, dass der Beschluss einstimmig gewesen sein muss. Sofern bezüglich eines Beschlusses des VR von KAGA im Protokoll

[1270] Register 3 «Shareholder Optik», Act. II.D.X.10, S. 36.
[1271] Register 4 «Aktionärspolitische Grundhaltung zur KAGA», Bullet 1, Act. II.D.X.10, S. 157.
[1272] Protokoll der Strategiesitzung VR KAGA vom 20.6.2002, T. 6, Act. II.D.X.10.
[1273] Rz 612 resp. 616 und 618; allerdings äussert in diesem Fall [...] (Marti) seine persönliche Meinung, wonach er findet, die Aktionärinnen sollten den diskutierten Aktionärbindungsvertrag annehmen; da es sich hierbei um keine Aufgabe des VR handelt, ist fraglich, ob er diese Äusserung als VR machen wollte, siehe dazu auch seine eigenen Zweifel, oben Rz 651.
[1274] Siehe z.B. VR-Protokoll der KAGA vom 28.11.2013, T. 5.2.3, Act. II.B.X.258: «Nach intensiver Diskussion über pro und kontra wird der Kredit von CHF 250'000.– mit einer Gegenstimme genehmigt». Oder VR-Protokoll der KAGA vom 2.12.2004, T. 2.2.1, Act. II.B.X.258: «Der VR genehmigt das vorgelegte TA Modell 2005, Stimmenenthaltung erfolgt durch Hr. [...], da die Firma Marti AG Bern nicht vom TA profitiert».
[1275] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 392–394, Act. III.5. [...] war von 1993 bis 2015 Protokollführer an den VR-Sitzungen der KAGA; mit wenigen Ausnahmen hat er diese Aufgabe an allen VR-Sitzungen während diesen über 20 Jahren wahrgenommen (erste Protokollführung: VR-Protokoll der KAGA vom 14.10.1993, Act. II.D.X.6; letzte Protokollführung: VR-Protokoll der KAGA vom 26.5.2015, Act. IV 13, Beilage 26); siehe auch seine Aussage, wonach er seit 1990 VR Sekretär sei (EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 112, Act. III.5).
[1276] Statt anderer MÜLLER (Fn 1128), 1045 m.w.H.

keine ablehnenden Stimmen oder Enthaltungen vermerkt sind, steht somit beweismässig fest, dass dieser Beschluss einstimmig war. Beim entsprechenden Beschluss handelt es sich damit zugleich auch um einen Konsens der Aktionärinnen, deren abgeordnete VR an der VR-Sitzung anwesend waren.

696. Einer Aktionärin kann ein Beschluss des VR von KAGA hingegen grundsätzlich nicht zugeordnet werden, wenn das von ihr abgeordnete VR-Mitglied an der entsprechenden VR-Sitzung abwesend war. Trotz Abwesenheit verhält es sich allerdings anders (d.h., eine Zuordnung ist gleichwohl möglich), wenn sich dieses VR-Mitglied vorangehend, über einen Stellvertreter oder im Nachhinein zustimmend zu diesem VR-Beschluss geäussert hat. Wie es sich bezüglich Abwesenheiten im Einzelnen verhält, ist hinsichtlich konkret interessierender Beschlüsse des VR von KAGA zu vertiefen. Weiterungen dazu an dieser Stelle erübrigen sich.

C.6.3.1.5 Die Neuformulierung des Organisationsreglements von KAGA ändert hieran nichts

697. Die Organisationsreglemente von KAGA wurden im Laufe der Jahre mehrmals geändert und neu formuliert. In Bezug auf das hier interessierende Thema hielt etwa das Organisationsreglement von KAGA aus dem Jahr 1995 noch ausdrücklich fest, dass sich der VR aus je einem Vertreter der Aktionärsunternehmen zusammensetzt.[1277] Das Organisationsreglement von KAGA aus dem Jahr 2003 erwähnt die Zusammensetzung des VR hingegen nicht mehr, enthält aber auch keine Bestimmungen, die gegen eine Zuordnung von Äusserungen eines VR-Mitglieds der KAGA an die sie entsendende Aktionärin sprechen könnten.[1278] Wiederum anders ist das nach Eröffnung der vorliegenden Untersuchung erstellte Organisationsreglement von KAGA aus dem Jahr 2016 formuliert. In diesem wird unter anderem der Inhalt von Art. 717 OR wiedergegeben und daran anschliessend festgehalten, dass die Mitglieder des VR sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst seien, ihr Mandat weisungsunabhängig ausführen würden.[1279]

698. Die Neuformulierung des Organisationsreglements von KAGA aus dem Jahr 2016 greift damit die gesetzliche Ausgangslage auf[1280] und ergänzt diese mit einem Hinweis auf die Weisungsunabhängigkeit. Dass die aktienrechtlichen Normen einer Zuordnung von Äusserungen eines VR-Mitglieds der KAGA an die sie entsendende Aktionärin bei der hier angezeigten wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht entgegenstehen, wurde hiervor ausführlich dargelegt.[1281] Bei einer Klausel im Organisationsreglement von KAGA, welche die gesetzliche Ausgangslage aufnimmt und festhält, verhält es sich freilich nicht anders; diese steht einer entsprechenden Zuordnung ebenso wenig im Wege. Dass auf dem Papier auf eine Weisungsunabhängigkeit der VR-Mitglieder hingewiesen wird, ändert an der hier gegebenen Realität nichts. Bei den VR-Mitgliedern handelt es sich um Abgesandte der Aktionärinnen, die zwangsläufig zumindest auch die Interessen ihrer jeweiligen Aktionärin in ihre Tätigkeit im VR von KAGA einfliessen lassen, zumal die VR-Mitglieder von KAGA bei ihren jeweiligen Aktionärinnen jeweils Schlüsselpositionen innehaben, ja, meist sogar Organe sind und damit unmittelbar die Aktionärin selbst repräsentieren[1282].

699. Kurzum: Trotz dieser Klausel im Organisationsreglement von KAGA aus dem Jahr 2016 sind Äusserungen einer natürlichen Person im VR von KAGA weiterhin zugleich auch der jeweiligen Aktionärin zuzuordnen. Hieran vermöchte einzig eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse etwas zu ändern.

C.6.3.1.6 Vorbringen zur Zuordnung von Äusserungen von VR-Mitgliedern der KAGA in den Stellungnahmen zum Antrag und der Beurteilung

700. Mehrere Parteien haben sich im Rahmen ihrer Stellungnahmen zum Antrag und anderswo zur Zuordnung von Äusserungen von VR-Mitgliedern der KAGA geäussert. Nachfolgend wird der Kerngehalt ihrer Vorbringen wiedergegeben:

701. Kästli-Gruppe bezeichnet es als falsche Feststellung, wenn Beschlüsse des VR von KAGA zugleich als Konsense zwischen den Aktionärinnen von KAGA behandelt werden. Eine derartig automatische Gleichsetzung sei unzutreffend und unzulässig. Richtig sei eine differenziertere Betrachtung: Unbestritten sei die Zurechnung von Willensäusserungen des Aktionärsvertreters im VR von KAGA zur vertretenen Aktionärin. Der Aktionärsvertreter folge dabei i.d.R. der Weisung der Aktionärin, wobei er als übergeordnetes Prinzip die Interessen von KAGA zu wahren habe (Art. 717 OR). Die geäusserte Meinung fliesse in die Willensbildung von KAGA ein (Art. 713 OR). Erst im VR als Gremium werde die Meinung der KAGA aus den abgegebenen Voten gebildet. Dabei dürfe aus der Einstimmigkeit eines Beschlusses nicht geschlossen werden, die Mitglieder des VR hätten sich bereits vorher zwischen den Aktionärinnen abgestimmt. Die Weiterleitung des Wissens, dass die Aktionärsvertreter im VR von KAGA erlangt hätten, an die Aktionärinnen sei indessen problematisch und finde ihre Grenze klarerweise bei Informationen, die als Geschäftsgeheimnisse der KAGA zu qualifizieren seien. Das sei Ausfluss der Treuepflicht. Das dort erlangte Wissen dürfe mit anderen Worten nicht automatisch der Aktionärin zugerechnet werden. Weil dieses Wissen nicht automatisch den Aktionärinnen zugerechnet werden dürfe, könnten die VR-Beschlüsse nicht automatisch als Konsense der Aktionärinnen verstanden werden. Denn für einen Konsens bedürfe es des entsprechenden Wissens, was bei den Aktionärinnen aber nicht gegeben sei, da eben keine automatische Wissenszurechnung erfolgen dürfe.[1283]

[1277] Ziffer II.2 des Geschäfts- und Organisationsreglements der KAGA vom 28.4.1995, Act. II.F.X.3.
[1278] Ziffer I des Organisationsreglement der KAGA vom 26.6.2003, Act. II.G.X.31.
[1279] Ziffer III.7 des Organisationsreglements der KAGA vom 31.8.2016, Act. IV.6.
[1280] Zu dieser Rz 675.
[1281] Rz 674 ff.
[1282] Siehe Rz 545.
[1283] Act. VIII.163 Rz 46–48.

702. Marti-Gruppe bezeichnet die Zuordnung von Äusserungen von VR-Mitgliedern der KAGA an die entsendenden Aktionärinnen als eigentlichen «Kurzschluss». Aktionärbindungsverträge, die eine «Vertretung» von Aktionären im VR vorsähen, seien gang und gäbe und würden dem berechtigten Anliegen grosser Aktionäre dienen, dass die Gesellschaft ihre Interessen berücksichtige. Daraus lasse sich aber nicht ableiten, dass ein solcher Aktionärsvertreter mit seiner Stimmabgabe mehr tue, als dem konkreten VR-Beschluss zuzustimmen oder diesen abzulehnen. Es könne nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass er als Vertreter des Aktionärs irgendwelche Willenserklärungen in dessen Namen abgebe.[1284]

703. Vigier führt aus, eine Zuordnung von Äusserungen eines VR-Mitglieds der KAGA an die entsendende Aktionärin widerspreche den Zuordnungsregeln des KG und stehe im Widerspruch zum Aktienrecht. Es werde nicht nachgewiesen, dass der jeweilige Vertreter im VR von KAGA von Vigier kontrolliert bzw. angewiesen worden sei. Die angerufene wirtschaftliche Betrachtungsweise dürfe nicht dazu verwendet werden, ohne tatsächliche Begründung eine Zurechnung der Äusserungen einer Person auf eine andere vorzunehmen. Die Zurechnung der Äusserungen der von Vigier in den VR von KAGA entsandten Person an Vigier sei falsch. Auch die gesellschaftsrechtlichen Regeln würden ausgeblendet. VR-Mitglieder hätten gemäss Art. 717 Abs. 1 OR die Interessen der Gesellschaft, hier KAGA, zu wahren.[1285] Diese Treuepflicht gehe der Treuepflicht gegenüber der entsendenden juristischen Person vor. Die Haftungsnorm von Art. 754 OR zeige, dass es sich hierbei nicht um einen bloss toten Buchstaben handle. Die Aussage, dass die VR-Mitglieder von KAGA bloss Dienerinnen ihrer Aktionärinnen seien, sei falsch, verletze die Unschuldsvermutung und vermute geradezu die Schuld. Die im VR traktandierten Themen würden hieran nichts ändern. Der VR habe unentziehbar die Oberleitung der Gesellschaft inne (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR). Solche Themen müssten daher zwangsläufig traktandiert werden. Wenn aus der Traktandierung solcher Themen auf eine Doppelrolle der VR-Mitglieder geschlossen werde, belege dies die Unkenntnis vom wirtschaftlichen Marktumfeld. Die Handlungen und Äusserungen der von Vigier entsandten Person können daher nicht Vigier zugerechnet werden. Deshalb könne es auch nicht zu einem Informationsaustausch zwischen den Aktionärinnen gekommen sein, da die Aktionärinnen daran gar nicht beteiligt gewesen seien. Dass die im VR von KAGA besprochenen Themen in irgend einer Form an Vigier weitergeflossen wären, sei nicht hinreichend belegt.[1286]

704. Diese Vorbringen vermögen keine Zweifel an der vorgenommenen Beurteilung zu wecken. Zutreffend ist die Bemerkung von Marti-Gruppe, dass Äusserungen eines VR-Mitglieds einer bestimmten Gesellschaft nicht ohne Weiteres einer anderen Gesellschaft, hier der entsendenden Aktionärin, zugeordnet werden dürfen. Vorliegend wurden aber im Einzelnen die Umstände dargelegt, weshalb eine solche Zuordnung im konkreten Fall angebracht und zutreffend ist. Dagegen trägt Marti-Gruppe nichts vor. Die Vorbringen von Kästli-Gruppe nehmen keinen Bezug zum konkret festgestellten Sachverhalt bzw. übergehen diesen. So wurde festgestellt, dass es sich bei den entsandten Personen regelmässig um Organe der jeweiligen Aktionärin handelte und weiterhin handelt, namentlich um VR-Mitglieder, oder zumindest um leitende Angestellte.[1287] Bei der Kästli-Gruppe war die entsandte Person stets auch Organ bei ihr. Aufgrund dieser Doppelorganschaft braucht es daher gar keine «Wissensweiterleitung» vom VR-Mitglied der KAGA an die Aktionärin, wie Kästli-Gruppe dies behauptet, sondern dieses Wissen ist unweigerlich stets unmittelbar bei beiden juristischen Personen vorhanden, da beide in derselben natürlichen Person verkörpert sind. Wie gesagt, der Hut mag zwar gewechselt werden, der Kopf darunter bleibt aber immer derselbe.[1288] Und in diesem Kopf ist das Wissen inklusive sämtlicher Geschäftsgeheimnisse faktisch vorhanden, das im VR der einen Gesellschaft erlangt wird, woran die gesetzliche Treuepflicht gegenüber dieser Gesellschaft offensichtlich nichts zu ändern vermag. Die Zustimmung des entsandten VR-Mitglieds zu einem Beschluss im VR von KAGA erfolgt daher zwangsläufig im Wissen der Aktionärin darum, die diese natürliche Person ja ebenfalls repräsentiert, und stellt daher einen Konsens dieser Aktionärin dar, was bloss bei einer Nichtzustimmung zum Beschluss anders wäre. Das Argument von Kästli-Gruppe baut auf einer lebensfremden Fiktion, die dem erwiesenen Sachverhalt widerspricht und daher nicht durchschlägt. Die Vorbringen von Vigier übergehen den festgestellten Sachverhalt ebenfalls. Auch bei den von Vigier entsandten VR-Mitgliedern handelte es sich jeweils um VR-Mitglieder bei ihr, also um Organe. Aufgrund dieser Doppelorganschaft repräsentierten diese natürlichen Personen vorliegend in Anbetracht der festgestellten Umstände jeweils zugleich die jeweilige Aktionärin als auch KAGA. Einer zusätzlichen Anweisung der Aktionärin an ihr Exekutiv-Organ, durch das sie bekanntlich handelt,[1289] bedarf es nicht, damit dessen Handlung ihr zugeordnet werden kann. Den gesellschaftsrechtlichen Regeln ist sich die WEKO durchaus gewahr.[1290] Gerade deshalb hat sie nicht einfach ohne Weiteres eine Wissens- und Willenszuordnung an die Aktionärinnen vorgenommen, sondern minutiös die Umstände im konkreten Fall geprüft und gewürdigt[1291] und gestützt darauf befunden, dass hier eine Wissens- und Willenszuordnung angebracht ist. Die Vorbringen von Vigier bauen auf weltfremden Idealisierungen, die mit dem festgestellten Sachverhalt nicht in Einklang stehen, weshalb sie nicht zu überzeugen vermögen.

[1284] Act. VIII.158 Rz 27 und v.a. 98; auch Act. IX.30 Beilage 4 Rz 18.
[1285] Heimberg erwähnt das in ihrer Stellungnahme zum Antrag ebenfalls mehrmals, wenn auch in etwas anderem Kontext (vgl. Act. VIII.161 Rz 49, 55, 59 und 80 zweites Lemma).
[1286] Act. VIII.164 Rz 64–70 und 78, vgl. auch Act. IX.30 Beilage 5 Rz 17–22.
[1287] Rz 543 ff.
[1288] Rz 686.
[1289] Siehe nur etwa die Grundnorm von Art. 55 ZGB.
[1290] Rz 675.
[1291] Rz 676 ff.

C.6.3.1.7 Zusammenfassendes Ergebnis zur Zuordnung von Äusserungen von VR-Mitgliedern der KAGA

705. Jede Aktionärin von KAGA kann jeweils eine natürliche Person in den VR von KAGA entsenden. Dieses Abordnungsrecht wurde seit Anbeginn von KAGA über all die Jahre hinweg gelebt – einzig Marti war vorübergehend während knapp zwei Jahren (1. Oktober 2005 bis 27. August 2007) nicht im VR von KAGA vertreten. Die entsandten natürlichen Personen hatten anlässlich der VR-Sitzungen von KAGA eine Doppelfunktion inne – VR von KAGA und Repräsentant der sie abordnenden Aktionärin. Bei den entsandten Personen handelte es sich ausser bei Marti durchwegs um mindestens «gewöhnliche» VR-Mitglieder der jeweiligen Aktionärin, während es bei Marti z.T. ebenfalls VR-Mitglieder waren, z.T. leitende Angestellte mit Zeichnungsberechtigung. Aufgrund dieser Doppelrolle, meist sogar Doppelorganschaft, sind die Voten der VR-Mitglieder, die sie anlässlich von VR-Sitzungen von KAGA gemacht haben, auch den jeweiligen Aktionärinnen zuzuordnen – ausser ein VR-Mitglied hätte sich bei seinem Votum ausnahmsweise ausdrücklich von der ihn entsendenden Aktionärin distanziert und das Votum klar als ausschliesslich seine persönliche Meinung bezeichnet. Bei Beschlüssen des VR von KAGA handelt es sich infolgedessen zugleich um Konsense zwischen den Aktionärinnen, deren abgeordnete VR an der VR-Sitzung anwesend waren und dem Beschluss zugestimmt haben. Sind im VR-Protokoll bezüglich eines Beschlusses weder Gegenstimmen noch Enthaltungen festgehalten, ist beweismässig erstellt, dass der Beschluss einstimmig gefasst wurde. Dasselbe gilt mutatis mutandis auch für die Zuordnung des im VR von KAGA erlangten Wissens an die jeweilige Aktionärin, wobei insofern eine Distanzierung von der Wissenszuordnung freilich schon nur faktisch nicht möglich ist.

706. Dementsprechend kamen zwischen den Aktionärinnen der KAGA mannigfaltige Abmachungen zustande, indem ihre Vertreter im VR der KAGA Beschlüsse fassten. Diese sind allerdings im Kontext des KAGA-Vertrages zu sehen. Deshalb werden die neben dem KAGA-Vertrag bestehenden Einigungen, welche die VR der KAGA für die sie entsendenden Aktionärinnen getroffen haben, nachfolgend nicht als separate Einigungen (mehrseitige Willenserklärungen) erfasst, sondern als Begleitumstände zum KAGA-Vertrag, die genau so wie einfache Aussagen von einzelnen Verwaltungsräten im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen sind, um festzustellen, welchen Inhalt die mehrseitigen Willenserklärungen des KAGA-Vertrags hatten und haben.

707. Nach dem Gesagten steht fest, dass nachfolgend ohne Weiteres auf die Aussagen und Verhaltensweisen der KAGA-Verwaltungsräte abgestellt werden kann, um zu eruieren, wie die Aktionärinnen ihre Abmachungen über ihre Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA verstanden haben, oder mit anderen Worten: Was die Aktionärinnen abgemacht haben. Nachfolgend werden die Beweismittel aufgeführt, aus denen sich ergibt, wie die Beteiligten im Rahmen der KAGA zusammenarbeiten.

C.6.3.2 Direkt im Wortlaut des KAGA-Vertrags enthaltene Abmachungen zwischen den Beteiligten

708. Der oben wiedergegebene KAGA-Vertrag besteht aus elf Artikeln, die teilweise selbst wiederum aus mehreren Abmachungen bestehen.[1292] Für den Zweck der vorliegenden Untersuchung sind die nachfolgenden, direkt im KAGA-Vertrag enthaltene Abmachungen relevant (Unterstreichungen bereits im Original):

- «Die Aktionäre verpflichten sich, im Raume von (…), alles gemäss beiliegendem Plan (…) weder direkt noch indirekt eigene Ausbeutungsrechte zu erwerben oder sonstwie auf eigene Rechnung Kies und Sand auszubeuten». (Art. 1, vgl. auch Art. 6 Abs. 1 und Art. 9)
- «Die einfache Gesellschaft Kieswerk Uttigen wurde seinerzeit als Selbsthilfe-Arbeitsgemeinschaft geschaffen, um unerwünschte Grosskonkurrenten aus dem Gebiet des oberen Aaretales fernzuhalten. Die Kies AG Aaretal (KAGA) soll daher in keiner Weise die in der Gesellschaft zusammengeschlossenen Kieswerke, insbesondere des Aaretals, konkurrenzieren». (Art. 2)
- «Die Aktionärinnen erhalten das Kiesmaterial, das in ihren Werken verarbeitet wird, zu einem Vorzugspreis, der von Jahr zu Jahr vom Verwaltungsrat neu festgesetzt wird». (Art. 3)
- «Die Aktionäre sind berechtigt, Kiesmaterial an ihre Kunden direkt zu liefern. Der Verkaufspreis dieses Materials ab Werk und franko Baustelle wird durch den Verwaltungsrat jedes Jahr verbindlich festgesetzt. Eine Preisunterbietung mit Kiesmaterial aus den Ausbeutungs- und Produktionsstätten der Kies AG Aaretal (KAGA) ist nicht statthaft». (Art. 3)
- «Die Gesellschafter verpflichten sich überhaupt zu loyaler Konkurrenz». (Art. 3)
- «Die unterschiedlichen Fuhrkosten ab den Ausbeutungsstellen zu den verarbeitenden Werken sollen durch die Schaffung einer Ausgleichskasse möglichst angenähert werden». (Art. 4)

C.6.3.3 Begleitumstände des KAGA-Vertrags

709. Um zu klären, ob sich weitere bzw. tieferliegendere Vertragsgegenstände indirekt aus den Begleitumständen feststellen lassen, werden nachfolgend die Begleitumstände des KAGA-Vertrags ermittelt und festgestellt. Aufgrund des langen Bestehens des KAGA-Vertrages gibt es unzählige Hinweise und Aussagen der am Vertrag beteiligten juristischen Personen bzw. ihrer Organe oder Personen, die mit der Anwendung des KAGA-Vertrages betraut sind oder waren. Aus diesen Hinweisen kann auf den Inhalt geschlossen werden, auf den sich die am KAGA-Vertrag beteiligten juristischen Personen geeinigt haben. Hierbei sind zunächst Umstände zu nennen, die noch die Vorgängerinnen der KAGA betreffen, da sich die Gründerinnen der KAGA auf diese beriefen.6.3.3.1). Im Anschluss daran wird ein Blick auf

[1292] Oben Rz 583.

die Umstände der Gründung der KAGA geworfen (C.6.3.3.2). Weiter sind den Akten diverse Hinweise über Aussagen und Diskussionen zu entnehmen, die sich über die Jahre auf den KAGA-Vertrag beziehen (C.6.3.3.). Die letzten aktenkundigen Diskussionen über den KAGA-Vertrag fanden 2014 im Rahmen des Versuchs statt, einen (neuen) Aktionärbindungsvertrag abzuschliessen. Schliesslich sind auch den Aussagen anlässlich der Einvernahmen Hinweise auf den Inhalt des KAGA-Vertrags zu entnehmen (C.6.3.4).

C.6.3.3.1 Was die Vorgängerinnen der KAGA wollten

710. Auf Dokumente der Vorgängerinnen der KAGA, d.h. der einfachen Gesellschaften[1293] von 1966 und von 1967, kann aus mehreren Gründen abgestellt werden, um die Begleitumstände des KAGA-Vertrages festzustellen. Denn es ist erstellt, dass die KAGA zur Verfolgung genau derselben Ziele resp. zur Umsetzung inhaltlich vergleichbarer Abmachungen gegründet wurde, auf welche die Gesellschafter sich schon mit den Kooperationen im Rahmen der einfachen Gesellschaften von 1966 und 1967 geeinigt hatten: Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die in den Akten befindlichen Gesellschaftsverträge untereinander und im Vergleich zum KAGA-Vertrag mit Blick auf die Regelung des gemeinsam organisierten Abbaus sehr ähnlich sind.[1294] Mit der KAGA sollte der mit der KWU von 1966 begonnene Plan fortgesetzt und soweit möglich vollendet werden. So nimmt der damalige VR-Präsident im VR-Protokoll der KAGA vom 2. September 1970 ausdrücklich Bezug auf die Vorgängerinnen der KAGA und führt aus, dass der Gesellschaftsvertrag von 1967 in eine Aktiengesellschaft überführt worden sei, «wobei die grundlegenden Abmachungen aus dem seinerzeitigen Vertrag der einfachen Gesellschaft übernommen worden sind».[1295] Im selben VR-Protokoll brachten die KAGA-Verwaltungsräte zudem zum Ausdruck, dass mit der Gründung der KAGA der Vertrag der Vorgängerorganisation bekräftigt worden ist. Ein Konnex zwischen der KAGA und ihrer Vorgängerin ergibt sich weiter aus einem der letzten Sitzungsprotolle des Verwaltungsausschusses der KWU. Darin wird auf das bereits für die Gesellschafter der KWU geltende Abbauverbot im ausgeschiedenen Vertragsgebiet hingewiesen und gesagt, dass dieses im Hinblick auf die Gründung der Aktiengesellschaft KAGA bestätigt worden sei, wobei es im KAGA-Vertrag zu einer Anpassung käme: «Im neuen Vertrag ist man sogar noch einen Schritt weitergegangen, indem sich die Gesellschafter einem Konkurrenzverbot für 10 Jahre nach einem allfälligen Ausscheiden unterstellt haben».[1296] Schliesslich ist zu vermerken, dass der KAGA-Vertrag selbst explizit einen Bezug zwischen dem Ziel herstellt, das die Vorgängerinnen der KAGA verfolgt haben, und dem Gegenstand, der die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA haben soll: «Die einfache Gesellschaft Kieswerk Uttigen wurde seinerzeit als Selbsthilfe-Arbeitsgemeinschaft geschaffen, um unerwünschte Grosskonkurrenten aus dem Gebiet des oberen Aaretals fernzuhalten. Die Kies AG Aaretal (KAGA) soll daher in keiner Weise die in der Gesellschaft zusammengeschlossenen Kieswerke (…) konkurrenzieren».[1297] Zur Vervollständigung der Begleitumstände des KAGA-Vertrages kann somit auch auf die Äusserungen im Rahmen der Kooperationen der KWU abgestellt werden.

711. Hierbei sind zunächst die im Rahmen von Aufnahmeverhandlungen niedergeschriebenen «Grundgedanken» vom 28. März 1967 zu nennen, in welchen explizit die Frage behandelt wird «Was bezweckt die Arbeitsgemeinschaft Kieswerk UTTIGEN?».[1298] Dazu hielt der damalige Vertreter der Kästli und spätere VR-Präsident der KAGA (bis 1996) fest:

«Die 4 Firmen

[Hofstetter]

[Kästli]

[Messerli]

[U09]

haben sich im Jahre 1966 zusammengefunden, um rechtzeitig den Kampf gegen die Grosskiesindustrien im Raume Bern-Thun aufzunehmen. Der Hügelzug Uttigen-Kirchdorf enthält enorme Kiesvorräte, die die Erstellung eines Grosskieswerkes rechtfertigen würden. Im Aaretal (Raum Bern-Thun) bildet dieser Hügelzug die grösste noch unangetastete Kiesreserve.

Kein Wunder, dass sich die Spekulation mit diesem Objekt beschäftigte, und die Aufmerksamkeit der Grosskiesindustrie auf diese letzte Möglichkeit im Aaretal hinlenken wollte.

Glücklicherweise erhielten die bestehenden Aaretal-Kieswerke ebenfalls Kenntnis von dieser gefährlichen Situation. Da die Grösse des Kiesvorkommens in Uttigen die finanziellen Möglichkeiten eines einzelnen Werkes überschritt fand man sich bald zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammen, der es auch gelang, die ersten Ausbeutungsverträge abzuschliessen.

Wir möchten den Zweck dieser Arbeitsgemeinschaft kurz wie folgt umschreiben:

1. Fernhalten der ausserkantonalen und ausländischen Grossindustrie aus dem Raume Bern-Aaretal-Thun (Zementindustrie, Handel, usw.)

2. Rationelle Nutzung, der im Aaretal vorhandenen abbauwürdigen und abbaubaren Kiesvorräte durch die bestehenden Kieswerke.

3. Gezielter und geordneter Kiesabbau im Aaretal im Interesse der Öffentlichkeit (Landschaftsschutz, Grundwasser) und im Interesse der beteiligten Kieswerke.

4. Anstreben einer engen Zusammenarbeit auf dem Gebiete der Preisbildung im Kies- und Betonsektor, zur

- *Erzielung eines Verkaufspreises unserer Produkte, der mindestens die Kosten deckt und einen normalen Verdienst gewährleistet,*
- *Verhinderung eines volkswirtschaftlich schädlichen Preiskampfes,*

[1293] Oben Rz 569 ff.
[1294] Gesellschaftsvertrag vom 20.9.1966, Act. II.C.X.1; Gesellschaftsvertrag vom 30.11.1967, Act. II.C.X.4; KAGA-Vertrag, Act. II.C.X.8.
[1295] VR-Protokoll der KAGA vom 2.9.1970, T. 2, Act. II.C.X.5.
[1296] Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 18.12.1969, T. 2, Act. II.C.X.3; siehe dazu Art. 9 KAGA-Vertrag, oben Rz 583.
[1297] KAGA-Vertrag, Art. 2, Act. II.C.X.8.
[1298] Oben Rz 569; Notiz «Grundgedanken» vom 28.3.1967, Act. II.C.X.2.

- *Garantie für den Weiterbestand eines jeden Kieswerkes und der Zubilligung eines gerechten Anteiles an der Zunahme des Gesamtverkaufes im Raume Bern-Thun. Dabei ist es eine Selbstverständlichkeit, dass alle Beteiligten die technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten zur Verbesserung des Kies- und Betonqualität und zur Erzielung eines wirtschaftlichen Verkaufspreises einsetzen und ausnutzen.*

  Es gibt kein Ausruhen auf Lorbeeren».

712. Festgehalten wurde in diesem Dokument ferner, dass der Einstandspreis für alle Mitglieder gleich sein solle, denn «[D]amit kann verhindert werden, dass die Werke sich gegenseitig mit Uttigen-Kies konkurrenzieren können».[1299]

713. Im Rahmen der Aufnahme der neuen Gesellschafterin [U10] hielt die KWU in einem Schreiben an ihre aktuellen Gesellschafterinnen fest, dass durch die Aufnahme der [U10] als neuer Gesellschafterin «auch der gegenseitigen Konkurrenz im Erwerb von Ausbeutungsrechten die Spitze gebrochen» werde.[1300]

714. Bereits die KAGA-Vorgängerin wurde von der nahe gelegenen [U01] angefragt, ob sie Wandkies beziehen könne. Hierzu ist in den Akten festgehalten:[1301]

«In der Diskussion wird auf die Gefahren eines Zwischenhandels aufmerksam gemacht. [U01] unterbietet seit einiger Zeit die Preise bezüglich Wandkies. Mit einem Bezug aus Uttigen wird er die nächstgelegenen Kieswerke Oppligen und [U09] in erster Linie konkurrenzieren. (…) Bei Abgabe von Kies an [U01] sollte diesem indessen nicht freie Hand hinsichtlich Preis gegeben werden.

Es wird folgendes beschlossen:

1. [U01] wird die Offerte vom März 1967 erneuert, wonach die KWU bereit ist, ihm Wandkies zu Fr. 5.50 pro m3 zu verkaufen. Weitere Konzessionen kommen nicht in Frage.

2. Bei Anfragen an einzelne Gesellschafter für Wandkies aus Uttigen soll nach wie vor der Preis von Fr. 8.– abzüglich 10 % Rabatt verlangt werden. Bei Anfragen von grösseren Quantitäten ist dem Vorsitzenden Meldung zu erstatten, der ermächtigt wird, namens der KWU eine Preisofferte zu unterbreiten. (…)»

715. Vier Monate vor der Gründung der KAGA hielt der Vorsitzende der KWU und spätere VRP von KAGA, [...], im Hinblick auf die Beteiligung der Heimberg an der künftigen KAGA fest, dass Heimberg «in die KWU aufgenommen werden sollte, da er [der Betreiber des Kieswerks Heimberg] als Aussenstehender der KWU grössten Schaden zufügen könnte».[1302] Drei Monate vor der Gründung der KAGA äusserte sich der Vorsitzende der KWU noch einmal zum Ziel der KWU.[1303] Er hielt fest:

«Der Vorsitzende umreisst einleitend Ziel und Zweck der KWU. Er erinnert daran, dass sich die Gesellschafter vor allem mit dem Ziel, Grosskonkurrenten aus dem Aaretal fernzuhalten, zum gemeinsamen Betrieb von Kiesausbeutungsanlagen zusammengeschlossen haben. Die Gesellschafter vereinbarten zu diesem Zweck, die Kiesvorkommen im Vertragsgebiet gemeinsam zu sichern und auszubeuten ohne aber die bestehenden Werke der Gesellschafter zu schmälern. Dieses Ziel ist offensichtlich erreicht worden. Der Vorsitzende weist darauf hin, dass die Zusammenarbeit nur dann gelingen kann, wenn alle gleich behandelt werden und der Schwächere nicht an die Wand gedrückt wird».

C.6.3.3.2 Im Rahmen der Gründung der KAGA hervorgehobene Gegenstände der künftigen Zusammenarbeit

716. Einen Monat vor der Gründung der KAGA hielt der Vorsitzende der KWU fest, dass die Heimberg eine vertragliche Bindung zur KWU nicht wolle, es komme nur die Aufnahme als Vollmitglied in die zu gründende KAGA in Frage.[1304] Hierzu wird festgehalten:[1305]

«Der Vorsitzende weist auf die Konkurrenzverhältnisse im oberen Aaretal hin. Auf die Dauer wird auch dort, wie im Gebiet Bern und Umgebung, eine loyale Konkurrenzordnung geschaffen werden müssen, die jedem Unternehmen seinen Besitzstand und seinen Anteil an der Entwicklung garantiert. Im Lichte dieser Entwicklung befürwortet er die Aufnahme der Firma Kieswerk Heimberg AG als gleichberechtigter Mitaktionär».

717. Sodann ist auf die von den Gründerinnen der KAGA formulierte Einleitung zum KAGA-Vertrag zu verweisen. Demnach schlossen sie diesen Vertrag «zur Regelung verschiedener interner Fragen und Konkurrenzverhältnisse» ab.[1306]

718. Im Protokoll der Gründungssitzung von KAGA ist weiter zu lesen:[1307]

«Der Gedanke der Selbsthilfe habe die Gesellschafter zum gemeinsamen Betrieb von Kiesausbeutungsanlagen veranlasst, um dadurch unerwünschte Grosskonkurrenz aus dem Aaretal fernzuhalten.

Es könne festgestellt werden, dass diesbezüglich schon erfreuliche Erfolge zu verzeichnen seien».

719. Schliesslich wird im Protokoll der Gründungssitzung[1308] betont, dass dieser Gemeinschaftsgedanke auch wegleitend für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander sein und die Grundlage für eine Ordnung im Konkurrenzwesen bilden müsse. Der Zusammenschluss fordere Disziplin und verlange Einordnung in die Gemeinschaft, und der einzelne müsse bereit sein, seine Interessen hinter diejenigen der Gesamtheit zurückzustellen. Diese Bereitschaft bilde die unerlässliche und grundlegende Voraussetzung dafür, dass überhaupt Ordnung in Freiheit und unter Achtung des einzelnen verwirklicht werden könne.

[1299] Ausführungen unter II.2 zu Art. 5 in der Notiz «Grundgedanken» vom 28.3.1967, Act. II.C.X.2.

[1300] Oben Rz 570; Schreiben der «Kieswerk Uttigen (KWU)» an die Gesellschafter vom 10.10.1967, Act. II.C.X.3.

[1301] Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 29.8.1968, T. 7d, Act. II.C.X.3.

[1302] Oben Rz 574; Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 27.11.1969, T. 6 und 7, Act. II.C.X.3.

[1303] Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 18.12.1969, T. 2, Act. II.C.X.3.

[1304] Siehe auch oben Rz 576.

[1305] Protokoll der Sitzung der Gesellschafter der KWU vom 20.2.1970, T. 2, Act. II.C.X.3.

[1306] Oben Rz 583.

[1307] Protokoll der Gründungsversammlung vom 20.3.1970, S. 5, Act. II.C.X.6.

[1308] Siehe vorangehende Fn.

[1309] Siehe zur Verknüpfung des KAGA-Vertrags mit dem gemeinsamen Betrieb der KAGA durch die Aktionärinnen oben Rz 668.

C.6.3.3.3 Weitere Hinweise auf den Inhlt der Abmachungen zwischen den Aktionärinnen der KAGA bis heute

720. Nachfolgend werden die zahlreichen Hinweise auf die (verschiedenen) wettbewerbsbezogenen Äusserungen wiedergegeben, welche die Aktionärinnen der KAGA im Zusammenhang mit dem gemeinsamen Betrieb der KAGA und dem KAGA-Vertrag geäussert haben.[1309]

721. Im September 1970 wurde im VR der KAGA über das Vorgehen der in Ostermundigen ansässigen KAGA-Aktionärin [U10] diskutiert. [U10] hatte die Absicht, von einem Herrn [...] Kiesabbaurechte in Kirchdorf, also innerhalb des KAGA-Gebiets, zu erwerben. Die übrigen Verwaltungsräte bzw. Aktionärinnen erinnerten [U10] aber daran, «dass eine Durchbrechung unserer vertraglichen Abmachungen nicht in Frage komme[n] und dass infolgedessen eine Ausbeutung des Kiesvorkommens [...] durch die KAGA erfolgen könne. Der Vertrag, der mit Gründung der KAGA bekräftigt worden sei (Ausschliesslichkeit der Ausbeutung im Vertragsgebiet, Konkurrenzverbot etc.) dürfe auf keinen Fall in Frage gestellt werden».[1310]

722. Im November 1970 verhandelten die Mitglieder des Verwaltungsrates der KAGA die Frage, ob das Unternehmen [U11] als Aktionärin in die KAGA aufzunehmen sei.[1311] [U11] hatte bereits Interesse gezeigt, sich in der KWU zu engagieren, die Beteiligten an der KWU wollten die [U11] allerdings nicht aufnehmen und haben die [U11] «auf später vertröstet». Zum erneuerten Gesuch der [U11] um Aufnahme ist dem VR-Protokoll Folgendes zu entnehmen:[1312]

«Nunmehr hat die Firma [U11] von Gemeindepräsident [...] in Kirchdorf grössere Ausbeutungsrechte erworben, angrenzend an unser Ausbeutungsareal. Wir stehen damit vor einer neuen Situation. (…)»

«Die KAGA wird vom Beitritt auch profitieren, indem wir praktisch den gesamten Hügel zur Ausbeutung in unsere Hände bekommen. (…)»

«Die Firma [U11] wird sich in die KAGA voll integrieren müssen, was durch Mitunterzeichnung der Abmachungen im Sacheinlagevertrag zu erfolgen hat. Die Firma [U11] wird also nach Eintritt in die KAGA nicht mehr berechtigt sein, im Vertragsgebiet eigene Ausbeutungen zu betreiben.

Es werden folgende Beschlüsse gefasst:

1. Es wird grundsätzlich beschlossen, die Firma [U11] in die KAGA als gleichberechtigten Aktionär aufzunehmen. (…)»

723. Im Jahr 1971 erstellte der damalige VR-Präsident, [...], einen Bericht über die Kiesausbeutung im Aaretal zwischen Bern und Thun. Er äusserte sich dabei auch zum Zweck der KAGA und nahm einen kurzen Rückblick auf die Entstehung der KAGA vor.[1313]

«Die Kies AG Aaretal ist eine Selbsthilfeorganisation der Kieswerke Bern und Umgebung und derjenigen im Aaretal zwischen Bern und Thun. Sie bezweckt die Ausbeutung von Kies zur Sicherstellung der Rohmaterialversorgung der ihr angeschlossenen Kies- und Betonwerke».

«Bis zum Jahre 1967 ist von einer Zusammenarbeit, oder von einer Koordination der Ausbeutung, der Lieferungen, der Preise, usw. nicht viel zu spüren. (…)

Im Gegensatz zu diesem Einzelgang der Kieswerke im Aaretal wahren die Berner Kiesgrubenunternehmer schon seit den 30er Jahren ihre gemeinsamen Interessen im Rahmen des Kiesgrubenverbandes Bern und Umgebung. Im Schosse dieses Verbands reiften denn auch die ersten Ideen der Koordination der weiteren Kiesausbeutung (…) Aus einem ersten Teilgutachten ging hervor, dass das Gebiet Uttigen/Kirchdorf/Jaberg das grösste, noch ausbeutbare Kiesgebiet im Aaretal darstellt.

Bei dieser Situation musste angenommen werden, dass die Kieswerke im Aaretal mit zunehmender Schrumpfung ihrer eigenen Vorräte den zukünftigen Kiesbedarf in diesem Gebiet eindecken würden. Jedes Kieswerk hätte eigene Ausbeutungsverträge abgeschlossen und Ausbeutungsstellen eröffnet. Damit wären im Gebiet Uttigen/Kirchdorf/Jaberg zahlreiche 'Löcher' entstanden, die nicht nur unwirtschaftlich ausgebeutet worden wären, sondern auch das ganze Landschaftsbild in Mitleidenschaft gezogen hätten. (…)

1970 wurde die Arbeitsgemeinschaft konsolidiert und in eine Aktiengesellschaft, die Kies AG Aaretal, umgewandelt. Die KAGA hat die Aufgabe ihre Aktionäre mit genügend Rohkies zu versorgen. (…) Damit war das erste Ziel der Initianten erreicht und die 'ungeplante Verlöcherung des Uttigen/Jaberg/Kirchdorf-Hogers' zum grossen Teil verhindert. Trotz intensiver Bemühungen und grosser Opferbereitschaft gelang es ihnen jedoch leider nicht, sämtliche Kiesgrubenunternehmer unter einen Hut zu bringen. So werden heute noch 3 Kiesausbeutungen betrieben, für die die KAGA nicht verantwortlich ist (Firmen [U01] Thalgut, [U46] Münsingen, [U47] Toffen).

Zusammengefasst kann die Planung der KAGA und ihrer Mitglieder in Bezug auf die Rohmaterialgewinnung und Aufbereitung wie folgt beschrieben werden:

- *Die Eigenständigkeit eines jeden Werkes (Mitglied der KAGA = Aktionär) bleibt in Bezug auf sein ursprüngliches Tätigkeitsgebiet gewahrt.*
- *In Bezug auf die Rohmaterialgewinnung im Raume Spiez/Belp linke See-/Aareseite findet im Rahmen der KAGA eine Zusammenarbeit statt. In diesem Raume ist ausschliesslich die KAGA berechtigt, Kiesausbeutungsverträge abzuschliessen und Kies auszubeuten.*
- *Als Selbsthilfeorganisation hat die KAGA das Recht, Wandkies an Dritte zu verkaufen. Hingegen darf sie ihre Mitglieder (Aktionäre) nicht mit aufbereitetem, veredeltem Material konkurrenzieren.*

Im Rahmen dieses Konzepts ist die KAGA weiterhin bemüht, Ausbeutungsrechte zu erwerben, und die Kies-Rohmaterialgewinnung im Interesse der Aktionäre und der Öffentlichkeit (Landschaftsschutz usw.) zu koordinieren».

724. Der Bericht ist an die Laien in den Planungskommissionen gerichtet.[1314] Dieser Adressatenkreis ausserhalb der KAGA erklärt möglicherweise, weshalb im

[1310] VR-Protokoll der KAGA vom 2.9.1970, T. 2, Act. II.D.X.2; [U10] überliess in der Folge den Dienstbarkeitsvertrag der KAGA, siehe dazu VR-Protokoll der KAGA vom 21.9.1973, T. 3, Act. II.D.X.2.

[1311] Definitiv aufgenommen wurde das Unternehmen [U11] im Jahr 1973. Im Jahr 2004 verkaufte die [U11] ihre Aktien wieder an die KAGA zurück und beendete damit ihr Engagement in der KAGA (siehe dazu oben, Rz 515).

[1312] VR-Protokoll der KAGA vom 27.11.1970, T. 4, Act. II.C.X.5.

[1313] Kiesausbeutung, Bericht von [...] vom Dezember 1971, nachfolgend Auszüge aus Ziff. 1.5 und 1.6, Act. II.C.X.14.

[1314] So ausdrücklich VRA-Protokoll der KAGA vom 25.1.1972, T. 4, Act. II.C.X.11, wonach der Bericht für Leute sei, «die keine Vorbegriffe haben und in Planungskommissionen etc. sich damit befassen müssen» (da der Bericht aber dennoch vieles enthalte, das nicht für eine breitere Öffentlichkeit bestimmt sei, wurde beschlossen, den Bericht nur dem Regionalplaner abzugeben und für andere Behörden eine verkürzte Version zu erstellen).

Bericht das Verhindern von Konkurrenz nicht explizit thematisiert wird. Ebenso könnte dies ein Grund dafür sein, dass sich der Bericht zur Möglichkeit eines «Grosskieswerkes» in Jaberg äussert, das von «interessierten Persönlichkeiten und Behörden» aufgrund von Überlegungen der Wirtschaftlichkeit und der Verkehrsimmissionen immer wieder ins Spiel gebracht worden sei.[1315] Der Bericht kommt zum Schluss, dass ein solches Grosskieswerk weder wünschbar noch realisierbar wäre. Die angeblich fehlende Realisierbarkeit überrascht insofern, als die Gründerinnen der KAGA selber ja gerade den Eintritt eines neuen Grosskonkurrenten im Aaretal befürchteten und diese «Gefahr» als durchaus realistisch betrachtet haben.[1316] Sehr überzeugend erscheint die Begründung im Bericht denn auch nicht, wenn gesagt wird: «Ein solches Grosskieswerk ist nicht realisierbar, weil keines der bestehenden Werke seine Eigenständigkeit verlieren möchte oder könnte». Weiter räumt der Bericht ein, dass die Verarbeitung des Kieses direkt in der Kiesgrube günstiger wäre als die Zuführung des Wandkieses in ein externes Kieswerk (Wegfall des Transportes). Da allerdings nur zwei Varianten (Kieswerke nur in den umliegenden Kiesgruben und Verzicht auf Kieswerk bei der KAGA vs. Kieswerk nur bei der KAGA und Verzicht auf Kieswerke in den umliegenden Kiesgruben) verglichen werden, kommt der Bericht zum Schluss, es sei dennoch günstiger, auf ein Kieswerk bei der KAGA zu verzichten:

«Jedes Werk besitzt noch eigene Materialvorräte, deren Gestehungspreis bis zur Aufbereitung im Werk wesentlich günstiger liegen als der Preis der zugeführten Materialien (Wegfall des Transportes). Abgesehen davon, dass bei der ausgewiesenen Rohmaterialknappheit diese Vorräte abgebaut werden sollten, wird der Preis des fertigen Produktes wesentlich von diesen nahegelegenen Vorräten bestimmt. Würde jedes Werk sämtliches Rohmaterial [zur KAGA] zuführen, so müssten die heutigen Verkaufspreise um mindestens 25 % erhöht werden. Eine solche Erhöhung liegt jedoch in niemandes Interesse».

725. Im Jahr 1972 hielt der damalige Vorsitzende des VRA der KAGA, [...], u.a. Folgendes fest:[1317]

«KAGA ist grundsätzlich Selbsthilfeorganisation ohne Gewinnstreben. Entwicklung hat aber gezeigt, dass wir ohne Gewinn nicht auskommen».

726. Im Mai 1973 hielt derselbe Vorsitzende des VRA, Folgendes fest:[1318]

«Es muss verhindert werden, dass sich Aktionäre mit den Mitteln, die die KAGA zur Verfügung stellt, konkurrenzieren. Entsprechende Sicherungen sind bei der Gründung der KAGA (im Sacheinlagevertrag) durch Vereinbarung unter den Aktionären getroffen worden».

727. Am selben Tag hielt er zur Abgabe von Material ab Bümberg Folgendes fest:[1319]

«Es dürfen nicht Differenzen unter den Aktionären entstehen. Jedem Kieswerk sollte sein Lebensraum einigermassen garantiert werden, mit anderen Worten, es sollte nicht Akquisition im natürlichen Einzugsgebiet eines andern Werkes betrieben werden. Die KAGA wird problematisch, wenn wir dieses Problem nicht lösen können. Dieses Problem sollte durch eine kleine Kommission studiert und im Rahmen des VRA und des VR diskutiert werden».

728. Die Diskussion wurde im August 1973 wieder aufgegriffen. Im damaligen Protokoll des VRA hielt der Vorsitzende Folgendes fest:[1320]

«Der Vorsitzende unterstreicht, dass es um eine erste grundsätzliche Diskussion dieser Fragen gehe. Im Vordergrund steht die Frage des Pflichtquantums und Neugestaltung des Lastenausgleiches. Das seinerzeit festgelegte Pflichtquantum ist in gewissem Sinne überlebt. Es spielt nicht mehr diese Rolle wie im Anfang. Eventuell muss Maximalquantum ins Auge gefasst werden. Es ist eine Verschiebung der Konkurrenzlage eingetreten. Dies muss bei einem neuen Lastenausgleich berücksichtigt werden. Die angestammten Absatzgebiete sollten den einzelnen Werken erhalten bleiben. Andernfalls entstehen Differenzen unter den Aktionären».

729. Im Oktober 1973 gingen die Diskussionen weiter, ohne dass allerdings Beschlüsse gefasst wurden. Aufgrund der Diskussion wurde festgestellt, dass Wandkies und Komponenten separat behandelt werden müssten. Im entsprechenden Protokoll des VRA hielt der Vorsitzende [...] fest:[1321]

«Der Vorsitzende erinnert nochmals daran, dass dem jeweils festgelegten Pflichtquantum heute nicht mehr dieselbe Bedeutung zukommt wie anlässlich der Gründung der KAGA. Durch die Versorgung der Aktionäre mit Wandkies und Komponenten dürfen die Konkurrenzverhältnisse nicht in Mitleidenschaft gezogen oder verzerrt werden. Tragbare Lösung muss gefunden werden. Vorschlag […] bietet Diskussionsgrundlage».

730. Ebenfalls 1973 wurde die damalige Aktionärin [U10] gestützt auf den KAGA-Vertrag und unter Androhung einer Kiesbezugssperre dazu gebracht, Abbaurechte, die sie sich in Kirchdorf gesichert hatte, der KAGA zu überlassen bzw. zu übertragen. Im Laufe der Diskussionen unter den Aktionärinnen wurde festgehalten:[1322]

«Der Sekretär erinnert [...] an die absolut klare Rechtslage in bezug auf die von den Aktionären eingegangenen Verpflichtungen, wonach im Vertragsgebiet weder direkt noch indirekt Ausbeutungsverträge abgeschlossen werden dürfen oder Kies abgebaut werden darf».

731. Im Februar 1974 fasste der VR der KAGA einstimmige Beschlüsse zur Ausgleichskassenordnung für Wandkies und für Komponenten. So hielt er fest, dass vom Ausgleich der Transportkosten nur Lieferungen von Wandkies und von Komponenten erfasst sind, die in den Kieswerken von Aktionärinnen weiterverarbeitet werden. Des Weiteren beschloss der VR «in Abänderung der früheren Beschlüsse», dass Wandkieslieferungen an Dritte nur direkt über die KAGA erfolgen, d.h. direkt von der KAGA fakturiert werden.[1323]

732. Im Mai 1974 hielt der VR der KAGA zum Kieswerk [U01] fest:[1324]

«Diese Firma sollte auf jeden Fall mit unserem Wandkies keine Konkurrenzierung der Aktionäre vornehmen können».

[1315] Kiesausbeutung, Bericht von [...] vom Dezember 1971, nachfolgend Auszüge aus Ziff. 1.7, Act. II.C.X.14.
[1316] U.a. Rz 708, 711, 715 sowie 718.
[1317] VRA-Protokoll der KAGA vom 25.1.1972, T. 3.1, Act. II.C.X.11.
[1318] VRA-Protokoll der KAGA vom 11.5.1973, T. 4, Act. II.C.X.11.
[1319] VRA-Protokoll der KAGA vom 11.5.1973, T. 5, Act. II.C.X.11.
[1320] VRA-Protokoll der KAGA vom 17.8.1973, T. 3, Act. II.C.X.11.
[1321] VRA-Protokoll der KAGA vom 17.10.1973, T. 4, Act. II.C.X.11.
[1322] VR-Protokoll der KAGA vom 22.6.1973, T. 3, Act. II.D.X.2; VR-Protokoll der KAGA vom 13.7.1973, T. 4, Act. II.D.X.2.
[1323] VR-Protokoll der KAGA vom 21.2.1974, T.6, S. 14, Act. II.C.X.5.
[1324] VR-Protokoll der KAGA vom 29.5.1974, T. 7.4, Act. II.C.X.5.

733. Im Juni 1974 wurde im VR der KAGA der Geschäftsbericht vom vergangenen Jahr verlesen.[1325] Diesem Geschäftsbericht ist unter dem Titel «Einleitung» folgende Passage zu entnehmen:[1326]

«(…) Diskussionen und Meinungsverschiedenheiten unter den Aktionären (Konkurrenten) konnten bereinigt werden. Die KAGA funktioniert dann gut, wenn Konkurrenz unter den angeschlossenen Firmen vernünftig unter dem Motto: 'Leben und leben lassen' betrieben wird. Eine Zusammenarbeit in bezug auf die Preisgestaltung ist auch in der Region Thun notwendig. Ein gemeinsames Gespräch wird notwendig, um Preiszusammenbrüche zu verhindern (Kuchen, der zu verteilen, wird kleiner)».

734. Unter dem Titel «Zukunftsaufgaben» hält der Geschäftsbericht weiter Folgendes fest:

«Der Erfolg unserer Arbeit hängt weitgehend davon ab, ob wir als Konkurrenten bereit sind, vernünftig miteinander zu reden und wenn nötig auch gemeinsam, im Verhältnis der Kapazitäten, einen kleineren Auftragskuchen teilen können.

Man kann letztlich von den KAGA-Verwaltungsleuten nur dann eine positive Leistung abverlangen, wenn man ihnen nicht gleichzeitig in ihrem angestammten Arbeitsbereich 'die Beine absägt'».

735. Im März 1975 beschloss der VR von KAGA, das erst 1969 errichtete Kieswerk am Abbaustandort Bümberg wieder abzureissen. [U10] hatte zwar noch darauf hingewiesen, dass ihr Werk davon ausgegangen sei, dass in Bümberg Komponenten abgebaut würden, ihr Werk sei darauf ausgerichtet. Nachdem aber Hofstetter darauf hingewiesen hatte, «dass bei der heutigen Situation nicht zusätzliche Kapazität geschaffen werden sollte», beschloss der VR der KAGA einstimmig, den Abbruch des Werkes durchzuführen.[1327]

736. Im Juni 1975 machte der Vorsitzende die Aktionärinnen anlässlich der GV von KAGA «darauf aufmerksam, dass das im Geschäftsbericht berührte Problem der heutigen Konkurrenzsituation eine Sondersitzung des Verwaltungsrates» bedürfe. An der GV wurde das Thema noch andiskutiert, die Diskussion aber nach einigen Voten abgebrochen. Festgehalten wurde dazu unter anderem (Unterstreichungen im Original):[1328]

«[...] verweist auf Art. 4 des seinerzeitigen Vertrages unter den Gründern der KAGA. Demgemäss ist eine Preisunterbietung unter den Aktionären nicht statthaft. Des weitern haben sich diese zu loyaler Konkurrenz verpflichtet. Die Berner Werke haben für die KAGA viel Geld gebracht, ohne dafür entsprechend zu profitieren. Nun wird der Konkurrenzkampf aber auch in die Stadt Bern hineingetragen. (…) Nunmehr werden aber solche Baustellen in Bern mit Material, das teilweise aus der KAGA stammt, durch Preisunterbietungen beliefert.

[…] sieht die Ursache in den grossen Schwierigkeiten mit [U09]. Daher erfolgt die Belieferung nach Bern. Der Preis ist recht. (…)

[…] begrüsst, dass diese Eiterbeule aufgestochen wird. Anlass zur Kampfsituation gab die Eröffnung der Betonzentrale in Grosshöchstetten, an der [U09] beteiligt ist. Er vermisst, dass die KAGA hier nichts unternommen hat. (…)

[...] verweist nochmals auf das krasse Beispiel in Bern. Es trifft nicht zu, dass in bezug auf die Betonzentrale Grosshöchstetten nichts unternommen wurde. Die KAGA hat dies nicht offiziell getan, dagegen der Vorsitzende. Mit der Firma Vigier wurde Verbindung aufgenommen, und es konnte mit dem Abschluss eines Liefervertrages eine weitere Betonzentrale in Belp verhindert werden.

Sekretär [...] wehrt sich dagegen, dass [U09], bzw. das Konkurrenzverhältnis zwischen Oppligen und [U09], schuld daran sein soll, dass Preisunterbietungen durch Oppligen nach Bern hinein erfolgen. Es wird sicher notwendig sein, dass diese grundsätzlichen Fragen nun einmal gründlich im Schosse der KAGA erörtert werden. Wie [...] unterstreicht er die vertraglich eingegangenen Verpflichtungen hinsichtlich Preisunterbietung und loyaler Konkurrenz. Wenn es so weitergeht, so ist der Friede in der KAGA gefährdet. Die Preisunterbietungen sind unverständlich. Wir schaden uns damit allen selbst».

737. An dieser GV der KAGA wurde zudem der neue Geschäftsbericht präsentiert.[1329] Darin ist in der Einleitung des Präsidenten des VR von KAGA, [...], zu lesen:

«Unsere Selbsthilfe-Organisation, die KAGA, hat die Rohmaterialversorgung ihrer Mitglieder (Aktionäre) zum Ziel. Sie bildet einen ausgezeichneten Plafond, auf welchem eine Überlebens-Organisation von uns Kiesunternehmen im Aaretal aufgebaut werden könnte.

(…)

Es gibt nur ein Motto, unter welchem wir die Schwierigkeiten, die uns das Leben schwer machen, meistern können, nämlich:

leben und leben lassen

Ich gebe der Hoffnung Ausdruck, dass es uns gelingen möge, unter diesem Motto einen Ausweg aus dem selbstmörderischen Konkurrenzkampf zu finden».

738. Im Juli 1975 orientierte der Vorsitzende der KAGA, [...], über eine Aussprache über die Konkurrenzprobleme. Dabei hielt er fest:[1330]

«Die Kapazität der Werke ist eindeutig zu gross. Jeder wird am kleineren Kuchen einen kleineren Anteil haben».

739. Im Jahr 1976 beschloss der VR der KAGA einstimmig, die Ausgleichskasse ab anfangs 1976 aufzuheben.[1331] Damit verbunden war auch der künftige Verzicht auf einen Pflichtbezug der Aktionärinnen (Pflichtquantum). Jedenfalls finden sich ab 1976 in den Akten keine Hinweise mehr auf einen Pflichtbezug der Aktionärinnen. Ein Transportkostenausgleich wurde ab dem Jahr 2001 wieder eingeführt.[1332]

740. Ebenfalls im Jahr 1976 beschäftigten sich die Aktionärinnen der KAGA mit dem Konkurs der [U09]. Dazu führte der VR-Präsident der KAGA, [...], u.a. Folgendes aus:[1333]

[1325] GV-Protokoll der KAGA vom 6.6.1974, T. 2, Act. II.C.X.13.
[1326] Geschäftsbericht der KAGA 1973, Act. II.C.X.19.
[1327] Siehe dazu oben Rz 575; VR-Protokoll der KAGA vom 20.3.1975, T. 1, Act. II.C.X.5.
[1328] GV-Protokoll der KAGA vom 24.6.1975, T. 2, Act. II.C.X.13.
[1329] GV-Protokoll der KAGA vom 24.6.1974, T. 2, Act. II.C.X.13; Geschäftsbericht der KAGA 1974, Ziff. 1, S. 3, Act. II.C.X.25.
[1330] VR-Protokoll der KAGA vom 2.7.1975, T. 2, Act. II.C.X.5.
[1331] VR-Protokoll der KAGA vom 8.4.1976, T. 2, Act. II.C.X.23.
[1332] Siehe Rz 1096 ff.
[1333] Bericht zur Lage der Kies- und Transportbetonwerke in der Region Bern – Aaretal – Thun vom 16.3.1976, Ziff. 5.3, Act. II.C.X.31.

«Der vorliegende Bericht zeigt deutlich, dass die Struktur-Probleme der Kies- und Betonindustrie im Raum Bern-Aaretal-Thun in gemeinsamer Zusammenarbeit geschickter zu lösen sind, als durch einen von Macht und Prestige-Überlegungen gekennzeichneten, ruinösen Konkurrenzkampf. Die Grundlagen einer Zusammenarbeit wären durch die nachfolgenden Organisationen bereits gegeben:

Verband der Kies- und Transportbetonwerke Bern und Umgebung

[Aufzählung Mitglieder]

Kies AG Aaretal (Rohmaterialversorgungs-Gesellschaft)

[Aufzählung Aktionärinnen]»

741. In der Folge konnten sich die Aktionärinnen der KAGA auf ein Vorgehen einigen:[1334]

«Die KIESTAG wollte den Kieswerkbetrieb aufrechterhalten und die Rekultivierung vornehmen, wogegen von der Gruppe der Berner Kieswerke vorgeschlagen wurde, die Kies- und Betonanlagen stillzulegen und das restliche Kies als Wandkies zu verkaufen. An der Kapazitätsverminderung haben nicht nur die Werke der KTB [wozu insbesondere Hofstetter, Messerli und Kästli sowie [U10] und [U11] gehörten], sondern vor allem auch die Daepp AG und das Kieswerk Heimberg ein grosses Interesse. Es muss in diesem Gebiet eine vernünftige Preisordnung geschaffen werden können. Kommt aber der Nachlassvertrag der [U09] nicht zustande und erfolgt der Konkurs, so verbleibt in Wichtrach ein riesiges Loch, das für das gesamte Kiesgewerbe ein Negativum darstellen wird. Es würde mit vermehrten Schwierigkeiten bei Grundeigentümern und Behörden in bezug auf Abbaubewilligungen etc, zu rechnen sein».

742. Im November 1976 diskutierte der VR, ob die KAGA die [U02] (mit Kieswerk in Röthenbach) mit Kies beliefern sollte oder nicht.[1335] Dabei brachte der damalige VRP ([...] von Kästli) seine Meinung zum Ausdruck, «dass das Problem gelöst werden müsse über den Preis und nicht via Boykott. Die KAGA darf sich nicht dem Vorwurf, sie missbrauche Monopolstellung, aussetzen. Der Verkaufspreis an Firma [U02] müsse so angesetzt werden, dass die umliegenden Werke nicht konkurrenziert werden können». Die Diskussion im VR ergab, «dass eine Lösung gesucht werden soll, die die Existenz der Firma [U02] nicht untergräbt und andererseits den KAGA-Mitgliedern nicht Schmutzkonkurrenz gemacht wird».

743. Der Geschäftsbericht der KAGA von 1976 hält zur [U09] unter den Titeln «Verwaltungsrat und Verwaltungsratsausschuss» resp. «Preisordnung» fest:[1336]

«Nach anfänglichen Schwierigkeiten ergab sich in Bezug auf die Liquidation der [U09] eine erfreuliche Zusammenarbeit mit der Zementindustrie (Vigier), die zu folgender Problemlösung führte:

- *Stilllegung der Kieswerk- und Betonanlagen in Wichtrach und Liquidation derselben*
- *Kauf der Anlagen durch die Kieswerk Steinigand AG, KIESTAG, zur Liquidation*
- *Weiterer Kiesabbau durch KAGA in Wichtrach (…)*
- *Wiederherstellung des Kiesgrubenareals der [U09] durch die neugegründete [U15]*

Mit Ausnahme des Vertrages mit den Grundeigentümern konnten alle Vertragswerke zwischen den Beteiligten zum Abschluss gebracht werden. Der positive Ausgang dieser Zusammenarbeit bildete die Grundlage für die schon lange fälligen Preisordnungsgespräche im Raume Thun, oberes Aaretal. (…)

6. Preisordnung

Der Berichterstatter hatte schon 1974 den Auftrag gefasst, Grundlagen für eine Preisordnung zu schaffen. Die ersten Kontakte waren aber wenig erfolgversprechend und wurden insbesondere durch die der Liquidation zusteuernden [U09] behindert. Die Situation, auf der einen Seite Zusammenarbeit in der KAGA, auf der andern Seite extremer Preiskrieg auf der Kies- und Beton-Verkaufsfront, war paradox und auf die Dauer unhaltbar. Mit der Liquidation der [U09] wurde der Boden für gemeinsame Gespräche geebnet. Im Raume Thun führten die Preisordnungsgespräche zu einer gemeinsamen Preisliste mit kostendeckenden erhöhten Preis (…). Auf Jahresende konnte auch eine Vereinbarung zwischen den Berner Kies- und Transportbetonwerken und den Firmen Daepp Oppligen und [U06] Hasle-Rüegsau erzielt werden. Unter Mitwirkung der Firma Kieswerk Daepp AG, Oppligen und der [U15] wurde die Betonanlage Grosshöchstetten stillgelegt und im weiteren eine Preisvereinbarung mit erhöhten Preisen für Kies und Beton getroffen.

Damit sind für die Kies- und Betonwerke in einem recht grossen Raum, auch bei einer weiteren rückläufigen Entwicklung, die Voraussetzungen zum Überleben geschaffen.

Es gilt nun, das durch den Konkurrenzkampf angeschlagene gegenseitige Vertrauen durch korrektes Handeln und gemeinsames Gespräch zu mehren. (…) 'Mitenand geits besser'; das haben wir wohl schon nach diesen vier Monaten Preisordnung erfahren. Neben der Erfüllung ihrer eigentlichen Aufgabe, nämlich der Sicherstellung der Kiesversorgung der angeschlossenen Aktionäre, ist die KAGA eine vorzügliche Plattform der gemeinsamen Zusammenarbeit im weitesten Sinne. Es ist an uns, diese Möglichkeit zu nutzen».

744. Im Jahr 1979 herrschte eine «Kiesknappheit» und die KAGA-Aktionärinnen befürchteten, dass das zuständige Amt von der KAGA verlangen werde, dass sie zuerst einen Teil ihrer Gruben auffüllt, bevor ihr weitere Abbaubewilligungen erteilen werden. Die Aktionärinnen diskutierten deshalb über eine Kontingentierung des Kiesbezugs und verlangten von jeder Aktionärin, dass sie «dafür besorgt sei, dass in den Schuttdeponien der KAGA möglichst viel Schutt zugeführt wird». Einzelne Aktionärinnen sprachen sich gegen eine Kontingentierung des Kiesbezugs aus, wie z.B. Heimberg, da sie «vollständig von der Zufuhr ab KAGA abhängig» sei. In der Folge beschlossen die Aktionärinnen, dass der Kiesbezug für die Aktionärinnen auf den Durchschnittsbezug der letzten 5 Jahre beschränkt wird. «Ausgenommen von dieser Regelung sind diejenigen Aktionäre, die vollständig auf den Kiesbezug aus der KAGA angewiesen sind». Für Nicht-Aktionärinnen («Assoziierte») wurde die Kiesbezugsmenge auf 80 % des Durchschnittsbezugs der letzten 5 Jahre beschränkt.[1337] In der Folge wurde die Kontingentierung für Aktionärinnen und Nicht-Aktionärinnen zwar nicht durchgesetzt, aber die Massnahme wurde als Teilerfolg gewertet, weil die Behörden aufgerüttelt werden konnten und diese weitere Abbaubewilligungen erteilt hätten.[1338]

[1334] VR-Protokoll der KAGA vom 6.4.1976, T. 3, Act. II.C.X.23.
[1335] VR-Protokoll der KAGA vom 18.11.1976, T. 5, Act. II.D.X.2.
[1336] Geschäftsbericht der KAGA 1976, Act. II.C.X.36.
[1337] VR-Protokoll der KAGA vom 15.2.1979, T. 3, Act. II.C.X.32.
[1338] VR-Protokoll der KAGA vom 4.12.1979, T. 3, Act. II.C.X.32.

745. Im Jahr 1979 beschäftigten sich die Aktionärinnen der KAGA zudem mit dem Interesse der [U25], der KAGA beizutreten. Im damaligen VR-Protokoll ist dazu Folgendes festgehalten:[1339]

«Es erfolgt eine einlässliche Diskussion. Dabei wird festgestellt, dass beidseits ein gewisses Interesse an einer Zusammenarbeit besteht. Es könnte dies auch eine gewisse Beruhigung in der Marktsituation bringen. Die [U25] müsste über unsere internen Abmachungen (Konkurrenzverbot etc.) genau orientiert werden. Auch wären [U25] allenfalls gewisse Bedingungen betreffend Preispolitik zu stellen».

746. Dem Geschäftsbericht der KAGA von 1980 ist folgende Passage zu entnehmen:[1340]

«Auch wir Kiesgrubenunternehmer befinden uns in einer grundsätzlich besseren Lage als zu Beginn 1974. Die Zusammenarbeit hat Früchte getragen, zu denen wir allerdings Sorge tragen müssen. Schnell wird vergessen, wie schmerzlich die Opfer eines rücksichtslosen Konkurrenzkampfes sind und wieviel Arbeit und guten Willen es braucht, um zerschlagenes Geschirr wieder zu flicken. Es ist nur zu unser aller Nutzen, wenn wir auch in der guten Konjunktur im Rahmen der uns selbst gegebenen Grenzen bleiben, und unsere internen Abmachungen einhalten».

747. Der Geschäftsbericht der KAGA von 1981 hält unter den Titeln «Einleitung» resp. «Ausblick» Folgendes fest:[1341]

«(…) – Unsere Zusammenarbeit hat für jeden Beteiligten gute Früchte getragen. Sie hat nicht für jeden von uns den gleichen Stellenwert. Sie ist es aber wert, dass wir sie auf den kommenden Konjunktureinbruch hin festigen. Sie soll uns allen ein Ueberleben bei wesentlich kleineren Umsätzen ermöglichen.

Zusammenarbeit heisst einordnen der eigenen Initiative, mitarbeiten, Rücksicht nehmen, teilen, vielleicht sogar einmal verzichten. Es müsste eines unserer erklärten Ziele sein, diese Zusammenarbeit zu festigen und die freundschaftlichen Bande enger zu knüpfen. (…)

6. Ausblick

(…) Bleiben möchte aber auch die freundschaftliche Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA unter uns 'Konkurrenten'. Es ist keine Selbstverständlichkeit, dass wir uns nicht schon längst in die Haare geraten sind. Weit davon entfernt, freuen wir uns jedesmal, wenn wir uns zusammensetzen dürfen und unsere Beschlüsse fallen immer, oder fast immer, einstimmig. Wir müssen wissen, dass diese Zusammenarbeit ein Novum ist. Verschiedenste Male habe ich das KAGA-Konzept in schweizerischen und bundesdeutschen Landen vorgestellt, n.b. auf Wunsch der regionalen Verbände. Aber meines Wissens konnte nirgends eine KAGA-Kopie verwirklicht werden. Jeder Anlauf scheiterte am Eigennutz der einzelnen Unternehmer. Wir wollen aber nicht stolz sein über unser Gemeinschaftswerk, aber dankbar! Dankbar dafür, dass unsere Zusammenarbeit so frisch und gut ist wie zu Beginn. Und wenn ich einen Wunsch für die Zukunft habe, für eine Zukunft die unsere Zusammenarbeit sicher auf die Probe stellen wird, so nur den, dass jeder einzelne von uns die Grösse haben möge, über seine eigenen Aufgaben und Probleme hinwegzusehen und zu realisieren, dass wir alle im gleichen Boot sitzen und aufeinander angewiesen sind».

748. 1982 orientierte der damalige VRP seine Kollegen im VR der KAGA darüber, «dass unter den Landwirten in Bezug auf die Kiesentschädigungen und Landvergütungen gewisse Unruhe entstanden ist, da unterschiedliche Preise bezahlt werden. Es sollte daher eine Angleichung der Preise erfolgen, was in der Region diskutiert werden muss».[1342]

749. 1985 diskutierte der VR der KAGA den möglichen Kauf von weiteren Grundstücken und hielt fest: «In der weiteren Diskussion kommt zum Ausdruck, dass die KAGA die Grundstücke [...] unbedingt kaufen sollte, da sonst potentielle Gegner in Bezug auf Kiesabbau und Deponie Eigentümer werden».[1343]

750. Dem Geschäftsbericht der KAGA von 1986 ist folgende Passage zu entnehmen:[1344]

«Sehr erfreulich ist die Integration der Abbaustelle Ried der Aarekies AG in das Wiederauffüllungskonzept der KAGA. Damit können die beiden Firmen KAGA und Aarekies AG von den Schuttlieferanten nicht mehr gegeneinander ausgespielt werden. Diese Lösung ist ein klassisches Beispiel, wie durch Zusammenarbeit beide Partner nur profitieren können».

751. 1987 kaufte die KAGA vom Einzelunternehmen [U46] ein Abbaurecht in Jaberg. Die [U46] betrieb damals in Münsingen ein Baugeschäft, in Jaberg einen Abbau und in Niederhünigen eine Deponie.[1345] Als «pièce de résistance» bei diesem Kaufvertrag bezeichnete der damalige Vorsitzende des KAGA-VR das «Kiesbezugsrecht zum jeweiligen KAGA-Aktionärspreis (…) für 2/3 der Kieskubatur, die aus den Parzellen (…) gewonnen werden können», das die KAGA der [U46] als Gegenleistung anbot.[1346] Der Vertreter der Hofstetter (heute Alluvia) warf dabei die Frage auf, «ob eine Privilegierung eines Konkurrenten für die nächsten 20 Jahre in Ordnung sei». Der Vertreter der damaligen Aktionärin [U11] gab daraufhin zu Protokoll, «dass diese Privilegierung nur bei Bezug für den Eigenbedarf gelte. Die Betriebsleitung müsse dies allenfalls kontrollieren». Schliesslich befand der Vertreter der Hofstetter (heute Alluvia), «dass in Bezug auf die Firma [U46] die gleichen Bedingungen gelten sollten wie für die KAGA-Mitglieder untereinander. Kleinere Verstösse können und sollen nicht geahndet werden».

752. Im Rahmen dieser Diskussionen informierte der damalige VRP der KAGA zudem seine Kollegen über eine bereits in früheren Jahren getroffene Vereinbarung mit [U46], die wohl zustande kam, als die KAGA rund 10 Jahre zuvor das Heimet [...] in Jaberg kaufte.[1347] Der VRP der KAGA hielt dazu folgenden Kommentar fest: «Beim Kauf des Heimet [...] wurde mit dem Kauf-

[1339] VR-Protokoll der KAGA vom 4.12.1979, T. 7.1, Act. II.C.X.32. 1982 entschieden sich die Aktionärinnen gegen einen Beitritt der [U25], wobei sich die Gründe für diesen Entscheid den Akten nicht entnehmen lassen (VR-Protokoll der KAGA vom 30.6.1982, T. 3, Act. II.D.X.5).

[1340] Geschäftsbericht der KAGA 1980, 1. Einleitung, Act. II.C.X.47.

[1341] Geschäftsbericht der KAGA 1981, 1. Einleitung und 6. Ausblick, Act. II.C.X.48.

[1342] VR-Protokoll der KAGA vom 24.8.1982, T. 2.2, Act. II.D.X.5.

[1343] VR-Protokoll der KAGA vom 11.9.1985, T. 5, Act. II.D.X.5.

[1344] Geschäftsbericht der KAGA 1986, 4. Betrieb, Act. II.C.X.52.

[1345] VRA-Protokoll vom 8.3.1976, T. 6.2, Act. II.C.X.11; siehe auch HReg-Eintrag der nunmehr gelöschten [U46]; siehe auch Fn 1971.

[1346] VR-Protokoll der KAGA vom 18.6.1987, T. 3.7, Act. II.D.X.5; siehe auch Kommentar zu Traktandum 3 zur Vorbereitung der soeben genannten VR-Sitzung, erstellt von [...] am 26.5.1987, Act. II.D.X.5.

[1347] VR-Protokoll der KAGA vom 24.11.1977, T. 5.2 und 5.3 «Kauf Heimet [...], Jaberg», Act. II.D.X.2 (damals war zudem ein Konkurrenzverbot zu Lasten von [U46] eingeplant: «Im Einzugsgebiet der KAGA dürfte [U46] keine weitere Kiesausbeutung eröffnen. Die KAGA würde ihm Wandkies zum Preis für Assoziierte […] abgeben».).

Mitkonkurrenten [U46] ein Vertrag abgeschlossen. Die Grundhaltung des Vertrages ist 'Leben und Leben lassen', obschon damals schon die Möglichkeit bestanden hätte, dem Konkurrenten [U46] das Leben schwer zu machen».[1348]

753. Im Jahr 1989 verfasste der damalige VR-Präsident der KAGA, [...], eine Standortbestimmung der KAGA.[1349] Darin hielt er unter anderem fest:

«Im Vordergrund steht die Rohmaterialsicherung im Interesse der angeschlossenen Kieswerke und Unternehmen. Nachdem grössere neue Kiesvorkommen nur noch im Rahmen von Kieszonen bewilligt werden, müssen wir uns an der Erstellung des kantonalen Kieszonen-Sachplans engagieren. (…) Bei dieser Planungsarbeit muss sich die KAGA insbesondere dafür einsetzen, dass die ganzen Kiesvorkommen (auch die unter dem Wald) zwischen Uttigen, Kirchdorf-Jaberg und Talgut in einer zusammenhängenden Kieszone zusammengefasst werden. In allen Abbaugebieten sind die noch nicht unter Abbaurecht stehenden Parzellen 'unter Dach' zu bringen. Vordinglich ist der Erwerb der Abbaurechte für die grosse Variante Kirchdorf/Jaberg aber auch für die Abbauvorhaben in Uttigen und Bümberg. (…)

Es ist vorauszusehen, dass wir einen Aushub-Deponienotstand geraten. Die nicht in diesem Mass erwartete 'Ueberschwemmung' unserer Aushub-Deponien I + II, verbunden mit der Platzreservation für den Kehricht zwingt uns dazu Deponieraum ausserhalb unserer Kiesabbaugebiete zu realisieren. Diesbezügliche Studien werden sofort an die Hand genommen».

754. Im Dezember 1990 hielt die KAGA in einem zweiseitigen Dokument mit dem Titel «Grundsätze und Planungskonzept 2001» die KAGA-Philosophie fest.[1350] Darin wird namentlich folgendes Festgehalten (Unterstreichungen bereits im Original):

«<u>UNTERNEHMEN</u>

Die Kies AG Aaretal KAGA ist ein Zusammenschluss von neun Kies- und Bauunternehmen, die sich zur Sicherung der Kiesversorung ihrer Betriebe zusammengefunden haben.

<u>ZUSAMMENARBEIT</u>

Die Zusammenarbeit unter den Aktionären beschränkt sich nicht auf die Kies AG Aaretal. Sie erstreckt sich auf die ganze Unternehmertätigkeit im Kiesnutzungsbereich. Freundschaft, Kollegialität und Selbstbescheidung nach dem Prinzip «Leben und Leben lassen», sind die Grundlagen unseres Erfolges.

<u>AUFGABE</u>

Wir haben die Aufgabe die Kiesversorgung im Raum Aaretal zwischen Bern und Thun sicherzustellen. Der anfallende Deponieraum dient der Bauwirtschaft und der Öffentlichkeit in unserem Einzugsgebiet.

<u>KIESVORKOMMEN</u>

Die Kiesvorkommen im Raum Uttigen/Kirchdorf/Jaberg und Bümberg sind unsere Existenzgrundlage.

(…)

<u>KUNDEN</u>

Dem Aktionärskunden gehört unsere volle Aufmerksamkeit, aber auch Dritten stellen wir unsere Dienstleistungen zur Verfügung».

755. Im Jahr 1998 führten die «leitenden Angestellten der KAGA» unter sich eine Kaderklausur durch, um eine Standortbestimmung vorzunehmen und um u.a. die Frage zu diskutieren, ob die KAGA neue Kundinnen ansprechen könnte. Dabei stellten sie fest, dass der Verkauf von Wandkies in den vorangegangenen fünf Jahren zurückgegangen sei. Als mögliche Massnahme erwähnten sie die Suche nach einem Bezugsausgleich durch Dritte wie [U01] und [U48] und regten an, die Preispolitik zu Drittgrossbezügern zu überdenken. Unter der Rubrik «Spezielles» vermerkten sie dazu aber: «Für Preispolitik ist VRA/VR zuständig».[1351] Der damalige Direktor [...] präsentierte das Dokument an einer VRA-Sitzung, in welcher protokolliert wurde, dass dieses Traktandum an einer weiteren Sitzung des VRA wieder aufgenommen werde.[1352] Zu einer Anpassung der Preispolitik für gewisse Drittbezüger kam es allerdings erst 2005.[1353]

756. In den Jahren 1998/1999 entstand innerhalb der KAGA die Idee, sich an der Konkurrentin [U01] zu beteiligen bzw. diese zu kaufen. Hintergrund waren Diskussionen im VRA von KAGA, durch ein direkteres «Agieren der KAGA an der Front» eine Steigerung des Kiesverkaufs und Recyclinganteils zu erreichen.[1354] Im Jahr 2000 kam es innerhalb der KAGA zu weiteren Überlegungen, die Aufbereitung von Recycling-Produkten zu erhöhen und allenfalls mit einer eigenen Transportflotte und Disposition vermehrt und besser mit ihren Produkten an die Verbraucher (Baustellen) zu gelangen.[1355] Bevor nun aber eine eigene Transportflotte und Disposition aufgebaut werde, suche KAGA das Gespräch mit der [U01]. Dies mit der Überlegung, dass mit einer massgebenden Beteiligung und Zusammenarbeit oder allenfalls einer Übernahme der [U01] die Stärken der heutigen Tätigkeiten beider Unternehmen ausgebaut werden könnten. «Dadurch soll auch vermieden werden, dass zu hohe Investitionen, die bei beiden Firmen anstehen, getätigt werden. Es soll aber damit auch eine Preisbekämpfung im ohnehin sehr harten Markt vermieden werden, bei deren letztlich der Schwächere der Verlierer ist».[1356] Und weiter heisst es: «Aus Sicht der Unternehmensphilosophie der KAGA ist es wichtig, dass bei einer Verwirklichung eines 'Kies- und Baustoff-Recycling-Center Aaretal – KAGA' mit der ev. betroffenen Firma [U01] vorher die Idee besprochen wird, ob sie sich nicht in das Unternehmen einbinden lassen würde, mit der Verpflichtung eines Verkaufes der Firma an die KAGA oder zumindest einer Mehrheitsbeteiligung. Damit soll einem Verdrängen auf dem Markt vorgegriffen werden».[1357]

[1348] Kommentar zu Traktandum 3 zur Vorbereitung der soeben genannten VR-Sitzung, erstellt von [...] am 26.5.1987, Act. II.D.X.5.
[1349] KAGA / [U33], Heute und morgen, eine Standortbestimmung, im Januar 1989, Ziff. 2, Act. II.C.X.53.
[1350] «KAGA Grundsätze und Planungskonzept 2001» vom Dezember 1990, Act. II.D.X.9 (S. 7 f.); siehe auch Verweis auf dieses Dokument im Jahr 2001, VR-Protokoll der KAGA vom 30.5.2001, T. 10, Act. II.D.X.6; siehe zu letzterem unten Rz 758.
[1351] Dokument «KAGA Strategie 2001» «KAGA heute und morgen» vom 6.5.1998, S. 1, Act. II.D.X.9.
[1352] VRA-Protokoll vom 7.5.1998, T. 2, Act. II.D.X.7.
[1353] Siehe dazu unten Rz 1059.
[1354] Vgl. zu den diesbezüglichen Überlegungen VR-Protokoll der KAGA vom 28.3.2001, T. 9, Act. II.B.X.258.
[1355] Siehe das Dokument «Ueberlegungen zu einer Beteiligung und Zusammenarbeit an bzw. mit der Fa. [U01] in Gerzensee» vom 25.10.2000, wohl erstellt von [...] (siehe Abkürzung am unteren Rand des Dokuments: «[…]»), Act. II.D.X.9, ab S. 15.
[1356] Act. II.D.X.9, S. 16.
[1357] Act. II.D.X.9, S. 21 (Hervorhebung im Original hier weggelassen).

757. Ebenfalls im Jahr 2000 ist bezüglich des Betriebs von KAGA im VR-Protokoll der KAGA Folgendes zu lesen (Fettdruck bereits im Original):[1358]

«[...] erläutert den verteilten Umsatzvergleich. Die Umsätze liegen generell per 30. Nov. 2000 über dem Budget und den Zahlen des Vorjahres. Von den Kiesbezügen für Aktionäre zum Sonderpreis[1359] wird rege Gebrauch gemacht. Der Präsident [...] weist darauf hin, dass mit diesem Sonderpreis bei den Baufirmen Kästli AG, [U11] und Marti AG kein Handel betrieben werden darf. Die Differenz darf sich auf keinen Fall bis auf die Baustelle auswirken».

758. Im April 2001 hielt der VRA der KAGA im Hinblick auf eine Strategiesitzung des VR fest, dass in der Unterlage «Grundsätze und Planungskonzept 2001» vom Dezember 1990 die KAGA-Philosophie festgehalten ist.[1360] Der VRA gab der Direktion zudem den Auftrag, ein von der Geschäftsleitung erstelltes Dokument zu überarbeiten, u.a. mit diesen beiden Zielen:

- *«Ziel: Gleichgewicht fördern Kiesabbau- Aushubannahme, z.B. durch Anpassung der Preispolitik (Preisdifferenzierung für Kieswerk und Baustelle: für Kampf gegen Dritte).*
- *Förderung der Aktionäre oder der KAGA am Markt».*

759. Im Mai 2001 verwies auch der VR der KAGA auf die Unterlage «Grundsätze und Planungskonzept 2001» vom Dezember 1990. Der vollständig versammelte VR der KAGA führte Gruppenarbeiten und -referate zur KAGA-Strategie durch. Im entsprechenden Protokoll ist hierzu vermerkt:[1361]

«Folgendes kann nach den ersten Gruppenreferaten erkannt werden:

- *Die KAGA-PHILOSOPHIE in der Unterlage «Grundsätze und Planungskonzept» (Dez. 1990) enthält die wesentlichen Kernpunkte, die übernommen, ergänzt und weiterentwickelt werden können.*
- *Generell soll ein Gleichgewicht zwischen Kiesabbau und Aushub/Inertstoffannahme angestrebt werden, d.h. Kiespreis herabsetzen, spez. Angebot mit Retourfuhren, Peis für Aushub ehöhen etc.*

(…)»

760. Im Juli 2001 war die Strategie der KAGA erneut Thema im VRA. Im entsprechenden Protokoll ist zu lesen, dass [...] zum Thema «Philosophie/Leitbild» einen Vorschlag erarbeiten wird.[1362] Im August 2001 fand eine Strategieklausur des VR von KAGA statt. Unterlagen, die in diesem Zusammenhang erstellt wurden, enthalten unter dem Stichwort «Philosophie» folgende Angaben (Unterstreichungen bereits im Original):[1363]

«Die Kies AG Aaretal KAGA ist ein Zusammenschluss von acht Kies- und Bauunternehmen, die sich zur langfristigen Sicherung der Kiesversorgung ihrer Betriebe zusammengefunden haben.

1. Grundsatz

(…) Sie [KAGA] handelt nach dem Prinzip: 'Leben und Leben lassen'.

2. Mission / Aufgabe

Die KAGA ist die wichtigste Ver- und Entsorgerin von Kies-, Aushub- und Inertstoffmaterialien im Raum Aaretal zwischen Bern und Thun. Sie nimmt diese Aufgabe in erster Linie für die Aktionäre, aber auch für Dritte wahr.

(…)

3. Unternehmenspolitik Verhalten

Die KAGA strebt im Sinne der optimalen Erfüllung ihrer Aufgabe einen angemessenen Gewinn an. Ihre wirtschaftliche Tätigkeit richtet sich nach den Bedürfnissen der Aktionäre und soll diese in der Ausübung deren Stammaktivitäten sinnvoll ergänzen und unterstützen».

761. In einem weiteren Dokument, das in der Kopfzeile die Bezeichnung «Strategieklausur VR 2001» aufführt, ist unter dem Titel «Philosophie/Leitbild» zu lesen:[1364]

«Zusammenarbeit

Die Zusammenarbeit unter den Aktionären beschränkt sich nicht auf die Kies AG Aaretal. Sie erstreckt sich auf die ganze Unternehmertätigkeit im Kiesnutzungsbereich. Freundschaft, Kollegialität und Selbstbescheidung nach dem Prinzip 'Leben und Leben lassen', sind die Grundlagen unseres Erfolges.

(…)

Kunden

Dem Aktionärskunden gehört unsere volle Aufmerksamkeit, aber auch Dritten stellen wir unsere Dienstleistungen zur Verfügung».

762. Im August 2001 beschloss der VR der KAGA, einen externen Coach/Berater für die Koordination und die Moderation der Unternehmensanalyse- und Strategieüberprüfungsarbeiten des VR der KAGA beizuziehen.[1365] In einem Entwurf zur Unternehmensanalyse vom November 2001 steht unter dem Titel Unternehmensphilosophie zur Ist-Analyse: «Bestehende U-Philosophie von […]» und zur Analysebeurteilung: «Entwurf weiterentwickelte U-Philosophie von [...] vorhanden».[1366]

763. Im Februar 2002 fand die erste von fünf moderierten Strategiesitzungen des VR von KAGA statt, an der sieben von damals acht VR anwesend waren. Einzig der VR von Kiestag war entschuldigt abwesend, wobei für ihn sein designierter Nachfolger als Gast anwesend war. Dabei liess der externe Berater «jedes VR-Mitglied» einen Fragebogen «Shareholder-Optik – Geschäftsfelder der KAGA – Langfristige Stärken der KAGA – Massnahmen» ausfüllen.[1367] Die Antworten der sieben anwesenden VR zur «Shareholder-Optik» sind wie folgt:[1368]

[1358] VR-Protokoll der KAGA vom 6.12.2000, T. 2, Act. II.C.X.62.
[1359] Siehe dazu unten Rz 1086.
[1360] VRA-Protokoll vom 27.4.2001, T. 4, Act. II.D.X.7; für die Unterlage «Grundsätze und Planungskonzept 2001» vom Dez. 1990 siehe oben, Fn. 1350.
[1361] VR-Protokoll der KAGA vom 30.5.2001, T. 10, Act. II.D.X.6.
[1362] VRA-Protokoll der KAGA vom 4.7.2001, T. 4, Act. II.D.X.7.
[1363] Act. II.G.X.10, S. 2. In der Fusszeile ist dieses Dokument mit «Entwurf 14.8.2001 [...]» beschriftet, womit es vom damaligen VRP der KAGA, [...], stammen dürfte. Beschlagnahmt wurde es an der Hausdurchsuchung aber nicht bei Kästli oder KAGA, sondern bei einem anderen Unternehmen. Daraus ist zu schliessen, dass dieser Entwurf zumindest unter einigen VR-Mitgliedern zirkulierte.
[1364] Act. II.G.X.8, S. 2 f. (Unterstreichung im Original). Vgl. auch das sehr ähnliche Dokument «KAGA Grundsätze und Planungskonzept» vom Dez. 1990, Fn 1350.
[1365] VR-Protokoll der KAGA vom 29.8.2001, T. 4, Act. II.D.X.6.
[1366] Dokument «KAGA 3. Unternehmensanalyse», Entwurf, datiert vom 2.11.2001, Act. II.D.X.10, S. 215 f.
[1367] Protokoll der Strategiesitzung vom 28.2.2002, T. 2, Act. II.G.X.13; für die Zugehörigkeit von VR [...] zu Kiestag siehe Tabelle nach Rz 543.
[1368] Folie Shareholder Optik, Act. II.G.X.14.

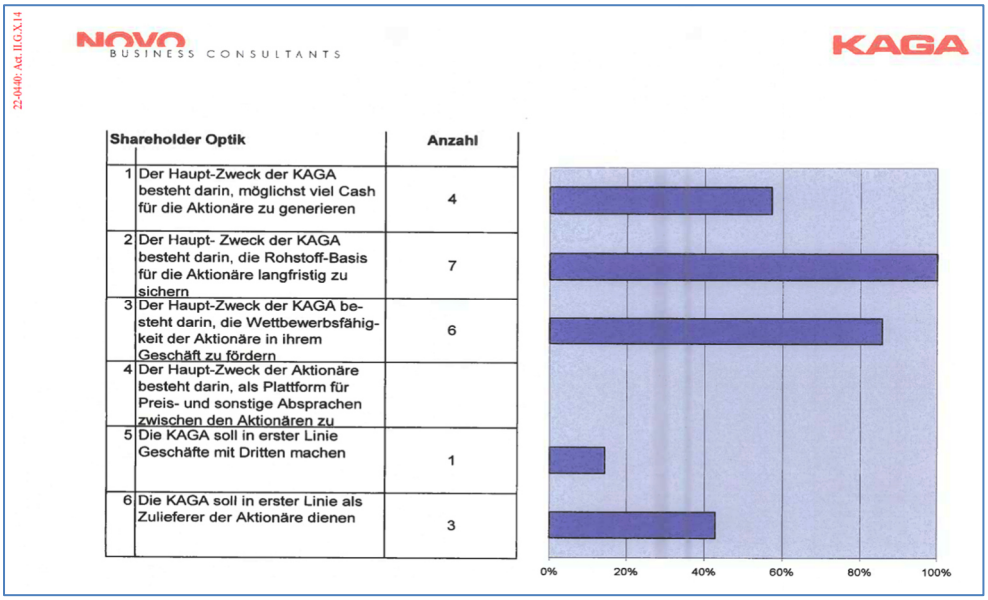


Abbildung 44: Shareholder Optik gemäss Strategiesitzungen im Jahr 2002, Act. II.G.X.14.

764. An der zweiten Strategiesitzung vom April 2002 präsentierte der externe Berater «die anhand der Einzelinterviews mit den VR-Mitgliedern ermittelte aktionärspolitische Grundhaltung zur KAGA».[1369] Er hielt unter anderem fest:

«1. KAGA ist nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck: Sie dient den Aktionären in ihrem jeweiligen Wettbewerb

2. KAGA soll im Kiesbereich:

- *langfristige Kiesversorgung sicherstellen*
- *aktuell die eigenen Kiesreserven schonen*
- *(…)*
- *den Bezug von nicht allzu teurem Kies (Aktionärspreis) ermöglichen*
- *Kies und Beton recyclieren (in Konkurrenz zu [U01])*
- *(…)*
- *den Kiespreis für Dritte hochhalten (Diskriminierung)*

  ↕ *Zielkonflikt?*
- *aktuell den Kiesabsatz fördern, um Deponievolumen zu schaffen*

3. KAGA soll im Deponiebereich:

- *den Deponiemarkt in den Griff bekommen = Hauptaufgabe (Löcher schaffen, Kunden befriedigen, keine Kontingentierungen –> kurzfristig evtl. notwendig)*
- *(…)*

4. KAGA soll im weiteren:

- *sich aufs Kerngeschäft konzentrieren (Wandkies, Deponie)*
- *(…)*
- *Konkurrenz verhindern, Markt beruhigen*
- *[U01] kaufen*
- *eine faire Politik unter den Aktionären betreiben*

5. KAGA soll nicht:

- *die Aktionäre konkurrenzieren*
- *eigenes Kieswerk betreiben und direkt an den Markt*
- *Beton herstellen*
- *Beton recyclieren*
- *Wandkiesverkauf an Bauunternehmen (höchstens mit genügender Preisdiskriminierung)*
- *in Transportgeschäft einsteigen*
- *in Erdbau und weitere Bautätigkeit einsteigen (Ausnahme: Rekultivierungsberatung)*
- *ins Aushub-Geschäft einsteigen*
- *ins Ingenieur-Geschäft einsteigen*

  (evtl. nicht in Konkurrenz, sondern in sinnvoller Zusammenarbeit mit den Aktionären)
- *sich verzetteln (Tanz auf allen Hochzeiten)*
- *Wachstum um jeden Preis anstreben*
- *sich mit unnötigen Dienstleistungen beschäftigen»*

765. Im Zusammenhang mit den Strategiesitzungen der KAGA im Jahr 2002 erstellte der externe Berater zudem weitere Auswertungen seiner Gespräche und Austausche mit den Aktionärinnen der KAGA. Dabei befragte er die Aktionärinnen u.a. nach der Konkurrenzsituation im Bereich der kiesrelevanten Tätigkeiten.[1370] Seiner diesbezüglichen Zusammenstellung ist beispielsweise zu entnehmen, dass Messerli, Hofstetter und Kästli zumindest im Jahr 2002 noch eine «Marktaufteilung» untereinander pflegten. Kästli betrachtete im Süden die [U01],

[1369] Protokoll zur Strategiesitzung VR KAGA vom 11. und 12.4.2002, T. 5, Act. II.D.X.10, S. 12–16 und Folien Aktionärspolitische Grundhaltung zur KAGA, Act. II.D.X.10, S. 157–159.

[1370] Dokument «Kurzbeschrieb der kiesrelevanten Tätigkeiten der Aktionäre der KAGA» vom 22.4.2002, Übersicht Aktionäre 2, S. 3 und Übersicht Aktionäre 3, S. 3, Act. II.G.X.22, S. 1–10.

[U49] und Daepp als Konkurrentinnen. Auch Daepp und Heimberg nannten u.a. die [U01] als Konkurrentin. Hofstetter gab in diesem Kontext zudem an: «Im Oberaargau Überkapazität an Deponievolumen. Zunehmender Preisdruck auf den Raum Hindelbank, bedingt durch Export von Aushubmaterial und Import von Kies durch Gegenfuhren». Zur Konkurrenzsituation in Bezug auf «mögliche künftige Aktivitätsfelder der KAGA» klärte der externe Berater u.a. die Konkurrenzsituation in den Bereichen «Alternative Materialgewinnung, Substitution, Recycling» und hielt fest: «Die KAGA macht dies bereits zu einem Teil, müsste evt. ausgebaut werden. Hauptkonkurrenten im Marktgebiet der KAGA sind [U04] und [U01]».[1371]

766. An der vierten Strategiesitzung vom September 2002 diskutierten die VR der KAGA u.a. einen möglichen Kauf der [U01]. Im Protokoll ist hierzu festgehalten:[1372]

«In der Diskussion kommt auch die mögliche zukünftige Situation bei [U01] […] als Hauptkonkurrent im Kies- und insbesondere Deponiemarkt der KAGA zur Sprache. Es besteht die Gefahr, dass Kiesgrube und Transportgeschäft von [U01] von anderen Marktteilnehmern wie z.B. [U04], Lehmann oder Anderen übernommen werden könnten.

Beschluss:

Der VR KAGA ist einstimmig der Meinung, dass in einer solchen Situation die Kiesgrube von der KAGA übernommen werden müsste, um nicht der Gefahr anderer Konkurrenten, welche diese Grube in Besitz nehmen würden, ausgesetzt zu sein».

767. An der fünften und letzten Strategiesitzung im Jahr 2002 verabschiedete der VR der KAGA ein Strategiepapier, das dem VR der KAGA im ersten Halbjahr 2003 zur definitiven Genehmigung vorgelegt werden sollte.[1373]

768. In der VR-Sitzung vom Mai 2003 genehmigte der VR der KAGA das Papier «Strategie 2003+ der KAGA». Darin sind u.a. folgende Passagen enthalten:[1374]

*«***1. Unternehmensstrategie**

Die KAGA unterstützt ihre Aktionäre aktiv in der Kiesversorgung sowie im Auffüll- und Deponiebereich.

Die KAGA sichert die langfristige Kiesversorgung im Raum Bern-Spiez.

Die KAGA versorgt ihre Aktionäre laufend mit qualitativ hochstehendem und günstigem Wandkies zur Weiterverarbeitung und verhilft ihnen damit zu Wettbewerbsvorteilen.

Die KAGA stellt genügend Auffüll- und Deponievolumen im Raum Bern – Spiez zur Verfügung.

(…)

3. Aktivitätsfelder

3.1 Wandkies

Das Hauptgeschäft der KAGA ist die Kiesversorgung im Raum Bern-Spiez. Sie gewährleistet eine hohe Versorgungssicherheit ihrer Aktionäre, ohne selbst aktiv am Markt aufzutreten.

Die KAGA profiliert sich im Wandkiesgeschäft, indem sie

- *(…)*
- *das Wandkies den Aktionären zu günstigen Preisen anbietet – unter Berücksichtigung der verschiedenen Ausgangslagen ihrer Aktionäre*
- *ein kundenspezifisches Sortiment anbietet (maximal Trockenaufbereitung)*
- *(…)*

3.2 Auffüllungen mit Aushub und Inertstoffdeponien

Die KAGA betreibt Auffüllungen mit Aushub und Inertstoffdeponien im Raum Bern-Spiez. Sie strebt eine marktführende Rolle an. Den Markt bearbeitet sie aktiv, ohne selber Aushub- und Abbruchtätigkeiten auszuführen. Die Nachfrage soll jederzeit befriedigt werden können.

Die KAGA profiliert sich im Auffüllungsgeschäft mit Aushub und Inertstoffdeponiegeschäft, indem sie

- *(…)*
- *die Möglichkeit für Rücktransporte z.B. von Wandkies fördert.*

Die KAGA stützt diese Profilierung ab, indem sie

- *das langfristig benötigte Auffüll- und Deponievolumen im Raum Bern – Spiez sicherstellt – unter Berücksichtigung der aktionärseigenen Auffüll- und Deponievolumina*
- *(…)*
- *mit Auffüll- und Deponiebetreibern ausserhalb des Raumes Bern – Spiez kooperiert.*
- *(…)*

3.3 Dienstleistungen

Die KAGA bietet Dienstleistungen an, solange sie damit nicht die Aktionäre konkurrenziert und die Aktivität betriebswirtschaftlich für das Unternehmen und/oder die Aktionäre sinnvoll ist».

769. Im Hinblick auf die bereits erwähnte mögliche Übernahme der [U01] bildete der KAGA-*VR* Ende 2002 eine Arbeitsgruppe bestehend aus Kästli, Heimberg und Daepp, die dies näher abklärte. In ihrer Aktennotiz zu einem Vorgespräch zwischen diesen Dreien im November 2002 hielt die KAGA-Aktionärin Aare-Kies (Daepp) fest:[1375]

«<u>Vorgeschichte</u>
Im Zusammenhang mit der Überprüfung der Geschäftsstrategie der KAGA kam auch die Firma [U01] zur Sprache. Diese besitzen inmitten des KAGA-Gebietes im Aaretal eine eigene Abbaustelle und sind zudem sehr aktiv im Verkauf von sogenannten Receyclingbaustoffen und Wandkiesersatz. Sie verfügen [über] eine Lastwagenflotte von über 20 Fahrzeugen und bauten in den vergangen[en] Jahren einen grossen Kundenstamm auf, den sie mit ihren Fahrzeugen denn auch bedienen. Die Firma [U01] besitzt zudem mehrere Baumaschinen und ist mit diesen auch im Baustellenaushub tätig. (…)

Da die Firma [U01] über eine Kiesabbau- und Aushubdeponiestelle verfügt und zudem die Aktionäre der KAGA teilweise konkurrenziert könnte eine allfällige Geschäftsübernahme sinnvoll sein. Der KAGA-VR bildet hierfür eine Arbeitsgruppe, bestehend aus den firmen Kästli, Kieswerk Heimberg und Daepp Oppligen, die eine solche Übernahme näher abklären soll. (…)

[1371] Protokoll zur Strategiesitzung VR KAGA vom 5.9.2002, T. 6, Act. II.D.X.10.
[1372] Dokument «Auswertung Aktivitätsfelder für KAGA», vom 13.5.2002, Act. II.G.X.22, S. 14–17.
[1373] Protokoll zur Strategiesitzung VR KAGA vom 17.10.2001, T. 5, Act. II.D.X.10.
[1374] Strategie 2003+ der KAGA, Act. II.D.X.15, S. 16–19; VR-Protokoll der KAGA vom 27.5.2003, T. 6, Act. II.D.X.6.
[1375] Act. II.C.X.75.

Persönlicher Kommentar

Bei der Lösung einer möglichen Übernahme der Firma [U01] sollte darauf geachtet werden, dass keine Konkurrenzprobleme entstehen. Ich bin für saubere und gezielte Trennungen. Bei der Päckchenphilosophie einzelner KAGA-Aktionäre ist meiner Meinung nach Vorsicht geboten. Ich habe kein Interesse von einer Firma, an der ich beteiligt bin, konkurrenziert zu werden. Bei dieser Konstellation möchte ich dann schon mindestens 51 % dieser Firma besitzen. Eine vollständige Übernahme durch die KAGA oder mehrere[n] KAGA-Aktionäre ist ohne Zweifel anzustreben, ehe es ein anderer tut. Um die Kontrolle nicht zu verlieren oder zumindest ein Mitspracherecht geniessen zu können, muss sich unsere Firma bei jeder Variante beteiligen. Unsere eigene Firmenphilosophie – frei sein - frei bleiben – darf dabei nicht untergraben werden. (…) Die Firma [U01] arbeitet im selben Tätigkeitsumfeld wie wir und wird uns des[s]halb irgend in einer Form immer wieder konkurrenzieren. Es wäre mir lieber, die Firma [U01] bleibe ein selbständiger Familienbetrieb – zumindest lieber als mit unseren 'Konkurrenten' eine schwierige Beteiligung einzugehen. Eine KAGA genügt völlig…….».

770. Im Juni 2005 hielt der damalige VRP der KAGA, [...], in einem Dokument mit dem Titel «Unternehmensphilosophie» folgendes fest:[1376]

«Die Kies AG Aaretal KAGA ist ein Zusammenschluss von sieben Kies- und Bauunternehmen, die sich zur langfristigen Sicherung der Kiesversorgung ihrer Betriebe zusammengefunden haben.

1. Grundsatz

(…) Sie handelt nach dem Prinzip: 'Leben und Leben lassen'.

2. Mission / Aufgabe

Die KAGA ist die wichtigste Ver- und Entsorgerin von Kies-, Aushub- und Inertstoffmaterialien im Raum Bern-Spiez. Sie nimmt diese Aufgabe in erster Linie für die Aktionäre, aber auch für Dritte wahr.

(…)

3. Unternehmenspolitik Verhalten

Die KAGA strebt im Sinne der optimalen Erfüllung ihrer Aufgabe einen angemessenen Gewinn an. Ihre wirtschaftliche Tätigkeit richtet sich nach den Bedürfnissen der Aktionäre und soll diese in der Ausübung deren Stammaktivitäten sinnvoll ergänzen und unterstützen».

771. Im Dezember 2005 diskutierten die VR der KAGA den seit längerer Zeit angedachten Kauf der [U01], bestehend aus Kieswerk, Transportflotte und Kiesabbau- und Auffüllrechten.[1377] Der Kauf kam in der Folge aber nicht zustande. Den Akten zu den Diskussionen über den Kauf der [U01] lassen sich aber insbesondere Hinweise auf die von den Aktionärinnen mit der KAGA verfolgten Ziele entnehmen. So ist beispielsweise in einem bei Kästli beschlagnahmten Dokument vom 7. Dezember 2005 hinsichtlich der VR-Sitzung vom 14. Dezember 2005 zu lesen:[1378]

«Kauf-Motivation der KAGA:

Die KAGA verkauft ihren Kies zum Grossteil an die Aktionäre. Auch die [U01] ist Kieskunde der KAGA. Zudem ist [U01] einer der grösseren Aushublieferanten an die KAGA. Im Tagesgeschäft sind die [U01] und die KAGA keine Konkurrenten, da die KAGA gemäss Strategie nicht direkt im Kiesmarkt auftritt. Indirekt entsteht aber den auf dem Markt aktiven KAGA-Aktionären durch die [U01] Konkurrenz, und das Nebeneinander der beiden Kiesbetriebe [U01] und KAGA beinhaltet eine gewisse Unruhe und Unberechenbarkeit betreffend Kies- und Deponiepreis im Markt. Insbesondere stellt sich für die KAGA die Frage, was geschieht, wenn [U01] an einen Nicht-KAGA-Aktionär verkauft. (…)»

772. Im Protokoll der am 14. Dezember 2005 abgehaltenen VR-Sitzung von KAGA ist zu lesen:[1379]

«Die vorgängig verschickten Unterlagen werden vom Vorsitzenden [...] erläutert und von den Anwesenden intensiv diskutiert. Der VR ist sich einig, dass es sich um eine defensive Investition handeln würde, nicht in erster Linie um ein gutes Geschäft, sondern um eine Gelegenheit, in der Region etwas Ruhe in den Branchenmarkt zu bringen. Der VR beschliesst folgendes Vorgehen:

(…)

2. Sollte das Angebot der KAGA nicht akzeptiert werden bzw. werden Angebote Dritter von [U01] geprüft, wird im Sinne einer Rückfallstrategie Hr. [...] für die KAGA aktiv und er würde von der Vigier Holding AG aus eine Einzelofferte einreichen. Damit wäre die KAGA indirekt weiter dabei.

(…)»

773. Im Januar 2006 übermittelte die KAGA ein Kaufangebot an die [U01] in der Höhe von CHF [4–8] Mio.[1380] Die Berechnung des Kaufangebots zeigt, dass die Kies- und Auffüllreserven, also die Abbau- und Deponierechte, die zwei mit Abstand bedeutendsten Werte des Betriebs von [U01] sind.[1381] Im März 2006 stellten die VR der KAGA an ihrer VR-Sitzung fest, dass die [U01] noch nicht auf das Angebot geantwortet hatte. Dabei orientierte der Vertreter der Kiestag ([...]) die übrigen VR, dass die [U01] auch die Kiestag bezüglich eines Kaufes kontaktiert hätte und einen Kaufpreis von ca. CHF 7 Mio. erwähnt habe. An dieser Sitzung beschloss der VR von KAGA (implizit)[1382] einstimmig, dass [...] bei der [U01] nachfragen soll, ob sie noch weiter mit der KAGA verhandeln wolle, und dass der Vertreter der Kiestag die Unterlagen, die bei der Kiestag vorliegen, mit den bei der KAGA vorhandenen vergleiche und [...] orientiere.[1383] Dem VR-Protokoll der KAGA vom Mai 2006 ist zu entnehmen, dass der VR zwar davon ausgehe, dass die [U01] momentan nur mit der KAGA verhandle, dass die [U01] aber auch gegenüber Dritten immer wieder durchblicken lasse, dass sie verkaufen wolle.[1384] Im Januar 2007 diskutierte der VR der KAGA über ein höheres Angebot für die [U01]. Der Vertreter der Kiestag ([...]) informierte die übrigen anwesenden VR, dass die Kiestag bereit sei, CHF 6,5 Mio. zu offerieren (CHF 5 Mio. für Substanz, CHF 1,5 Mio. Goodwill/Taktik betreffend Ruhe in den Markt zu bringen). Er schlug vor, dass die KAGA auch diese Summe bieten soll. «Nach eingehender interessanter Diskussion fällt im VR folgender (implizit)[1385] einstimmiger Entscheid: Kaufangebot durch

[1376] KAGA, Unternehmensphilosophie, vom 30.6.2005, Act. II.D.X.15, S. 3 (Unterstreichungen bereits im Original).
[1377] Oben Rz 755.
[1378] Dokument vom 7.12.2005 hinsichtlich der VR-Sitzung vom 14.12.2005, Act. II.A.X.99.
[1379] VR-Protokoll der KAGA vom 14.12.2005, T. 1, Act. II.D.X.6.
[1380] Schreiben der KAGA vom 16.11.2006, Act. II.C.X.100, S. 29 ff.
[1381] Act. II.C.X.100, S. 35.
[1382] Rz 694 f.
[1383] VR-Protokoll der KAGA vom 23.3.2006, T. 4.5, Act. II.B.X.258.
[1384] VR-Protokoll der KAGA vom 17.5.2006, T. 5.2, Act. II.B.X.258.
[1385] Rz 694 f.

KAGA: CHF [4–8]». Ebenso einig war sich der VR der KAGA, dass sie die CHF 7,5 Mio. nicht zahlen wolle, welche nach Angaben der [U01] von der [U04] geboten würden. «[...] wird 14 Tage nach Versand des Kaufangebots mit der Fa. [U04] Kontakt aufnehmen und (falls Angebot erfolgt) auf einen allfälligen 'Konkurrenzkampf' aufmerksam machen».[1386] Am 29. März 2007 entschied der VR der KAGA (implizit)[1387] einstimmig, das Angebot für die [U01] gestützt auf neue Zahlen auf CHF [4–8] Mio. zu erhöhen.[1388] Nachdem der VR der KAGA innert Angebotsfrist von der [U01] keine Rückmeldung erhalten hatte, entschied er (implizit)[1389] einstimmig, der [U01] eine Absage zu schicken. Zudem hielt er (implizit)[1390] einstimmig fest: «Da die Firma [U04] auch ein Angebot gemacht hat, wird [...] mit [...] [damaliger VR von [U04]] über allfällige Konsequenzen von Seite KAGA sprechen».[1391]

774. Dass in der Folge ein Gespräch zwischen [...] und [...] stattgefunden hat, bestätigt im Übrigen auch [...], Sohn von [...] und heutiger Geschäftsführer der [U04], in seiner Zeugenbefragung. Auf die Frage, ob die [U04] jemals vorhatte, eine bestehende Deponie zu erwerben, hielt er fest:[1392]

«Ja. Dies war die Deponie der Firma [U01]. Die hätten wir vor ca. 8 Jahren übernehmen können. Wir waren uns bereits mit dem Preis einig, auch die Verträge lagen schon zum Unterzeichnen bereit auf dem Tisch. Dann wurde mein Vater von [...] zu einem Gespräch eingeladen. Nach diesem Gespräch war mein Vater sehr verstört. Er sagte, dass wir das Projekt sofort abbrechen müssen, sonst bekämen wir Ärger mit der Firma Kästli. Die Firma Kästli würde sonst zu uns nach Thun kommen und uns dort konkurrenzieren. [...] sagte, dass die Firma Kästli billiger deponieren könne als die Firma [U04]. Daher mussten wir das Geschäft abbrechen. Was genau alles in dem Gespräch ablief, weiss ich nicht. Aber mein Vater hat mir davon erzählt».

775. Sowohl KAGA als auch Kästli halten zu dieser Aussage fest, dass [...] dieses Gespräch als Vertreter von KAGA geführt habe und nicht als Vertreter von Kästli. Das Verhalten von Kästli sei kein Gesprächsthema gewesen. Besprochen worden sei, welchen Einfluss der Erwerb eigener Kiesvorkommen und Deponievolumen durch [U04] für die künftige Geschäftsbeziehung zwischen [U04] und KAGA haben könnte.[1393] Der Einvernommene war selber nicht an diesem Gespräch beteiligt, das fast neun Jahre vor seiner Einvernahme stattfand. Er berichtet nur vom Hörensagen und gesteht selber zu, nicht zu wissen, was genau an diesem Gespräch ablief. Auf seine Aussagen zum Inhalt dieses Gesprächs kann daher nicht abgestellt werden. Dass das Verhalten von Kästli gegenüber [U04] auch ein Thema an diesem Gespräch war, ist dementsprechend nicht bewiesen – das ist aber auch nicht weiter relevant. Unbestritten ist, dass ein Gespräch zwischen [...] als Vertreter von KAGA und [...] ([U04]) stattfand. Aufgrund diverser Protokollstellen ist sodann erstellt, dass KAGA dieses Gespräch mit [U04] als Reaktion auf deren Angebot zur Übernahme von [U01] suchte. Erwiesen ist auch, dass KAGA mit [U04] «über allfällige Konsequenzen von Seiten KAGA sprechen» wollte, die eine Übernahme von [U01] durch [U04] nach sich zöge.[1394] Im Klartext heissen diese Protokollpassagen, dass KAGA [U04] im Gespräch in Aussicht stellen wollte, ihr Verhalten gegenüber [U04] zu deren Nachteil zu ändern, sollte [U04] [U01] kaufen. Fest steht weiter, dass es KAGA mit diesem Gespräch darum ging, Einfluss auf den Kaufentscheid von [U04] zu nehmen resp. diese von einem Kauf abzubringen. Schliesslich ist erstellt, dass [U04] nach dem Gespräch davon absah, [U01] zu kaufen. Die Schilderung des Einvernommenen hinsichtlich des Eindrucks, den er von seinem Vater nach dem Gespräch hatte, betrifft – anders als seine Ausführungen zum genauen Inhalt des Gesprächs – ein selbsterlebtes Ereignis. Fest steht damit zumindest, dass das Gespräch den Vater des Einvernommenen beschäftigte und bei diesem einen Eindruck hinterliess, was auf das Ausmass der von KAGA in Aussicht gestellten Nachteile im Falle eines Kaufs hindeutet.

776. Im Jahr 2006 diskutierten die Mitglieder des VR der KAGA den Umstand, dass die Aktionärin Marti keinen neuen VR delegiert hat seit dem Stellenaustritt ihres Mitarbeiters [...], der zuvor als Vertreter der Marti im VR der KAGA war.[1395] Zum weiteren Vorgehen mit Marti als Aktionärsunternehmen waren im VR der KAGA unterschiedliche Meinungen vorhanden, «da ungewiss ist, was die Fa. Marti AG im Raum Bern für Absichten hat (Kies- und oder Betonwerk etc.)». Der VR beschloss, dass [...] mit [...] das Gespräch suchen werde. Weiter ist im Protokoll festgehalten: «Einig ist sich der VR, dass die Strategie der KAGA auf keinen Fall geändert wird».[1396]

777. Im Jahr 2008 hielt der damalige VR-Präsident der KAGA, [...], im Geschäftsbericht von KAGA (Vorwort des Präsidenten) Folgendes fest:[1397]

«Seit bald 40 Jahren darf die KAGA auf eine äusserst erfolgreiche Firmengeschichte zurückblicken. Das Berichtsjahr ist dabei eines der erfolgreichsten überhaupt, wie Sie dem nachfolgenden Jahresbericht und der Jahresrechnung entnehmen können. Dies dürfen wir zufrieden, dankbar und auch ein wenig stolz zur Kenntnis nehmen. Woher aber kommt denn dieser Erfolg [der KAGA] eigentlich? Zum Geheimnis des Erfolges gibt es viele Lehrbücher, gescheite Theorien und auch unzählige Berater, (…) Aber mir scheint noch viel naheliegender, diese Frage aus unserer Firmengeschichte heraus selbst zu beantworten.

[1386] VR-Protokoll der KAGA vom 18.1.2007, T. 2, Act. II.B.X.258.
[1387] Rz 694 f.
[1388] VR-Protokoll der KAGA vom 29.3.2007, T. 4, Act. II.B.X.258.
[1389] Rz 694 f.
[1390] Rz 694 f.
[1391] VR-Protokoll der KAGA vom 16.5.2007, T. 6, Act. II.B.X.258; siehe auch die Information darüber, die [...] in der Geschäftsleitung der Alluvia einbrachte, GL-Protokoll der HM Gruppe vom 24.5.2007, T. 1.4.6, Act. II.B.X.212: «Die [U04] hat ein höheres Angebot eingegeben. Der VR beschloss, sein Angebot zurückzuziehen und der [U04] die Konsequenzen einer Übernahme zu kommunizieren».
[1392] Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 159–168, Act. III.26.
[1393] Act. IV.4 und IV.5.
[1394] Vgl. auch die Stellungnahme von KAGA in Act. IV.4, Rz 37 erstes Lemma: «Besprochen wurde, welchen Einfluss der Erwerb eigener Kiesvorkommen und eigener Deponievolumen auf die künftige Geschäftsbeziehung zwischen [U04] und der KAGA haben könnte, z.B. in Bezug auf Dispositionen betreffend Deponievolumen».
[1395] Oben Fn 45.
[1396] VR-Protokoll der KAGA vom 23.3.2006, T. 6, Act. II.D.X.6.
[1397] Geschäftsbericht der KAGA 2008, Vorwort S. 5, Act. II.C.X.126 (Unterstreichung bereits im Original).

Die KAGA *wurde von unseren Vorfahren* seinerzeit gegründet*, um die langfristige* Versorgung der Aktionäre mit Kies sicher zu stellen. *Das Aaretal und insbesondere die Gegend unserer KAGA-Aktivitäten ist das Kiesreservoir des südlichen Kantons Bern. Entsprechend* gross war *zur Gründerzeit* das Interesse verschiedener Firmen, sich diese Kiesreserven zu sichern. Anstatt sich nun aber gegenseitig zu bekämpfen, hat man damals zusammen gefunden *und beschlossen, die Ver- und Entsorgung der Aktionäre und der Region gemeinsam sicher zu stellen. Dabei gab es durchaus auch weitere Akteure in der Gegend wie z.B. die Firma [U46] oder [U09], deren Hinterlassenschaft die KAGA zum Teil noch zu bereinigen hatte.* Die seit der Gründung der KAGA gelebte Partnerschaft ist m.E. der Hauptschlüssel zu unserem Erfolg. *Was nicht selbstverständlich ist – und worum uns einige mir gut bekannte Unternehmen und Regionen in der Schweiz beneiden – nämlich dass es uns immer wieder gelingt, trotz harter Konkurrenz der Aktionäre untereinander echte Partnerschaft in der Sache zu leben, das macht uns erfolgreich. Gemeinsam sind wir stark, sagt ein bekanntes Sprichwort, und darauf lässt sich auch in Zukunft bauen. Eine* funktionierende Partnerschaft *bedingt Offenheit, Verlässlichkeit, Transparenz und gegenseitige Rücksichtnahme, und es braucht bisweilen auch die* Bereitschaft, die eigenen Interessen im Interesse des Ganzen zurück zu stellen – *was uns Unternehmern nicht immer leicht fällt.* Doch diese vermeintliche Einschränkung scheint mir angesichts des Erfolges ein bescheidener Preis. Ich danke allen Aktionären und Verwaltungsräten ganz herzlich, dass Sie mit ihrem partnerschaftlichen Verhalten immer wieder zum Erfolg der KAGA beitragen*».*

778. Im Jahr 2009 fand eine Strategietagung der Verwaltungsräte der KAGA statt.[1398] Dabei nahmen sie zunächst einen Rückblick auf die «Strategie 2003+» und deren Umsetzung vor. Anschliessend formulierten sie unter dem Titel «Strategie 2010+» Änderungen und Überprüfungen, die vorzunehmen seien.[1399] Die geäusserten Änderungsabsichten und festgehaltenen Änderungen sind, jedenfalls soweit vorliegend interessierend, nicht grundsätzlicher Natur. Es gab keine Änderungen der oben wiedergegebenen Punkte der «Strategie 2003+»,[1400] lediglich Ergänzungen zu diesen. So wurde namentlich im Bereich Wandkies ergänzt, dass das Kiesversorgungsgebiet der KAGA für Aktionäre neu auf weitere Gebiete als der Raum Bern-Spiez ausgedehnt werden könne, damit zusätzlicher Deponieraum generiert werde.[1401] Zudem wurde u.a. eine Überprüfung des Transportkostenausgleichs[1402] beschlossen und vorgesehen, ein Modell auszuarbeiten, das auch Kieswerke der Aktionärinnen berücksichtigt, die ausserhalb der historischen Kieswerkstandorte liegen (Bern West, Bern Ost, Bern Süd, Aaretal, Thun Nord und Wimmis – Steinigand).[1403]

779. Weiter stellte [...] an der genannten Strategietagung den Entwurf eines Aktionärbindungsvertrages vor, der an der nächsten VR Sitzung zu beraten sei.[1404] Im Schlusswort des Protokolls der VR Strategietagung vom 30. November 2009 hielt der VRP der KAGA, [...], Folgendes fest:[1405]

«Der Präsident [...] dankt allen Verwaltungsratsmitgliedern für die offene, faire und sachliche Diskussion im Verlaufe dieser Tagung. Auch wenn es für den einzelnen Aktionär nicht immer einfach war, sich zu Gunsten einer gesamten gemeinsamen Lösung zurückzunehmen, zeigte die Tagung, dass die dazu notwendige Solidarität untereinander vorhanden ist. Gerade Letzteres hat die KAGA in ihrer nun 40 jährigen Geschichte stark gemacht. Er wünscht sich, dass dies auch in Zukunft so bleiben kann, denn letztlich hat dadurch auch jeder Aktionär entsprechend profitiert».

780. 2009 war die Kiestag mit der Frage konfrontiert, ob es ihr gestattet sei, in der Gemeinde Zwieselberg am Standort Allmid eine Kiesgrube zu eröffnen und zu betreiben. Am 18. September 2009 informierte [...] (damals Geschäftsführer der KAGA)[1406] [...] (damals Geschäftsführer der Kiestag)[1407] darüber, dass das Vorhaben der Kiestag konform mit dem KAGA-Vertrag ist:[1408]

«Lieber [...]

Hier der gewünschte Kartenausschnitt vom 20.3.1970 mit der Linie «Kiestag» vom 17.5.1977 wie besprochen. Ich habe Dir zusätzlich das Objektblatt «Allmid» aus dem regionalen Richtplan kopiert und versucht die «Kiestag-KAGA» Linie einzutragen. Nach meiner Beurteilung sollte die ev. Kiesabbau- und Auffüllung «Allmid-Zwieselberg» ausserhalb der KAGA Fläche liegen. Also kein Problem für Kiestag.

mfg [...]»

781. Im Dezember 2009 nahm der VRP der KAGA, [...], einen Rückblick auf das Jahr 2009 vor:[1409]

«Der Präsident [...] dankt seinen VR-Kollegen für die angenehme Mitarbeit im 2009. Es mache Spass, den Vorsitz inne zu haben, wo folgende Adjektivwörter, trotz Konkurrenz am Markt im Vordergrund stehen: konstruktiv, offen, hart in der Sache, kompromissfähig im Entscheid, transparent, solidarisch, 'ziehen am gleichen Strick', 'geben und nehmen' sowie 'leben und leben lassen'».

782. Der Bezug auf die Ursprünge der KAGA[1410] ist auch im Jahr 2010 wieder zu finden. Im Rahmen des nicht zustande gekommenen «aktuellen Aktionärbindungsvertrags», in dessen Entwurf insbesondere die exklusive Zuweisung des Kiesabbaus im KAGA-Gebiet an die KAGA vorgesehen war,[1411] wurde im VR-Protokoll der KAGA Folgendes festgehalten:[1412]

«Die anderen Aktionäre bedauern, dass damit kein aktueller Aktionärbindungsvertrag zu Stande kommt, sind sie doch überzeugt, dass mit dem vorliegenden Entwurf dem ursprünglichen KAGA-Gründungsgedanken bei sich verändernden Verhältnissen am ehesten Rechnung getragen werden könnte».

783. Im Jahr 2011 diskutierten die Mitglieder der FIKO der KAGA Beobachtungen im Raume Bern:[1413]

[1398] Siehe die Unterlagen dazu in Act. II.D.X.27.
[1399] Vgl. Rahmenprogramm und Traktandenliste in Act. II.D.X.27, S. 32–34.
[1400] Oben Rz 765.
[1401] Protokoll der VR Strategietagung der KAGA vom 30.11.2009, T. 2 und 3, Act. II.D.X.27, S. 35–42; siehe auch Ziff. 1 Beschluss-Protokoll aus VR Strategietagung der KAGA vom 30.11.2009, Act. II.D.X.27, S. 1–4.
[1402] Siehe zum Transportkostenausgleich unten Rz 1092 ff.
[1403] Ziff. 2 Beschluss-Protokoll aus VR Strategietagung der KAGA vom 30.11.2009, Act. II.D.X.27, S. 1–4.
[1404] Siehe oben Rz 610.
[1405] Protokoll der VR Strategietagung der KAGA vom 30.11.2009, T. 5, Act. II.D.X.27, S. 35–42, S. 42.
[1406] Oben Rz 89.
[1407] [...] ist seit 1.11.2008 Unternehmensleiter der Kiestag (EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 64 ff., Act. III.1).
[1408] Handschriftliche Nachricht von [...] vom 18.9.2009, Act. II.F.X.25.
[1409] VR-Protokoll der KAGA vom 2.12.2009, T. 8, Act. II.A.X.161.
[1410] Oben Rz 777 und 779.
[1411] Oben Rz 611.
[1412] VR-Protokoll der KAGA vom 4.5.2010, T. 4, Act. II.A.X.184.
[1413] FIKO-Protokoll der KAGA vom 24.8.2011, T. 9, Act. II.B.X.463.

«Der FIKO-Vorsitzende [...] ist besorgt über die Aktivitäten der Fa. [U04] im Raum Bern. Diese unterbietet die Mitbewerber mit Tiefstpreisen! Die Frage ist, wie viel Aushubmaterial bringt die Firma aus dem Raum Bern zur KAGA und wie sind die Veränderungen der Mengen in den letzten Jahren?

Der GF wird dieser Frage nachgehen und über unsere Statistiken aufzeigen können».

784. Siehe in diesem Kontext auch die vom Protokollführer des KAGA-Verwaltungsrats festgehaltene (und offenbar später wieder gestrichene) Passage einer VR-Sitzung vom November 2012:

«Das Thema Deponiebewirtschaftung wird ausführlich im VR diskutiert, insbesondere das Verhalten gegenüber der Firma [U04], die sich, nicht zur Freude der Berner Unternehmungen, in der Stadt Bern stark macht (Europa-Platz)».[1414]

785. Ebenfalls im Jahr 2011 wollte ein Vertreter von Alluvia an einer Sitzung der FIKO anlässlich der Besprechung des Zwischenabschlusses wissen, ob der Umsatz der KAGA mit sortiertem Wandkies für den Strassenbau im Lichte der KAGA-Strategie und der Aktionärsinteressen nicht zu hoch sei:[1415]

«[...] erkundigt sich, ob die erzielten Erträge im sortierten Wandkies (Kies für den Strassenbau 0 / 63 und 0 / 100) mit der Strategie der KAGA und den Aktionärsinteressen vereinbar sind. Nach gehaltener Diskussion erkennt die FIKO kein Widerspruch zur KAGA-Strategie, handelt es sich doch um ein Baustellenprodukt, das von den Kieswerken wenig hergestellt wird, da bei diesen der Kies ab Wand lieber für hochwertigere Produkte wie Beton, aufbereitet wird».

786. Im Jahr 2012 blickten die VR der KAGA zurück und nahmen eine «Auslegeordnung mit Rückblick und Erfolgskontrolle zu Strategie 2003+ / 2010+» vor, um gestützt darauf eine «Strategie 2012+» zu erarbeiten.[1416] Ein Vergleich der Beschlussprotokolle der Strategietagungen bezüglich «Strategie 2012+» resp. «2010+» zeigt,[1417] dass im hier interessierenden Bereich vor allem eine wesentliche Änderung vorgenommen wurde: Beschlossen wurde, dass KAGA bis auf weiteres (ca. 5 Jahre) die Annahme von Liefermengen von Aushub und Inertstoffen im KAGA-Einzugsgebiet zwischen Thun und Bern beschränkt. Als Grund dafür wird der «Ausgleich Kiesabbau und Auffüllung unter Berücksichtigung der Betriebsflächen und der Mehrauffüllungen infolge der Geländeerhöhungen» angeführt.[1418] Hintergrund dieses Beschlusses wird der an anderer Stelle[1419] bereits festgestellte Engpass im Deponiebereich gewesen sein. Insgesamt ist mit der «Strategie 2012+» keine Änderung der Ausrichtung der KAGA oder der Strategie verbunden.

787. Im Beschlussprotokoll «Strategie 2012+» vom 10. Juli 2012 ist im Übrigen Folgendes zu lesen:[1420]

«5. Sicherung von Deponievolumen:

Die KAGA stützt diese Profilierung ab, indem sie:

Das langfristig benötigte Auffüll- und Deponievolumen im Raum Bern-Spiez sicherstellt, unter Berücksichtigung der aktionärseigenen Auffüll- und Deponievolumina.

Die Konkurrenzsituation anderer Deponien wird für die nächsten fünf Jahre als gering eingestuft (…). Störend ist die Tatsache, dass Kies mangels genügender Deponiemöglichkeiten im Raum Bern, aus dem Raum Oberargau mit 'Aushub-Retourfuhren' nach Bern gelangt».

788. Im Dezember 2014 – nachdem in den Medien über mögliche Kartellrechtsverstösse der KAGA berichtet worden war[1421] – beschloss der VR von KAGA mehrere Änderungen in den Bereichen Kies und Deponie: Bezüglich Kieses wurde das bisherige System der Aktionärs- und Drittpreise durch Einheitspreise mit gestaffelten Mengenrabatten abgelöst. Mit der Begründung eines stark zurückgegangenen Annahmevolumens wurde zudem der Transportkostenausgleich auf Kiesbezügen der Aktionärinnen aufgehoben. Mit derselben Begründung wurde im Bereich Deponierung die Beschränkung des Annahmegebiets sowie die mengenmässigen Begrenzungen und die damit verbundene Kompensationspflicht durch Kiesbezüge aufgehoben.[1422] Auf all diese Punkte wird noch separat einzugehen sein. Bei der Genehmigung dieses Protokolls im April 2015 wurde im Zusammenhang mit der Aufhebung des Transportkostenausgleichs sodann noch eine Ergänzung eingefügt, mit der auf das «Strategieziel 2002» Bezug genommen wird, wonach ein Gleichgewicht zwischen Kiesabbau- und Auffüllmenge habe erreicht werden können.[1423]

789. Die vorliegende Untersuchung wurde im Januar 2015 eröffnet. Damals fanden auch die Hausdurchsuchungen statt, anlässlich derer zahlreiche unternehmensinterne Dokumente beschlagnahmt wurden. Für die Zeit nach 2014, also nach den Hausdurchsuchungen, liegen naturgemäss nur noch wenige unternehmensinterne Beweismittel der Parteien vor, und diejenigen, die vorliegen, wurden von den Parteien eingereicht. Bei diesen unternehmensinternen Beweismitteln ab 2015, etwa VR-Protokollen von KAGA,[1424] ist sodann davon auszugehen, dass bei deren Erstellung die laufende

[1414] Dies ist die Version, die der Protokollführer der VR-Sitzung an den VRP [...] per Mail «zur Durchsicht/Ergänzung» zugeschickt hat (Act. II.A.X.338). In der später vom Protokollführer handschriftlich unterzeichneten Version lautet die Passage: «Das Thema Deponiebewirtschaftung wird ausführlich im VR diskutiert, insbesondere das zukünftige Verhalten gegenüber der Firma [U04], die die Vereinbarung 2012 nicht eingehalten hat». (VR-Protokoll der KAGA vom 29.11.2012, T. 4, Act. II.B.X.258; siehe dazu auch unten Rz 1230 und Fn 2395).

[1415] FIKO-Protokoll vom 10.11.2011, T. 2.2, Act. II.B.X.463.

[1416] Einladung zur Strategietagung der KAGA vom 10.7.2012, Act. II.G.X.104, S. 1 f.

[1417] Act II.G.X.104, S. 5–9 (Beschlussprotokoll «Strategie 2012+») resp. Act II.D.X.27, S. 35–42 (Beschlussprotokoll «Strategie 2010+»).

[1418] Beschlussprotokoll der VR Strategietagung der KAGA vom 10.7.2012, T. 3, Act II.G.X.104, S. 5–9, S. 6; ferner «Strategie 2012+ der KAGA», Ziff. 3.2, Act. II.G.X.104, S. 10–16, S. 12.

[1419] Rz 426 ff.

[1420] Beschlussprotokoll der VR Strategietagung der KAGA vom 10.7.2012, T. 5, Act II.G.X.104, S. 5–9, S. 7; siehe auch die Tabelle «Deponien Entlastungen KAGA?», in welcher eine einzige Deponie aufgeführt ist, der in den nächsten fünf Jahren ein Entlastungspotential zugeschrieben wird, und zu der bemerkt wird: «Kieszufuhr!!!», Act. II.G.X.104, S. 17.

[1421] Beschlussprotokoll der VR Strategietagung der KAGA vom 10.7.2012, T. 5, Act II.G.X.104, S. 5–9, S. 7; siehe auch die Tabelle «Deponien Entlastungen KAGA?», in welcher eine einzige Deponie aufgeführt ist, der in den nächsten fünf Jahren ein Entlastungspotential zugeschrieben wird, und zu der bemerkt wird: «Kieszufuhr!!!», Act. II.G.X.104, S. 17.

[1422] Siehe z.B. «Kartellvorwurf gegen Kiesfirmen», Berner Zeitung vom 7.11.2014, Act. II.G.X.295.

[1423] VR-Protokoll der KAGA vom 3.12.2014, T. 3 und 5.3, Act. IV.13, S. 1014–1020.

[1424] VR-Protokoll der KAGA vom 1.4.2015, T. 1, Act. IV.13, S. 1021–1026.

Untersuchung mitbedacht und die Formulierungen entsprechend gewählt wurden. Wenig überraschend finden sich in diesen weiteren Unterlagen ab 2015 denn auch keine aufschlussreichen Passagen, die sich mit dem KAGA-Vertrag oder dessen Begleitumständen beschäftigen würden.

C.6.3.4 Einvernahmen

790. Nachfolgend werden die relevanten Aussagen aus den Einvernahmen zusammengefasst, die Hinweise auf den Inhalt der Abmachungen geben, welche die Beteiligten am KAGA-Vertrag geschlossen haben (in chronologischer Abfolge der Daten der Einvernahmen).

791. **[...]** (Geschäftsführer Kiestag) sagte auf die Frage, warum die KAGA in den 60er Jahren gegründet worden sei, dass dies lange her sei. Er wisse es nicht genau. Das sei wohl eine Interessengemeinschaft, eine Arbeitsgemeinschaft gewesen. Die Aktionärinnen hätten sich wahrscheinlich zusammengeschlossen, um Kies zu erschliessen. Auf Rückfrage seines Rechtsvertreters hielt er fest, dass dies reine Spekulation sei.[1425]

792. **[...]** (Geschäftsleitungsmitglied Kästli, Leiter Baustoffe) sagte auf die Frage, warum die KAGA gegründet worden sei, dass er lediglich «nachsagen» könne, da er nicht dabei gewesen sei. Alle Kieswerke hätten die Schwierigkeit gehabt, Kies abzubauen. Die Leute, die Kieswerke hatten, hätten sich vereinigt, um gemeinsam an einem Ort Kies abzubauen. Aus heutiger Sicht könne er sagen, dass die Verfahrenszeit für ein Kiesabbauprojekt rund 10 bis 15 Jahre dauere und die Kosten hoch seien. Er gehe davon aus, dass dies zum Zeitpunkt der Gründung der KAGA bereits ähnlich gewesen sei. Wahrscheinlich habe der Kanton Bern damals die Gründung der KAGA sogar befürwortet. Der Kanton hätte ein Interesse daran gehabt, dass Kiesgruben rekultiviert würden. Auf die Frage, was die Gründe seien, dass zwischen der KAGA und der an ihr beteiligten Unternehmen solchermassen enge personelle Verflechtungen bestünden, sagte er, dass er dies nicht beantworten könne. Vorliegend dienten die personellen Verflechtungen als Mittel zum Zweck für den Kiesabbau. Alle hätten das gleiche Interesse. Das Unternehmen müsse Rohstoffsicherheit und Entsorgungssicherheit haben; diese beiden Bereiche mache KAGA.[1426]

793. **[...]** (Geschäftsleitungsmitglied und Leiter Absatz Messerli [Alluvia]) sagte auf die Frage, warum die KAGA gegründet worden sei, dass er zu dieser Zeit noch nichts mit der Kiesbranche zu tun gehabt habe. Man habe Kies und Deponievolumen gebraucht. Es sei klar, dass sich nicht die Migros darum gekümmert hätte, sondern jemand aus der Branche. In der ganzen Entscheidungsfindung sei damals der Kanton involviert gewesen. Sonst könne er dazu nicht mehr sagen. In einem anderen Zusammenhang sagte [...] auf die Frage, wieso die Alluvia Kies bei der KAGA bezogen habe, obwohl der eigene Kies nach seinen Angaben günstiger gewesen sei:[1427]

«Wir bezogen Kies bei der KAGA, weil wir Mitglied bei der KAGA sind. Wir mussten dafür sorgen, dass der Deponienotstand bei der KAGA behoben wird. Das geschah nicht im Interesse von Alluvia. Dies wurde grundsätzlich im Interesse der ganzen Region gemacht».

794. **[...]** (Geschäftsführer Aare-Kies und Kieswerk Daepp A.G.) sagte aus, die Aktionärinnen der KAGA würden frei am Markt agieren. Die KAGA sei Anfangs der 70er Jahre entstanden und sie bestehe bis heute so. Sie sei eine Versorgungssicherstellung.[1428]

795. **[...]** (Leiter Technisches Büro und Sekretariat KAGA) sagte auf die Frage, wer die KAGA gegründet habe:[1429]

«Zuerst hiess sie KWU. Diese wurde 1970 gegründet. Von Messerli, Hofstetter, Kästli wurde diese gegründet.

1971 ist dann die KAGA gegründet worden. Dazugekommen ist dann: [U10], Kieswerk Daepp, Oppligen, KIESTAG, Wimmis, die Marti AG und noch die [U11].

Mittlerweile ausgeschieden sind [U11] und [U10], da diese kein Kies mehr bezogen haben. Dies ist Voraussetzung und im Sacheinlagevertrag festgehalten.

Ab 1990 bin ich VR Sekretär».

796. Auf die Frage, weshalb die KAGA gegründet worden sei, sagte [...]:

«Anstelle des Baus eines Kies- und Betonwerkes hier in der Region war die Idee der drei Ersten, also der Gründer, sich zusammenzutun, um aus einer Grube das Kies zu holen in ihre Werke.

Welche Gruben?

Am Anfang nur in Uttigen, das war 1967. Nachher Jaberg, so Anfangs der 80er Jahre. Nachher hat KAGA Bümberg übernommen, die Grube ist beim Autobahnbau entstanden. [U09] war am Anfang auch noch wesentlich. Diese ist 1976 Konkurs gegangen. Nachher, da dies ein 'Schandfleck' war, hat Kästli eine Stiftung gegründet. Sie hatten dort die Abbaurechte. Mit dem Geld bzw. einem Teil des Geldes, Obolus, was sie dort verdient haben, hat dann KAGA den Auftrag bekommen dort zu rekultivieren».

797. Auf die Frage, weshalb die KAGA ihren Aktionärinnen Sonderkonditionen für den Bezug von Kies gewährte, sagte [...]:

«Das haben sie sich selber festgelegt. Im Markt sind diese zwar Konkurrenten, mit Beton und Asphalt und Kies. Aber wenn sie zur KAGA kommen, dann 'legen sie den KAGA-Hut' an und legen den Aktionärspreis fest».

798. Auf die Rückfrage des Rechtsvertreters der KAGA, wieso sich bei der Gründung der KAGA mehrere zusammengetan hätten und es nicht einer alleine gemacht habe, sagte [...] schliesslich:

«Das weiss ich nicht. Da muss man die Gründer fragen […]».

799. **[...]** (Verwaltungsratsdelegierter Heimberg) sagte auf die Frage, weshalb die Heimberg keine Kiesgrube betreibe:[1430]

[1425] Z.B. Act. IV.13, Beilagen 1, 2, 24–34.
[1426] EV von [...] vom 13. 1.2015, Rz 182–188, Act. III.1.
[1427] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 338–349 und Rz 378–388, Act. III.2.
[1428] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 308–312 und 212–215.
[1429] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 135–137, Act. III.4.
[1430] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 105–112 (hier zitiert in Rz 795), Rz 139–149 (hier zitiert in Rz 796), Rz 222–226 (hier zitiert in Rz 797) und Rz 388–391 (hier zitiert in Rz 798), Act. III.5.

«Da muss ich vielleicht eine kleine Geschichte erzählen. In den 70er Jahren haben wir ein grosses Abbaugebiet in Heimberg gehabt. Dann kam ein neues Gesetz, dass man im Grundwasser nicht abbauen darf. Dann mussten wir das Abbaugebiet schliessen. Ein Grossteil ist als Naturschutzgebiet umgewandelt worden. Deshalb haben wir mit anderen Kieswerken die KAGA gegründet, damit nicht jeder eine eigene Grube gründet, wegen dem Landschaftsbild. Die KAGA ist von 9 Firmen gegründet worden. Heute sind wir noch 7 Aktionäre, jeder zu gleichen Teilen und jeder mit einem Verwaltungsrat. Eigene Gruben für unseren Betrieb wäre[n] zu aufwändig gewesen, von den gesetzlichen Auflagen, vom Wissen her und von den Vereinbarungen mit den Landbesitzern. Das dauert bis zu 20 Jahre, bis man dies mit den Eigentümern, dem Kanton, den Gemeinden etc. geregelt hat. Die KAGA hat die Spezialisten dafür. Dadurch, dass wir nicht selber abbauen, sondern alles bei KAGA beziehen, haben wir selber auch keine Deponie».

800. Auf den Transportkostenausgleich angesprochen sagte [...], dass dieser dazu diente, dass der Kiespreis für jedes Kieswerk der Aktionärinnen gleich ist.

801. Auf die Frage, weshalb die KAGA kein Kieswerk betreibe, sagte [...]:

«Die KAGA wurde zur Versorgung der Kieswerke gegründet. Da macht es keinen Sinn, wenn KAGA selber ein Kieswerk betreibt».

Innerhalb der KAGA wurde also nie diskutiert, ob die KAGA ein Kieswerk errichtet?

«Es gibt Strategiesitzungen rund alle 10 Jahre, in welchen das bisweilen diskutiert wird. Es kam dabei bislang klar zum Ausdruck, dass KAGA Kiesversorgerin ist und Kieswerke Kiesaufbereitung machen. Das ist auch in den Statuten der KAGA festgehalten».

In diesem Sinn gibt es also klare Rollenverteilung zwischen der KAGA und ihren Aktionären?

«Ja genau».

Wird die Rollenverteilung zwischen KAGA und ihren Aktionären bei den Verwaltungsratssitzungen entschieden?

«Bei den Strategiesitzungen, welche der Verwaltungsrat der KAGA abhält. Falls man die Statuten ändern würde, wäre die Generalversammlung zuständig».

802. Schliesslich sei auf die Frage verwiesen, ob [...] mit Entscheiden im Verwaltungsrat der KAGA durchgehend einverstanden sei. Er sagte dazu, dass es Fälle gäbe, in welchen man sich unterordne. Aber er könne gut schlafen. Heimberg sei eine kleine Firma und sie sei sehr froh, dass es die KAGA gibt, da sie die Heimberg mit Kies versorge.

803. **[...]** (Geschäftsführer Alluvia) sagte auf die Frage, weshalb die KAGA kein Kieswerk betreibe:[1431]

«Weil die Aktionäre der KAGA in den Statuten bestimmt haben, dass die KAGA einzig den Zweck hat, den Kies für die Aktionäre und Dritte abzubauen und das Deponiegeschäft zu machen».

Bedeutet dies, dass die Rollen so verteilt sind: KAGA ist Rohstofflieferant und macht Deponien und die Aktionäre betreiben die Kieswerke?

«Ja, ganz genau, das ist die Arbeitsteilung. In dem Gebiet auf jeden Fall, in welchem die KAGA vom Kanton den Auftrag erhalten hat».

804. [...] äusserte sich an anderer Stelle zu seiner Initiative, dass die KAGA für ihre Aktionärinnen einen Transportkostenausgleich einführt:

«Als der Deponienotstand bei Hofstetter angekommen war, habe ich im Verwaltungsrat der KAGA vorgeschlagen, dass man Probleme an der Wurzel fassen sollte. Mein Vorschlag war, dass alle Aktionäre bei KAGA, zusätzlich zu ihren normalen Bezügen, Kies beziehen sollten, damit dort, wo das Volumen am dringendsten benötigt wird, Volumen geschaffen wird. Da die Aktionäre der KAGA ihre Standorte verschieden weit entfernt von der KAGA haben, hat dieser Vorschlag bedingt, dass die KAGA sicherstellt, dass alle Aktionäre den Rohkies an ihren Standorten zum gleichen Preis, frankodomizil, erhalten. Ich sagte, wenn ich 25'000m3 annehmen kann von der KAGA, dann erwarte ich, dass KAGA aus dem Gewinn des Kieserlöses einen Transportkostenausgleich an die Aktionäre, welche helfen das Loch zu schaffen, leistet. Diese Idee wurde 2003 diskutiert und umgesetzt».

805. Weiter machte [...] Aussagen zum Verhalten der KAGA gegenüber der [U04], die etwa eine Viertelstunde Fahrzeit südlich der KAGA liegt und im Rückbau und Aushub tätig ist sowie von 2018 bis ca. 2026 eine Deponie betreibt (die Aussagen wurden 2015 gemacht, also bevor [U04] ihre eigene Deponie betrieb):[1432]

«Der Firma [U04] haben wir gesagt, dass wir ihr Deponievolumen erhöhen, wenn sie entsprechend Kies entnimmt. Dieses galt aber nicht nur für [U04], sondern diese Bedingungen galten genau gleich für alle Kunden. Alle ausser [U04] mussten und konnten damit leben. [U04] hat uns informiert, dass er im Raum Thun eine eigene Deponie eröffnen möchte. Dies ist ein laufendes Verfahren, von dem wir wussten. Wir haben dann gesagt, dass es ja für ihn als grössten Kunden momentan am schlimmsten ist und er ja in den kommenden Jahren eine Deponie haben wird. Wir gingen also davon aus, dass [U04] in baldiger Zukunft eine eigene Deponie haben wird. KAGA hat [U04] daraufhin ein Geschäft vorgeschlagen. Die Idee war, dass [U04] sein ganzes Aufkommen in der KAGA-Deponie deponieren kann unter der Bedingung, dass [U04] der KAGA zusagt, in seiner eigenen Deponie*, und wir gingen davon aus, dass der die Bewilligung erhält, uns* eine Kompensation anbietet. *D.h., dass er uns das Volumen, was wir ihn mehr als die Aktionäre haben auffüllen lassen, zurück gibt. Diese aus meiner Marktsicht wieder spezielle Vereinbarung war gedacht, das Problem vor Ort bei KAGA zu lösen. Wir haben uns nicht gefragt, ob dies mit dem Kartellgesetz vereinbar ist. Diese 6. Stufe war nur für [U04]. Daraufhin hat die KAGA der [U04] über dieses Geschäft einen Vertrag erstellt. Man war sich einig, dass dies eine gute Idee ist. Insbesondere musste [U04] mit seinem vor Ort aufgeladenen Deponiematerial nicht mehr nach Bern, es war also vor allem für ihn eine Lösung. Das Risiko bestand ja, dass die Deponie hätte nicht bewilligt werden können. Die KAGA hat dieses Risiko voll übernommen».*

806. **[...]** (Geschäftsführer der KAGA von 1985 bis 2015)[1433] sagte auf die Frage, weshalb die KAGA kein Kieswerk betreibe:[1434]

[1431] EV von [...] vom 14.1.2015, Rz 102–114 (hier zitiert in Rz 799), Rz 317–324 (hier erwähnt in Rz 800), Rz 383–396 (hier zitiert in Rz 801) und Rz 409–413 (hier erwähnt in Rz 802), Act. III.6.

[1432] EV von [...] vom 15.1.2015, Rz 644–651 (hier zitiert in Rz 803), Rz 329–339 (hier zitiert in Rz 804), 359–379 (hier zitiert in Rz 805), Act. III.7.

[1433] Zur [U04] siehe oben Tabelle zu Rz 474; siehe auch Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 82 f., Act. III.26.

[1434] Oben Rz 89.

«Das ist nicht die Aufgabe der KAGA. Ihre Aufgabe *ist die Kiesversorgung für die Aktionäre sicherzustellen, also für die Kiesversorgung in die Kieswerke der Aktionäre zu sorgen. Nichts anderes.*

Hat die KAGA jemals beabsichtigt, ein Kieswerk zu betreiben?

Nein, nicht seit dem ich dabei bin».

807. An anderer Stelle äusserte sich [...] im Zusammenhang mit dem Transportkostenausgleich (TA) zu den Aufgaben der KAGA:

«Der TA galt nicht für die Bauunternehmungen der Aktionäre, sonst wären wir im Wettbewerb gewesen und wir wollten nicht direkt mit dem Kies an den Markt. Die KAGA wollte die Baustellen nicht beeinflussen. KAGA selbst geht nicht auf den Markt mit dem Kies, dies ist eine wichtige Funktion der KAGA*, eben,* dass sie nicht ins Marktgeschehen eingreift*. Das ist nicht ihre Aufgabe».*

808. Auf die Frage, ob sich die KAGA in Bezug auf den Kiespreis bewusst für die Ungleichbehandlung zwischen Aktionärinnen und anderen Unternehmen entschieden habe, sagte [...]:

«Das war seit Anbeginn der KAGA so, seitdem wurde dies so gehandhabt. Die KAGA wurde ja für die Kiessicherung der Kieswerke gegründet. KAGA hatte einen sehr hohen Investitionsbedarf, beispielsweise für den Strassenbau. Bei der Gründung musste die KAGA diese Investition leisten, d.h. die Aktionäre mussten das Geld für diese Investition einbringen».

809. Auf die Frage, ob es eine Abmachung gebe, die den Aktionärinnen der KAGA verbietet, eine neue Kiesgrube im Umkreis der KAGA zu eröffnen, sagte [...]:

«Die Karte zeigt das Gebiet, in welchem KAGA es machen soll. Dazu gibt es eine Abmachung, aber die Beweggründe kann ich nicht sagen. In diesem Gebiet sollen die Aktionäre nicht aktiv werden, im Gebiet Jaberg-Kirchdorf ist dies ganz klar der Fall. Diese Abmachung stammt aus dem Jahr 1971».

810. [...] machte von sich aus noch Ergänzungen. U.a. sagte er:

«Zuletzt können wir nicht nachvollziehen, dass wir den Wettbewerb mit Bedingungen stören sollen. Mit dem Kies sind wir nicht am Markt, sondern die Aktionäre. Diese sind untereinander Konkurrenten. Das ist ein wesentlicher Unterschied zur Handhabung bei der KAGA».

811. Auf die Frage des Rechtsvertreters von KAGA ([…]), ob er sich vorstellen könne, warum sich die Aktionärinnen 1971 zusammengetan haben und die KAGA gegründet haben und nicht einer es alleine gemacht habe, sagte [...]:

«Damals wurde die Autobahn N6 gebaut. D.h., in diesem Gebiet war baumässig eine sehr starke Entwicklung zu erwarten. Um den Rohstoff Kies 'gescheit' abzubauen um den Bedarf zu decken, brauchte es grosse Investitionen. Jeder alleine war zu schwach, da diese Investitionen bspw. auch Umfahrungen umfassen. Man musste sich vorausschauend zusammenschliessen um diese Vorinvestitionen leisten zu können.

Ein weiterer wichtiger Grund war der Landschaftsschutz. Wenn jeder einzeln in dem Gebiet, in dem es Kies gibt, eine Grube gräbt, gibt es ein nicht verträgliches Landschaftsbild. Damals hat man noch von Kiesausbeutung gesprochen. Die Landschaft wurde stark beansprucht. Dies waren die Überlegungen, dass man zusammen, ökonomisch und aus Sicht der Landschaftsverträglichkeit gesehen, weiterkommt».

812. **[...]** (Mitarbeiter KAGA) sagte auf die Frage, ob die KAGA den Transportkostenausgleich auch Drittunternehmen, also nicht-Aktionärinnen, gewährt habe:[1435]

«Nein. Das ist mir nicht bekannt.

Warum gewährte die KAGA den Drittunternehmen keinen TA für den Bezug von Kies?

Da muss man den Markt verstehen. Für den Bezug von Kies ab Wand ist kein Bedürfnis am Markt da, sondern nur für die Kieswerke. Im Raum Thun ist der Aushub, welcher entnommen wird, zu 90 % Kies – dies ist eine Besonderheit für den Raum Thun – dieser Kies bzw. Aushub kann direkt weiterverkauft werden. Daher existiert im Raum Thun gar kein Bedürfnis für den Bezug von Kies ab Wand.

Anerkennen Sie, dass Drittunternehmen von der KAGA Wandkies beziehen?

Ja, sie konnten Wandkies kaufen, aber haben selten von diesem Recht Gebrauch gemacht. Es ist einfach kein Verlangen danach da».

813. **[...]** (Alluvia) äusserte sich in seiner Einvernahme wie folgt zur Frage der Gewinnorientierung der KAGA:[1436]

«Ist die KAGA eine gewinnorientierte Gesellschaft?

Verbal*: Herr [...] überlegt.*

Nicht primär. KAGA hat als Aufgabe die Sicherung der Kiesreserven und das Bereitstellen von Deponievolumen. Das ist die Aufgabe der KAGA.

Verfolgt die KAGA ausschliesslich einen privaten Zweck?

Nein. KAGA hat eine öffentliche Versorgungsaufgabe, also so empfinden wir das.

Welche öffentliche Aufgabe hat die KAGA?

Die Bereitstellung der Kiesversorgung in ihrem Kreis. Die Richtplanung ist aufgeteilt in 3 Säulen: Bern-West, Bern-Nordost und Bern-Süd. Bern-Süd ist der Teil der KAGA. Die Kiesversorgung ist auch vom Bundesgericht als öffentliches Interesse anerkannt worden. Und wir nehmen das wahr in dem Bereich, in dem wir tätig sind. Bevor es den Richtplan im Kanton Bern gab, hat es Kiesabbaubegehren von Unternehmen gegeben, welche nicht bewilligt werden konnten, da der Kanton die planungsrechtlichen Grundlagen nicht gemacht hat. Damit ist klar, dass es den Privaten nicht freigestellt war, irgendwo eine Kiesgrube zu errichten. Wir mussten den Kanton zwingen, die planungsrechtlichen Grundlagen zu schaffen».

814. Zur Frage, ob der KAGA-Vertrag den Aktionärinnen ein Verbot auferlege, in einem bestimmten geographischen Raum eigene Kiesabbaurechte zu erwerben, sagte [...]:

«Das ist korrekt. Die Idee ist, dass KAGA die Versorgungssicherheit in diesem Gebiet sicherstellt, gemäss Planungsrichtlinien, welche wir befolgen. Nach meinem Wissen gibt es praktisch keine Kiesabbaumöglichkeiten mehr, also von den anderen Bewilligungen her, wegen Grundwasser etc. Es wäre wahrscheinlich schwierig, überhaupt ein lohnendes Abbaugebiet zu finden. Viel ist durch das Grundwasser und wegen der Aare geschützt, so dass man grosse Gebiete gar nicht abbauen kann. Zudem gibt es andere Schutzzonen».

[1435] EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 80–86 (hier zitiert in Rz 806), 135–139 (hier zitiert in Rz 807), 191–196 (hier zitiert in Rz 808), 416–419 (hier zitiert in Rz 809), 464–466 (hier zitiert in Rz 810) und 470–482 (hier zitiert in Rz 811), Act. III.8.

[1436] EV von [...] vom 21.1.2015, Rz 88–99, III.9.

815. Zum Interesse der Aktionärinnen an KAGA äusserte sich [...] wie folgt:

«Das Interesse der Aktionäre ist neben der Sicherstellung der Kiesversorgung auch vom Know-How der KAGA bzgl. der Naturschutzarbeit und Rekultivierung zu profitieren. KAGA hat grosses Know-How beim Deponieren von Inertstoff und war vorher Hauptaktionärin der AWAG, wo sie auch grosses Know-How im Deponiebereich erworben hat. Davon konnten die Aktionäre profitieren. Aber nicht nur die Aktionäre konnten profitieren, sondern KAGA hat diesbezüglich sogar kantonal eine führende Rolle, würde ich sagen».

816. Das Sekretariat befragte [...] zu den Motiven hinter der Gründung der KAGA:

«Nach unseren Informationen wurde die KAGA von den Aktionären gegründet, um Konkurrenten aus dem Gebiet des oberen Aaretals fernzuhalten. Was sagen Sie dazu?

Das war nicht das Ziel. Meiner Meinung nach stimmt das nicht. Die Konkurrenten aus dem Gebiet des oberen Aaretals fernzuhalten? Aber das sind auch die Firma Daepp und die Firma Heimberg. Was ist das für Sie, das obere Aaretal? KAGA betreibt ja keinen Kieshandel. Also verstehe ich die Frage nicht ganz.

Verbal: der Verfahrensleiter stellt die Frage nochmals.

Nach unseren Informationen wurde die KAGA von den Aktionären gegründet, um Konkurrenten aus dem Gebiet des oberen Aaretals fernzuhalten. Was sagen Sie dazu?

Dann sind einfach Ihre Informationen falsch».

817. Auf die Frage, weshalb der KAGA-Vertrag hätte aufgehoben werden sollen, sagte [...] u.a.:

«Und auch die Gebietsfrage war nicht mehr aktuell, da die kantonale Planung eingegriffen hat, welche vorgegeben hat, wo Kies abgebaut werden kann und wo nicht. Das gab es in den 70er Jahren nicht. Daher ist dies eigentlich obsolet geworden.

KAGA hat ja den Auftrag Kiesvolumen und Deponieplatz zur Verfügung zu stellen. Mit dem Sachplan sind die Festlegungen gegeben und das Kies gesichert. Die Reserven sind auf Jahre sichergestellt. Zudem ist auch die Bautätigkeit gestiegen und das Recycling hat Fortschritte gemacht. Jede Firma konnte sich so auch dort mit Kies versorgen».

818. Weiter wurde [...] gefragt, ob die Arbeitsgruppe in der KAGA, welche die Reaktion der KAGA auf den «Kartellvorwurf» prüfen sollte, auch die kartellrechtliche Zulässigkeit des KAGA-Vertrages geprüft habe. Er sagte dazu:

«Die Arbeitsgruppe nicht, höchstens der Anwalt. Aber der Anwalt hat eine Gesamtbetrachtung aller Unterlagen, die er hatte, gemacht.

Die Relevanz der Karte hat sich aufgrund der planungsrechtlichen anderen Vorgaben nicht mehr ergeben. Es macht ja keinen Sinn eine Karte zu machen. Wenn keine Bewilligungen mehr erteilt werden können, dann kann man die Karte auch gleich aufheben».

819. Auf die Frage, was der Rechtsanwalt zum KAGA-Vertrag gesagt habe, sagte [...], der Rechtsanwalt habe vorgeschlagen, diesen zu ersetzen. Und auf die Frage, ob der Rechtsanwalt diesen Vorschlag aus kartellrechtlichen Überlegungen gemacht habe, sagte er:

«Ja, ich nehme an, dass dies ein Element war. Aber er hat auch gesagt, dass andere Punkte überholungsbedürftig sind. Es hat ja keinen Wert, all die Sachen durchzuziehen, wenn sie aufgrund der Jahre keinen Sinn mehr machen. KAGA und die Aktionäre können bestens ohne den Sacheinlagevertrag leben. Es geht ja nicht nur um den Kieshandel, sondern um die Sicherstellung der Reserven, also nicht darum den Kies auf den Markt zu schiessen.

Das öffentliche Interesse des Kantons ist durch die getroffenen Massnahmen abgedeckt. Die Kiesversorgung und die Aushubentgegennahme im Raum Bern ist sichergestellt».

820. Von sich aus fügte [...] der Einvernahme folgende Ergänzung hinzu:

«Mir ist es wichtig, dass die WEKO sieht, wie die Planungsabläufe im Kies sind und dass die WEKO begreift, dass die KAGA keine Plattform für Absprachen war. Die hat es nämlich nie gegeben. Die KAGA hat ihre Aufgabe erfüllt, nicht nur für die Aktionäre, sondern auch für die Allgemeinheit, insbesondere auch für den Kanton. Das Kiesgeschäft, so die Kiesversorgung und Deponieproblematik, ist mit nichts anderem vergleichbar, da es so speziell, komplex und langfristig ist und auch teuer. Es benötigt Finanzkraft, um dort bestehen zu können. Ein kleines KMU ist eigentlich nicht in der Lage eine eigene grössere Kiesplanung durchzuziehen. Das ist alles.

Eine Ergänzung habe ich noch. Der ADT-Sachplan von 1998 hat ein Kapitel 6.4.

Verbal*: Herr [...] liest im ADT-Sachplan nach.[1437]*

Unter Ziffer 6.4, S. 32, im ADT-Sachplan, Rubrik «Mitarbeit beim Planungsprozess» werden die Unternehmen aufgefordert, sich zu Interessengemeinschaften zusammen zu schliessen, innerhalb der Planungsregion. Das ist das, was KAGA gemacht hat. Das ist alles. Merci».

821. Schliesslich stellte der Rechtsvertreter der Alluvia ([…]) [...] mehrere Fragen, darunter die folgenden zwei:

«[…]: Zur KAGA. Kann man sagen, dass die KAGA heute wie bei der Gründung Aufgaben übernimmt, die Mitglieder allein sicher nicht so effizient wie die KAGA erfüllen können, insbesondere auch was die Planungserwartungen des Kantons betrifft?

Ja. Das ist eindeutig so.

[…]*: Haben die Aktionäre in den Sacheinlagevertrag auch investiert bzw. Sachen eingebracht?*

Darum heisst dieser ja auch Sacheinlagevertrag. Es gab ein grosses Engagement, in Form von Dienstbarkeitsverträgen, Maschinen, Grundstücken.

822. **[...]** (Marti) sagte auf die Frage, welches Interesse ein Unternehmen daran habe, an der KAGA beteiligt zu sein:[1438]

[1437] EV von [...] vom 22.1.2015, Rz 106–120 (hier zitiert in Rz 813), Rz 217–225 (hier zitiert in Rz 814), Rz 250–255 (hier zitiert in Rz 815), Rz 265–276 (hier zitiert in Rz 816), Rz 350–357 (hier zitiert in Rz 817), Rz 371–387 (hier zitiert in Rz 818 und 819), Rz 409–421 (hier zitiert in Rz 820), Rz 437–444 (hier zitiert in Rz 821), Act. III.10.

[1438] Die entsprechende Passage im Sachplan ADT 1998 lautet wie folgt (Ziffer 6.4 «Erwartungen an die Unternehmer», Rubrik «Mitarbeit beim Planungsprozess»): «Die Unternehmungen unterstützen die Regionen und Gemeinden bei der Planung und Festlegung der Abbau- und Inertstoffdeponiestandorte sowie bei der Umsetzung der weiteren Vorgaben des Sachplanes ADT. Sie erleichtern die Zusammenarbeit mit den Regionen, wenn sie sich zu Interessengemeinschaften (zweckmässigerweise innerhalb der Vorsorgeregionen nach Kapitel 5.4) zusammenschliessen und auf Verlangen die zur Planung und zur Zusammenarbeit erforderlichen Grundlagen und Informationen zur Verfügung stellen».

«Das ist eine alte Geschichte, die auf die späten 60er Jahre zurückgeht. In dieser Zeit gab es die KAGA noch nicht in dieser Form wie heute, nur als einfache Gesellschaft. Wie diese zustande kam weiss ich nicht, da dies vor meiner Zeit war.

Die KAGA wurde von Unternehmen gegründet, um deren Interessen im Bereich Kiesabbau zu poolen. Dies, damit nicht jeder einzeln etwas produziert, sondern damit man sich zusammenschliesst. (…) Die KAGA wurde von 8 Unternehmen gegründet, heute sind es noch 7 Unternehmen.

Was sagen Sie zu dem Vorwurf, dass die KAGA von den Aktionärsfirmen gegründet wurde, um Konkurrenten aus dem Gebiet des oberen Aaretales fernzuhalten?

Wenn man den Sacheinlagevertrag liest, auf den Sie sicherlich ansprechen, dann kann dies den Vorwurf begründen. Das steht meines Wissens wortwörtlich drin. Vielleicht nicht explizit, dass man Konkurrenten fernhalten wollte, aber dass man sich gegenüber der Konkurrenz besser positioniert.

Wurden im Rahmen der KAGA Absprachen unter den Aktionären getroffen?

Die Frage muss man differenzieren. Welchen Zeitraum meinen Sie genau? Ich beziehe mich wiederrum auf den Sacheinlagevertrag, was darin als Absprache steht, ist sicherlich so gelaufen. Hinsichtlich des Kartellgesetzes bestand 1970 allerdings sicher eine andere Situation als heute. Ob unter den Aktionären weitere oder überhaupt Absprachen getroffen wurden, also weitere als die, welche im Sacheinlagevertrag getroffen wurden, kann ich nicht beurteilen».

823. **[...]** (ehemals Kästli; Zeuge, da schon zum Zeitpunkt der Einvernahme nicht mehr bei Kästli tätig) sagte zur KAGA:[1439]

«Es gab auch eine Art Verpflichtung bei KAGA Kies zu beziehen. Beispielsweise hätte Kästli auch immer in Rubigen, also bei sich, Kies beziehen können. Kästli hat aber auch bei der KAGA Kies bezogen, um bei sich in Rubigen die Kiesvorräte zu schonen. Das ist eigentlich eine gute Sache.

Wenn ein Nichtmitglied der KAGA Kies bei der KAGA bezog, dann hat dieser mehr bezahlt. Das ist klar. Dieser hat gemäss offizieller Preisliste eingekauft. Die Mitglieder hatten eine Aktionärspreisliste. Dies erachte ich als legitim. In der Preisgestaltung ist man als Unternehmen frei».

824. **[...]** (Kästli) äusserte sich auf verschiedene Fragen wie folgt:[1440]

«Welches Interesse hat ein Unternehmen, an der KAGA beteiligt zu sein?

Das Interesse liegt im Kiesbezug oder auch im Entsorgungsbereich. Es geht um die langfristige Sicherstellung der Kiesreserven. Die KAGA bietet die Möglichkeit, dass die Aktionäre auf längere Sicht ihre Kiesreserven sicherstellen können. Zudem hat die KAGA qualitativ sehr gutes Kiesmaterial. Bei der KAGA kann jeder Kies beziehen, ob Aktionär oder nicht.

Was sagen Sie zum Vorwurf, dass die KAGA von Aktionärsfirmen gegründet wurde, um Konkurrenten aus dem Gebiet des oberen Aaretals fernzuhalten?

Das ist ein haltloser Vorwurf aus meiner Sicht.

(…)

Warum hat sich die KAGA in Bezug auf den Kiespreis für die Ungleichbehandlung zwischen Aktionären der KAGA und anderen Unternehmen entschieden?

Es ist nicht ganz richtig, dass es eine Ungleichbehandlung gibt. Wir haben sehr bewusst geschaut, dass es keine Ungleichbehandlung auf dem Markt gibt. Der TA hat lediglich für die Lieferungen zum Kieswerk gedient, also für die Veredelung des Kieses im Werk. Die KAGA hat das Kies nicht direkt auf den Markt gebracht. Der Preis für Kies mit dem TA ist nicht günstiger. Wenn beispielsweise einer direkt vor Ort abbauen kann, dann kann er das vielleicht günstiger machen [können,] als mit dem TA. Wir wollten keine Verzerrung oder Diskriminierung von Dritten. Der TA hatte für Dritte keine Nachteile zur Folge.

Wenn der TA direkt für die Baustellenlieferung gegolten hätte, dann wäre dies sicher eine Diskriminierung für Dritte gewesen. Aber das haben wir nicht getan».

825. Auf die Frage, ob sich die KAGA-Aktionärinnen an den KAGA-Vertrag gehalten hätten, sagte [...]:

«In der Regel hat sich die Frage gar nicht gestellt. Aber es ist schon so, dass man sich daran gehalten hat.

Der Sacheinlagevertrag ist nicht wörtlich zu nehmen. Es ist ein Papier aus der Gründerzeit. Die Zusammenschlüsse, welche erfolgten, erfolgten aus Effizienzsteigerungsgründen für den Kiesabbau. Es gibt mittlerweile gar keine Möglichkeiten mehr, im grösseren Stil Kies in der KAGA Region aubzubauen. Für die Aktionäre hat es Sinn gemacht, sich an den Sacheinlagevertrag zu halten, da es gemeinsam effizienter ist».

826. Und auf die Frage, ob er Ergänzungen zur Einvernahme anfügen wolle, sagte [...] u.a.:

«Es gibt nicht irgendwelche Zusammenschlüsse, um jemanden zu dominieren, wie dies uns vorgeworfen wird. Die Vorwürfe haben mich sehr getroffen. Was KAGA macht, also im gesamten Umfeld, nicht nur wirtschaftlich, sondern auch umwelttechnisch, davon bin ich als Unternehmen überzeugt. Die Vorwürfe sind das komplette Gegenteil. Wir diskriminieren niemanden, es gab nie eine Strategie jemanden auszubooten oder aus dem Markt zu drängen. Wir nehmen unsere Aufgabe wahr, das ist die Ver- und Entsorgung der Region mit Kies. Unsere Aufgabe ist das Lösen von Problemen. Daher haben mich die Vorwürfe sehr getroffen. Ich hoffe, Sie schauen sich den Markt genau an, damit Sie es entsprechend würdigen können».

827. An seiner zweiten Einvernahme sagte **[...]** (Geschäftsführer Alluvia) auf die Frage, weshalb der Transportkostenausgleich für die Aktionärinnen mengenmässig begrenzt gewesen sei, Folgendes:[1441]

«Es gab einen Überhang an Aushubmaterialanlieferungen im Vergleich zum Kiesabbau. Aus der Statistik heraus brauchte es einen massiven Eingriff, um am Markt das Deponievolumen bei der KAGA zur Verfügung zu stellen, damit sich der Markt nicht selber organisieren muss. Es gab dann verschiedenste Massnahmen, die ich bereits letztes Mal erläutert habe. Wir haben dann beschlossen, den Kiesbezug mit TA für die sechs Aktionäre auf 25'000m^3 zu begrenzen, da wir glaubten, so das Problem zu lösen. Durch die Massnahme erhofften wir substantiell mehr Deponievolumen zu schaffen. Wir wollten das Problem für die Kunden lösen und nicht die Kunden sich selbst überlassen.

Erhielten die Aktionäre der KAGA für ihre Kiesbezüge bei der KAGA zusätzlich zum TA einen günstigeren Aktionärspreis für den Kies im Vergleich zu Drittunternehmen?

Nein.

Erhalten die Aktionäre der KAGA seit dem 1. Januar 2015 einen günstigeren Aktionärspreis für den Kiesbezug bei der KAGA im Vergleich zu Drittunternehmen?

[1439] EV von [...] vom 29.1.2015, Rz 68–90, Act. III.12.

[1440] Zeugeneinvernahme von [...] vom 5.2.2015, Rz 139–146, Act. III.13.

[1441] EV von [...] vom 9.2.2015, Rz 490–497 und 605–615 (hier beide Passagen zitiert in Rz 824), 632–636 (hier zitiert in Rz 825), 644–652 (hier zitiert in Rz 826), Act. III.14.

Nein. Seit 2015 gibt es keine Differenz mehr zwischen Aktionärspreis und dem Preis am Markt».

828. **[...]** (Marti-Gruppe) wollte die Fragen, die ihm zur Beteiligung der Marti an der KAGA und zum Gegenstand des KAGA-Vertrags gestellt wurden, nicht beantworten.[1442]

C.6.3.5 Beweiswürdigung und -ergebnis zum Gegenstand der Abmachungen der am KAGA-Vertrag Beteiligten

829. Nachfolgend würdigt die Wettbewerbsbehörde die dargestellten Beweise zum Gegenstand des KAGA-Vertrags und der Zusammenarbeit unter den Aktionärinnen im Rahmen der KAGA und hält das Beweisergebnis fest, zu dem sie gestützt darauf gelangt.[1443]

830. Die Beweismittel (Rz 708–828, ferner Rz 568–577 und Rz 581–661) zeigen, dass der KAGA-Vertrag aus einem ganzen Fächer an Abmachungen besteht und von den Vertragspartnern während mehrerer Jahrzehnte angewendet wurde.[1444] Gewisse Abmachungen stellen quasi Unter-Abmachungen oder Teilmengen übergeordneter, umfassender Abmachungen dar. So bildet das Verbot zu Lasten der Aktionärinnen, beim Weiterverkauf von Kies die KAGA-Preise zu unterbieten, eine Unterkategorie zur Verpflichtung unter den Aktionärinnen zu loyaler Konkurrenz.[1445] Entsprechend müssen all die Abmachungen und die noch viel umfangreicheren dazugehörigen Begleitumstände in eine Ordnung gebracht werden. Nur so lässt sich das im vorliegenden Fall bestehende komplexe Konstrukt verschiedener Abmachungen und jahrzehntelanger Anwendungsbeispiele verständlich erfassen. Um diese Verständlichkeit herbeizuführen, werden hiernach die Beweiswürdigung und das Beweisergebnis gerade in umgekehrter Reihenfolge zum tatsächlich erfolgten Vorgang festgehalten. Es wird somit in einem kurzen Gesamtbild sogleich das Beweisergebnis dargelegt, d.h. es werden die diversen hier interessierenden Gegenstände, welche die Abmachungen zwischen den Aktionärinnen der KAGA aufweisen, in einem Gesamtbild dargestellt. Anschliessend zeigt die Wettbewerbsbehörde auf, wie sie die Beweise gewürdigt hat, aus denen sich dieses Gesamtbild ergibt. Im Übrigen muss so oder so eine Reihenfolge bzw. Struktur gewählt werden, um aus all den aufgeführten Beweismittel die darin enthaltenen Gegenstände herauszuschälen. Es bietet sich dabei die Struktur anhand des nachfolgenden, wettbewerbsverhaltensbezogenen Gesamtbildes an.

C.6.3.5.1 Gesamtbild

831. **Ausgangspunkt**: Ausgangspunkt für die Feststellung des Inhalts der Abmachungen, den die am KAGA-Vertrag und der KAGA beteiligten Unternehmen getroffen haben, bilden die bei der KAGA-Gründung und der Bestimmung der Mitglieder der KAGA getroffenen Vereinbarungen: Die Aktionärinnen der KAGA wollten verhindern, dass die im Aaretal entdeckten Kiesressourcen von einem oder mehreren Dritten ausgebeutet und vermarktet werden, der oder die ihnen ernsthaft Konkurrenz machen könnte/n. Sie wollten also gezielt den Wettbewerbsdruck verhindern, der durch einen oder mehrere neue/n Akteur/e in diesem Gebiet entstehen würde.

832. **Mittel zur Verhinderung neuen Wettbewerbs ab den Abbaustellen der heutigen KAGA**: Um Dritte davon abzuhalten, die von den KAGA-Gründerinnen als wertvoll qualifizierten Kiesreserven auszubeuten und Konkurrenz auszuüben, erwarben die KAGA-Aktionärinnen diese gemeinsam und besetzten so quasi den Platz. Damit haben sich die KAGA-Aktionärinnen die fraglichen Ressourcen gemeinsam gesichert und Dritten sowie einzelnen von ihnen entzogen.

833. **Konsequenz**: Der gemeinsame Erwerb der Abbaurechte am Standort der KAGA gibt den Aktionärinnen vereinfacht gesagt drei Möglichkeiten, wie sie die dort vorhandenen Ressourcen einsetzen können. a) Sie könnten theoretisch auf eine Ausbeutung verzichten. Dies würde zwar der Idee dienen, dass kein neuer Wettbewerbsdruck von diesen Ressourcen ausgeht, wäre aber aus betriebs- und volkswirtschaftlicher Sicht absurd. b) Die Aktionärinnen der KAGA könnten am Standort der KAGA einen autonom agierenden Betrieb einrichten. Dies würde aber nichts anderes bedeuten, als dass die Aktionärinnen selbst einen neuen Konkurrenten erschaffen, was sie gerade nicht wollen. c) Die Aktionärinnen der KAGA können schliesslich die Ressourcen der KAGA in mehr oder weniger weitgehendem Umfang gemeinsam bewirtschaften und so zusammen steuern, wie die Ressourcen der KAGA in den Markt gelangen. Diese dritte Möglichkeit ist die einzig Realistische, mit der sich zusätzlicher Wettbewerbsdruck aus diesen Kiesreserven verhindern lässt.

834. Der KAGA-Vertrag selbst, die Ausgestaltung der KAGA und die nachfolgende Würdigung der oben aufgeführten Beweismittel zeigen, dass der KAGA-Vertrag und die KAGA darauf ausgerichtet sind, dieser dritten Möglichkeit den Weg zu bahnen.[1446] Die Aktionärinnen setzen dabei auf drei Ebenen an, auf denen sie sich selbst vor Wettbewerb schützten und weiterhin schützen (nachfolgend Gegenstände A, B und C):

A) Zur Verhinderung von neuer Konkurrenz durch Dritte im Aaretal, die entstünde, wenn zusätzliche Dritte auch Kiesressourcen im Aaretal abbauen würden, besetzten die Aktionärinnen diese Ressourcen gemeinsam durch KAGA-Abbaustellen. Sie beschlossen, den Abbau im oberen Aaretal gemeinsam durch die KAGA zu betreiben.

[1442] EV von [...] vom 16.3.2015, Rz 59–75, Act. III.17.
[1443] EV von [...] vom 12.5.2015, Rz 97 f., 135–137, 150 f., Act. III.21.
[1444] Zur Verknüpfung zwischen KAGA-Vertrag und der Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA oben unter Rz 668.
[1445] Siehe beispielhaft aus dem Jahr 2009 oben Rz 597: «Die Regelung bzgl. Geschäftstätigkeit der Aktionäre im Einzugsgebiet der KAGA soll durchgesetzt werden gegenüber Daepp».
[1446] Beide Abmachungen in Art. 3 KAGA-Vertrag, oben Rz 581; die Erläuterungen dazu siehe unten in Rz 919 ff. (Verbot Weitergabe Aktionärspreise) und Rz 927 ff. (loyale Konkurrenz).

B) Wie soll sich KAGA verhalten: Zur Dosierung des Wettbewerbsdrucks durch KAGA selbst haben die Aktionärinnen in den Grundzügen vorgängig festgelegt, wie sich KAGA verhalten soll. Sie haben sich aber nicht nur auf inhaltliche Vorgaben zum KAGA-Verhalten geeinigt. Die Aktionärinnen haben auch organisatorische Massnahmen getroffen: Um ständig in der Lage zu sein, das Verhalten der KAGA im Sinne der Aktionärsinteressen zu steuern, haben sich die Aktionärinnen gegenseitig die Möglichkeit eingeräumt, je einen Vertreter in den Verwaltungsrat zu entsenden. In diesem können sie laufend ausloten, wie genau die KAGA sich verhalten soll, wobei die Interessenlagen der einzelnen Aktionärinnen zwar gewisse Gemeinsamkeiten aufweisen, aber mitnichten stets die Gleichen sind. Die Dosierung des Wettbewerbs durch KAGA lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Im Zentrum steht die Grundidee, dass die KAGA eine Dienerin der Aktionärsinteressen ist. KAGA hat keine eigenen Interessen, sondern hat den Aktionärinnen zuzudienen. Auf den Punkt bringt dies die aktionärspolitische Grundhaltung der KAGA-Aktionärinnen aus dem Jahr 2002: «KAGA ist nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck: Sie dient den Aktionären in ihrem jeweiligen Wettbewerb».[1447]

B1) Inhaltliche Vorgaben: Die Aktionärinnen der KAGA haben sich für das Verhalten der KAGA auf zwei inhaltliche Grundanliegen geeinigt: KAGA soll sich wohlwollend gegenüber ihren Aktionärinnen verhalten, indem sie die Aktionärinnen nicht konkurrenziert und ihnen vorteilhafte Preise gewährt. Dritten hingegen soll KAGA keine Vorteile verschaffen, indem sie ihnen die KAGA-Kiesressourcen nur zu Preisen weiterverkauft, die es den Dritten nicht ermöglichen, Aktionärinnen zu konkurrenzieren, und indem KAGA nötigenfalls Dritten gegenüber ihre Macht ausspielt, um sie von konkurrierendem Verhalten abzuhalten.

B2) Organisatorische Massnahmen: Jede Aktionärin hat den Anspruch auf einen Sitz im VR. So wird jede Aktionärin am gemeinsamen Entscheid darüber, zu welchen Bedingungen die KAGA-Ressourcen auf den Markt kommen, beteiligt. Jede Aktionärin kann demnach ihre Interessen darüber einbringen, welcher Wettbewerbsdruck von der KAGA ausgehen soll.

C) Wie sollen sich die Aktionärinnen verhalten: Die Aktionärinnen haben sich nicht nur vor dem Wettbewerb von neuen Dritten und der KAGA geschützt, sondern wollten in diesem Gebiet auch den Wettbewerbsdruck durch die Aktionärinnen dosieren. Konkret haben sie sich auf diese Massnahmen geeinigt:

C1) Verbot zu Lasten der Aktionärinnen, in einem abgegrenzten Gebiet um KAGA selbst weitere Abbaurechte zu erwerben und in diesem Gebiet Kies abzubauen (mit Ausnahme weniger, genau bezeichneter Parzellen, auf denen einzelne Aktionärinnen bereits bei Gründung der KAGA aktiv waren).

C2) Regelung des Wettbewerbsverhaltens der Aktionärinnen in der Weiterverwendung der KAGA-Ressourcen: Die Aktionärinnen einigten sich darauf, ihre Aktionärs-Vorzugskonditionen nicht an Dritte weiterzugeben.

C3) Die Aktionärinnen haben sich ganz allgemein darauf verständigt, sich gegenseitig keinen übermässigen Wettbewerb zu liefern (Stichwort loyale Konkurrenz).

835. Die nachfolgenden Ausführungen zur Beweiswürdigung zeigen, dass die Akteure der KAGA Abmachungen mit dem folgenden Inhalt getroffen haben: Verhinderung von Konkurrenz im Aaretal durch Dritte (Gegenstand A) und Dosierung des Wettbewerbsdrucks durch die KAGA (Gegenstand B) sowie der Aktionärinnen (Gegenstand C) in diesem Gebiet. Kerngegenstand dieser Zusammenarbeit bildet somit die Verhinderung, dass von den Kiesressourcen im Aaretal neuer Wettbewerbsdruck auf die Aktionärinnen ausgeht, sei es durch Dritte, durch KAGA oder durch einzelne Aktionärinnen.

836. Dabei mag es sein, dass die heute tätigen Akteure der KAGA selbst bei der Etablierung dieses Systems nicht dabei waren und aus ihrer Sicht einzig ein ihnen in die Wiege gelegtes System nutzen und weiterführen. Die Beweismittel und deren Würdigung zeigen aber, dass auch sie sich dieser Beeinflussung des Wettbewerbsdrucks durchaus gewahr sind und diese weiter verfolgten und verfolgen.

C.6.3.5.2 Kontinuität in der Zusammenarbeit zwischen den Aktionärinnen

837. Bevor nachfolgend dargelegt wird, wie die Wettbewerbsbehörde im Rahmen der Beweiswürdigung zum Schluss kommt, dass die soeben dargelegten Gegenstände A, B und C Teilmengen des KAGA-Vertrags darstellen, ist einleitend auf eine erste relevante Erkenntnis hinzuweisen, die sich aus den dargestellten Beweismitteln ergibt: In Bezug auf die grundsätzliche Ausrichtung des KAGA-Vertrags und der KAGA an sich,[1448] ist im Laufe der Zeit keine Zäsur zu erkennen. Weder stellten die Aktionärinnen der KAGA die Grundzüge der KAGA zu irgendeiner Zeit in Frage noch beschlossen sie eine Neuausrichtung des KAGA-Vertrags oder der KAGA. Sie haben zwar verschiedentlich Neuerungen eingeführt, wie z.B. die Wiedereinführung des Transportkostenausgleichs[1449] oder die Beschränkung des Annahmegebiets für Deponiematerialen.[1450] Die Neuerungen waren aber stets organisatorische Reaktionen auf veränderte Verhältnisse wie etwa den Deponieengpass im Falle der beiden genannten Beispiele. Auf grundsätzliche Änderungen deuten weder Aussagen oder Diskussionen der KAGA-Verantwortlichen noch Anpassungen am KAGA-Vertrag selbst (der ja wie oben gezeigt nie aufgehoben wurde)[1451] noch Verhaltensanpassungen der am KAGA-Vertrag beteiligten Akteurinnen hin.

[1447] Siehe dazu beispielhaft die aktionärspolitische Grundhaltung, die an einer Strategiesitzung im Jahr 2002 eruiert wurde: «KAGA soll im weiteren (…) Konkurrenz verhindern, Markt beruhigen»., oben Rz 764.
[1448] Vgl. Rz 764.
[1449] Zur Verknüpfung des KAGA-Vertrages mit der Zusammenarbeit der Aktionärinnen im Rahmen der KAGA siehe oben Rz 671.
[1450] Unten Rz 1097.
[1451] Unten Rz 1246 ff.

838. Es ist aber nicht nur keine Zäsur zu erkennen, sondern vielmehr eine Kontinuität in Bezug auf die Ausrichtung der KAGA. Zwar formulieren die Aktionärinnen bzw. die Verwaltungsräte der KAGA vereinzelte wettbewerbsrelevante Aspekte im Verlaufe der Zeit weniger deutlich oder weniger häufig.[1452] So findet sich das strukturerhaltende Element als Zweck des KAGA-Vertrags und der KAGA nur bis in die 70er Jahre explizit in den Aussagen der KAGA-Akteure. Damals wies der Vorsitzende der KAGA-Vorgängerin ([...]) noch explizit darauf hin, dass sich die Gesellschafter zur gemeinsamen Ausbeutung der Kiesvorkommen entschieden hätten, «ohne aber die bestehenden Werke der Gesellschafter zu schmälern». Dieses Ziel sei erreicht worden, allerdings könne die Zusammenarbeit nur gelingen, «wenn alle gleich behandelt werden und der Schwächere nicht an die Wand gedrückt wird».[1453] Im gleichen Sinn auch die Aussage des damaligen Vorsitzenden des VRA: «Jedem Kieswerk sollte sein Lebensraum einigermassen garantiert werden».[1454] Weiter etwa die Aussage im Geschäftsbericht von 1974: «Der Erfolg unserer Arbeit hängt weitgehend davon ab, ob wir als Konkurrenten bereit sind, vernünftig miteinander zu reden und wenn nötig auch gemeinsam, im Verhältnis der Kapazitäten, einen kleineren Auftragskuchen teilen können».[1455] In den nachfolgenden Jahrzehnten sprechen die verantwortlichen Akteure der KAGA diesen Aspekt nicht mehr so explizit an. Sie fokussieren in späteren Jahren mehr auf das *Instrument* zur Erhaltung des status quo unter den Aktionärinnen, sprich die Gleichbehandlung unter ihnen.[1456] Oder sie sprechen den Aspekt in abstrakterer Form an, z.B. wenn [...] im Jahr 2008 davon spricht, dass die einzelne Aktionärin sich zu Gunsten einer gesamten Lösung zurücknehmen müsse.[1457]

839. Diese impliziteren Formulierungen gewisser wettbewerbsbeeinflussenden Elemente mögen verschiedene Gründe haben. So ist zunächst darauf hinzuweisen, dass mit der Gründung der KAGA unter Beteiligung dieser Aktionärinnen ein wichtiges Element des KAGA-Vertrags bereits weitgehend erreicht war, nämlich die Verhinderung des Markteintritts neuer Konkurrenten und die Einsetzung der Ressourcen der KAGA zugunsten der Aktionärinnen. Dies bringt [...] schon in Bezug auf die KAGA-Vorgängerin zum Ausdruck, wenn er wie in der vorangehenden Randziffer zitiert sagt, dass dieses Ziel erreicht worden sei.

840. Nach der Etablierung der KAGA war es daher gar nicht mehr nötig, sämtliche Grundideen ständig zu wiederholen. Diese Grundideen tauchten allerdings immer dann wieder auf, wenn sie sich in einem konkreten Fall aktualisierten. So z.B. 2012, als die Aktionärinnen den KAGA-Vertrag gegen Daepp durchsetzten, oder 2002 bzw. 2005, als die Aktionärinnen für sich das Risiko neuer Konkurrenz durch die Übernahme von [U01] durch einen aussenstehenden Dritten erkannten.[1458]

841. Sodann ist auch denkbar, dass die Aktionärinnen gewisse wettbewerbsbeeinflussende Aspekte ihrer Abmachungen nach der Einführung des neuen Kartellgesetzes 1996 oder nach dessen Verschärfung 2004 bewusst vorsichtiger formulierten. In diesem Sinne können beispielsweise die Bedenken gedeutet werden, die [...] (Kiestag) zum Schreiben der KAGA an [U04] äusserte (mit dem Schreiben sollte [U04] darüber informiert werden, dass die Anliefermengen reduziert werden)[1459]: «Wir müssen darauf achten, dass wir einen Brief verfassen, der für uns nicht verfänglich sein kann, sollte er bei den Behörden oder der WEKO auftauchen».[1460]

842. Wie dem auch sei: Den nachfolgenden Ausführungen kann entnommen werden, dass die Beweislage insbesondere aufgrund der oben umfangreich dargestellten Begleitumstände eine Kontinuität zeigt in Bezug auf die grundsätzliche Ausrichtung der KAGA seit ihrer Gründung 1970 bis zur Eröffnung der vorliegenden Untersuchung. In den Jahren 2009 bzw. 2010 berief sich der Verwaltungsratspräsident der KAGA ([...]) noch explizit auf die 40-jährige Geschichte der Solidarität unter den Aktionärinnen und machte sich Gedanken, wie «dem ursprünglichen KAGA-Gründungsgedanken bei sich verändernden Verhältnissen am ehesten Rechnung getragen werden könnte».[1461]

843. Einige Parteien machen in ihren Stellungnahmen zum Antrag geltend, das Jahr 2014 bzw. insbesondere die VR-Beschlüsse vom 3. und 16. Dezember 2014 würden eine Zäsur darstellen.[1462] Das trifft nicht zu. Wie festgestellt, wurde der KAGA-Vertrag an der VR-Sitzung vom 16. Dezember 2014 weder aufgehoben noch wurde ein neuer Aktionärbindungsvertrag abgeschlossen, der diesen ersetzt hätte.[1463] An der Sitzung vom 3. Dezember 2014 wurde hierzu nur erwähnt, dass ein Vorschlag zu einem neuen Aktionärbindungsvertrag erarbeitet werde.[1464] Es blieb im Dezember 2014 aber nicht nur der KAGA-Vertrag unverändert bestehen, sondern vielmehr

[1452] Es ging bei den oben dargestellten Anpassungen von 1977 und 2012 vielmehr darum, namentlich das Kiesabbauverbot zu aktualisieren, siehe Anpassung von 1977 in Rz 590 ff. und von 2012 in Rz 595 ff.

[1453] Siehe zur Zuordnung von Äusserungen eines Verwaltungsrates der KAGA an VR-Sitzungen zur jeweiligen entsendenden KAGA-Aktionärin oben Rz 672 ff.

[1454] Siehe oben Rz 715.

[1455] Oben Rz 727. Ferner die Aussage in Rz 728: «Die angestammten Absatzgebiete sollten den einzelnen Werken erhalten bleiben. Andernfalls entstehen Differenzen unter den Aktionären».

[1456] Oben Rz 734.

[1457] Siehe dazu z.B. die Aussagen in der «Strategie 2012+», die bereits in der «Strategie 2003» der KAGA enthalten waren, wonach die KAGA ihren Aktionärinnen Wandkies unter Berücksichtigung der verschiedenen Ausgangslagen der Aktionärinnen anbietet, oder wonach die KAGA bei der Sicherstellung der langfristig benötigten Auffüll- und Deponievolumen die aktionärseigenen Auffüll- und Deponievolumina berücksichtigt (siehe jeweils Ziff. 3.1 und 3.2 in «Strategie 2003+», Act. II.D.X.15, S. 16–19 und «Strategie 2012+», Act. II.G.X.104, S. 10–17). Weiter die Aussage von [...] (Alluvia) aus dem Jahr 2002, in welcher er von den gleich langen Spiessen für die Aktionärsfirmen spricht (Act. II.G.17, S. 2). Sodann die Aussage von [...], wonach der Transportkostenausgleich dazu diente, dass der Kiespreis für jedes Kieswerk der Aktionärinnen gleich ist (oben Rz 800). Siehe weiter den VRA-Entscheid im Jahr 2002, den Transportkostenausgleich zu etablieren: «Das Ziel ist, alle Aktionäre möglichst gleich zu halten». (VRA-Protokoll vom 12.11.2002, T. 4, Act. II.D.X.7).

[1458] Siehe Aussage von [...] im Jahr 2008, oben Rz 779.

[1459] Zur Durchsetzung des KAGA-Vertrags im Jahr 2012 gegen Daepp siehe oben Rz 595 ff.; zur Übernahme von [U01] siehe oben Rz 765 und Rz 771 f. (siehe auch unten Rz 860 ff.).

[1460] Siehe zu dieser Thematik unten Rz 1173 und Rz 1208 ff.

[1461] E-Mail von [...] an [...] (KAGA) vom 9.3.2014, Act. II.A.X.479.

[1462] Oben Rz 779 bzw. Rz 782.

[1463] Act. VIII.156 Rz 48–61, 108 zweites Lemma, 116 und Beilage 2; Act. VIII.162 Rz 41–46; Act. VIII.158 Rz 28–31, insbesondere Fn 2; Act. VIII.164 Rz 112–121 und 151, ferner 234.

[1464] Rz 645 ff.

sind die Parteien an keiner dieser Sitzungen von der grundsätzlichen Zusammenarbeitsweise im Rahmen der KAGA abgerückt. Dem Protokoll der Sitzung vom 16. Dezember 2014 lässt sich diesbezüglich nichts entnehmen. An der Sitzung vom 3. Dezember 2014 haben die Parteien nur, aber immerhin, beschlossen, auf einige Unter-Abmachungen bzw. deren Umsetzungen (derzeit) zu verzichten. Bei den beschlossenen Anpassungen handelte es sich, wie auch schon bei Anpassungen in früheren Jahren, um blosse Reaktionen auf veränderte Verhältnisse. So ist im VR-Protokoll festgehalten, auf den Transportkostenausgleich könne infolge Rückganges der angelieferten Deponiemengen verzichtet werden und die Restriktionen bezüglich Annahmegebiet sowie -bedingungen bezüglich Deponieanlieferungen könnten aufgehoben werden, da das stark zurückgegangene Annahmevolumen dies zulasse.[1465] Unter-Abmachungen, die nicht von veränderten Verhältnissen betroffen waren, haben die Parteien hingegen nicht diskutiert, womit sie diese unverändert beibehalten haben, so etwa das Entsenderecht und die gelebte Entsendepraxis mit fast ausnahmsloser Doppelorganschaft. Vor allem aber haben die Parteien ihre Zusammenarbeit im Rahmen von KAGA im Dezember 2014 nicht in genereller, grundsätzlicher Weise überdacht und neu gestaltet. Diesbezügliche Massnahmen, erst recht grundlegende, ernsthafte Massnahmen, haben sie keine ergriffen. Am Gesamtbild haben die Parteien mit anderen Worten zu keiner Zeit gerüttelt. Es gab demnach Ende 2014 keine Zäsur. Dass eine solche zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt wäre, behaupten auch die Parteien nicht und reichen erst recht keine dahingehenden Beweismittel ein.

C.6.3.5.3 Gegenstand A: Verhinderung von neuer Konkurrenz im Aaretal

844. Ein erster Gegenstand, den die oben dargestellten Beweismittel belegen, ist dieser: Durch das gemeinsame Engagement in der KAGA wollten die Aktionärinnen Dritte daran hindern, im Aaretal neue Konkurrenz auszuüben.

845. Dies wurde ausdrücklich im KAGA-Vertrag festgehalten. In Art. 2 des KAGA-Vertrags wird ausgeführt, dass die KAGA selbst die Kieswerke der Aktionärinnen in keiner Weise konkurrenzieren soll (siehe dazu nachfolgend Gegenstand B). Als Begründung dafür wird im KAGA-Vertrag festgehalten, dass die Vorgängerin der KAGA (die KWU) ja seinerzeit geschaffen wurde, «um unerwünschte Grosskonkurrenten aus dem Gebiet des oberen Aaretales fernzuhalten».[1466] Hier wird im Übrigen auch der Zusammenhang offenbart, wonach eine eigenständige KAGA (d.h. eine, welche die Aktionärinnen konkurrenzieren würde) der Grundidee widersprechen würde, durch den gemeinsamen Betrieb der KAGA Wettbewerbsdruck ab den Abbaustellen der KAGA zu verhindern.[1467]

846. Dass es den Aktionärinnen der KAGA darum ging, zu verhindern, dass Dritte mit den Kiesressourcen im Aaretal Konkurrenz ausüben, ergibt sich weiter aus Beweismitteln zu den Vorgängerinnen der KAGA.[1468] Dort heisst es beispielsweise, dass sich Hofstetter, Kästli, Messerli und [U09] zu diesem Ziel zusammengefunden hätten: «Fernhalten von ausserkantonaler und ausländischer Grossindustrie aus dem Raume Bern-Aaretal-Thun (Zementindustrie, Handel, usw.)».[1469] Ebenso wurde festgehalten, «dass sich die Gesellschafter vor allem mit dem Ziel, Grosskonkurrenten aus dem Aaretal fernzuhalten, zum gemeinsamen Betrieb von Kiesausbeutungsanlagen zusammengeschlossen haben. Die Gesellschafter vereinbarten zu diesem Zweck, die Kiesvorkommen im Vertragsgebiet gemeinsam zu sichern und auszubeuten ohne aber die bestehenden Werke der Gesellschafter zu schmälern».[1470] Im Übrigen wurde Heimberg in die KAGA-Vorgängerin aufgenommen, weil diese «als Aussenseiter der KWU grössten Schaden zufügen könnte».[1471] Zudem griffen die Aktionärinnen bereits vor der Gründung der KAGA nicht nur zum Mittel des (gemeinsamen) Kaufs von Abbaurechten, um Dritte als Konkurrenten zu verhindern. Als beim Bau der Autobahn im Jahr 1969 ein öffentlicher Auftrag vergeben wurde, brachten sie eine Mitofferentin dazu, ihre Offerte gegen Entgelt zurückzuziehen, weil die Aktionärinnen befürchteten, die Mitofferentin könnte sich nach Erledigung des Auftrags in der Region als Kiesausbeuterin festsetzen.[1472]

847. Im Rahmen der Gründung der KAGA wurde die Fernhaltung unerwünschter Grosskonkurrenz aus dem Aaretal ebenfalls festgehalten: Um «dadurch unerwünschte Grosskonkurrenz aus dem Aaretal fernzuhalten».[1473] Gleichwohl will keine der befragten Personen etwas davon wissen, dass die KAGA genau dazu gegründet worden ist; auch [...] (Alluvia) nicht, der schon bei der Gründungsversammlung der KAGA im März 1970 dabei war, damals als Protokollführer.[1474] Die Gründungsversammlung ist allerdings schon sehr lange her, sodass es durchaus nachvollziehbar ist, dass er sich nicht daran erinnern kann. Dennoch irrt sich [...], wenn er auf die Frage, was er dazu sage, dass nach den Informationen des Sekretariats die KAGA von den Aktionärinnen gegründet worden sei, um Konkurrenten aus dem Gebiet des oberen Aaretals fernzuhalten, erwidert: «Dann sind einfach Ihre Informationen falsch».[1475] [...] (Marti) anerkennt immerhin, dass man den KAGA-Vertrag so lesen könne, dass er den Vorwurf begründe, dass die KAGA gegründet worden sei, um Konkurrenten aus dem oben Aaretal fernzuhalten.[1476]

[1465] VR-Protokoll der KAGA vom 3.12.2014, T. 5.3 drittes Lemma, Act. IV.13, S. 1014–1020.
[1466] Siehe dazu oben Rz 708 f.
[1467] Siehe dazu nachfolgend Rz 874 ff.
[1468] Zur Zulässigkeit, auf diese Quellen abzustellen, siehe oben Rz 710.
[1469] Oben Rz 711.
[1470] Oben Rz 715.
[1471] Oben Rz 715.
[1472] Oben Rz 575; siehe auch die Aussage zur KWU, wonach Exponenten der daran beteiligten Gesellschaften bei der Gemeinde Uetendorf und beim Kanton vorstellig werden wollten, nachdem sie mitbekommen hatten, dass die Konkurrentin [U01] eine weitere Abbaustelle in der Aegerten in Uetendorf beabsichtigte (Rz 577 i.f.).
[1473] Oben Rz 718.
[1474] Protokoll der Gründungsversammlung vom 20.3.1970, erste Seite, Act. II.C.X.6.
[1475] Oben Rz 816.
[1476] Oben Rz 822.

848. Aufgrund der Vielzahl diverser schriftlicher Belege aus der Gründungszeit, die eindeutig formuliert sind und sich gegenseitig bekräftigen, steht zweifelsfrei fest, dass die Verhinderung von Konkurrenz durch Dritte im Aaretal ein Gegenstand war, auf den sich die Gründerinnen der KAGA geeinigt haben. Soweit dies in den Einvernahmen teilweise in Abrede gestellt wurde, überzeugen diese anderslautenden, nicht weiter konkretisierten Aussagen nicht; sie vermögen keine ernsthaften Zweifel an diesem Beweisergebnis zu wecken. Nachfolgend bleibt zu würdigen, ob dieser Gegenstand nach der Gründung weiterbestehen blieb oder ob die Beteiligten diesen geändert haben.

849. In den weiteren Beweismitteln nach der Gründung der KAGA[1477] findet sich das Fernhalten von Grosskonkurrenz nicht mehr in dieser expliziten Form erwähnt. Die erneute Betonung oder Besprechung dieses Elements war aber auch nicht nötig, da mit der Gründung der KAGA, namentlich durch den gemeinsamen Erwerb von Abbaurechten in diesem Gebiet und das Einbringen der von den Aktionärinnen bereits gehaltenen Abbaurechte in die KAGA,[1478] das Fernhalten von Dritten von diesen Kiesressourcen bereits weitgehend erreicht war. So hielt schon anfangs 1970 der damalige Vorsitzende der KAGA, [...], fest, dass das Ziel, Grosskonkurrenten aus dem Aaretal fernzuhalten, «offensichtlich erreicht worden» sei bzw., dass «diesbezüglich schon erfreuliche Erfolge zu verzeichnen seien».[1479] Dass die Verhinderung von kiesabbauenden Dritten im Aaretal heutzutage weitgehend erreicht ist, lässt sich auch aus verschiedenen Aussagen der Parteien ableiten. [...] (Alluvia) sagte beispielsweise, dass es nach seinem Wissen im Aaretal praktisch keine Kiesabbaumöglichkeiten mehr gebe.[1480] Und [...] (Kästli) sagte aus: «Es gibt mittlerweile gar keine Möglichkeiten mehr, im grösseren Stil Kies in der KAGA Region abzubauen. Für die Aktionäre hat es Sinn gemacht, sich an den Sacheinlagevertrag zu halten, da es gemeinsam effizienter ist».[1481] Diese Aussagen werden allerdings relativiert durch eine Äusserung von [...] (Alluvia), der den KAGA-Wirkungskreis noch fünf Jahre vor den Einvernahmen als «relevanten Punkt» des KAGA-Vertrags bezeichnete.[1482] Zudem haben die Aktionärinnen das Verbot im Jahr 2012 gegen Daepp angewandt.[1483]

850. Die weitgehende Erreichung dieses Bestandteils des KAGA-Vertrags ist nebst dem gemeinsamen Erwerb von Abbaurechten durch KAGA und damit der «Besetzung» vorhandener Abbaumöglichkeiten durch KAGA auch auf die unterdessen eingeführten Normen (insbesondere raumplanungsrechtliche Erlasse, aber auch etwa Gewässerschutzvorschriften) zurückzuführen. Seit spätestens 1988 bedürfen neue Kiesgruben einer Grundlage in einem Nutzungsplan,[1484] wobei der Kanton Bern erst 1998 einen ersten kantonalen Sachplan erliess.[1485] Bei den Festsetzungen[1486] von Kiesgruben (und Deponien) kommen dabei Mengenbeschränkungen, die entsprechend dem erwarteten künftigen Verbrauch bestimmt werden, zum Zuge.[1487] Diese veränderte rechtliche Ausgangslage schränkt den Eintritt neuer Konkurrenten – unabhängig von der «Besetzung» vorhandener Abbaumöglichkeiten durch KAGA – in einem Gebiet und damit namentlich auch im Aaretal ein.[1488] Dieser Zusammenhang wird etwa durch die Ausführungen von [...] (Alluvia) bestätigt, wenn er festhält: «Nach meinem Wissen gibt es praktisch keine Kiesabbaumöglichkeiten mehr, also von den anderen Bewilligungen her, wegen Grundwasser etc. Es wäre wahrscheinlich schwierig, überhaupt ein lohnendes Abbaugebiet zu finden. Viel ist durch das Grundwasser und wegen der Aare geschützt, so dass man grosse Gebiete gar nicht abbauen kann. Zudem gibt es andere Schutzzonen».[1489] Da die kantonale Planung eingegriffen habe, welche vorgebe, wo Kies abgebaut werden könne und wo nicht, sei die Gebietsfrage innerhalb der KAGA nicht mehr aktuell gewesen. Eine kantonale Planung habe es in den 70er Jahren nicht gegeben; daher sei die Karte obsolet geworden. KAGA und Aktionärinnen könnten heute bestens ohne die Karte im KAGA-Vertrag leben.[1490]

851. Trotz dieser weitgehenden Erreichung dieses Teils des KAGA-Vertrags verlor die KAGA die Sicherung aller möglichen Kiesressourcen resp. der diesbezüglichen Abbaurechte im Aaretal nicht aus den Augen. Vielmehr verfolgte sie diese Idee weiterhin, wenn die KAGA-Aktionärinnen dies als nötig erachteten.[1491] Bloss war dies aufgrund der veränderten Umstände weit weniger häufig der Fall als noch bei der Gründung der KAGA. Im Einzelnen:

852. Dass der gemeinsame Erwerb auch nach der Gründung der KAGA wichtig blieb, zeigt sich bereits in einem kurz danach verfassten Bericht von 1971. Darin erläuterte der damalige VRP die Aufgabe der KAGA («ihre Aktionäre mit genügend Rohkies zu versorgen») und ihre Planung (Eigenständigkeit eines jeden Werkes wahren; Zusammenarbeit in Bezug auf Rohmaterialgewinnung im Gebiet der KAGA und ausschliessliche Berechtigung für KAGA, in diesem Gebiet Kiesausbeutungsverträge abzuschliessen; Konkurrenzbeschränkung zu Lasten der KAGA). Dazu hielt er fest:[1492] «Im Rahmen dieses Konzepts ist die KAGA weiterhin bemüht, Ausbeutungsrechte zu erwerben und die Kies-Rohmaterialgewinnung im Interesse der Aktionäre und der Öffentlichkeit (Landschaftsschutz) zu koordinieren».

853. 1985 diskutierte der VR der KAGA den möglichen Kauf von weiteren Grundstücken und hielt fest: «In der weiteren Diskussion kommt zum Ausdruck, dass die KAGA die Grundstücke [...] unbedingt kaufen sollte, da sonst potentielle Gegner in Bezug auf Kiesabbau und Deponie Eigentümer werden».[1493]

[1477] Oben C.6.3.3.3.
[1478] Oben Rz 512.
[1479] Oben Rz 715 und Rz 718.
[1480] Oben Rz 814.
[1481] Oben Rz 825.
[1482] E-Mail vom 24.2.2010, Act. II.A.X.173.
[1483] Oben Rz 595 ff.
[1484] Oben Rz 331.
[1485] Oben Rz 334.
[1486] Zu den Begriffen «Festsetzung», «Zwischenergebnis» und «Vororientierung» oben Rz 341.
[1487] Oben Rz 352 erstes Lemma.
[1488] Oben Rz 350 ff.
[1489] Oben Rz 814.
[1490] Oben Rz 817; siehe auch Rz 630.
[1491] Dazu nachfolgend Rz 856 ff.
[1492] Oben Rz 723.
[1493] Oben Rz 749.

854. KAGA zog für das Erreichen dieses KAGA-Vertragsteils auch politische Einflussnahmen in Betracht. Dies kann einer Aussage des damaligen VRP von KAGA, [...], aus dem Jahr 1989 entnommen werden: «Im Vordergrund steht die Rohmaterialsicherung im Interesse der angeschlossenen Kieswerke und Unternehmen. Nachdem grössere neue Kiesvorkommen nur noch im Rahmen von Kieszonen bewilligt werden, müssen wir uns an der Erstellung des kantonalen Kieszonen-Sachplans engagieren. (…) Bei dieser Planungsarbeit muss sich die KAGA insbesondere dafür einsetzen, dass die ganzen Kiesvorkommen (auch die unter dem Wald) zwischen Uttigen, Kirchdorf-Jaberg und Talgut in einer zusammenhängenden Kieszone zusammengefasst werden. In allen Abbaugebieten sind die noch nicht unter Abbaurecht stehenden Parzellen 'unter Dach' zu bringen. Vordringlich ist der Erwerb der Abbaurechte für die grosse Variante Kirchdorf/Jaberg aber auch für die Abbauvorhaben in Uttigen und Bümberg». Zur neunköpfigen Projektgruppe, die den ersten kantonalen Sachplan von 1998 erstellte, zählten denn auch [...] (Alluvia, ehemals Messerli) und […] (Alluvia, ehemals Hofstetter),[1494] und die Datenerhebung für das Controlling erfolgte bei diesem Sachplan nicht allein durch den Kanton, sondern zusammen mit dem [U14], wobei [...] (Kästli) und [...] (Alluvia) als Mitverfasser des Controllingberichts 2008 aufgeführt sind.[1495]

855. Wo die Aktionärinnen die Gefahr eines neuen Markteintritts sahen, informierten sie umgehend ihre Aktionärskollegen. So etwa im Jahr 2006: «[...] [Daepp] teilt mit, dass in Oppligen eine Consulting-Firma direkt mit Landwirten Kontakt aufnehme, auf der Suche nach Kies».[1496]

856. Auch ergriffen sie Massnahmen, wo sich ihnen die Gelegenheit bot, Konkurrenz durch Dritte zu verhindern oder zu mindern. In den nachfolgenden drei Situationen aktualisierten sich solche Gelegenheiten:

857. So nahmen die Aktionärinnen kurz nach der Gründung von KAGA 1970 das Berner Baugeschäft [U11] als weitere Aktionärin auf.[1497] Sie hielten dazu fest, dass sie einer Beteiligung der [U11] an der KAGA bisher nicht zugestimmt hätten. Da aber die [U11] nunmehr «in Kirchdorf grössere Ausbeutungsrechte erworben» habe, «angrenzend an unser Ausbeutungsareal», stehe man «vor einer neuen Situation». Weiter hielten sie fest: «Die KAGA wird vom Beitritt auch profitieren, indem wir praktisch den gesamten Hügel zur Ausbeutung in unsere Hände bekommen». Und weiter sagten die Aktionärinnen: «Die Firma [U11] wird sich in die KAGA voll integrieren müssen, was durch Mitunterzeichnung der Abmachungen im Sacheinlagevertrag zu erfolgen hat. Die Firma [U11] wird also nach Eintritt in die KAGA nicht mehr berechtigt sein, im Vertragsgebiet eigene Ausbeutungen zu betreiben».

858. Das Beispiel der Einbindung von [U11] zeigt im Übrigen auch, dass es den Aktionärinnen der KAGA nicht einzig darum ging, die Konkurrenz durch ausländische oder ausserkantonale Konkurrenten zu domestizieren, ist [U11] doch ein Berner Bauunternehmen. Dasselbe gilt im Übrigen in den beiden nachfolgenden Beispielen im Umgang mit der im Jahr 1977 neu in die KAGA aufgenommenen Kiestag sowie im Umgang mit [U01].

859. Die Kiestag trat 1977 in die Rechte und Pflichten des KAGA-Vertrages ein. Dabei übernahm die Kiestag die Aktien der damaligen Aktionärin [U09], die Konkurs gegangen war. Als Grund für die Aufnahme der Kiestag lässt sich den Akten die Tatsache entnehmen, dass sich die Kiestag und die übrigen Aktionärinnen der KAGA darauf einigen konnten, dass es aufgrund von wahrgenommenen Überkapazitäten besser sei, das Kieswerk am Standort der [U09] stillzulegen und das noch vorhandene Wandkies über die KAGA in den Markt zu bringen.[1498] Damit konnten die Aktionärinnen neuen Wettbewerb verhindern, der ihnen die aus damaliger Sicht als Dritte zu betrachtende Kiestag hätte liefern können. Im Übrigen war die Kiestag im Besitz von Grundstücken in Niederwichtrach, die sie der KAGA 1979 verkaufte.[1499]

860. Schliesslich sei auf die Diskussionen insbesondere in den Jahren 2005 bis 2007 verwiesen, als die Aktionärinnen den Kauf der [U01] ins Auge fassten. [U01] liegt in unmittelbarer Nähe zu den KAGA-Abbaustellen und wurde von den Aktionärinnen einerseits als «Hauptkonkurrent im Kies- und insbesondere Deponiemarkt der KAGA» eingestuft, andererseits aber auch als Konkurrentin zu den Aktionärinnen: «Indirekt entsteht aber den auf dem Markt aktiven KAGA-Aktionärinnen durch die [U01] Konkurrenz».[1500] Im Einzelnen zu dieser angestrebten Übernahme der [U01]:

861. Bereits in den Jahren 1998/1999 zogen die VR der KAGA die Beteiligung an der [U01] bzw. einen Kauf in Betracht, damals in erster Linie mit der Idee, den Absatz von Kies- und Recyclingprodukten zu steigern.[1501] Schon im Jahr 2000 findet sich dazu aber auch die Überlegung, dass damit eine Preisbekämpfung im ohnehin sehr harten Markt vermieden werden solle.[1502]

862. Sehr deutlich wird die Idee der KAGA, Konkurrenz durch Dritte zu verhindern, als der KAGA-Verwaltungsrat der KAGA im Jahr 2002 die Gefahr erkannte, «dass Kiesgrube und Transportgeschäft von [U01] von anderen Marktteilnehmern wie z.B. [U04], Lehmann oder Anderen übernommen werden könnte», und deshalb einstimmig beschloss, «dass in einer solchen Situation die Kiesgrube von der KAGA übernommen werden müsste, um nicht der Gefahr anderer Konkurrenten, welche diese Grube in Besitz nehmen würden, ausgesetzt zu sein».[1503] Der KAGA und ihren Aktionärinnen ging es also nicht mehr nur darum, den Konkurrenzdruck der

[1494] Oben Rz 334 und Rz 753.
[1495] Oben Rz 356.
[1496] VR-Protokoll der KAGA vom 6.12.2006, T. 9, Act. II.B.X.258.
[1497] Zur Aufnahme von [U11] und den Gründen dafür siehe oben Rz 721; [U11] beendete ihre Beteiligung an der KAGA 2004 wieder, siehe dazu oben Rz 515.
[1498] Oben Rz 590.
[1499] VR-Protokoll der KAGA vom 4.12.1979, T. 5, Act. II.D.X.5.
[1500] Oben Rz 765 und Rz 771; siehe auch die Notiz von Daepp, oben Rz 769: «Da die Firma [U01] über eine Kiesabbau- und Aushubdeponiestelle verfügt und zudem die Aktionäre der KAGA teilweise konkurrenziert könnte eine allfällige Geschäftsübernahme sinnvoll sein».
[1501] Oben Rz 755.
[1502] Oben Rz 755.
[1503] Oben Rz 766.

[U01], die seit Anbeginn eine Kiesgrube in unmittelbarer Nähe von KAGA betreibt, durch ihren Aufkauf zu bändigen, sondern darum, eine erhöhte Konkurrenz durch *andere (weniger vertraute und daher weniger berechenbare) Dritte* zu Lasten der KAGA und gewisser Aktionärinnen zu verhindern, insbesondere durch [U04]. Auch die Aktionärin Aare-Kies (Daepp) notierte für sich die Idee, durch den Kauf der [U01] den Wettbewerb zu reduzieren, einerseits weil [U01] selbst eine Konkurrentin ist, andererseits weil auch Daepp möglichen neuen Akteuren zuvorkommen wollte. So hielt Daepp fest, dass die [U01] über eine Kiesabbau- und Aushubdeponie verfüge und zudem die Aktionärinnen der KAGA teilweise konkurrenziere, weshalb «eine allfällige Geschäftsübernahme sinnvoll sein» könnte. Und weiter: «Eine vollständige Übernahme durch die KAGA oder mehrere KAGA-Aktionäre ist ohne Zweifel anzustreben, ehe es ein anderer tut».[1504]

863. In einem VR-Vorbereitungsdokument wiederholte [...] im Jahr 2005 diese Argumente. Er hielt fest: «Indirekt entsteht aber den auf dem Markt aktiven KAGA-Aktionären durch die [U01] Konkurrenz, und das Nebeneinander der beiden Kiesbetriebe [U01] und KAGA beinhaltet eine gewisse Unruhe und Unberechenbarkeit betreffend Kies- und Deponiepreis im Markt. Insbesondere stellt sich für die KAGA die Frage, was geschieht, wenn [U01] an einen Nicht-KAGA-Aktionär verkauft».[1505] In der entsprechenden VR-Sitzung hielten die VR fest: «Der VR ist sich einig, dass es sich um eine defensive Investition handeln würde, nicht in erster Linie um ein gutes Geschäft, sondern um eine Gelegenheit, in der Region etwas Ruhe in den Branchenmarkt zu bringen».[1506]

864. Als sich abzeichnete, dass die [U01] das Angebot der KAGA nicht annehmen würde und der Verkauf an die [U04] nach wie vor als mögliches Szenario im Raum stand, einigten sich die Verwaltungsräte der KAGA gar darauf, dass der Verwaltungsratspräsident der KAGA, [...], den Geschäftsführer der [U04] aufsuchen soll, um ihn auf einen allfälligen Konkurrenzkampf aufmerksam zu machen.[1507] Dieser bemerkenswerte Vorgang lässt tief blicken und zeigt in zweierlei Hinsicht das Selbstverständnis der KAGA und ihrer Aktionärinnen: Sie sahen sich einerseits als potent genug, um mit dem «Hinweis» auf einen Konkurrenzkampf bzw. auf allfällige «Konsequenzen» Dritte wie [U04] von ihrem freien unternehmerischen Agieren abzuhalten, und sie zeigen damit in aller Deutlichkeit, um was es ihnen eben geht: Verhinderung von Konkurrenz im Aaretal. Alluvia moniert in ihrer Stellungnahme zum Antrag, es werde nicht näher beschrieben, wie genau [U04] nun an der Übernahme von [U01] gehindert worden sein soll, sondern es werde versucht, mit unklaren Zeugenaussagen zu insinuieren, dass [U04] mit durch an Nötigung grenzendem Druck von diesem Vorhaben abgehalten worden sei.[1508] Dieses Vorbringen verfängt nicht. Zunächst ist unbestritten, dass [...] im Namen der marktbeherrschenden KAGA [U04] aufsuchte, um mit dieser über deren Kaufangebot an [U01] zu sprechen. Inhaltlich ist durch mehrere Beweismittel, u.a. ein VR-Protokoll von KAGA,[1509] zweifelsfrei belegt, dass «über allfällige Konsequenzen von Seiten KAGA» gesprochen wurde bzw. ein allfälliger Konkurrenzkampf durch KAGA in Aussicht gestellt wurde. Die Behauptung von Alluvia, es gäbe dazu nur «unklare Zeugenaussagen», ist unwahr. Noch exakter muss der Inhalt des Gesprächs nicht rekonstruiert werden. Denn schon so steht fest, dass KAGA wohlwissend um ihre Marktstellung auf [U04] Druck ausübte, um sie so von einem Angebot an [U01] abzubringen.

865. Bemerkenswert an diesem Vorgang ist auch, dass es für die Aktionärinnen keine entscheidende Rolle zu spielen schien, ob nun die KAGA selbst (über welche jede einzelne Aktionärin ihre Interessen in die Steuerung der zugekauften [U01] einbringen könnte) oder eine Aktionärin bzw. mehrere Aktionärinnen den Kauf tätigt bzw. tätigen. So fassten sie an der VR-Sitzung im Dezember 2005 eine Rückfallstrategie ins Auge, gemäss welcher die Aktionärin Kiestag bzw. die Vigier eine Einzelofferte einreichen würde, falls die [U01] das KAGA-Angebot nicht akzeptieren oder auch Angebote von Dritten prüfen sollte. «Damit wäre die KAGA indirekt weiter dabei».[1510] Bei ihrem Angebot im Jahr 2007 stimmten denn auch die KAGA-Aktionärinnen das Angebot der KAGA auf jenes von Kiestag ab, die ihnen das ihrige offenlegte.[1511] Die Bildung der aus drei Aktionärinnen bestehenden Arbeitsgruppe zu Beginn der Übernahmeverhandlungen, bei der mehrere Übernahmevarianten in Betracht gezogen wurden, sowie die diesbezügliche Aktennotiz von Daepp belegen ebenfalls, dass für sie ein Kauf der [U01] über verschiedene Wege stattfinden kann: «Eine vollständige Übernahme durch die KAGA oder mehreren KAGA-Aktionäre ist ohne Zweifel anzustreben, ehe es ein anderer tut».[1512] Wie ausgeführt, zeigt dies einerseits, dass das Fernhalten von Konkurrenz durch Dritte im Aaretal nach wie vor angestrebt ist.[1513] Andererseits zeigt dies auch, dass der Wettbewerbsdruck, der von dieser Abbaustelle ausgehen könnte, weniger – wenn überhaupt – gefürchtet wird, wenn diese von einer oder mehreren anderen Aktionärinnen kontrolliert würde. Auf diese Dosierung des Wettbewerbsdrucks durch Aktionärinnen wird an späterer Stelle noch vertiefter eingegangen.[1514]

866. Neben diesen Beispielen, die zeigen, dass die Aktionärinnen der KAGA den Faden der Verhinderung und Dämpfung von Konkurrenz in «ihrem» Gebiet immer wieder aufnahmen, wenn sich die Notwendigkeit oder die Gelegenheit dazu bot, offenbart sich dieser Bestandteil des KAGA-Vertrags zudem in einer abstrakteren, aber dafür sehr deutlichen Form in der aktionärspolitischen Grundhaltung, die ein externer Berater der KAGA gestützt auf einen Austausch mit allen Aktionärinnen zusammenstellte. In der Zusammenstellung wird zunächst unter Ziff. 1 ausgeführt, dass die KAGA nicht Selbstzweck sei, sondern lediglich Mittel zum Zweck:

[1504] Oben Rz 769.
[1505] Oben Rz 771.
[1506] Oben Rz 771.
[1507] Oben Rz 773; siehe dazu zum Gegenstand B 1.2 über den Einsatz der KAGA gegen Dritte, Rz 891 ff. insb. Rz 894.
[1508] Act. VIII.162 Rz 34.
[1509] Siehe Rz 773 ff.
[1510] Oben Rz 772.
[1511] Oben Rz 773.
[1512] Oben Rz 769 und Rz 862.
[1513] Vorangehende Rz.
[1514] Siehe dazu zum Gegenstand C 3 über die Dosierung des Wettbewerbs unter den Aktionärinnen, Rz 910 ff., insb. Rz 930.

«Sie dient den Aktionären in ihrem jeweiligen Wettbewerb». Unter Ziff. 2 und 3 werden die spezifischen aktionärspolitischen Grundhaltungen der KAGA-Aktionärinnen gesondert für den Kiesbereich und den Deponiebereich aufgezählt. Und unter Ziff. 3 werden weitere, allgemeinere Grundhaltungen aufgeführt, so u.a., dass sich KAGA auf das Kerngeschäft von Wandkies und Deponie konzentrieren soll. Und dann wird als weiterer allgemeiner Aspekt der KAGA aufgelistet: Die KAGA soll: «Konkurrenz verhindern, Markt beruhigen».[1515] Diese Aussage stammt aus dem Jahr 2002, lange nach der Inkraftsetzung des neuen Kartellgesetzes im Jahre 1996. Sie wiederholt genau jenen Aspekt der KAGA, der seit der Gründung der KAGA von den Aktionärinnen nie geändert oder auch nur in Frage gestellt wurde, nämlich Konkurrenz durch Dritte im Aaretal zu verhindern.

867. Die vorangehenden Beweismittel belegen, dass dieser Gegenstand mit der Gründung von KAGA und dem gemeinsamen Erwerb von Abbaurechten durch KAGA im Kern gleich zu Beginn weitgehend verwirklicht und gesichert werden konnte. Nebst der «Besetzung» geeigneter Abbaustandorte halfen auch spätere Gesetzesänderungen, dass dieses Ziel heute als weitgehend erreicht zu bezeichnen ist. Gleichzeitig steht aber auch fest, dass die Beteiligten zu keiner Zeit von der weiteren Verfolgung dieses Gegenstands des KAGA-Vertrags absahen oder diesen gar aufgegeben hätten. Eben weil er mit der Gründung schon weitgehend realisiert wurde, war es für sie in späteren Jahren bloss seltener notwendig, diesbezüglich etwas zu unternehmen. Aufgrund der Beweismittel steht ohne relevante Zweifel fest, dass die Beteiligten jeweils aktiv wurden, wenn trotz der einmal geschaffenen Ausgangslage Konkurrenz durch Dritte im Aaretal drohte, und dass sie diese zu verhindern suchten. Die an den Tag gelegten Aktivitäten belegen, dass die Beteiligten diesen Aspekt des KAGA-Vertrags nach wie vor aktiv verfolgen.

868. Kästli-Gruppe trägt in ihrer Stellungnahme zum Antrag vor, der gemeinsame Erwerb von Abbaurechten sei eine Notwendigkeit, um zu verhindern, dass einzelne Konkurrentinnen in obstruktiver oder spekulativer Absicht durch schnelle und massiv überteuerte Sicherung von Abbaurechten an Schlüsselparzellen die Umsetzung von Planungsvorgaben blockieren würden.[1516] Dieses Vorbringen überzeugt in zweierlei Hinsicht nicht. So ist erstens zu konstatieren, dass der gemeinsame Erwerb von Abbaurechten die Ausnahme darstellt. In der Regel ist es ein einzelnes Unternehmen, das ohne Koordination mit anderen eine Abbaustelle betreibt und dafür vorgängig die Abbaurechte im Alleingang erworben hat. So verhält es sich auch bei den Abbaustellen, welche die Aktionärinnen selber betreiben. Die Behauptung, dass ein gemeinsamer Erwerb notwendig ist, ist daher tatsachenwidrig. Zweitens ist das von Kästli-Gruppe monierte Verhalten gerade Ausdruck von Wettbewerb. Zwar handelt es sich dabei um die unschöne, aggressive Seite des Wettbewerbs, aber eben doch um einen Teil des Wettbewerbs. Andere Gesetze wie etwa das UWG setzen derartigem Wettbewerbsgebaren Schranken, während es im KG darum geht, Wettbewerb zu ermöglichen. Zu Ende gedacht trägt Kästli-Gruppe vor, eine Koordination sei erforderlich, da andernfalls Konkurrenz durch die nicht einbezogenen Unternehmen drohen würde. In einem kartellrechtlichen Verfahren verfängt eine solche Argumentation nicht.

C.6.3.5.4 Gegenstand B: Dosierung des Wettbewerbsdrucks der KAGA

869. Ein zweiter Gegenstand des KAGA-Vertrags, den die oben dargestellten Beweismittel belegen, ist dieser: Die Aktionärinnen wollen den Wettbewerbsdruck dämpfen, der von der KAGA selbst auf sie ausgeht. Dies folgt an sich schon aus dem soeben beschriebenen ersten Gegenstand A. Oder ausführlicher gesagt: Wenn sich mehrere Unternehmen darauf einigen, einen Kiesressourcen-Standort gemeinsam zu besetzen, *damit* nicht eine dritte, wettbewerbswillige Akteurin diesen in Beschlag nimmt, ergibt es keinen Sinn, wenn die zusammenarbeitenden Unternehmen von diesem Standort aus selbst vollen Wettbewerb auf sich ausgehen lassen, wie dies eine Dritte tun würde. Ihre Zusammenarbeit würde sonst über den Umweg eben dieser gemeinsamen Standort-Besetzung genau zu dem führen, was sie ja gemeinsam verhindern wollen. Diese Logik haben die Aktionärinnen der KAGA im Übrigen im KAGA-Vertrag explizit festgehalten: «Die einfache Gesellschaft Kieswerk Uttigen wurde seinerzeit als Selbsthilfe-Arbeitsgemeinschaft geschaffen, um unerwünschte Grosskonkurrenten aus dem Gebiet des oberen Aaretales fernzuhalten. Die Kies AG Aaretal (KAGA) soll *daher* in keiner Weise die in der Gesellschaft zusammengeschlossenen Kieswerke, insbesondere des Aaretales, konkurrenzieren».[1517]

870. Die nachfolgenden Ausführungen zeigen, dass die Aktionärinnen in der Tat das Ziel verfolgen, durch ihren gemeinsamen Betrieb der KAGA den Wettbewerbsdruck der KAGA in für sie geordneten Bahnen zu halten. Dabei steht eine Grundidee im Zentrum: Die KAGA ist die Dienerin der Aktionärsinteressen. Diese Grundidee haben die Aktionärinnen in inhaltlicher und organisatorischer Hinsicht konkretisiert: Einige Grundzüge der Aktionärsinteressen haben die Aktionärinnen zudem explizit im KAGA-Vertrag und/oder in ihren von Zeit zu Zeit unternommenen strategischen Überlegungen festgehalten (B.1). Um das Wettbewerbsverhalten der KAGA im Alltag im Sinne der individuellen Aktionärsinteressen zu steuern, haben die Aktionärinnen schliesslich organisatorische Massnahmen getroffen (B.2).

Grundidee: KAGA ist Dienerin der Aktionärsinteressen

871. Die Rolle, welche die Aktionärinnen der KAGA zudenken, brachten sie 2002 auf den Punkt. In ihrer aktionärspolitischen Grundhaltung offenbaren sie diesen Aspekt der KAGA, indem sie das Folgende festhalten: «KAGA ist nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum

[1515] Oben Rz 764.
[1516] Act. VIII.163 Rz 11.
[1517] Art. 2 KAGA-Vertrag, oben Rz 583.

Zweck: Sie dient den Aktionären in ihrem jeweiligen Wettbewerb».[1518] Dieses Element der KAGA findet sich in mehreren weiteren der oben dargestellten Beweismittel. Deutlich ist er etwa in einer Zusammenfassung der «Unternehmensphilosophie» der KAGA zu erkennen, die [...] (Vertreter der Kästli und damaliger VRP der KAGA) im Jahr 2005 formuliert hat: «Die KAGA strebt im Sinne der optimalen Erfüllung ihrer Aufgabe einen angemessenen Gewinn an. Ihre wirtschaftliche Tätigkeit richtet sich nach den Bedürfnissen der Aktionäre und soll diese in der Ausübung deren Stammaktivitäten sinnvoll ergänzen und unterstützen».[1519] Auch den Strategiepapieren «Strategie 2003+», «Strategie 2010+» und «Strategie 2012+» lässt sich entnehmen, dass die KAGA in erster Linie eine Dienerin der Aktionärinnen sein soll. Dies zeigt ein Blick auf die nachfolgenden Passagen, die alle in den Dokumenten der Jahre 2003, 2010 und 2012 enthalten sind:[1520]

«Die KAGA unterstützt ihre Aktionäre in der Kiesversorgung sowie im Auffüll- und Deponiebereich».[1521]

«Die KAGA versorgt ihre Aktionäre laufend mit qualitativ hochstehendem und günstigem Wandkies zur Weiterverarbeitung und verhilft ihnen damit zu Wettbewerbsvorteilen».

«Das Hauptgeschäft der KAGA ist die Kiesversorgung im Raum Bern – Spiez. Sie gewährleistet eine hohe Versorgungssicherheit ihrer Aktionäre, ohne selber aktiv am Markt aufzutreten».

«Die KAGA bietet den Wandkies den Aktionären zu günstigen Preisen an – unter Berücksichtigung der verschiedenen Ausgangslagen (Kieswerkstandorte) ihrer Aktionäre».[1522]

«Die KAGA betreibt Auffüllungen mit Aushub und Inertstoffdeponien im Raum Bern – Spiez. Sie strebt eine marktführende Rolle an. Den Markt bearbeitet sie aktiv, ohne selber Aushub- und Abbruchtätigkeiten auszuführen».

«Die KAGA bietet Dienstleistungen an, solange sie damit nicht die Aktionäre konkurrenziert und die Aktivität betriebswirtschaftlich für das Unternehmen und/oder die Aktionäre sinnvoll ist».

872. Die KAGA soll also ein Vehikel sein, um den Aktionärinnen – und nur ihnen – zu Vorteilen bei ihren Tätigkeiten zu verhelfen. An dieser Feststellung bestehen keine vernünftigen Zweifel. Die inhaltlichen Grundanliegen der Aktionärinnen, an denen sich das Verhalten der KAGA orientieren soll, haben die Aktionärinnen im KAGA-Vertrag und/oder in ihren strategischen Überlegungen ausformuliert. Diese werden nachfolgend unter B.1 dargestellt. Anschliessend werden die organisatorischen Massnahmen dargestellt, welche die Aktionärinnen zur Ausgestaltung der KAGA als Dienerin der Aktionärsinteressen getroffen haben (B.2).

B.1 Inhaltliche Vorgaben zum Verhalten der KAGA

873. Dem KAGA-Vertrag und den strategischen Überlegungen der Aktionärinnen lassen sich zwei Grundanliegen entnehmen, welche die Rolle der KAGA als Dienerin der Aktionärinnen prägen: Erstens wohlwollendes Verhalten gegenüber den Aktionärinnen (keine Konkurrenz gegen die Aktionärinnen und gute Bedingungen für die Aktionärinnen beim Erwerb der KAGA-Ressourcen; nachfolgend B.1.1); zweitens Nutzung der wirtschaftlichen Stärke der KAGA gegen Dritte, insbesondere Konkurrentinnen der Aktionärinnen (nachfolgend B.1.2).

B.1.1 Erstens zum Verhalten der KAGA gegenüber den Aktionärinnen

874. Das von den Aktionärinnen an die Adresse der KAGA vorgegebene Wettbewerbsverhalten hat zwei Aspekte: Einerseits soll die KAGA gegenüber den Aktionärinnen keinen Wettbewerb betreiben (siehe dazu ab der nächsten Rz). Andererseits soll sie ihre Ressourcen den Aktionärinnen zu einem Vorzugspreis abgeben (was sich allerdings lediglich auf Kies bezieht, siehe dazu nachfolgend Rz 888 ff.).

Verzicht auf Wettbewerb gegen Aktionärinnen

875. Wie gesagt, soll KAGA einerseits ihr Konkurrenzverhalten gegenüber den Aktionärinnen dosieren. Diese zentrale inhaltliche Vorgabe ist explizit im KAGA-Vertrag (Art. 2) festgehalten: «Die Kies AG Aaretal (KAGA) soll daher in keiner Weise die in der Gesellschaft zusammengeschlossenen Kieswerke, insbesondere des Aaretals, konkurrenzieren».[1523] Der gleiche Gedanke ist auch in einem kurz nach der KAGA-Gründung erstellten Bericht des damaligen VR-Präsidenten [...] abgebildet: «Als Selbsthilfeorganisation hat die KAGA das Recht, Wandkies an Dritte zu verkaufen. Hingegen darf sie ihre Mitglieder (Aktionäre) nicht mit aufbereitetem, veredeltem Material konkurrenzieren».[1524] In der aktionärspolitischen Grundhaltung aus dem Jahr 2002 hielten die Aktionärinnen fest, was die KAGA soll und was sie nicht soll. Zu Letzterem heisst es da in sehr grundsätzlicher und pauschaler Art u.a.: «KAGA soll nicht: die Aktionäre konkurrenzieren».[1525]

876. Dieselbe Idee findet sich implizit auch im strukturerhaltenden Element des Zwecks des KAGA-Vertrags, der darauf gerichtet ist, «Kiesvorkommen im Vertragsgebiet gemeinsam zu sichern und auszubeuten ohne aber die bestehenden Werke der Gesellschafter zu schmälern»:[1526] Wenn die KAGA ihr Potential nämlich ausschöpfen würde (wozu u.a. der Betrieb eines eigenen Kieswerkes gehören würde)[1527], könnte sie dem einen oder anderen Aktionärskieswerk gefährlich werden, insbesondere den nahegelegenen Aktionärinnen Aare-Kies (Daepp) und Heimberg.

877. Das Verbot für die KAGA, ihre Aktionärinnen zu konkurrenzieren, ist allerdings differenziert nach Tätigkeitsbereichen zu betrachten (Kiesbereich, Deponiebereich und übrige Bereiche).

[1518] Oben Rz 764; ebenso bereits früher, siehe z.B. 1989: «Im Vordergrund steht die Rohmaterialsicherung im Interesse der angeschlossenen Kieswerke und Unternehmen», Rz 854 und Rz 753; oder zur KAGA-Vorgängerin KWU aus dem Jahr 1967: «Gezielter und geordneter Kiesabbau im Aaretal im Interesse der Öffentlichkeit (Landschaftsschutz, Grundwasser) und im Interesse der beteiligten Kieswerke», Rz 711.

[1519] Oben Rz 770.

[1520] Oben Rz 768, Rz 778 und Rz 786 f.

[1521] Die Versionen der Jahre 2003 und 2010 enthielten zusätzlich das Wort «aktiv», der Satz lautete entsprechend: «Die KAGA unterstützt ihre Aktionäre aktiv in der Kiesversorgung sowie im Auffüll- und Deponiebereich».

[1522] Die Version des Jahres 2003 war leicht anders formuliert, aber inhaltlich äquivalent.

[1523] Oben Rz 708 und Rz 583.

[1524] Oben Rz 723.

[1525] Oben Rz 764.

[1526] Oben Rz 838, mit Verweisen auf Rz 715, Rz 728 und Rz 734.

[1527] Siehe dazu direkt nachfolgen Rz 880.

878. Der Fokus des Wettbewerbsverbots liegt im Kiesbereich. Dies hat mit den Ursprüngen der KAGA zu tun, die von den Aktionärinnen als Kiesversorgerin von ihnen konzipiert wurde. Im Kiesbereich einigten sich die Aktionärinnen auf folgende Beschränkungen zu Lasten der KAGA: Die KAGA darf selbst keine Kiesveredelung vornehmen, weil sie sonst die Aktionärinnen mit veredeltem Kies konkurrenzieren würde. Zudem werden die Preise der verbleibenden Produkte, wie namentlich der Preis des KAGA-Hauptprodukts «Wandkies»,[1528] jährlich von den Aktionärinnen bestimmt (die ihre Interessen über ihre Vertretungen im Verwaltungsrat wahrnehmen, siehe dazu nachfolgend und B.2).[1529] Dabei konnten die Aktionärinnen darauf achten, dass der Wandkiespreis der KAGA es den Dritten nicht erlaubt, die Aktionärinnen zu konkurrenzieren,[1530] würde andernfalls doch KAGA indirekt Wettbewerbsdruck auf die Aktionärinnen ausüben. Dass die Aktionärinnen die KAGA-Preise auch in diesem Sinne setzten, zeigt sich am Verhältnis zu [U01], die von der KAGA stets Wandkies zur Weiterverarbeitung bezog:[1531] «Diese Firma sollte auf jeden Fall mit unserem Wandkies keine Konkurrenzierung der Aktionäre vornehmen können». Denselben Gedanken brachten die Aktionärinnen in ihrer aktionärspolitische Grundhaltung in allgemeinerer Form zum Ausdruck: «KAGA soll im Kiesbereich (…) den Kiespreis für Dritte hochhalten (Diskriminierung)».[1532] An Bauunternehmen sollte die KAGA Wandkies eigentlich gar nicht verkaufen, sofern dies aber «mit genügender Preisdiskriminierung» stattfindet, erachteten es die Aktionärinnen als angängig.[1533] Und selbst trotz Preisdifferenzierung[1534] behielten die Aktionärinnen die Wandkiesverkäufe von KAGA an Dritte im Auge. So wurde der von KAGA mit dem Verkauf von sortiertem Kies an Dritte erzielte Umsatz als mit der KAGA-Strategie vereinbar befunden, da es sich hierbei «um ein Baustellenprodukt» handelt, «das von den Kieswerken wenig hergestellt wird».[1535]

879. Per Januar 2015 haben die Aktionärinnen ein Preissystem verabschiedet, das einen einheitlichen Preis für alle Kundinnen vorsieht, mit einem Mengenrabatt für Wandkies unsortiert, der ebenfalls für alle Kundinnen gilt.[1536] Den neuen Einheitspreis setzten die Aktionärinnen auf CHF 9.– pro Tonne, mit folgenden Abstufungen im Tonnenpreis: ab 5'000 m^3 CHF 8.50; ab 10'000 m^3 CHF 8.–; ab 20'000 m^3 CHF 7.50; ab 30'000 m^3 CHF 7.–. Legt man dieses Mengenrabattsystem auf die Mengen, welche die Kundinnen der KAGA im Jahr 2014 bezogen,[1537] bedeutet dieses neue System, dass die «traditionellen» Aktionärsgrossbezügerinnen Daepp, Heimberg und Kästli-Gruppe keine Änderung im Kiespreis zu erwarten hatten (mit Ausnahme allerdings des Transportkostenausgleichs, den die Aktionärinnen ebenfalls per Ende 2014 aufgehoben haben):[1538] Der Aktionärslistenpreis lag bis 2014 bei CHF 7.– pro Tonne, was dem Preis pro Tonne entspricht, den KAGA-Kundinnen gestützt auf das neue Rabattsystem zu bezahlen haben, wenn sie – wie Daepp, Heimberg und Kästli-Gruppe dies im Jahr 2014 ([…])[1539] taten – über 30'000 m^3 Wandkies beziehen. Für die grösste Nicht-Aktionärskundin [U01] bedeutet der neue Preis unter Berücksichtigung ihrer Bezugsmenge im Jahr 2014 eine leichte Preisreduktion: Sie bezahlte im Jahr 2014 CHF 8.50 pro Tonne bei einem Kiesbezug von leicht über 10'000 m^3 [1540] und konnte im Jahr 2015 mit einem Kiespreis von CHF 8.– pro Tonne rechnen. Schliesslich ist anzumerken, dass die Aktionärinnen weiterhin jährlich über den Wandkiespreis bestimmen.[1541]

880. Um die Tragweite des Verbots der Kiesveredelung, insbesondere hinsichtlich der Konkurrenzierung mit den Aktionärinnen, erfassen zu können, seien hier zunächst einige Feststellungen zu den Gegebenheiten im Kiesbereich wiederholt: Rohkies wird zum weitaus grössten Teil von Kieswerken für die anschliessende Veredelung nachgefragt; das Nachfragevolumen von Nicht-Kieswerken nach Rohkies zur direkten Verwendung ist demgegenüber bloss bescheiden.[1542] Anders verhält es sich mit der Nachfrage nach veredeltem Kies, die sich etwa hälftig auf Nachfrager zur weiteren Verarbeitung, d.h. Beton- oder Belagswerke, und Nachfrager zur direkten Verwendung aufteilt.[1543] Im Kiesgeschäft spielen die Transportkosten, die mit zunehmender Fahrzeit und -distanz steigen, eine entscheidende Rolle.[1544] Sowohl Kiesabbaustellen als auch Kieswerke sind stationär, weshalb Kieswerke zur Minimierung der Transportkosten regelmässig in unmittelbarer Nähe zu Kiesabbaustellen errichtet werden.[1545] Während Kiesabbaustellen auf ein (oder mehrere) Kieswerke als Nachfrager angewiesen sind, sind Kieswerke auf eine (oder mehrere) Kiesabbaustellen als Versorgerin mit Rohmaterial angewiesen. Kiesabbaustellen und Kieswerke sind somit gegenseitig voneinander abhängig und gehen Hand-in-Hand – wer das eine betreibt, betreibt standardmässig auch das andere.[1546] Rohkies von Kiesabbaustellen anderer Betreiber bezieht ein Kieswerk meist nur für Ergänzungslieferungen, d.h., wenn bei den eigenen Kiesabbaustellen

[1528] Die Aktionärinnen haben jährlich die Preislisten genehmigt, in welchen die Preise für Wandkies, Wandkies sortiert, Recycling-Materialien, Speziellen Materialien und die Deponiepreise festgehalten sind (siehe z.B. Preisliste 2013, Act. II.C.X.167 und VR-Protokoll der KAGA vom 29.11.2012, T. 2.3.3, Act. II.B.X.258; siehe zu den Preislisten und deren jährliche Genehmigung unten Tabelle in Rz 1054).

[1529] Siehe bereits die Bestimmung in Art. 3 des KAGA-Vertrags, oben Rz 583: «Die Aktionäre erhalten das Kiesmaterial, das in ihren Werken verarbeitet wird, zu einem Vorzugspreis, der von Jahr zu Jahr vom Verwaltungsrat neu festgesetzt wird».

[1530] Siehe zum Gegenstand der Benachteiligung Dritter unten Rz 892.

[1531] Oben Rz 732; zum Konkurrenzverhältnis der [U01] zu KAGA-Aktionärinnen siehe oben Rz 860 und dazugehörige Fn.

[1532] Oben Rz 764.

[1533] Siehe aktionärspolitische Grundhaltung aus dem Jahr 2002, Ziffer 5, oben Rz 764.

[1534] Diese Produkte wurden mit einem Preisaufschlag von fast 50 % an Dritte verkauft (vgl. vertrauliche Preisliste der KAGA 2011, Act. II.A.X.217).

[1535] Oben Rz 785.

[1536] Siehe dazu auch unten Rz 1040.

[1537] Oben Tabelle in Rz 522.

[1538] Zur Aufhebung des Transportkostenausgleichs siehe unten, Rz 1129 ff.

[1539] Siehe zu den Zahlen die Tabelle in Rz 522.

[1540] Siehe Dokument «Spez. Vereinbarungen für Kies ab Wand ab Januar 2014», Act. II.B.X.498.

[1541] VR-Protokoll der KAGA vom 8.12.2015, T. 3.2, Act. IV.13, Beilage 28; VR-Protokoll der KAGA vom 6.12.2016, T. 3.2, Act. IV.13, Beilage 2.

[1542] Rz 273, vgl. auch Rz 1618.

[1543] Rz 297.

[1544] Rz 274.

[1545] Rz 278.

[1546] Rz 286.

bestimmte Komponenten, die für Kiesmischungen erforderlich sind, (zeitweise) in zu geringem Ausmass vorkommen.[1547] Ausnahmen von der vertikalen Integration Kiesabbaustelle und Kieswerk, die in der Natur der Sache liegt, sind selten und haben ihren Grund in besonderen Entwicklungen (z.B. wenn eine Abbaustelle erschöpft ist, das Kieswerk aber noch weiterbetrieben wird).[1548] Den Wettbewerbsbehörden ist hingegen kein Fall bekannt, in dem jemand von Anfang an den Geschäftsplan gehabt hätte, einzig ein Kieswerk zu erstellen und zu betreiben, ohne zugleich selber oder durch eine ihm nahestehende Person über eine Kiesabbaustelle zu verfügen.[1549]

881. Die Aktionärinnen nahmen die KAGA im Kiesbereich gezielt als Anbieterin auf dem Markt für veredelten Kies aus, indem die Kiesressourcen von KAGA in erster Linie durch die Aktionärinnen veredelt werden und dadurch über sie in diesen Markt fliessen. Dieser Gedanke findet sich mehrfach in den oben dargestellten Beweismitteln. Der Grundsatz ergibt sich bereits aus dem KAGA-Vertrag, der es der KAGA verbietet, die Kieswerke der Aktionärinnen zu konkurrenzieren.[1550] Diesem Vertragsinhalt entsprechend schloss die KAGA das nur wenige Jahre zuvor im Einklang mit dem KAGA-Vertrag errichtete Kieswerk in Bümberg wieder.[1551] Die Idee der KAGA als Wandkiesversorgerin der Aktionärinnen ist auch in den Strategien 2003+, 2010+ und 2012+ abgebildet: Die KAGA «gewährleistet eine hohe Versorgungssicherheit ihrer Aktionäre, ohne selber aktiv am Markt aufzutreten».[1552]

882. Diesen «fehlenden Marktauftritt», womit der Markt für veredelten Kies gemeint ist, betonten auch verschiedene Aktionärinnen und Mitarbeitende der KAGA in den Einvernahmen. [...] sagte beispielsweise: «Die KAGA wurde zur Versorgung der Kieswerke gegründet. Da macht es keinen Sinn, wenn KAGA selber ein Kieswerk betreibt».[1553] [...] gab auf die Frage, weshalb die KAGA kein Kieswerk betreibe, zu Protokoll: «Weil die Aktionäre der KAGA in den Statuten bestimmt haben, dass die KAGA einzig den Zweck hat, den Kies für die Aktionäre und Dritte abzubauen und das Deponiegeschäft zu machen».[1554] [...] (KAGA-Geschäftsführer von 1985 bis 2015) hielt fest:[1555] «KAGA selbst geht nicht auf den Markt mit dem Kies, dies ist eine wichtige Funktion der KAGA, eben, dass sie nicht ins Marktgeschehen eingreift. Das ist nicht ihre Aufgabe».

883. Das Verbot zu Lasten der KAGA, selbst ein Kieswerk zu betreiben, kann somit als sehr elegante Möglichkeit betrachtet werden, den Wettbewerbsdruck, der an sich von derart bedeutenden Kies-Ressourcen resp. deren Abbau (und anschliessenden Veredelung) ausgehen würde, unauffällig aus dem Kiesbereich «verschwinden» zu lassen: KAGA kann wegen diesem Verbot einzig Rohkies anbieten und entsprechend nur auf dieser Marktstufe aktiv sein. Rohkies wird jedoch bloss in sehr geringem Mass zur direkten Verwendung nachgefragt. Das Konkurrenzverhältnis zwischen KAGA und ihren Aktionärinnen auf dieser Marktstufe gegenüber diesen Nachfragern wird von den Aktionärinnen deshalb nicht als störend empfunden – vielmehr scheinen sie in der Befriedigung dieser Nachfrage gar nicht erst einen «Markt» zu sehen.[1556] Für sie ist die nachgelagerte Marktstufe, das Angebot von veredeltem Kies, entscheidend. Ohne eigenes Kieswerk ist KAGA auf dieser Marktstufe nicht tätig, weshalb sie für den Absatz des von ihr abgebauten Rohkieses auf Kieswerke angewiesen ist. Dritte, die Kieswerke betreiben, betreiben regelmässig auch eigene Abbaustellen und beziehen das Rohkies primär von dort (abgesehen von Ergänzungsbezügen von Komponenten, die in den eigenen Abbaustellen gerade in zu geringem Ausmass vorhanden sind). Mit anderen Worten beziehen Kieswerke Rohkies für gewöhnlich nur in untergeordnetem Ausmass von Abbaustellen anderer Betreiberinnen. Und dass ein Dritter ein Kieswerk ohne dazugehörige Abbaustelle erstellt, um dort Kies zu veredeln, das er von KAGA bezieht, ist unrealistisch. Mit anderen Worten ist KAGA für den Absatz des von ihr abgebauten Rohkieses in starkem Ausmass auf ihre Aktionärinnen angewiesen. Die Aktionärinnen behalten so die Steuerung über die Weiterverwendung des Rohkieses ab den Abbaustellen der KAGA in ihren Händen. Von den Kies-Ressourcen der KAGA geht daher kein Wettbewerbsdruck auf sie auf dem Markt für veredelten Kies aus. Die Aktionärinnen haben mit der Lösung «kein Kieswerk für KAGA» die Ressourcen der KAGA somit faktisch für sich reserviert und steuern so, zu welchen Bedingungen sie selbst dieses Kies als veredeltes Kies weiterverkaufen (siehe dazu nachfolgend unter Gegenstand C). Die bloss beschränkte Nachfrage nach Rohkies durch Dritte und die branchenübliche, weitgehende «Eigenversorgung» von Kieswerken Dritter durch Kies aus eigenen Abbaustellen dürfte denn auch ein Grund dafür sein, weshalb etwa die von KAGA praktizierten Aktionärspreise trotz ihrer Dominanz auf dem Markt für Rohkies[1557] nicht zu mehr Widerstand führten. Würde KAGA selbst Kiesveredelung vornehmen, würde eine Reservation des Absatzes für die Kanäle der Aktionärinnen bzw. höhere Kiespreise für Dritte wohl deutlich mehr auffallen.

884. Alluvia trägt in ihrer Stellungnahme zum Antrag vor, den Aktionärinnen sei es nicht darum gegangen, KAGA im Kiesbereich gezielt als Anbieterin auf dem Markt für veredelten Kies auszunehmen; dieser Vorwurf sei durch nichts belegt.[1558] Mit dieser nicht weiter substanziierten Behauptung vermag sie keine ernsthaften Zweifel am Beweisergebnis zu begründen. Vielmehr fällt auf, dass sie sich mit den vorhandenen Beweismitteln gar nicht erst auseinandersetzt. Alluvia selbst hält denn auch an anderer Stelle in ihrer Stellungnahme fest, KAGA sei

[1547] Rz 285.
[1548] Rz 287.
[1549] Rz 288.
[1550] Art. 2 KAGA-Vertrag, oben Rz 583.
[1551] Zum Betrieb des Werkes siehe Art. 2 Bst. c KAGA-Vertrag, oben Rz 583. Das Werk wurde 1969 errichtet und 1975 wieder abgerissen, siehe oben Rz 735.
[1552] Oben Rz 871 mit weiteren Hinweisen in den Fn. Siehe auch oben Rz 737 oder Standortbestimmung der KAGA aus dem Jahr 1989, oben Rz 751: «Im Vordergrund steht die Rohmaterialsicherung im Interesse der angeschlossenen Kieswerke und Unternehmen». Siehe auch «Philosophie/Leitbild» im Jahr 2001, oben Rz 760 und aktionärspolitische Grundhaltung aus dem Jahr 2002, oben Rz 763.
[1553] Oben Rz 801.
[1554] Oben Rz 803.
[1555] Oben Rz 807 und Rz 89; siehe auch Aussage von [...], oben Rz.
[1556] Deutlich Rz 881 in fine.
[1557] Siehe ausführlicher zur Marktstellung von KAGA auf diesem Markt Rz 1776 ff.
[1558] Act. VIII.162 Rz 36.

nicht dafür geschaffen worden, dass sie einst ein Kieswerk betreibe und damit in Konkurrenz zu den Aktionärinnen trete,[1559] womit sie die vorangehenden Feststellungen selbst bestätigt.

885. Weiter macht Alluvia geltend, es sei nirgends auch nur ansatzweise dargelegt, dass KAGA ein Kieswerk errichtet und betrieben hätte, wenn das erwähnte Verbot dazu nicht bestanden hätte und die Aktionärinnen nicht im VR von KAGA vertreten wären. Es werde die tatsächliche Situation verkannt: So sei die Aktionärin Heimberg von der Kiesversorgung durch KAGA abhängig. Wenn KAGA ein Kieswerk erstellen und Heimberg nicht mehr mit Rohkies versorgen würde, würde Heimberg wohl aus dem Markt ausscheiden. Würde sie aber weiterexistieren, würde die Nachfrage nach veredeltem Kies durch mehr Kieswerke befriedigt, wodurch die Kiesveredelung aufgrund geringerer Quantitäten pro Kieswerk letztlich teurer werden dürfte. An der Wirtschaftlichkeit eines weiteren Kieswerks in einem Gebiet, in dem bereits mehrere Kieswerke betrieben werden, seien erhebliche Zweifel angebracht. Auch bei Erstellung eines Kieswerks durch KAGA bestünde zudem eine Interdependenz mit den Aktionärinnen, da rund 40 % des veredelten Kieses in Betonwerken benötigt würden.[1560] Es bleibt unklar, ob sich Alluvia mit diesen Ausführungen gegen die Sachverhaltsfeststellung wenden will. Soweit das der Fall sein sollte, überzeugen ihre Ausführungen nicht. Zunächst einmal wurde festgestellt, dass KAGA von 1969 bis 1975 bereits ein Kieswerk betrieben hat,[1561] womit dieser Tätigkeitsbereich von KAGA keineswegs bloss theoretischer Natur ist. Sodann entspricht der Betrieb eines Kieswerks bei Betrieb einer Abbaustelle der branchenüblichen vertikalen Integration, wie sie auch von den Aktionärinnen von KAGA (mit Ausnahme von Heimberg, was aber besondere Gründe hat) praktiziert wird. Weshalb ausgerechnet bei KAGA ein branchenuntypisches Vorgehen, d.h. ein Absehen von einer vertikalen Integration, wirtschaftlicher sein sollte als bei allen anderen Branchenbeteiligten, da diese andernfalls vernünftigerweise ja auch von einer vertikalen Integration absehen würden (dass eine ganze Branche irrt, ist nicht leichthin anzunehmen), vermag Alluvia nicht zu erklären und liegt auch nicht auf der Hand. Dass KAGA bei ihren Überlegungen zu einem möglichen Markteintritt auch die Konkurrenzsituation berücksichtigen würde, erscheint evident. Im Unterschied zu jetzt würde sie sich aber überhaupt Gedanken zu diesem an sich naheliegenden, da branchentypischen Schritt machen – der Verzicht auf Wettbewerb gegenüber den Aktionärinnen liegt bereits darin, dass diesbezügliche Überlegungen im Wissen der Aktionärinnen darum unterbleiben. Dass schliesslich ein allfälliger Markteintritt von KAGA womöglich die Existenz des Kieswerks Heimberg gefährden würde, mag sein, braucht aber nicht vertieft zu werden. Weshalb das Schicksal des Kieswerks Heimberg KAGA von einem Markteintritt abhalten sollte, erörtert Alluvia nämlich nicht und ist auch nicht ersichtlich. Die Strukturerhaltung ist zwar der subjektiv von den Aktionärinnen mit ihren Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA verfolgte Zweck,[1562] kann aber bei wirksamem Wettbewerb nicht als allgemeingültiges Anliegen eines jeden Wettbewerbsteilnehmers unterstellt werden, schon gar nicht eines Wettbewerbsteilnehmers, der sich überlegt, neu in einen Markt einzutreten. Bloss am Rande sei erwähnt, dass Alluvia selbst ein Kieswerk, das keine eigenen Kiesvorkommen hat, als Anomalie bezeichnet und festhält, dieses «dürfte folglich untergehen».[1563]

886. Im Deponiebereich haben die Aktionärinnen keine explizite Regelung zu Lasten von KAGA vorgesehen. Das dürfte zunächst einen historischen Hintergrund haben. Der Fokus lag bei der Gründung der KAGA auf den Kies-Ressourcen und damit auf dem Kiesbereich. Zudem dürfte das Deponiegeschäft zu Beginn auch mehr als «Annextätigkeit» oder gar als Kosten verursachende Pflicht wahrgenommen worden sein (die Gruben mussten ja wieder aufgefüllt werden) und weniger als eigenständiger, interessanter Markt. Die Entwicklung des Deponiepreises – auf dessen Erhebung während etlichen Jahren gar gänzlich verzichtet wurde – zeigt jedenfalls, dass dieser Bereich erst ab ca. Mitte der 80er-Jahre finanziell interessant wurde.[1564] Und als dieser Bereich schliesslich finanziell interessant wurde, bestand bei den Aktionärinnen kaum (mehr) ein Grund, die «Konkurrenz» von KAGA im Deponiebereich zu fürchten: Die Deponie der nächstgelegenen Aktionärin, Aare-Kies (Daepp), wurde 1986 in das «Wiederauffüllungskonzept» der KAGA integriert.[1565] Die zweitnächstgelegene Aktionärin, Heimberg, musste aufgrund des Grundwasserschutzes ihr in den 70er Jahren noch betriebenes Abbaugebiet – und damit auch ihre Deponie – schliessen.[1566] Die zwei nächstgelegenen Aktionärinnen – und damit in räumlicher Hinsicht grössten Konkurrentinnen von KAGA – waren daher Mitte der 80er-Jahre gar nicht mehr im Deponiebereich tätig. Die Deponie der drittnächstgelegenen Aktionärin,[1567] Kästli, war ab Anfang der 90er Jahre (spätestens ab Mitte 90er) für Drittkundinnen gesperrt, da Kästli-Gruppe das Deponievolumen ausschliesslich für sich selbst nutzte.[1568] Und nach der Selbstwahrnehmung[1569] der Aktionärin mit der viertnächstgelegenen Deponie zu KAGA,[1570] Kiestag (Vigier), überschneidet sich deren Marktgebiet nicht oder höchstens geringfügig mit demjenigen von KAGA.[1571] Kommt hinzu, dass spätestens gegen Ende der 90er-Jahre in mehreren Gebieten des Kantons Bern ein Deponieengpass bestand,[1572] also die Nachfrage das Angebot zumindest lokal teilweise überstieg. Die «Konkurrenz» von KAGA im Deponiebereich fürchteten die Aktionärinnen aufgrund all dieser Punkte naheliegenderweise nicht.

[1559] Act. VIII.162 Rz 16.
[1560] Act. VIII.162 Rz 77.b., auch Act. IX.30 Beilage 1 Rz 30.
[1561] Rz 735.
[1562] Siehe Rz 945 f.
[1563] Act. IX.30 Beilage 1 Rz 26.
[1564] Rz 1010, siehe auch Rz 749.
[1565] Rz 748.
[1566] EV von [...] vom 14.1.2015, Rz 102 ff., Act. III.6.
[1567] Vgl. Rz 450 und 455 zu den Standorten.
[1568] Rz 432 f.
[1569] Diese Selbstwahrnehmung von Kiestag hinsichtlich des räumlich relevanten Marktes dürfte enger als die Beurteilung der Wettbewerbsbehörden sein, vgl. dazu Rz 1399 ff.
[1570] Vgl. Rz 450 und 455 zu den Standorten.
[1571] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 85–93 und 207 f. (Antwort auf die Frage, ob die Entscheidungen der KAGA Einfluss auf die Geschäftsstrategie von Kiestag hätten: «Nein. Weil wir in einer anderen Region sind»), ferner Rz 215 f. und 217–225 zu seiner Einschätzung des räumlichen Marktgebiets, Act. III.1. Vgl. dazu ferner auch EV von [...] vom 27.1.2015, Rz 152 und Rz 175–180, Act. III.11.
[1572] Rz 426 ff.

Für sie bestand daher kein Anlass, nachträglich diesbezügliche explizite Regelungen zu Lasten von KAGA einzuführen. Vielmehr wollen sie in diesem Bereich gezielt mit KAGA «eine marktführende Rolle» einnehmen, was sich unter anderem daran zeigt, dass sie von Daepp die Einräumung der Deponierechte an KAGA verlangten, als Daepp 2012 ihr Abbaugebiet erweiterte.[1573] Auch in diesem Bereich behalten die Aktionärinnen aber das Zepter in der Hand, indem sie über ihre Vertreter im Verwaltungsrat jährlich den Deponiepreis steuern (siehe dazu nachfolgend B.2) und – falls sie es als nötig erachten – auch Restriktionen und Auflagen für die Entgegennahme von unverschmutztem Aushub festlegen.[1574] Zudem sahen die Aktionärinnen vor, dass die KAGA bei der Sicherstellung des langfristig benötigten Auffüll- und Deponievolumens im Raum Bern-Spiez die aktionärseigenen Auffüll- und Deponievolumina mitberücksichtigen soll – die Deponievolumina von Nicht-Aktionärinnen somit nicht.[1575]

887. Für die übrigen Bereiche haben sich die Aktionärinnen wiederum, allerdings indirekt, auf ein Konkurrenzverbot zu Lasten der KAGA geeinigt. Dies dadurch, indem sie im KAGA-Vertrag vier Tätigkeitsbereiche festgehalten haben, in denen die KAGA überhaupt aktiv sein darf.[1576] In den oben zitierten Strategiedokumenten wird diese Stossrichtung bekräftigt, indem explizit festgehalten ist, dass die KAGA Dienstleistungen nur anbieten darf, «solange sie damit nicht die Aktionäre konkurrenziert».[1577] Falls keine Konkurrenzierung vorliegt, darf KAGA aber auch eine Tätigkeit aufnehmen, die für sie unrentabel ist, solange sie nur für die Aktionärinnen «betriebswirtschaftlich sinnvoll» ist.[1578] Als zulässig erachteten die Aktionärinnen beispielsweise Rekultivierungsarbeiten für andere Betriebe, Strassenreinigungen, Winterdienst sowie Personal- und Maschinenvermietung.[1579]

Vorzugsbedingungen für Aktionärinnen

888. Das andere Element[1580] des wohlwollenden Verhaltens der KAGA gegenüber den Aktionärinnen besteht darin, dass die KAGA ihnen vor allem das Wandkies zu «Vorzugskonditionen» anbietet.[1581] Dieses Element wird unten unter dem Titel der Vorzugskonditionen zugunsten der Aktionärinnen separat behandelt.[1582] In den oben zitierten Strategiepapieren ist von einem «günstigen» Wandkiespreis für die Aktionärinnen die Rede,[1583] während in der 2002 erhobenen aktionärspolitischen Grundhaltung präzisiert wird, dass mit dem Aktionärspreis der Bezug von «nicht allzu teurem Kies» gemeint ist.[1584] Für das Deponieren von Aushubmaterial machten die Aktionärinnen keine inhaltlichen Vorgaben, sie entschieden aber ebenfalls jährlich als Vertreter im Verwaltungsrat der KAGA über die Höhe dieses Preises.[1585] Sie legten dabei in der Regel denselben Preis fest für Aktionärinnen und Dritte.[1586] Allerdings konnten gewisse Aktionärinnen trotz gleichem Deponiepreis für Aktionärinnen und Dritte jahrelang zu geringeren Kosten bei KAGA deponieren als Dritte, weil der Transportkostenausgleich quasi als Nebeneffekt auch die Kosten ihres Transports des Deponiematerials vergünstigte.[1587]

889. In der Unternehmensphilosophie aus dem Jahr 2005 steht, dass die KAGA die wichtigste Ver- und Entsorgerin von Kies-, Aushub- und Inertstoffmaterialien im Raum Bern-Spiez ist, und dass sie ihre Aufgabe in erster Linie für die Aktionärinnen wahrnehme.[1588] Dies deckt sich mit den Unternehmensstrategien 2003+, 2010+ und 2012+ der KAGA, in welchen jeweils als erstgenannter Punkt der Strategie gesagt wird: «Die KAGA unterstützt ihre Aktionäre in der Kiesversorgung sowie im Auffüll- und Deponiebereich». Weiter wird in diesen Strategiedokumenten ausgeführt, dass die KAGA ihren Aktionärinnen durch die laufende und günstige Belieferung zu Wettbewerbsvorteilen verhelfen soll.[1589]

890. Per 2015 haben die Verwaltungsräte der KAGA die Vorzugspreise für Aktionärinnen aufgehoben.[1590] Nach wie vor sind aber die am nächsten von den KAGA-Abbaustellen gelegenen Unternehmen mit Kieswerk diejenigen Kundinnen, die am besten vom Angebot der KAGA profitieren können, da diese nach wie vor lediglich Wandkies anbietet (also ein Produkt, das in grossen Mengen nur ein Kieswerk nachfragt).[1591] Zu diesen nahegelegenen Unternehmen gehören die Aktionärinnen Daepp, Heimberg und Kästli, aber auch die Nicht-Aktionärin [U01], die sich jedoch – anders als die Aktionärinnen – in den vorangegangenen 45 Jahren nicht darauf ausrichtete und auch nicht darauf ausrichten konnte, zu vorteilhaften Konditionen Kies bei KAGA beziehen zu können.

B.1.2 Zweitens zum Verhalten der KAGA gegenüber Dritten

891. Die strategische Ausrichtung der KAGA zeigt, dass KAGA nicht generell auf die Nutzung ihrer wirtschaftlichen Kraft verzichten sollte. Ganz im Sinne einer Dienerin der Aktionärsinteressen wollten die Aktionärinnen das Potenzial der KAGA durchaus ausspielen, sofern es

[1573] Vgl. Ziffer 2 in fine der Vereinbarung vom 16.5.2012 in Rz 601.
[1574] Vgl. exemplarisch unten Rz 1143 ff. und 1246 ff.
[1575] Oben Rz 787.
[1576] Siehe Art. 2 des KAGA-Vertrages, oben Rz 583: «Der Tätigkeitsbereich der Kies AG Aaretal (KAGA) erstreckt sich auf: a) Wandkiesausbeutung in Uttigen, Jaberg, Kirchdorf, Heimberg Kienersrütti; b) Betrieb einer Aufbereitungsanlage auf dem Autobahnareal in Bümberg, Kiesen, mit der Absicht, angrenzende Ausbeutungsrechte zu erwerben; c) beabsichtigte Abgabe von Material an Aktionäre ab Kieswerk Bümberg nach erfolgter Beendigung des Auftrages des Autobahnamtes für die Kiesaufbereitung Autobahn; d) geordnete Kehrichtdeponien».
[1577] Das Zitat stammt aus der «Strategie 2003+», vgl. oben Rz 768, ferner Rz 764, 778 und 786 f.
[1578] Rz 768.
[1579] Oben Rz 531 m.w.H.
[1580] Neben dem soeben beschriebenen ersten Element: Dosierung des Wettbewerbs gegenüber den Aktionärinnen, Rz 875 ff.
[1581] Art. 3 des KAGA-Vertrages, oben Rz 583.
[1582] Unten Titel C.7.4.1 Der Grundsatzentscheid für Vorzugspreise zugunsten der Aktionärinnen, Rz 1032 ff., für einen raschen Überblick siehe Tabelle in Rz 1054.
[1583] Oben Rz 768, ferner Rz 778 und 786 f.
[1584] Oben Rz 764.
[1585] Siehe dazu die Tabelle unten unter Rz 1012.
[1586] Vereinzelt gewährten sich die Aktionärinnen aber doch einen Vorzugspreis, so in den Jahren 2001 und 2002, in denen sie ihren Preis um 20 % unter dem Preis für Dritte ansetzten, siehe dazu unten Rz 1013 f.
[1587] Siehe dazu unten Rz 1017 ff.
[1588] Oben Rz 770.
[1589] Oben Rz 765, Rz 778 und Rz 786.
[1590] Siehe dazu ausführlicher unten, Rz 1040.
[1591] Siehe dazu ausführlicher unten, Rz 1045.

gegen Konkurrentinnen der KAGA und/oder der Aktionärinnen gerichtet war. Anders als der oben dargestellte Gegenstand A, Konkurrenten aus dem Gebiet fernzuhalten, indem mögliche Standorte von Kies-Ressourcen besetzt oder bestehende Abbaustellen übernommen werden,[1592] zeigt sich hier, dass die Aktionärinnen Dritte auch durch die Steuerung des KAGA-Marktauftritts bekämpfen wollten. Zum einen, indem mit der Preispolitik Dritte davon abgehalten werden, die Kies-Ressourcen, über die KAGA verfügt, in wirtschaftlich sinnvoller Weise nutzen zu können wie die Aktionärinnen dies tun, womit das erste Grundanliegen (B.1.1) komplettiert wird. Zum anderen, indem KAGA ihre wirtschaftliche Kraft auch anderweitig zur Abwehr Dritter einsetzt.

892. Der eine Aspekt, d.h., Dritte von einer wirtschaftlich sinnvollen Nutzung der Kies-Ressourcen von KAGA abzuhalten, lässt sich zunächst explizit der aktionärspolitischen Grundhaltung aus dem Jahr 2002 entnehmen. Die Aktionärinnen hielten dort fest, dass die KAGA im Kiesbereich «den Kiespreis für Dritte hochhalten (Diskriminierung)» soll.[1593] Besonders ausgeprägt ist dieses Element der Behinderung gegenüber Dritten, die im näheren Marktumfeld von KAGA tätig sind, namentlich [U01] und [U02]. Im Umkreis von ca. 20 Fahrminuten von den Abbaustellen von KAGA verfügen diese zwei Dritten über die grössten von KAGA und ihren Aktionärinnen unabhängigen Abbaustellen und sie betreiben dort auch Kieswerke.[1594] In Bezug auf die [U01] wurde schon 1974 festgehalten: «Diese Firma sollte auf jeden Fall mit unserem Wandkies keine Konkurrenzierung der Aktionäre vornehmen können».[1595] In Bezug auf [U02] zeigt sich dasselbe Muster 1976, als es um die Frage ging, ob die [U02] mit Rohkies der KAGA bedient werden soll.[1596] Die Aktionärinnen wogen damals ab, ob sie dem «Problem» «via Boykott», also einer Geschäftsverweigerung gegenüber [U02], oder gezielt hohen oder zumindest höheren Preisen begegnen sollen. Da sich KAGA mit einer Geschäftsverweigerung («Boykott») dem Vorwurf aussetzen könnte, sie missbrauche ihre Monopolstellung, müsse das «Problem» über den Preis gelöst werden: «Der Verkaufspreis an Firma [U02] müsste so angesetzt werden, dass die umliegenden Werke nicht konkurrenziert werden können. Die Diskussion ergibt, dass eine Lösung gesucht werden soll, die die Existenz der Firma [U02] nicht untergräbt und andererseits den KAGA-Mitgliedern nicht Schmutzkonkurrenz» beschert. Während die Differenz zwischen dem Aktionärslistenpreis und dem Drittpreis in den Jahren 1975 und 1976 «nur» 18 % betrug, erhöhte KAGA den Drittpreis auf das Jahr 1977, während der Aktionärslistenpreis unverändert blieb – die Differenz machte nunmehr 47 % aus.[1597] Auf die in den Jahren 2000 bis 2014 bestehende Differenz zwischen den Aktionärslistenpreisen und den Drittpreisen wird an anderer Stelle noch vertiefter eingegangen, worauf verwiesen sei.[1598] Vorweggenommen sei hier nur, dass sich die Differenz zwischen dem Listenpreis für Aktionärinnen und demjenigen für Dritte zwischen 2002 und 2014 von 40 % auf 47 % erhöhte.[1599] Diese Beweismittel belegen, dass die Aktionärinnen der KAGA den Preis für Dritte – und zwar insbesondere im Hinblick auf Dritte, die im näheren Marktumfeld von KAGA selber Kieswerke betreiben – gezielt so setzten, dass ihnen durch den Kies von KAGA keine Konkurrenz seitens Dritter drohte.

893. Bei diesem Aspekt zeigt sich im Übrigen, wie zweigleisig die Vorzugskonditionen für die Aktionärinnen sind. Mit diesen sollen die Aktionärinnen in deren Wettbewerb unterstützt werden. Diese Unterstützung lässt sich auf zwei Wegen erreichen: Einerseits durch verbilligte Bezugsmöglichkeiten für die Aktionärinnen (Aktionärspreis, hiervor zweites Grundanliegen), wodurch die Aktionärinnen begünstigt werden, andererseits durch überteuerte Bezugsmöglichkeiten für Dritte (Listenpreis), wodurch die Dritten behindert werden. Die Beweismittel belegen, dass KAGA bei der Preissetzung bereits sehr früh beide Gesichtspunkte einfliessen liess und das auch in späteren Jahren bis 2014 weiterhin tat.[1600] Dritte davon abzuhalten, die Kies-Ressourcen von KAGA wirtschaftlich sinnvoll nutzen zu können, ist damit bereits im Grundsatzentscheid der Vorzugskonditionen für die Aktionärinnen angelegt, der im KAGA-Vertrag enthalten ist.[1601] Die Funktionsweise und die Tragweite der Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen werden unten in einem separaten Kapitel detailliert behandelt.[1602]

894. Der andere Aspekt, d.h. die wirtschaftliche Kraft von KAGA gegen Dritte zu nutzen, zeigt sich etwa im Auftrag, den der VRA der KAGA dem Geschäftsführer der KAGA 2001 gab. Dieser sollte ein von ihm erstelltes Dokument überarbeiten, mit dem Ziel: «Gleichgewicht fördern Kiesabbau – Aushubannahme, z.B. durch Anpassung der Preispolitik (Preisdifferenzierung für Kieswerke und Baustelle: für Kampf gegen Dritte)».[1603] Dass die Aktionärinnen die wirtschaftliche Kraft von KAGA gezielt einsetzen, um damit Konkurrentinnen der Aktionärinnen auszubremsen, zeigt sich auch im Jahr 2012, als die KAGA die Deponierung von unverschmutztem

[1592] Oben Rz 844 ff. und zur geplanten Übernahme von [U01] in Rz 860 ff.
[1593] Oben Rz 764.
[1594] Oben Rz 385.
[1595] Oben Rz 732; zum Konkurrenzverhältnis der [U01] zu KAGA und ihren Aktionärinnen siehe oben Rz 860 und dazugehörige Fn. Bereits die Gesellschafterinnen der KAGA-Vorgängerin wollten verhindern, dass [U01] mit zugekauftem Kies Konkurrenz auf sie ausüben kann (oben Rz 714).
[1596] Oben Rz 742.
[1597] Der Aktionärslistenpreis belief sich in diesen Jahren konstant auf CHF 6.80, der Drittpreis stieg demgegenüber von CHF 8.– auf CHF 10.–, vgl. die Aufstellung «Entwicklung der Kiespreise der KAGA» in Act. II.C.X.52, S. 25.
[1598] Rz 1031 ff., für einen Überblick über die Differenz zwischen Aktionärs- und Listenpreis siehe Rz 1054, aber auch die Relativierung dazu in Rz 1059, und für einen Überblick über die noch deutlich grössere Differenz zwischen den von Aktionärinnen effektiv bezahlten Preis (inkl. aller weiterer Vergünstigungen) und dem von Dritten effektiv bezahlten Preis Rz 1141.
[1599] Rz 1054.
[1600] Besonders deutlich treten diese beiden Gesichter in der aktionärspolitischen Grundhaltung zur KAGA von 2002 zu Tage: einerseits soll KAGA «den Bezug von nicht allzu teurem Kies ermöglichen (Aktionärspreis)» und andererseits soll KAGA «den Kiespreis für Dritte hochhalten (Diskriminierung)», vgl. dazu Rz 764. Zwischen 2002 und 2014 erhöhte sich die Differenz zwischen Aktionärslistenpreis und Drittpreis im Übrigen weiter von 40 % auf 47 %, vgl. Rz 1054.
[1601] Art. 3 KAGA-Vertrag, oben Rz 583.
[1602] Siehe unten Rz 1006 ff. insb. Rz 1032 ff.
[1603] Oben Rz 758.

Aushub aufgrund des wahrgenommenen Deponieengpasses einschränkte.[1604] Sie führte damals eine Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub ein, die inhaltlich so ausgestaltet war, dass sie den Verhaltensspielraum von [U01] und [U04][1605] besonders stark beschränkte, während sie für die Aktionärinnen faktisch bedeutungslos war.[1606] Bezeichnenderweise hatte sich eine Aktionärin nur kurz davor darüber beschwert, dass die [U04] im Raum Bern zu günstige Preise anbiete.[1607] Schliesslich kann auf den bereits oben dargestellten Versuch zur Übernahme der [U01] verwiesen werden: Um die [U04], die sich ebenfalls um einen Kauf der [U01] bemühte, von einer Übernahme abzuhalten, einigten sich die Aktionärinnen der KAGA im Jahr 2007 kurzerhand darauf, diese «über allfällige Konsequenzen von Seiten KAGA» im Falle einer Übernahme aufzuklären resp. auf «einen allfälligen 'Konkurrenzkampf' aufmerksam» zu machen. Mit anderen Worten stellten sie [U04] in Aussicht, die Wirtschaftsmacht der KAGA gezielt gegen [U04] einzusetzen, sollte diese nicht vom Kauf absehen.[1608]

895. Alluvia macht in ihrer Stellungnahme zum Antrag geltend, diese Punkte seien Gegenstand der Teil-EVR. Sie seien deshalb erledigt und es brauche nicht weiter auf sie eingegangen zu werden.[1609] Zutreffend hieran ist, dass spezifisch hinsichtlich einiger Verhaltensweisen erlassene Massnahmen Gegenstand der Teil-EVR sind. Nur insofern, also hinsichtlich der spezifischen Massnahmen, mag sich ein näheres Eingehen darauf erübrigen. Es ist aber nicht so, dass durch den Abschluss der Teil-EVR diese Verhaltensweisen einfach auszublenden und als nicht geschehen anzusehen wären, wie es Alluvia anscheinend möchte. Als festgestellte Tatsachen, die den Gegenstand B der Abmachungen belegen, bleiben sie selbstverständlich trotz Abschluss einer Teil-EVR bestehen.

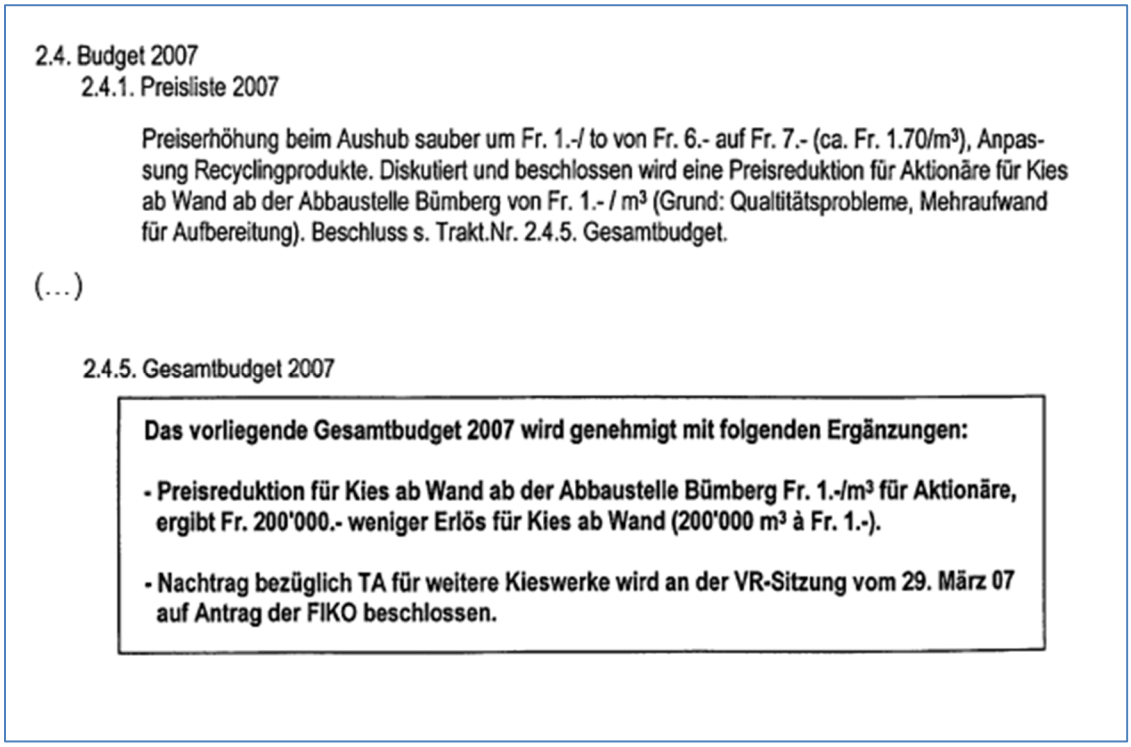
B.2 Organisatorische Massnahmen: Beteiligung jeder Aktionärin am gemeinsamen Entscheid über konkrete Umsetzung der Aktionärsinteressen

896. Die Aktionärinnen haben nicht nur, wie soeben festgestellt, inhaltliche Grundsatzentscheide getroffen, wie sich die KAGA im Wettbewerb verhalten soll, sondern haben darüber hinaus organisatorische Massnahmen getroffen, um jeder Aktionärin die Teilhabe an den weiteren Entscheiden über das Verhalten der KAGA zu sichern. So sahen die Aktionärinnen beispielsweise vor, dass der im KAGA-Vertrag genannte Geschäftsbereich nur erweitert werden kann, wenn alle Gründer-Aktionärinnen zustimmen.[1610] Zudem haben sich die Aktionärinnen gegenseitig das Recht auf je einen Sitz im Verwaltungsrat der KAGA eingeräumt, der die wesentlichen Elemente des KAGA-Wettbewerbsverhaltens steuert.[1611] So legt der Verwaltungsrat gemäss KAGA-Vertrag namentlich die Vorzugspreise des Kiesmaterials für die Aktionärskieswerke jährlich fest.[1612] In der Praxis legt der Verwaltungsrat der KAGA aber nicht nur die interne Preisliste für die Vorzugspreise für Kiesmaterial zu Gunsten der Aktionärinnen fest, sondern auch weitere Preisnachlässe für die Aktionärinnen (etwa den «Mengenrabatt» für Aktionärinnen,[1613] den Aktionärsrabatt aufgrund minderer Qualität[1614] oder punktuelle Kiesaktionen[1615]) und die externen Listenpreise für Drittkundinnen (für Kiesmaterial und für das Deponieren).[1616] Der Geschäftsführer durfte für diese Preise lediglich einen Vorschlag unterbreiten.[1617] Diese Vorschläge wurden alsdann in der FIKO bzw. dem VRA vorbesprochen,[1618] den endgültigen Entscheid über die Listenpreise fällte aber immer der gesamte Verwaltungsrat der KAGA.[1619] Auch der gestaffelte Mengenrabatt, den KAGA 2015 einführte, wurde vom gesamten Verwaltungsrat der KAGA beschlossen.[1620]

897. Sowohl der VRA (bzw. später die FIKO)[1621] als auch der VR von KAGA folgten dabei zwar häufig den Vorschlägen des Geschäftsführers, aber nicht immer. Ein Beispiel, bei dem die FIKO dem Vorschlag des Geschäftsführers nicht folgte, ist die Preisliste 2009. Im Protokoll der FIKO, die das entsprechende VR-Geschäfte vorbereitete, steht: «Der GF [...] und der BL [...] erläutern das den FIKO Mitglieder[n] zugestellte Budget mit den Eckwertdaten. Die FIKO berät in der Folge das Budget und kommt zu folgenden Korrekturen: Der Kiespreis ist für Drittkunden um 2 % anzuheben (…)».[1622] Der VR der KAGA segnete daraufhin einstimmig die Preisliste 2009 wie von der FIKO vorgeschlagen ab;[1623] der Kiespreis für die Drittkundinnen wurde von CHF 10.10 auf CHF 10.30 erhöht, was 2 % entspricht.[1624]

898. Ein Beispiel, in dem der VR von KAGA vom Vorgeschlagenen abwich, ist die Preisliste 2007. Ohne diesbezüglichen Vorschlag der FIKO[1625] nahm der VR von KAGA (implizit) einstimmig folgende Preisanpassungen vor:[1626]

[1604] Zum Entscheidprozess unter den Aktionärinnen siehe die Sachverhaltsfeststellung zur Kiesbezugspflicht C.8 «Kiesbezugspflicht: Wer deponieren will, muss auch Kies beziehen», insb. die Kapitel C.8.2.2.1, Rz 1146 ff., und C.8.2.2.2, Rz 1152 ff.
[1605] [U04] ist (wie [U01]) Konkurrentin einiger Aktionärinnen (siehe dazu z.B. oben Rz 860 und dazugehörige Fn; siehe auch unten Rz 1220).
[1606] Unten Kapitel C.8, insb. Rz 1218–1221.
[1607] Oben Rz 783.
[1608] Oben Rz 773–775 und Rz 864 f.
[1609] Act. VIII.162 Rz 37.
[1610] KAGA-Vertrag Art. 2, oben Rz 583.
[1611] Siehe zum Recht einer jeden Aktionärin, einen Verwaltungsrat zu delegieren, ausführlich oben Rz 676 ff. und siehe insb. KAGA-Vertrag, Art. 5, oben Rz 583.
[1612] Art. 3 KAGA-Vertrag, oben Rz 583.
[1613] Unten Rz 1068.
[1614] Unten Rz 1074–1081.
[1615] Unten Rz 1086–1090.
[1616] Für die externen Preislisten (Kiesmaterial und Deponieren) siehe Quellenangaben zur VR-Entscheiden über die Preislisten unten in Tabelle zu Rz 1054; für die internen Preislisten siehe unten Rz 1061 und als Beispiele siehe z.B. die interne Preisliste 2013, genehmigt VR 29.11.2012, Act. II.D.X.91, oder die interne Preisliste 2011, genehmigt VR 24.11.2010, Act. II.A.X.217.
[1617] Siehe auch Organisationsreglement der KAGA vom 26.6.2003, Funktionendiagramm, Ziff. 6.6 a), Act. II.G.X.29; siehe Organisationsreglement der KAGA vom 31.8.2016, Funktionenmatrix, Ziff. 7.7 a), Act. IV.6.
[1618] Siehe zur FIKO und zum VRA Rz 560 ff. und Rz 554 ff.
[1619] Siehe dazu die Angaben in Fn 1616.
[1620] Rz 1045.
[1621] Zum VRA oben Rz 554; zur FIKO oben Rz 560.
[1622] FIKO-Protokoll vom 10.11.2008, T. 8.1, Act. II.B.X.463.
[1623] VR-Protokoll der KAGA vom 3.12.2008, T. 2.3.4, Act. II.B.X.258.
[1624] Rz 1054.
[1625] FIKO-Protokoll vom 2.11.2006, T. 6.4, Act. II.B.X.463.
[1626] VR-Protokoll der KAGA vom 6.12.2006, T. 2.4.1 und 2.4.5, Act. II.B.X.258.



2.4. Budget 2007

2.4.1. Preisliste 2007

Preiserhöhung beim Aushub sauber um Fr. 1.-/ to von Fr. 6.- auf Fr. 7.- (ca. Fr. 1.70/m³), Anpassung Recyclingprodukte. Diskutiert und beschlossen wird eine Preisreduktion für Aktionäre für Kies ab Wand ab der Abbaustelle Bümberg von Fr. 1.- / m³ (Grund: Qualtitätsprobleme, Mehraufwand für Aufbereitung). Beschluss s. Trakt.Nr. 2.4.5. Gesamtbudget.

(…)

2.4.5. Gesamtbudget 2007

Das vorliegende Gesamtbudget 2007 wird genehmigt mit folgenden Ergänzungen:

- Preisreduktion für Kies ab Wand ab der Abbaustelle Bümberg Fr. 1.-/m³ für Aktionäre, ergibt Fr. 200'000.- weniger Erlös für Kies ab Wand (200'000 m³ à Fr. 1.-).

- Nachtrag bezüglich TA für weitere Kieswerke wird an der VR-Sitzung vom 29. März 07 auf Antrag der FIKO beschlossen.

Abbildung 45: Auszug aus den Akten: VR-Protokoll der KAGA vom 6. Dezember 2006, Act. II.B.X.258.

899. Dass sich die vom Verwaltungsrat der KAGA im Interesse der Aktionärinnen betriebene Preispolitik im Übrigen nicht unbedingt mit den Interessen der KAGA deckt, deuten die oben dokumentierten eigenständigen Überlegungen der leitenden KAGA-Angestellten an.[1627] Dem entsprechenden Dokument ist zu entnehmen, dass die Angestellten der KAGA zum Schluss kamen, dass es im Interesse der KAGA sein könnte, zur Erhöhung des Wandkiesabsatzes nach neuen Drittenabnehmern zu suchen und die Preispolitik zu Drittgrossbezügern zu überdenken. Zur Umsetzung notierten die Angestellten allerdings: «Für Preispolitik ist VRA/VR zuständig». Zu einer Anpassung der Preise für gewisse Drittbezüger kam es in der Folge tatsächlich, allerdings erst Jahre später und primär, weil KAGA eine Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub einführte.[1628]

900. Neben diesen Überlegungen der leitenden Angestellten der KAGA finden sich in den Akten im Übrigen bloss wenige Hinweise auf die eigenständige Entwicklung von Ideen der KAGA-Geschäftsführung zum Marktauftritt der KAGA. Die weit ins Tagesgeschäft reichende Führung durch den VR und den VRA/die FIKO der KAGA liess hierfür nur wenig Raum. Die weit in das Tagesgeschäft reichende Führung durch den VR resp. zumindest einzelne VR-Mitglieder zeigt sich im Übrigen auch daran, dass der Geschäftsführer von KAGA als einziger Mitarbeitender von KAGA über eine Kollektivzeichnungsberechtigung verfügt; neben ihm sind ausschliesslich die VR-Mitglieder von KAGA ebenfalls kollektivzeichnungsberechtigt.[1629] Der Geschäftsführer ist entsprechend bei jedem Zeichnungsvorgang darauf angewiesen, mit einem VR-Mitglied zusammenzuwirken, Mitarbeitende von KAGA kommen dafür nicht in Frage.

901. Die Steuerungsmöglichkeiten im VR erlaubten es den Aktionärinnen über die Preissetzung hinaus, ihre Interessen einzubringen und mitzuentscheiden, zu welchen Bedingungen die KAGA ihre Ressourcen weitergibt und über welche Kanäle diese in die Wirtschaft fliessen sollen. So entschied der Verwaltungsrat der KAGA beispielsweise über die Aufhebung (1975) und Wiedereinführung (2001/2002) des Transportkostenausgleichs für die kiesverarbeitenden Aktionärinnen,[1630] dessen Bedeutung über die Preissetzung hinausgeht.

902. Die Reetablierung des Transportkostenausgleichs im Jahr 2002 zugunsten der kiesverarbeitenden Aktionärinnen zeigt, dass die Verwaltungsräte die individuellen Interessen «ihrer» Aktionärsunternehmen in die Entscheidfindung des VR der KAGA einbrachten und das KAGA-Verhalten gezielt zu Gunsten einzelner Aktionärinnen zu steuern versuchten. So ging es bei der Reetablierung des Transportkostenausgleichs im Jahr 2002 darum, ein Problem zu lösen, das vor allem die Aktionärin Hofstetter (heute zu Alluvia gehörend) betraf, die in Hindelbank und damit direkt angrenzend an die Region Oberaargau ein Kieswerk betreibt. Dies zeigt ein Auszug aus dem Protokoll einer Strategiesitzung des KAGA-Verwaltungsrates im April 2002:[1631] «Aufgrund der Deponieknappheit im Raum Thun-Bern wird Deponiematerial insbesondere in den Raum Oberaargau exportiert

[1627] Oben Rz 755.
[1628] Unten Rz 1059.
[1629] Rz 89.
[1630] Unten Rz 1096 f.
[1631] VR-Protokoll der KAGA vom 11.4.2002, T. 7, Act. II.D.X.10; siehe zum Ganzen auch unten, Rz 1106 bis Rz 1115, insb. Rz 1108; siehe auch Angaben von Hofstetter zur Konkurrenzsituation im Jahr 2002, oben Rz 765: «Im Oberaargau Ueberkapazität an Deponievolumen. Zunehmender Preisdruck auf den Raum Hindelbank, bedingt durch Export von Aushubmaterial und Import von Kies durch Gegenfuhren».

und mit den Rückfuhren Kies in den Markt der Aktionäre und indirekt in den Kiesmarkt der KAGA importiert». Zur Behebung dieses Problems formulierten die Verwaltungsräte zwei Ziele: «Hauptziel: Der Deponiemarkt im Aktionärskreis der Aktionäre (Raum Thun-Bern) ist in den Griff zu bekommen, d.h. genügend Deponievolumen für die im Markt anfallenden Deponiematerialien (Aushub und Inertstoffe) zu schaffen». «Flankierendes Ziel: Die KAGA soll mit der Annahme von Deponiematerial Geld verdienen, um mögliche Unterstützungen der Aktionäre im Kiesmarkt (Kiesabsatz steigern -> Schaffung von zusätzlichem Deponievolumen) bieten können». Als mögliche Massnahme zur Erreichung dieser Ziele wurde u.a. die Erhöhung des Deponievolumens bei der KAGA ins Spiel gebracht, die durch die Steigerung des Kiesbezugs durch die Aktionärinnen erreicht werden sollte, welche wiederum mit Hilfe eines Transportkostenausgleichs zugunsten der Aktionärinnen herbeigeführt werden sollte. Dass die Wiedereinführung bzw. Reetablierung des Transportkostenausgleichs auf die Initiative von Hofstetter (heute zu Alluvia gehörend) zurückging, gibt ihr VR-Vertreter unumwunden zu:[1632] «Als der Deponienotstand bei Hofstetter angekommen war, habe ich im Verwaltungsrat der KAGA vorgeschlagen, dass man Probleme an der Wurzel fassen sollte. Mein Vorschlag war, dass alle Aktionäre bei KAGA, zusätzlich zu ihren normalen Bezügen, Kies beziehen sollten, damit dort, wo das Volumen am dringendsten benötigt wird, Volumen geschaffen wird. Da die Aktionäre der KAGA ihre Standorte verschieden weit entfernt von der KAGA haben, hat dieser Vorschlag bedingt, dass die KAGA sicherstellt, dass alle Aktionäre den Rohkies an ihren Standorten zum gleichen Preis, Frankodomizil, erhalten».

903. Der Transportkostenausgleich wird unten bei den Vorzugskonditionen eingehend behandelt.[1633] An dieser Stelle sei lediglich erwähnt, dass sich die Aktionärinnen nie überlegt haben, die Schaffung von Deponievolumen zu erreichen, indem der Kiespreis für alle Kundinnen gesenkt wird anstatt nur für die Aktionärinnen. Die Verhinderung von Vorteilen für Dritte war vielmehr auch bei der Ausgestaltung des Transportkostenausgleichs Teil der von allen Beteiligten verinnerlichten Strategie. Exemplarisch zeigt sich das an der Aussage der Kiestag, die im VR der KAGA beantragte, die KAGA möge den Transportkostenausgleich neu auch der Emme Kies+Beton AG gewähren. Denn diese sei im Eigentum der beiden Aktionärinnen Kiestag und Aare-Kies (Daepp). «Mit diesem Besitzverhältnis wird durch den Transportkostenausgleich also kein Mitbewerber unterstützt».[1634] Dies passt ins Bild, wonach die Bevorzugung der Aktionärinnen einerseits und die Behinderung der Dritten andererseits für die Entscheidträger der KAGA (d.h. die Aktionärinnen) eine nie hinterfragte Prämisse darstellte.[1635]

904. Die Aktionärinnen entschieden über ihre Vertreter im VR der KAGA aber nicht nur über die Aussetzung und Wiedereinführung des Transportkostenausgleichs zu Gunsten der Aktionärinnen. Sie einigten sich auch jährlich über dessen Höhe.[1636] Dabei zeigt sich im Übrigen auch, dass die Interessen der einzelnen Aktionärinnen mitnichten stets gleichgerichtet waren. So wiesen Daepp und die damalige Noch-Aktionärin [U11] darauf hin, dass sie aufgrund ihrer Interessenlage in Zukunft Anpassungen am Modell des Transportkostenausgleichs wünschten.[1637]

905. Weitere Beispiele, die zeigen, wie die Aktionärinnen das KAGA-Verhalten zugunsten aller oder einzelner Aktionärsinteressen steuerten, finden sich oben unter B.2.[1638] Der Verwaltungsrat der KAGA war weiter der Ort für kleine Aktionärsanliegen. So hat etwa die Alluvia (damals noch Hofstetter) im Verwaltungsrat ihr Interesse an einem politischen Gefallen der KAGA zu ihren Gunsten kundgetan: «Verwaltungsrat [...] wünscht eine schriftliche Bestätigung als Begründung für eine neue Deponie im Raume Bern, dass bei der KAGA zur Zeit kein Deponievolumen im Überfluss vorhanden ist».[1639]

906. KAGA führt in ihrer Stellungnahme zum Antrag aus, gemäss Art. 707 Abs. 3 OR seien Vertreter einer juristischen Person, die Aktionärin ist, in den VR ebendieser Gesellschaft wählbar. Dem entsandten Vertreter dürften dabei in einem gewissen Rahmen auch Weisungen erteilt werden. Soweit es für die Erteilung dieser Weisungen notwendig sei, sei sogar eine Lockerung der Geheimhaltungspflicht gegenüber der entsendenden juristischen Person gesellschaftsrechtlich zulässig. Auch eine weit ins Tagesgeschäft reichende Führung durch den VR sei zulässig. Die gesetzliche Grundkonzeption basiere sogar darauf, dass der VR die Geschäftsführung selbst besorgt, wobei er diese auch an einen Geschäftsführer delegieren dürfe. Die Besetzung des VR von KAGA sowie seine operative Tätigkeit sei aktienrechtlich nicht zu beanstanden.[1640] Auch Alluvia äussert sich in ihrer Stellungnahme zum Antrag ausgiebig dazu, dass Aktionärinnen im VR Einsitz nehmen dürfen und erwähnt hierbei auch Art. 707 Abs. 3 OR. Sie beruft sich ausserdem auf den altrechtlichen Art. 707 Abs. 1 aOR, wonach VR-Mitglieder sogar Aktionäre sein mussten.[1641] Kästli-Gruppe beruft sich ebenfalls auf Art. 707 Abs. 3 OR und hält fest, die Zusammensetzung des VR von KAGA sei aktienrechtlich nicht zu beanstanden.[1642]

[1632] EV von [...] vom 15.1.2015, Rz 329–336, Act. III.7.
[1633] Unten Rz 1092 ff., insb. Rz 1106 ff.
[1634] Unten Rz 1124; siehe auch Rz 1112.
[1635] Siehe dazu oben B2) Grundzüge der Aktionärsinteressen, insb. Rz 888.
[1636] Unten Rz 1116 ff.
[1637] Siehe Aussagen von [...] (Daepp) und [...] ([U11]) in VR-Protokoll der KAGA vom 28.11.2002, T. 4, Act. II.B.X.258. Siehe auch Aussage in Rz 1104: «Diejenigen, die immer bei KAGA geholt haben, haben natürlich nicht 'Hurra' gerufen». Siehe auch den Auszug aus einem Schreiben von [...] vom 20.6.2002 (Alluvia, damals noch Hofstetter) an [...] (Kästli): «Aufgrund der von mir zur Verfügung gestellten Berechnungsgrundlagen konnten sich alle Mitglieder des Verwaltungsrates und der Direktor der KAGA vergewissern, dass der Transportkostenausgleich-Tarif von CHF 22.30 je m^3 für die K.+U. Hofstetter AG so gut oder so schlecht ist, wie derjenige von CHF 11.– je m^3 für die Kästli AG. Warum nur sprichst Du nicht darüber, dass Deine CHF 11.– im Verhältnis zum Markt ein (zu) guter Transportkostenausgleich ist?».
[1638] Oben Rz 894.
[1639] VR-Protokoll der KAGA vom 28.3.2001, T. 11, Act. II.C.X.62.
[1640] Act. VIII.156 Rz 62–69.
[1641] Act. VIII.162 Rz 52–57, ferner Rz 92, 95 und 136.
[1642] Act. VIII.163 Rz 104.

907. Diese Ausführungen von KAGA, Alluvia und Kästli-Gruppe zielen an der Sache vorbei. Vorliegend ist weder relevant noch im rechtlichen Teil zu beurteilen, ob die organisatorische Ausgestaltung von KAGA aktienrechtswidrig ist oder nicht. Es gilt vielmehr, sachverhaltsmässig festzustellen, wie KAGA durch die Aktionärinnen organisatorisch ausgestaltet worden ist und wie diese dank der organisatorischen Ausgestaltung in KAGA zusammenwirken und diese gemeinsam lenken können. Wie die festgestellte organisatorische Ausgestaltung von KAGA aktienrechtlich zu werten sein mag, tut hier nichts zur Sache. Die früher im Aktienrecht vorgesehene, sogenannte Pflichtaktie für VR-Mitglieder tut ebenfalls nichts zur Sache.

908. KAGA beruft sich in ihrer Stellungnahme zum Antrag weiter auf eine Erwägung im rechtlichen Teil des Antrags bezüglich negativer Kontrolle über KAGA. Dort werde ausgeführt, dass jede Aktionärin nur eine Stimme habe und Beschlüsse weder allein durchsetzen noch blockieren könne. Vielmehr seien wechselnde Mehrheiten und Koalitionen denkbar. Die unterschiedlich gelagerten individuellen Interessen der Aktionärinnen hätten zur Folge, dass die Vertretung im VR nicht geeignet sei, eine Strategie der «Dämpfung des Wettbewerbsdrucks» durch KAGA durchzusetzen.[1643] Auch Heimberg macht geltend, als einzelnes VR-Mitglied aufgrund der Mehrheitsverhältnisse im VR keinen entscheidenden Einfluss gehabt zu haben.[1644] Das überzeugt nicht. Zutreffend ist zwar, dass einzelne VR-Mitglieder resp. Aktionärinnen alleine keine Beschlüsse durchsetzen oder blockieren können.[1645] Das ändert jedoch nichts daran, dass durch organisatorische Bestimmungen sichergestellt wurde, dass sich jede Aktionärin bei allen VR-Geschäften, insbesondere den strategischen Entscheiden, einbringen und nur, aber immerhin, mitentscheiden kann. Auf die Dosierung des Wettbewerbsdrucks durch KAGA haben sich die Parteien in grundsätzlicher Weise geeinigt. Schon nur deshalb handelt es sich hierbei ungeachtet der allenfalls anderweitig unterschiedlichen individuellen Interessen der einzelnen Aktionärinnen um ein gemeinsames Anliegen; abgesehen davon stimmen insofern auch die individuellen Interessen der Aktionärinnen, allenfalls mit Ausnahme von Marti-Gruppe,[1646] überein. Die Einsitznahme einer jeden Aktionärin im VR von KAGA sichert ab, dass die Parteien über die Umsetzung mitentscheiden, die Einhaltung dieser Abmachung kontrollieren und allfällige Abweichungen monieren können.[1647]

909. Zur Steuerung des Wettbewerbsdrucks der KAGA bzw. ihres Wettbewerbsverhaltens (Gegenstand B) steht somit zusammenfassend fest, dass die Aktionärinnen die KAGA gezielt als Dienerin der Aktionärinnen geschaffen haben. Sie haben die wichtigsten Grundzüge ihres Verhaltens im KAGA-Vertrag oder in strategischen Sitzungen festgelegt (B.1). Dazu gehören zwei Anliegen, nämlich einerseits, dass sich die KAGA ihren Aktionärinnen gegenüber wohlwollend verhält (B.1.1), und andererseits, dass KAGA ihre wirtschaftliche Stärke gegen Dritte, insbesondere gegen Konkurrentinnen von ihr oder ihren Aktionärinnen, einsetzt (B.1.2). Neben inhaltlichen Grundsatzentscheiden haben die Aktionärinnen auch organisatorische Massnahmen getroffen: Sie haben sichergestellt, dass sie ihre Interessen in die Ausrichtung und das Verhalten der KAGA einbringen können (B.2). Durch die Vertretung der KAGA-Aktionärinnen im Verwaltungsrat haben die Aktionärinnen die organisatorischen Voraussetzungen geschaffen, damit sie ständig gemeinsam ausloten können, wie sich die KAGA verhalten soll.

C.6.3.5.5 Gegenstand C: Dosierung des Wettbewerbsdrucks durch die Aktionärinnen

910. Ein dritter Gegenstand des KAGA-Vertrags, den die oben dargestellten Beweismittel belegen, ist dieser: Auch der Wettbewerbsdruck, der von den Aktionärinnen ausgeht, soll dosiert werden. Wie beim zweiten Gegenstand B (Steuerung des von der KAGA ausgehenden Wettbewerbsdrucks) besteht auch bei diesem dritten Gegenstand C ein Bezug zum ersten Gegenstand A (Verhinderung von Konkurrenz durch Dritte).

911. Der Wille der Aktionärinnen, unter sich den Wettbewerbsdruck zu drosseln, beschränkt sich nicht auf das Wettbewerbsverbot betreffend Erwerb von Kiesabbaurechten und Kiesabbau. Vielmehr ging es ihnen generell darum, das weitere Wettbewerbsverhalten der Aktionärinnen einzudämmen, indem sie sich gegenseitig vor einem zu forschen Wettbewerbsverhalten einzelner Aktionärinnen schützen. Dieser Gegenstand deckt sich letztlich – wie schon der zweite (oben Gegenstand B) – mit dem strukturerhaltenden Element des Zwecks des KAGA-Vertrags: Genauso wie eine von der Leine gelassene KAGA einzelnen Aktionärinnen wettbewerblich gefährlich werden könnte,[1648] kann der Status einzelner Aktionärinnen auch vom Wettbewerbsverhalten anderer Aktionärinnen in Mitleidenschaft gezogen werden. Genauso wenig wie die Kiesmengen ab den gemeinsamen Abbaustellen über eine selbstständig agierende KAGA in den Markt fliessen sollen, sollen sie dies ohne Einschränkungen über einzelne Aktionärinnen tun. Der Wille zu dieser gegenseitigen Rücksichtnahme zeigt sich namentlich in der stetigen Wiederholung der gegenseitigen Loyalität und Solidarität oder beispielsweise in der bereits zitierten Passage von [...] aus dem Jahr 2008:[1649]

«Der Präsident [...] dankt allen Verwaltungsratsmitgliedern für die offene, faire und sachliche Diskussion im Verlaufe dieser Tagung. Auch wenn es für den einzelnen Aktionär nicht immer einfach war, sich zu Gunsten einer gesamten gemeinsamen Lösung zurückzunehmen, zeigte die Tagung, dass die dazu notwendige Solidarität untereinander vorhanden ist. Gerade Letzteres hat die KAGA in ihrer nun 40 jährigen Geschichte stark gemacht. Er wünscht sich, dass dies auch in Zukunft so bleiben kann, denn letztlich hat dadurch auch jeder Aktionär entsprechend profitiert».

[1643] Act. VIII.156 Rz 118–120.
[1644] Act. VIII.161 Rz 55.
[1645] Rz 1294 ff.
[1646] Siehe zur «Sonderrolle» von Marti-Gruppe aufgrund ihrer individuellen Interessen Rz 963 f.
[1647] Exemplarisch für eine solche Beanstandung, wenn auch aus der FIKO, Rz 785.
[1648] Oben Rz 876.
[1649] Oben Rz 838 und Rz 779.

912. Der dritte Gegenstand C steht aber auch in einer Wechselwirkung mit dem zweiten Gegenstand B: Von der Wirtschaftskraft der KAGA (insbesondere durch Preisvorteile) soll nur profitieren können, wer auch bereit ist, seine eigenen Möglichkeiten nicht voll auszuspielen. Dieser Zusammenhang zeigt sich beispielsweise bei der Aufnahme der [U11] in die KAGA:[1650] Mit der Aufnahme wurden der [U11] die mit dem Status einer Aktionärin verbundenen Vorteile gewährt, indem «die Firma [U11] in die KAGA als gleichberechtigter Aktionär» aufgenommen wurde. Als Gegenleistung dazu musste die [U11] aber «die Abmachungen im Sacheinlagevertrag» mitunterzeichnen. «Die Firma [U11] wird also nach Eintritt in die KAGA nicht mehr berechtigt sein, im Vertragsgebiet eigene Ausbeutungen zu betreiben».

913. Nachfolgend wird der sich aus den Beweismitteln ergebende Gegenstand, wonach die Aktionärinnen ihr eigenes Wettbewerbsverhalten zugunsten der anderen Aktionärinnen drosseln sollten, im Einzelnen dargelegt. Dieser Gegenstand hat drei Unteraspekte: C.1) Das Verbot, im KAGA-Gebiet neue Kiesabbaustellen zu erschliessen, C.2) das Verbot zur Weitergabe der Aktionärsvorteile an Dritte und C.3) das Gebot unter Aktionärinnen nur einen gedrosselten Wettbewerb zu betreiben.

C.1 Verbot zu Lasten der Aktionärinnen, im KAGA-Gebiet weitere Abbaurechte zu erwerben und über die bisher von den Aktionärinnen betriebenen Gebiete hinaus Kies abzubauen

914. Die Aktionärinnen einigten sich darauf, dass keine von ihnen im KAGA-Gebiet einen Kiesabbau anstrebt oder betreibt, der über den status quo von 1970 hinausgeht (siehe die in Art. 1 des KAGA-Vertrags vom Konkurrenzverbot ausgenommenen Grundstücke der bisherigen Abbaustellen von Aare-Kies [Daepp] und Heimberg).[1651] Selbst durch Abstossung der KAGA-Aktien kann sich eine (ehemalige) Aktionärin dieses Verbots nicht resp. erst nach langer Zeit entledigen. Denn die Aktionärinnen vereinbarten, dass das Verbot nachvertraglich noch während zehn Jahren weitergilt und sie sicherten die Einhaltung unter anderem mit einer Konventionalstrafe ab.[1652] Das Verbot, durch die Erschliessung neuer Abbaustellen im KAGA-Gebiet Wettbewerb zu betreiben, ergibt sich somit direkt aus dem KAGA-Vertrag. Der Inhalt dieses Verbotes ist offensichtlich – die Aktionärinnen dürfen im KAGA-Gebiet keinen zusätzlichen Wettbewerb durch den Kauf und die Erschliessung neuer Abbaustellen ausüben. Dem Verbot kommt darüber hinaus eine vertrauensfördernde Funktion zu: wenn die eine Vertragspartei auf die Ausübung ihrer eigenen unternehmerischen Freiheit verzichtet, will sie sicher sein, dass die anderen dies auch tun, zumal dann, wenn sie eigene Abbaurechte in die gemeinsam betriebene KAGA einbringt (wie dies Kästli und Marti taten).[1653]

915. Die Aktionärinnen bezogen sich immer wieder auf diese Abmachung im KAGA-Vertrag, wonach keine von ihnen ihre Kiesabbauaktivitäten im KAGA-Gebiet selbstständig erweitern und insbesondere dort Abbaurechte erwerben darf. So zwangen sie gleich kurz nach der KAGA-Gründung die in Ostermundigen ansässige [U10] (KAGA-Aktionärin seit der Gründung und bis 1998),[1654] der KAGA ein Abbaurecht in Kirchdorf zu übertragen.[1655]

916. Eindrücklich zeigt sich der Wille, die eigenständige Ausweitung der Kiesabbautätigkeit von einzelnen Aktionärinnen im KAGA-Gebiet zu verhindern, auch im Jahr 2012, als die Daepp (d.h. Aare-Kies) – nota bene lediglich am Standort ihres bisherigen Abbaugebietes – eine Erweiterung vornehmen wollte. [...] (Kästli) bestand darauf, dass Daepp dies nur mit Zustimmung aller anderen Aktionärinnen tun dürfe. Als er über den Erweiterungsplan der Daepp im eigenen Kästli-Verwaltungsrat orientierte, hielt er fest: «Die Regelung bzgl. Geschäftstätigkeit der Aktionäre im Einzugsgebiet der KAGA soll durchgesetzt werden gegenüber Daepp».[1656] In der Folge erlaubten die Aktionärinnen der KAGA der Daepp die Erweiterung, allerdings unter Auflagen und mit Gegenleistungen. Im ausgehandelten Vertrag mit Daepp sicherten sich die Aktionärinnen im Gegenzug nämlich die Deponierechte an der erweiterten Abbaustelle in Ried. Zudem sahen sie vor, dass sämtliche Rechte an der erweiterten Abbaustelle (Abbau und Deponie) an KAGA fallen, sollte die Aare-Kies in die Hände eines Dritten gelangen, sei es durch Verkauf, Fusion oder Übertragung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht.[1657] Schliesslich bekräftigten sie die Weitergeltung des Verbots, indem sie festhielten, dass allfällige im Richtplan eingetragene Vororientierungen für künftige Erweiterungen ausschliesslich Sache der KAGA seien.[1658]

917. In den Einvernahmen hat im Übrigen keine Aktionärin bestritten, dass der KAGA-Vertrag den Aktionärinnen verbietet, im KAGA-Gebiet Abbaurechte zu erwerben, eigene Abbaustellen zu eröffnen oder zu erweitern. Lediglich die Frage, ob das Verbot noch aktuell sei, wurde von einzelnen Aktionärinnen verneint. Zutreffend mag zwar sein, dass heute faktisch weniger Möglichkeiten bestehen, neue und vor allem grosse zusammenhängende Abbaustellen im KAGA-Gebiet zu eröffnen (z.B. weil mögliche Standorte bereits durch KAGA besetzt sind oder aufgrund geänderter rechtlicher Rahmenbedingungen),[1659] als dies bei der Verankerung des Verbots im KAGA-Vertrag der Fall gewesen war. Aber deshalb ist dieses Verbot noch lange nicht inhaltsleer und bedeutungslos geworden – dass es sehr wohl noch aktuell ist, belegt vielmehr gerade die 2012 erfolgte Durchsetzung gegen Daepp. Im Übrigen liesse sich auch argumentieren, dass dieses Verbot umso bedeutungsvoller wird, je knapper das Angebot möglicher Abbaustandorte ist, da diesfalls ein umso härterer Kampf zwischen den Nachfragern um die verbleibenden Abbaustandorte zu erwarten wäre.

[1650] Oben Rz 857.
[1651] Oben Rz 583.
[1652] Art. 9 KAGA-Vertrag, oben Rz 583.
[1653] Oben Rz 512 und Fn 965. Plus Verweis auf oben unter A, wo erläutert wird, dass
[1654] Oben Rz 515.
[1655] Oben Rz 721.
[1656] Oben Rz 595 ff.
[1657] Siehe Ziff. 4 und 5 des Vertrages zwischen Aare-Kies resp. Daepp und der KAGA, oben Rz 601; zum ersten Zweck (Verhinderung von Konkurrenz durch Dritte, siehe oben Rz 844 ff.).
[1658] Ziff. 3 des Vertrages zwischen Aare-Kies resp. Daepp und der KAGA, oben Rz 601.
[1659] Siehe dazu etwa oben Rz 850.

918. Alluvia macht in ihrer Stellungnahme zum Antrag geltend, dieser Punkt sei Gegenstand der Teil-EVR. Er sei deshalb erledigt und es brauche nicht weiter auf ihn eingegangen zu werden.[1660] Auch Heimberg beruft sich darauf, dass diesbezüglich eine Teil-EVR abgeschlossen worden sei.[1661] Zutreffend hieran ist, dass spezifisch hinsichtlich dieser Verhaltensweise erlassene Massnahmen Gegenstand der Teil-EVR sind. Nur insofern, also hinsichtlich der spezifischen Massnahmen, mag sich ein näheres Eingehen darauf erübrigen. Es ist aber nicht so, dass durch den Abschluss der Teil-EVR diese Verhaltensweise einfach auszublenden und als nicht geschehen anzusehen wären, wie es Alluvia anscheinend möchte. Als festgestellte Tatsache, die den Gegenstand C der Abmachungen belegen, bleibt sie selbstverständlich trotz Abschluss einer Teil-EVR bestehen.

C.2 Regelung des Wettbewerbsverhaltens der Aktionärinnen in der Weiterverwendung der KAGA-Ressourcen

919. Der oben festgestellte Konsens über die Vorzugsbehandlung zugunsten der Aktionärinnen[1662] beinhaltet implizit auch eine Einigung der Aktionärinnen darüber, dass sie ihre Vorteile nicht an Dritte weitergeben dürfen. Oder ohne Negation ausgedrückt: Die Gewährung von Vorzugskonditionen für die Aktionärinnen beinhaltet – jedenfalls vorliegend, wo sämtliche Aktionärinnen im VR der Vorzugskonditionen gewährenden KAGA vertreten sind – den impliziten Konsens darüber, dass die Aktionärinnen Kies von KAGA an Dritte mindestens zu demselben Preis weiterveräussern, den KAGA von den Dritten dafür verlangt. Ohne ein solches gemeinsames Verständnis würde ein ökonomisch-rationales Verhalten jedenfalls einiger Aktionärinnen nämlich dazu führen, dass sich die Preise annivellieren und damit die Ungleichbehandlung (weitgehend) verschwinden würde. Denn die Aktionärinnen könnten sonst Dritten Kies von KAGA zu einem Preis über ihrem Aktionärspreis, aber unter dem Preis von KAGA für Dritte anbieten, was sich sowohl für die Dritten als auch für diese Aktionärinnen rechnen würde. Ein solches Vorgehen wäre insbesondere für diejenigen Aktionärinnen attraktiv, deren Kiesgewinnungsstätten sich in grösserer Distanz zu denjenigen von KAGA befinden, während Aktionärinnen mit näher gelegenen Kiesgewinnungsstätten die möglichen Rückwirkungen, die ein derartiges Vorgehen auf die Preissetzung für von ihnen selbst abgebautem Kies haben könnte, stärker berücksichtigen müssten. Da es mehrere Aktionärinnen gibt, die sich diesbezüglich konkurrenzieren könnten, würde sich der den Dritten angebotene Preis zwangsläufig über kürzer oder länger dem Aktionärspreis annähern.

920. Soweit Marti-Gruppe geltend macht, diese These verfange nicht, da es keiner impliziten Vereinbarung bedürfe, sondern KAGA die einseitige Möglichkeit gehabt hätte, die fragliche Aktionärin nicht mehr mit Vorzugskonditionen zu beliefern,[1663] vermag dieser Einwand nicht durchzuschlagen. Es ist nicht relevant, welche alternativen Vorgehensweisen womöglich ebenfalls zur Verfügung gestanden hätten und wie diese kartellrechtlich zu werten sein könnten. Zu beurteilen ist vielmehr die konkret gewählte Vorgehensweise im spezifischen Einzelfall. Und insofern erübrigt es sich, den impliziten Konsens zu vertiefen, da – wie nachfolgend festgehalten – ohnehin auch eine ausdrückliche diesbezügliche Abmachung festgestellt wird. Wenn Marti-Gruppe geltend macht, es lägen keine Beweismittel vor,[1664] so scheint sie die nachfolgenden Feststellungen auszublenden; da sie darauf nicht eingeht und insbesondere nichts dagegen vorträgt, erübrigen sich Weiterungen.

921. Dieses gemeinsame Verständnis über den Umgang mit Preisvorteilen wird unter anderem durch die Diskussion belegt, welche die Aktionärinnen und Verwaltungsräte der KAGA führten, als es darum ging, dem Konkurrenten [U46] für den Verkauf eines Abbaurechtes ebenfalls teilweise Vorzugskonditionen zu gewähren.[1665] Der damalige Vertreter der [U11] befand dazu, dass es wichtig sei, «dass diese Privilegierung nur bei Bezug für den Eigenbedarf gelte», und dass dies allenfalls von der Betriebsleitung zu kontrollieren sei. Der damalige Vertreter von Hofstetter (heute Alluvia) hielt fest, «dass in Bezug auf die Firma [U46] die gleichen Bedingungen gelten sollten, wie für die KAGA-Mitglieder untereinander. Kleinere Verstösse können und sollen nicht geahndet werden». Das bedeutet erstens, dass es ein entsprechendes Verbot gab (da andernfalls nicht dagegen verstossen werden könnte), und dass zweitens zumindest gegen mittlere und grössere Verstösse gegen das Verbot der Weitergabe von Preisvorteilen an Dritte eingeschritten werden sollte. Im Übrigen bekämpften bereits die Gesellschafterinnen der KAGA-Vorgängerin die «Gefahren eines Zwischenhandels» und regelten die Bedingungen des Weiterverkaufs der Gesellschafterinnen.[1666]

922. Das Einvernehmen darauf, dass Aktionärinnen ihre Preisvorteile nicht weitergeben sollten, wurde zudem beim Gewähren von punktuellen Rabatten wiederholt bekräftigt.[1667] Dies im Übrigen auch, wenn ausnahmsweise Aktionärsrabatte auf Deponiepreise gewährt wurden: «Mit diesem Rabatt darf kein Handel betrieben werden».[1668]

923. Dieses Einvernehmen ergibt sich ferner auch ausdrücklich aus dem KAGA-Vertrag selbst, in welchem steht:[1669]

«Die Aktionäre sind berechtigt, ab Kieswerk Büemberg und den andern Ausbeutungsstellen Kiesmaterial an ihre Kunden direkt zu liefern. Der Verkaufspreis dieses Materials ab Werk und franko Baustelle wird durch den Verwaltungsrat jedes Jahr verbindlich festgesetzt. Eine Preisunterbietung mit Kiesmaterial aus den Ausbeutungs- und Produktionsstätten der Kies AG Aaretal (KAGA) ist nicht statthaft».

[1660] Act. VIII.162 Rz 77.c zu Beginn.
[1661] Act. IX.30 Beilage 3 Rz 20 erstes Lemma.
[1662] Siehe oben Rz 888 ff., ferner und ergänzend Rz 891 ff.
[1663] Act. VIII.158 Rz 39, 49 und 52, auch Act. IX.30 Beilage 4 Rz 20.
[1664] Act. VIII.158 Rz 37.
[1665] Oben Rz 751.
[1666] Oben Rz 714.
[1667] Siehe z.B. die Aussage des damaligen VRP der KAGA aus dem Jahr 2000: «Der Präsident [...] weist darauf hin, dass mit diesem Sonderpreis bei den Baufirmen Kästli AG, [U11] und Marti AG kein Handel betrieben werden darf. Die Differenz darf sich auf keinen Fall bis auf die Baustelle auswirken», unten Rz 1037.
[1668] Siehe dazu unten Rz 1013.
[1669] Art. 3 KAGA-Vertrag (Unterstreichungen im Original), oben Rz 583.

924. Auf dieses gemeinsame Verständnis wird unten im Rahmen der Ausführungen zu den Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen nochmals eingegangen, weshalb ergänzend auch noch auf die dortige Beweiswürdigung zu verweisen ist.[1670] Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die Vorzugspreise zugunsten der Aktionärinnen per 2015 aufgehoben wurden.[1671] Allerdings dürfen die Aktionärinnen auch den neuen Rabatt nicht an eigene Kundinnen weitergeben.[1672]

925. Im Übrigen steht dieses gemeinsame Verständnis, dass die Aktionärinnen ihre Preisvorteile nicht weitergeben dürfen, im Einklang mit der Idee, dass von den Kiesressourcen der KAGA kein Wettbewerbsdruck auf die Aktionärinnen ausgehen soll: Würde eine Aktionärin ihre Preisvorteile nämlich unkontrolliert weitergeben, würde dadurch gerade entstehen, was die Beteiligten eben nicht wollen: Wettbewerbsdruck, der von diesen Kiesressourcen ausgeht.

926. Alluvia macht in ihrer Stellungnahme zum Antrag geltend, dieser Punkt sei Gegenstand der Teil-EVR. Er sei deshalb erledigt und es brauche nicht weiter auf ihn eingegangen zu werden.[1673] KAGA argumentiert ähnlich und beruft sich ebenfalls darauf, dass sich dieser Punkt spätestens seit Ende 2014 erledigt habe.[1674] Zutreffend hieran ist, dass spezifisch hinsichtlich dieser Verhaltensweise erlassene Massnahmen Gegenstand der Teil-EVR sind. Nur insofern, also hinsichtlich der spezifischen Massnahmen, mag sich ein näheres Eingehen darauf erübrigen. Es ist aber nicht so, dass durch den Abschluss der Teil-EVR diese Verhaltensweise einfach auszublenden und als nicht geschehen anzusehen wären, wie es Alluvia anscheinend möchte. Als festgestellte Tatsache, die den Gegenstand C der Abmachungen belegen, bleibt sie selbstverständlich trotz Abschluss einer Teil-EVR bestehen.

C.3 Gegenseitiger Wettbewerbsschutz unter den Aktionärinnen: Loyale Konkurrenz

927. Die Aktionärinnen haben sich bereits im KAGA-Vertrag darauf geeinigt, «loyale Konkurrenz» zu betreiben.[1675] Mit der «loyalen Konkurrenz» muss eine Form der Konkurrenz gemeint sein, die von der «gewöhnlichen» Form der Konkurrenz abweicht, was sich auch daran zeigt, dass diese Klausel im KAGA-Vertrag unmittelbar an die Vorgabe anschliesst, wonach Preisunterbietungen mit Kies der KAGA nicht statthaft seien. Anders gesagt handelt es sich um eine Verpflichtung, wonach die Aktionärinnen ihr «übliches» Konkurrenzverhalten bis zu einem gewissen Grad reduzieren. Andernfalls wäre es nicht nötig, diese Pflicht in den Vertrag aufzunehmen.

928. Die oben dargelegten Beweismittel zeigen, was für ein Verhalten die Aktionärinnen unter «loyaler Konkurrenz» verstehen, da sie sich mehrfach auf diese «loyale Konkurrenz» berufen haben. Dasselbe Verhalten bezeichneten die Aktionärinnen teilweise auch mit anderen Worten wie z.B. Solidarität oder «Leben und Leben lassen». Nachfolgend werden jene Beweismittel zusammengetragen und gewürdigt, die belegen, welche Erwartungen die Aktionärinnen an das Wettbewerbsverhalten der Aktionärinnen untereinander hatten. Es wird sich zeigen, dass die Aktionärinnen mit «loyaler Konkurrenz» effektiv ein gedämpftes Konkurrenzverhalten der Aktionärinnen untereinander meinen.

929. Deutlich wird das Verständnis der KAGA-Aktionärinnen hinsichtlich der vereinbarten «loyalen Konkurrenz» bereits durch die Worte, die der damalige KWU-Vorsitzende im Hinblick auf die KAGA-Gründung verwendete. Demnach müsse auf Dauer eine «loyale Konkurrenzordnung» geschaffen werden, «die jedem Unternehmen seinen Besitzstand und seinen Anteil an der Entwicklung garantiert». Im Lichte dieser angestrebten Entwicklung wurde seinerzeit die Heimberg in die KAGA aufgenommen, damit sie den Betreiberinnen der KAGA-Kieswerke keinen «Schaden» zufügen kann.[1676] Damit ist wiederum der bereits erwähnte strukturerhaltende Zweck des KAGA-Vertrages angesprochen, der darauf gerichtet ist, «Kiesvorkommen im Vertragsgebiet gemeinsam zu sichern und auszubeuten ohne aber die bestehenden Werke der Gesellschafter zu schmälern»:[1677] Wenn die KAGA ihr Potential nämlich voll ausschöpfen würde, könnte sie dem einen oder anderen Aktionärskieswerk gefährlich werden, insbesondere den nahegelegenen Aktionärinnen Aare-Kies (Daepp) und Heimberg.

930. Dass unter der «loyalen Konkurrenz» ein fehlendes oder zumindest reduziertes Konkurrenzdenken unter den Aktionärinnen zu verstehen ist, belegen ferner die Diskussionen unter den Aktionärinnen, die sie 2005 im Zusammenhang mit der Übernahme des in unmittelbarer Nähe zur KAGA gelegenen Kies- und Deponiebetriebs [U01] führten: In einem im Vorfeld zur Diskussion im VR erstellten Dokument wird die Frage aufgeworfen, was geschehen könnte, wenn eine Nicht- Aktionärin die [U01] übernehmen würde.[1678] Die ebenfalls naheliegende Frage, was geschehen könnte, wenn eine Aktionärin der KAGA die [U01] übernehmen würde, stellte sich offensichtlich nicht. Dadurch wird klar, dass die Aktionärinnen den Konkurrenzdruck, der von einer anderen Aktionärin bei einer Übernahme der [U01] ausgehen würde, nicht fürchteten, jedenfalls nicht so wie denjenigen einer unabhängigen Dritten. Ganz im Gegenteil: Die Aktionärinnen einigten sich im selben Zusammenhang darauf, dass für den Fall, dass [U01] das Angebot von KAGA nicht akzeptieren sollte, die Aktionärin Kiestag resp. Vigier im Sinne einer Rückfallstrategie eine Offerte einreichen werde. «Damit wäre die KAGA indirekt weiter dabei».[1679] Dass eine Übernahme der [U01] durch eine Aktionärin zu keinen Sorgen Anlass gab, zeigt, dass für die Aktionärinnen eine «ernsthafte» Konkurrenzierung untereinander oder gegenüber der KAGA offenbar grundsätzlich nicht in Frage kam. Diese Abwesenheit

[1670] Unten Rz 1035 ff.
[1671] Oben Rz 890 und unten Rz 1040.
[1672] Siehe dazu ausführlicher unten, Rz 1050.
[1673] Act. VIII.162 Rz 77.c zu Beginn.
[1674] Act. VIII.156 Rz 122.
[1675] Art. 3 KAGA-Vertrag, oben Rz 583.
[1676] Oben Rz 715 f.
[1677] Oben Rz 838, mit Verweisen auf Rz 715, Rz 728 und Rz 734.
[1678] Oben Rz 771 f.; siehe auch die Notiz von Daepp aus dem Jahr 2002: «Eine vollständige Übernahme durch die KAGA oder mehrere[n] KAGA-Aktionäre ist ohne Zweifel anzustreben, ehe es ein anderer tut» (oben Rz 769, 862 und 865).
[1679] Oben Rz 772.

von Konkurrenzdenken ist als Ausdruck der Loyalität unter den Aktionärinnen zu sehen. Ziel der geplanten Übernahme war denn auch nicht, «ein gutes Geschäft» zu machen, sondern gegen die «Unruhe und Unberechenbarkeit betreffend Kies- und Deponiepreis im Markt» vorzugehen und «in der Region etwas Ruhe in den Branchenmarkt zu bringen».

931. Bezeichnend ist auch der Rückblick auf die vergangenen Jahrzehnte, den [...], VRP der KAGA, 2009 vornahm. Er hielt dabei fest, dass es für die einzelnen Aktionärinnen sicher nicht leicht gewesen sei, sich zu Gunsten einer gesamten gemeinsamen Lösung zurückzunehmen.[1680] Es zeige sich aber, dass die Solidarität untereinander vorhanden sei. Dies habe die KAGA in den letzten 40 Jahren stark gemacht. Schliesslich wünscht sich [...], dass dies auch in Zukunft so bleibe. Der Dank für die vergangene und der Aufruf zur künftigen Solidarität unter den Aktionärinnen deckt sich mit dem Bekenntnis zur Loyalität im KAGA-Vertrag. Wenn [...] darauf hinweist, dass einzelne Aktionärinnen sich zurücknehmen und dass ihnen dies bestimmt nicht leichtfalle, deutet dies darauf hin, dass einzelne Aktionärinnen ihr eigenes Wettbewerbspotenzial zugunsten einer «gemeinsamen Lösung» nicht voll ausschöpfen sollen. Auch im Jahr 2008 sprach [...] die Tatsache an, dass es für die Aktionärinnen wohl nicht immer leicht sei, die eigenen Interessen im Interesse des Ganzen zurückzustellen, dass es sich hierbei aber nur um eine vermeintliche Einschränkung handle, angesichts des grossen Erfolges der KAGA.[1681]

932. Die «loyale Konkurrenz» wurde neben dem bereits erwähnten Begriff der Solidarität auch mit der über die Jahre immer wieder verwendeten Losung «Leben und leben lassen» angesprochen. Im Jahr 2009 bezog sich [...] auf die unter den VR-Kollegen zwar bestehende «Konkurrenz am Markt» und hielt fest, dass unter ihnen trotzdem Eigenschaften wie «solidarisch», «geben und nehmen» sowie «leben und leben lassen» im Vordergrund stehen würden.[1682] Das Motto von «Leben und leben lassen» taucht im Übrigen bereits seit den Anfängen der KAGA im Vokabular der von ihr erstellten Dokumente auf. Im Geschäftsbericht von 1973 steht beispielsweise: «Die KAGA funktioniert dann gut, wenn Konkurrenz unter den angeschlossenen Firmen vernünftig unter dem Motto: 'Leben und leben lassen' betrieben wird».[1683] Im Leitbild von 2001 ist zu lesen: «Die Zusammenarbeit unter den Aktionären beschränkt sich nicht auf die Kies AG Aaretal. Sie erstreckt sich auf die ganze Unternehmertätigkeit im Kiesnutzungsbereich. Freundschaft, Kollegialität und Selbstbescheidung nach dem Prinzip 'Leben und Leben lassen', sind Grundlagen unseres Erfolges».[1684] Hierbei bringt der Ausdruck der «Selbstbescheidung» offensichtlich zum Ausdruck, dass die Aktionärinnen ihr Wettbewerbspotenzial nicht voll nutzen sollen bzw. bereit sein sollen, sich in ihrem Wettbewerbsverhalten zurückzunehmen.

933. Dass unter der Losung «Leben und Leben lassen» der Verzicht auf die «gewöhnliche» Ausübung von Konkurrenz zu verstehen ist, wird bisweilen auch durch den Sprachgebrauch der KAGA-Exponenten hinsichtlich Abmachungen mit Dritten bekräftigt: So schloss die KAGA in den 70er/80er Jahren mit der [U46] einen Vertrag, als beide am Kauf eines Kiesvorkommens interessiert waren. Der damalige VRP der KAGA sagte dazu: «Beim Kauf des Heimet [...] wurde mit dem Kauf-Mitkonkurrenten [U46] ein Vertrag abgeschlossen. Die Grundhaltung des Vertrages ist 'Leben und Leben lassen', obschon damals schon die Möglichkeit bestanden hätte, dem Konkurrenten [U46] das Leben schwer zu machen».[1685]

934. Schliesslich sei auf die aktionärspolitische Grundhaltung aus dem Jahr 2002 hingewiesen. Der von den Aktionärinnen engagierte externe Berater hielt gestützt auf seine Einzelinterviews mit den KAGA-Verwaltungsräten unter anderem fest: «Die KAGA soll im Weiteren (…) Konkurrenz verhindern, Markt beruhigen» und «eine faire Politik unter den Aktionären betreiben».[1686] Diese aktionärspolitische Grundhaltung deckt sich mit dem dargelegten Gegenstand, wonach die KAGA dazu beitragen soll, die Konkurrenz unter anderem zwischen den Aktionärinnen zu reduzieren.

935. Kästli-Gruppe bringt hiergegen in ihrer Stellungnahme zum Antrag vor, das Sekretariat blende damit ergebnisorientiert aus, dass mit «loyaler Konkurrenz» auch etwas Rechtmässiges gemeint sein könne und vorliegend auch gemeint sei, nämlich schlicht lauteres Verhalten im Markt (im Gegensatz zu unlauterer Konkurrenz, französisch «concurrence déloyale»).[1687] Zutreffend hieran ist, dass der Begriff «loyale» Konkurrenz bei isolierter, vom konkreten Fall abstrahierter Betrachtung in der Tat unterschiedliche Bedeutungen haben kann und damit auch lautere Konkurrenz – im Gegensatz zu unlauterer – gemeint sein könnte. Das tut aber nichts zur Sache. Entscheidend ist nämlich, dass im konkreten Fall aufgrund einer minutiösen Würdigung der vorhandenen Beweismittel eruiert wurde, was die Parteien euphemistisch mit «loyaler Konkurrenz» gemeint haben – es kann auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden. Gegen diese Beweiswürdigung trägt Kästli-Gruppe nichts vor. Auf die Beweismittel und deren Würdigung nimmt sie keinen Bezug, sondern beschränkt sich darauf, losgelöst von jeglichen Sachverhaltsfeststellungen im konkreten Fall geltend zu machen, sprachlich wäre auch ein anderes Begriffsverständnis möglich. Zweifel am Beweisergebnis vermögen solche allgemeine semantische Überlegungen freilich nicht zu wecken.

C.6.3.6 Zusammenfassendes Beweisergebnis zu den Gegenständen der Abmachungen der KAGA-Aktionärinnen über ihre Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA

936. Zusammenfassend ist bewiesen, dass die Aktionärinnen und die KAGA untereinander Abmachungen getroffen haben, die sich in folgende drei Gegenstände einteilen lassen.

[1680] Oben Rz 779.
[1681] Oben Rz 777.
[1682] Oben Rz 781.
[1683] Oben Rz 728.
[1684] Oben Rz 761.
[1685] Oben Rz 752.
[1686] Oben Rz 764.
[1687] Act. VIII.163 Rz 17.

A Die Aktionärinnen haben sich darauf geeinigt, Dritte daran zu hindern, im Aaretal neue Konkurrenz ausüben zu können. Um dies umzusetzen, kamen sie weiter überein, neue Abbaustellen im Aaretal gemeinsam zu besetzen und bisher individuell gehaltene Abbaurechte in die KAGA einzubringen. Der Abbau der Ressourcen ab den KAGA-Abbaustellen soll nur noch gemeinsam über KAGA erfolgen. Um nicht doch neuen Wettbewerbsdruck durch die gemeinsam gehaltenen Ressourcen aufkommen zu lassen, haben sie untereinander geregelt, wie sich die KAGA (Gegenstand B) und die Aktionärinnen (Gegenstand C) verhalten sollen.

B Die Aktionärinnen haben aus der KAGA eine Dienerin der Aktionärsinteressen gemacht. Dabei haben sie sich auf inhaltliche Grundsätze geeinigt (B.1). So sollte die KAGA für die Aktionärinnen nach Möglichkeit keinen Wettbewerbsdruck erzeugen und ihnen vorteilhafte Preise anbieten für die KAGA-Ressourcen (B.1.1). Die vorteilhaften Preise wurden per 2015 aufgehoben. Gegen Konkurrentinnen der KAGA und/oder der Aktionärinnen hingegen sollte die KAGA ihr Potenzial durchaus ausspielen (B.1.2). Zudem haben die Aktionärinnen organisatorische Massnahmen getroffen (B.2): Sie haben sich insbesondere gegenseitig das Recht auf je einen Sitz im Verwaltungsrat der KAGA eingeräumt, womit sie die Möglichkeit erhalten die wesentlichen Elemente des KAGA-Wettbewerbsverhaltens zu steuern. So legt der Verwaltungsrat nicht nur die Preise für Kiesmaterial fest, das an die Aktionärinnen verkauft wird, sondern auch die Preise für Drittkundinnen (für Kiesmaterial und für das Deponieren). Oder die Aktionärinnen haben sich im Schosse des Verwaltungsrates darauf geeinigt, der [U04] die Wirtschaftsmacht der KAGA anzudrohen, um die [U04] vom Kauf der Abbaustelle [U01] abzubringen.

C Damit im Aaretal auch durch die Aktionärinnen kein zusätzlicher Wettbewerb entsteht, haben sich die Aktionärinnen darauf geeinigt, den Wettbewerbsdruck, der von ihnen ausgehen könnte, zu dosieren. Diese Dosierung hat drei Teilaspekte. Erstens einigten sich die Aktionärinnen darauf, dass keine von ihnen im KAGA-Gebiet einen Kiesabbau betreibt, der über den status quo von 1970 hinausgeht (C.1). Abbaupläne, die über die «zugelassenen Gebiete» hinausgehen, dürfen die abbauwilligen Aktionärinnen nur mit Zustimmung der anderen Aktionärinnen umsetzen. Zuletzt haben die Aktionärinnen ihre Erlaubnis hierfür 2012 der Daepp gegeben, allerdings nicht ohne Gegenleistungen. Zweitens sahen die Aktionärinnen vor, dass sie ihre Vorteile (Aktionärspreis) nicht an Dritte weitergeben dürfen (C.2). Drittens haben sich die Aktionärinnen darauf geeinigt, «loyale Konkurrenz» zu betreiben (C.3). Entsprechend haben die Aktionärinnen im Jahr 2002 im Rahmen eines Strategietreffens zum Ausdruck gebracht, dass die KAGA unter anderem dies tun soll: «Konkurrenz verhindern, Markt beruhigen» und «eine faire Politik unter den Aktionären betreiben» («Leben und Leben lassen»).

937. Diese Gegenstände ergeben sich einerseits direkt aus dem KAGA-Vertrag, der von den Gründerinnen der KAGA im Jahr 1970 geschlossen wurde. Später haben sich Kiestag und KAGA diesem Vertag angeschlossen. Der KAGA-Vertrag kann dabei quasi als Klammer des von den Aktionärinnen im Schosse der KAGA gemeinsam betriebenen Kiesabbaus gesehen werden. Er regelt die Grundsätze, die hinter diesem gemeinsamen Abbau stehen. Die Beweismittel bestehen andererseits neben dem KAGA-Vertrag aus einer reichhaltigen Praxis dazu: Die Aktionärinnen haben den KAGA-Vertrag immer wieder angewendet, zuletzt 2012, als sie Daepp verboten haben, ohne ihre Erlaubnis (und ohne Gegenleistung) den Abbau ihrer eigenen Abbaustelle zu erweitern. Daneben haben sie namentlich an den Diskussionen im Verwaltungsrat der KAGA und an Strategiesitzungen Einblicke in ihr Verständnis ihrer Zusammenarbeit gegeben. Diese Diskussionen stellen – soweit dabei Konsense zwischen mehreren Beteiligten zustande kamen – eigenständige Vereinbarungen dar. Sie werden vorliegend aber beigezogen, um zu veranschaulichen und zu belegen, wie der KAGA-Vertrag zu verstehen ist, der eben untrennbar mit dem gemeinsamen Abbau von Wandkies durch die KAGA verbunden ist. An diesem Verständnis hat sich nie etwas Fundamentales geändert. Es ist keine Zäsur in der Art und Weise zu erkennen, wie die Beteiligten zusammen Kies abbauen und vertreiben wollen. Vereinzelt haben sie aufgrund geänderter externer Faktoren einzelne Punkte angepasst. So haben sie z.B. den Transportkostenausgleich aufgehoben, wieder eingeführt und wieder aufgehoben oder den Vorzugspreis für Aktionärinnen aufgehoben. Die letzten beiden Änderungen fielen allerdings zusammen mit der aufkommenden Kritik, die KAGA missbrauche ihre Marktstellung. Insofern ist nicht zu erkennen, dass sich die fundamentalen Bestandteile des KAGA-Vertrages geändert hätten.

938. Diese drei Gegenstände bilden zusammen den Kerngegenstand der Zusammenarbeit: Den Wettbewerbsdruck dämpfen, der von den umfangreichen Kiesvorkommen im Aaretal resp. von deren Abbau auf die Aktionärinnen ausgeht, sei es durch Dritte, durch KAGA oder durch einzelne Aktionärinnen.

939. Einige Parteien bringen in ihren Stellungnahmen zum Antrag oder in sonstigen Äusserungen vor, dieser Kerngegenstand und die Gegenstände A, B und C seien diffus,[1688] konturlos und wenig greifbar. Unklar sei etwa, was mit dem Konzept der «loyalen» Konkurrenz gemeint sei.[1689] Ferner werde nicht benannt, welche Wettbewerbsparameter betroffen sein sollen, etwa mit der unspezifischen Umschreibung der «Dosierung des Wettbewerbs».[1690] Oder wenn vage von einem «Klima der gegenseitigen Rücksichtnahme» die Rede sei, sei dies bestenfalls im «meta-juristischen» Bereich anzusiedeln und sei eher Ausdruck eines diffusen «Gefühls» als eine eigentliche Feststellung.[1691] Das Ganze bleibe ein hypothetisches Gedankenexperiment, welches ebenso wie

[1688] So etwa Act. VIII.158 Rz 96 und 116 (vgl. auch Rz 106, «wolkig und unspezifisch»); Act. IX.30 Beilage 4 Rz 6 («schwammig»); Act. VIII.162 Rz 78; Act. IX.37 Rz 8; auch Act. IX.30 Beilage 3 Rz 20 zweites Lemma («unscharfes Bild»).
[1689] Act. VIII.162 Rz 40 und 50.
[1690] Act. VIII.163 Rz 17; Act. VIII.156 Rz 130, auch 151; auch Act. VIII.164 Rz 43.
[1691] Act. VIII.156 Rz 127, ferner etwa Act. IX.30 Beilage 6 Rz 18.

die daraus gezogenen Schlussfolgerungen Folge einer «Pfadabhängigkeit» sei, die sich nach achteinhalb Jahren Untersuchung eingestellt habe, damit nicht eingestanden werden müsse, dass in eine falsche Richtung ermittelt worden sei.[1692]

940. Mit diesen Vorbringen vermögen die Parteien keine Zweifel am Beweisergebnis zu wecken, sofern sich diese Bemerkungen überhaupt gegen das Beweisergebnis richten sollten. Bei der Sachverhaltsfeststellung geht es darum, festzustellen, was geschehen ist resp. – konkreter auf dieses Kapitel bezogen – worüber sich die Parteien mittels eines natürlichen Konsenses geeinigt haben. Ist der Inhalt des natürlichen Konsenses, also dessen Gegenstand, eher vage, so ist das halt so und es gilt dies entsprechend festzustellen. Verantwortlich für den Inhalt ihres natürlichen Konsenses sind freilich die Parteien – es kann nicht den Wettbewerbsbehörden zum Vorwurf gemacht werden, wenn dieser eher schwammig ist wie etwa die Verpflichtung zu «loyaler» Konkurrenz. Begründete Zweifel an der Beweiswürdigung und dem Beweisergebnis vermögen die Parteien mit diesen Vorbringen nicht zu begründen.

941. Alluvia macht in ihrer Stellungnahme zum Antrag geltend, bei diesen Abmachungen bzw. den beschriebenen Gegenständen A, B und C handle es sich bestenfalls um eine vereinfachte Darstellung des insgesamt konkret zu beurteilenden Sachverhalts. Für die rechtliche Beurteilung und die Anordnung von Massnahmen könnten diese aber keine eigenständige Bedeutung haben. Die Gegenstände A bis C seien, abgesehen von der Zusammensetzung des VR von KAGA und dem damit verbundenen Informationsaustausch in der Teil-EVR aufgegangen. Es bleibe daher nichts mehr zur Beurteilung übrig und diese Vorwürfe seien zu unbestimmt. Das Sekretariat bezeichne im rechtlichen Teil diese Abmachungen als auf einer höheren Abstraktionsebene liegend. Auf höherer Abstraktionsebene könne aber nichts bewiesen werden. Nur konkrete Ereignisse und Zustände seien beweisbar, Tatsachen auf «höherer Abstraktionsebene» gäbe es nicht.[1693] Auch Kästli-Gruppe beruft sich darauf, die Abmachungen würden als «auf höherer Abstraktionsebene liegend» bezeichnet, was es jedoch im Kartellgesetz nicht gäbe. Konkrete Abmachungen seien hingegen nicht bewiesen worden.[1694] Auch KAGA argumentiert ähnlich.[1695] Bei diesen Vorbringen vermengen Alluvia, Kästli-Gruppe und KAGA die Sachverhaltsfeststellungen mit der rechtlichen Würdigung. Es ist das nach ausführlicher Beweiswürdigung erlangte Beweisergebnis, dass die Parteien die Abmachungen mit dem genannten Kerngegenstand und den Gegenständen A, B und C getroffen haben. Weder gegen die aufgeführten Beweise noch gegen diese Beweiswürdigung noch gegen das Beweisergebnis bringt Alluvia etwas Stichhaltiges vor.[1696] Auf Ebene des Sachverhalts hat es damit sein Bewenden. Dass im rechtlichen Teil des Antrags ausgeführt wurde, der Inhalt dieser Abmachung liege auf einer höheren Abstraktionsebene, ist bloss deskriptiver Natur. Insbesondere bedeutet diese Formulierung entgegen Alluvia nicht, dass Gegenstand der Sachverhaltsfeststellung etwas «Abstraktes» gewesen wäre. Soweit Alluvia geltend machen will, dass durch den Abschluss der Teil-EVR die Gegenstände A, B und C einfach «verschwunden» wären, trifft das nicht zu. Gegenstand der Teil-EVR sind Massnahmen, die spezifisch hinsichtlich einiger Verhaltensweisen, die sich den Gegenständen A, B und C zuordnen lassen, erlassen werden sollen. Nur, aber immerhin, hinsichtlich dieser Massnahmen mag es sich also erledigt haben. Diese Einigung über einige spezifische Massnahmen führt aber freilich nicht dazu, dass deshalb die sachverhaltsmässig festgestellten Abmachungen über die Gegenstände A, B und C, denen im Übrigen jeweils noch weitere Verhaltensweisen zuzuordnen sind, einfach als ungeschehen zu betrachten wären. Berechtigte Zweifel am Beweisergebnis vermögen diese Vorbringen nicht zu wecken.

C.6.4 Zweck der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA

942. Nachdem sich erwiesen hat, dass zwischen der Hofstetter, der Messerli, der Aare-Kies, der Kästli, der Heimberg, der Marti, der Kiestag und der KAGA ein natürlicher Konsens über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA (KAGA-Vertrag) bestand und auch weiterhin besteht (C.6.2) und dieser Konsens die Gegenstände A, B und C beinhaltet (C.6.3), ist in der gebotenen Kürze festzustellen, welchen Zweck die am Konsens beteiligten juristischen Personen mit ihren Abmachungen verfolgten bzw. verfolgen. Dabei sind zwei Fragen zu unterscheiden.

943. Als Teil der erst weiter unten vorzunehmenden rechtlichen Beurteilung ist die Frage zu beantworten, ob eine Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt.[1697] Der Rechtsbegriff «bezwecken» in Art. 4 Abs. 1 KG wird objektiviert verstanden (objektivierter Zweckbegriff), es wird also nicht nach dem subjektiv verfolgten Zweck gefragt. Bei der Subsumtion unter den Begriff «bezwecken» im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ist insbesondere der Gegenstand (Inhalt) einer Verhaltenskoordination zu analysieren.[1698] Dieser Gegenstand wurde im vorangehenden Kapitel festgestellt.

944. Ein Teil des Sachverhalts und somit hier zu prüfen ist hingegen die Frage, welchen Zweck resp. Zwecke die am Konsens beteiligten juristischen Personen nach eigener Ansicht verfolgt haben (subjektiver Zweck). Hierbei zeigt sich, dass sich Gegenstand und Zweck einer Abmachung nicht messerscharf voneinander trennen lassen und Interdependenzen bestehen: Die Beweggründe, die hinter einer Abmachung stehen (also die subjektiv damit verfolgten Zwecke), stellen Begleitumstände der Abmachung dar, die herangezogen werden können, um den Inhalt der Abmachung festzustellen; und umgekehrt lässt der festgestellte Inhalt der Abmachung Rückschlüsse auf den mit der Abmachung subjektiv verfolgten Zweck zu. Welche kartellrechtlichen

[1692] Act. VIII.156 Rz 131, auch Rz 151.
[1693] Act. VIII.162 Rz 74–76.
[1694] Act. VIII.163 Rz 14.
[1695] Act. VIII.156 Rz 127.
[1696] An der Anhörung begnügte sie sich etwa mit dem Vorwurf, dies sei «nicht mehr als ein Märchen» (Act. IX.30 Beilage 1 Rz 27), womit Polemik anstelle einer substanziierten Auseinandersetzung tritt.
[1697] Zu den rechtlichen Grundlagen dieser Beurteilung siehe Rz 1420 f.
[1698] SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 1 N 137 f.

Schlüsse ein bestimmter festgestellter subjektiver Zweck (oder umgekehrt, dessen Nichtfeststellung) nach sich zieht, ist wiederum eine rechtliche Frage, die im Rahmen der rechtlichen Beurteilung zu klären ist.[1699]

945. Die Beweggründe für die Zusammenarbeit unter den Aktionärinnen in der KAGA manifestieren sich vorliegend deutlich in den festgestellten Gegenständen dieser Zusammenarbeit: Die Beteiligten wollten erstens neue Konkurrenz im Aaretal verhindern,[1700] zweitens die KAGA so steuern, dass von ihr keine Konkurrenz auf die Aktionärinnen ausgeht[1701] und drittens untereinander «loyale», gemeint abgeschwächte Konkurrenz betreiben.[1702] Gemeinsames Dach dieser drei Gegenstände bildet der Kerngegenstand der Zusammenarbeit, den Wettbewerbsdruck zu dämpfen, der von den Kiesressourcen im Aaretal auf die Aktionärinnen ausgeht, sei es durch Dritte, durch KAGA oder durch die Aktionärinnen.[1703] Der Zweck der Zusammenarbeit besteht letztlich darin, dass die Aktionärinnen den Wettbewerb im Aaretal derart zu steuern versuchen, dass jeder Aktionärin ihr Platz erhalten bleibt. Von den Beteiligten angestrebt ist also ein strukturerhaltendes Element. Bereits die Vorgängerorganisation der KAGA, die denselben Zweck verfolgte wie die KAGA,[1704] formulierte diesen Zweck: «Die Gesellschafter vereinbarten zu diesem Zweck, die Kiesvorkommen im Vertragsgebiet gemeinsam zu sichern und auszubeuten ohne aber die bestehenden Werke der Gesellschafter zu schmälern».[1705] Dieser Zweck wird denn auch mehrfach in späteren Aussagen wiederholt.[1706] Zudem deckt er sich mit dem in der aktionärspolitischen Grundhaltung aus dem Jahr 2002 festgehaltenen Slogan: «Konkurrenz verhindern, Markt beruhigen».[1707]

946. Entsprechend ist festzustellen: Der Kerngegenstand der Zusammenarbeit unter den Aktionärinnen im Rahmen der KAGA besteht demnach darin, den Wettbewerbsdruck zu dämpfen, der von den Kiesressourcen im Aaretal auf sie ausgehen könnte, um so – als damit verfolgten Zweck – den Besitzstand[1708] einer jeden Aktionärin zu schützen.

947. Mehrere Parteien bringen in ihren Stellungnahmen zum Antrag und anderweitig vor, es werde der wahre Zweck verkannt, weshalb sie sich zusammengetan und die KAGA gegründet hätten, oder sie äussern sich dazu, weshalb KAGA gegründet worden ist. Ob sich die Parteien mit diesen Vorbringen auf Ebene des Sachverhalts gegen das hiervor aufgeführte Beweisergebnis hinsichtlich des subjektiv verfolgten Zwecks wenden wollen, erscheint allerdings nicht restlos klar. Zuweilen dürfte es sich dabei eher um die Geltendmachung möglicher Rechtfertigungsgründe handeln. Sofern sich diese Vorbringen gegen das hiervor festgehaltene Beweisergebnis richten sollten, namentlich den festgestellten, subjektiv verfolgten Zweck der Strukturerhaltung, vermögen sie nicht zu überzeugen und wecken keine berechtigten Zweifel. Im Einzelnen:

948. Alluvia trägt vor, KAGA sei in erster Linie zur Sicherung des Rohkiesnachschubs bzw. zur Sicherung von strategischen Rohkiesreserven zu Gunsten der Aktionärinnen geschaffen worden. Da die Sicherung und Ausbeutung der dortigen Kiesvorkommen die finanziellen Möglichkeiten der einzelnen Unternehmen überschritten habe, hätten sie sich zusammengetan. Für Alluvia sei die Beteiligung an KAGA nicht auf der Hand gelegen. Sie hätten weder Abbaurechte im KAGA-Gebiet gesichert gehabt noch lag KAGA in der Nähe ihrer Kies- und Betonwerke. Der Bezug von KAGA-Rohkies wäre für sie folglich zu teuer gewesen. Sie sei aber daran interessiert gewesen, strategische Kiesreserven zu sichern für den Fall, dass die eigenen Kiesreserven zur Neige gingen oder sich Abbaubewilligungen verzögern würden.[1709] Diese Argumentation erscheint in sich widersprüchlich. Einerseits macht Alluvia geltend, es sei ihr um die Sicherung von strategischen Rohkiesreserven gegangen, für den Fall, dass sich die eigenen Reserven erschöpfen. Andererseits hält sie fest, ihre Kies- und Betonwerke lägen nicht in der Nähe von KAGA, weshalb ein Bezug von KAGA-Rohkies für sie zu teuer wäre. Zugleich betont sie, die KAGA sei nicht geschaffen worden, um dereinst ein Kieswerk zu betreiben und selbst Rohkies zu veredeln.[1710] Inwiefern die von KAGA abgebauten Kiesvorkommen Alluvia zur Sicherung des eigenen Rohkiesnachschubs sollen dienen können, ist nicht schlüssig, trägt Alluvia doch selbst vor, ein Bezug von dort sei für sie zu teuer. Da KAGA den von ihr abgebauten Rohkies nicht selber veredeln soll, kommen ihre Reserven letztlich anderen zu Gute, weshalb auch insofern nicht nachvollziehbar ist, inwiefern sich Alluvia durch ihre Beteiligung an KAGA strategische Rohkiesreserven resp. den Zugang dazu gesichert haben will. Berechtigte Zweifel am festgestellten, subjektiv verfolgten Zweck der Strukturerhaltung wecken diese Vorbringen nicht.

949. Kästli-Gruppe trägt vor, KAGA sei ein partnerschaftlich organisiertes und geführtes Gemeinschaftsunternehmen, das von den Aktionärinnen gegründet worden sei, um mit gemeinsamen Mitteln eine mit hohem finanziellem Aufwand und Risiko behaftete Aufgabe zu bewältigen, die einzelne Unternehmen nicht bzw. nicht effizient hätten bewältigen können. Die Struktur der KAGA als Gemeinschaftsunternehmen und Partnerwerk habe keine volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen

[1699] Siehe dazu Rz 1420.
[1700] Oben Rz 844 ff.
[1701] Oben Rz 869 ff.
[1702] Oben Rz 910 ff.
[1703] Oben Rz 831 ff.
[1704] Siehe zur Zweckgleichheit zwischen der KWU und der KAGA oben Rz 710.
[1705] Oben Rz 715.
[1706] Siehe dazu oben Rz 838, Rz 876 und Rz 911; siehe auch Rz 723 und Rz 852: «Die Eigenständigkeit eines jeden Werkes (Mitglied der KAGA = Aktionär) bleibt in Bezug auf sein ursprüngliches Tätigkeitsgebiet gewahrt»; Rz 727: «Jedem Kieswerk sollte sein Lebensraum einigermassen garantiert werden»; Rz 734: «Der Erfolg unserer Arbeit hängt weitgehend davon ab, ob wir als Konkurrenten bereit sind, vernünftig miteinander zu reden und wenn nötig auch gemeinsam, im Verhältnis der Kapazitäten, einen kleineren Auftragskuchen teilen können».
[1707] Oben Rz 764.
[1708] Siehe dazu die Ausführungen im Hinblick auf die Gründung der KAGA (oben Rz 929), wonach eine «loyale Konkurrenzordnung» geschaffen werden müsse, «die jedem Unternehmen seinen Besitzstand und seinen Anteil an der Entwicklung garantiert».
[1709] Act. VIII.162 Rz 13 f. und 17; siehe auch Act. IX.30 Beilage 1 Rz 26 drittes Lemma.
[1710] Siehe Act. VIII.162 Rz 16.

Auswirkungen, sondern habe im Gegenteil die effiziente Gewinnung von Rohkies im Aaretal auch zum wirtschaftlichen Vorteil der Kunden gesichert. Das werde durch die vergleichsweise tiefen Kies- und Deponiepreise von KAGA belegt. Ohne KAGA hätten die einzelnen Akteure jeweils selbst Abbaurechte erworben und dort jeweils Rohkies abgebaut. Aufgrund der kleinen Einzel-Abbaumengen wären die Skaleneffekte und damit die durch KAGA geschaffenen Effizienzgewinne ausgeblieben.[1711] Da die Vorbringen von Kästli-Gruppe, Vigier und KAGA in dieselbe Richtung gehen, werden sie nachfolgend[1712] gemeinsam behandelt.

950. Vigier macht geltend, der offensichtliche Zweck von KAGA werde verkannt. KAGA sei als «Partnerwerk» gegründet worden, weil die gemeinsame Rohkiesgewinnung nicht nur effizienter, sondern auch umweltschonender sei. So liessen sich die hohen Fix- und Amortisationskosten aufteilen und Umweltbelastungen vermeiden. Der sehr lange Planungshorizont sei mit erheblichen Kostenrisiken verbunden.[1713] An den Anhörungen führte Vigier aus, der Zweck der Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA sei stets ein zulässiger gewesen. Nebst den bereits genannten Argumenten ergänzte sie weiter, auch die Verteilung des Risikos auf mehrere Schultern sei legitim.[1714] Da die Vorbringen von Kästli-Gruppe, Vigier und KAGA in dieselbe Richtung gehen, werden sie nachfolgend[1715] gemeinsam behandelt.

951. KAGA äussert sich am ausführlichsten dazu. Sie macht geltend, sie sei zur gemeinsamen Rohkiesgewinnung gegründet worden und diene dazu, die langfristige Versorgung der Aktionärinnen mit Rohkies sicherzustellen. Die Erschliessung grosser Rohkiesvorkommen habe die finanziellen Möglichkeiten einzelner Gründer überschritten. Die Gründer hätten sich deshalb entschlossen, den Rohkiesabbau aus Effizienzgründen zusammenzulegen. Zudem wäre es auch jenseits der regulatorischen Möglichkeiten gelegen, dass die einzelnen Aktionärinnen je für sich Kiesvorkommen im Aaretal und in angrenzenden Gebieten hätten erschliessen können. Das hätte nämlich zu Versorgungsengpässen und hohen Transportaufkommen mit schweren Lastwagen geführt. KAGA habe sich als notwendige, sinnvolle privatwirtschaftliche Massnahme in die Planungsziele der jeweiligen Planungsträger eingefügt. Die Bedürfnisse insbesondere der betroffenen Bevölkerung seien bereits damals dieselben gewesen wie heute, weshalb nicht entscheidend sei, dass die umwelt- und planungsrechtlichen Normen in den 1970er und 1980er-Jahren noch nicht den heutigen entsprachen.[1716] Weiter trägt sie vor, der Kiesabbau sei komplex und erfolge in einem stark regulierten Umfeld. Er sei mit hohen Kosten und sehr langen Planungshorizonten verbunden, wodurch hohe und langfristige Vorinvestitionen erforderlich seien. Zudem bestünden mehrere Risiken, so das Realisierungsrisiko (politischer Prozess), das Absatzrisiko und die Rückstellungen für die künftige Rekultivierung. Für ein einzelnes mittelständisches Unternehmen sei dies betriebswirtschaftlich fast nicht machbar. Es bestünden hohe Fixkosten, die eine hohe Auslastung der Infrastruktur und die Erzielung von Grössenvorteilen voraussetzen würden, was bei mittelständischen Unternehmen nur mittels Kooperation in der Produktion gelingen könne.[1717] KAGA trägt ausserdem vor, sie sei ein Mittel zur Verteilung der Kosten und Risiken auf mehrere Schultern. Sie sei eine Reaktion von Unternehmen gewesen, die Schwierigkeiten gehabt hätten, je alleine auf sich gestellt Rohkies abzubauen. Der Abbau möglichst zentral in wenigen Gruben habe auch der Einhaltung der strengen Vorgaben des Umwelt-, Landschafts- und Naturschutzes gedient. Alles andere hätte den Widerstand der Bevölkerung provoziert, was wiederum die Kiesversorgung in Frage gestellt hätte. Ein Engpass an Kies, allenfalls sogar verbunden mit übermässigem Transportaufwand sei schlicht keine gesamtwirtschaftliche Option. KAGA diene damit vor allem dem Interesse der Aktionärinnen an einer langfristig gesicherten Kiesversorgung. KAGA übernehme diejenigen Aufgaben, die die Aktionärinnen teils nicht allein, nicht mit tragbaren Risiken oder zumindest nicht mit gleicher Effizienz erledigen könnten. Es gehe darum, das mit den hohen und langfristigen Vorinvestitionen verbundene Risiko auf mehrere Schultern zu verteilen. Dieser Zweck sei legitim und keineswegs kartellrechtswidrig – im Gegenteil sei dies aus ökonomischer Sicht durchaus effizient und wettbewerbsfördernd. Im Kern liege KAGA eine Spezialisierungsvereinbarung zu Grunde, die es KAGA ermögliche, Grössen- und Verbundvorteile und damit Kosteneinsparungen zu erzielen, Know-how zusammenzulegen und zu erweitern, Produktionstechnologien zu verbessern und vor allem die unternehmerischen Risiken zu teilen. Spezialisierungsvereinbarungen würden anerkanntermassen der gesamtwirtschaftlichen Effizienzsteigerung dienen. Eine Vereinbarung über die gemeinsame Produktion, die zu Effizienzgewinnen führe, könne auch bei höheren Marktanteilen der daran Beteiligten gerechtfertigt werden.[1718] Da die Vorbringen von Kästli-Gruppe, Vigier und KAGA in dieselbe Richtung gehen, werden sie nachfolgend[1719] gemeinsam behandelt.

952. Bei diesen Vorbringen von Kästli-Gruppe, Vigier und KAGA fällt vor allem ein Punkt auf: Sie setzen sich nicht mit den vorhandenen Beweismitteln auseinander und äussern sich nicht zum Beweisergebnis, das gestützt darauf erlangt wurde. Vielmehr schildern sie weitgehend losgelöst von den Fakten und Feststellungen im konkreten Fall eine alternative Geschichte. Sie greifen dabei zwar vereinzelte Sachverhaltsfeststellungen auf, die in der Tat zutreffen, wie etwa die langen Planungshorizonte und die erheblichen Vorinvestitionen, die erforderlich sind, sowie die damit verbundenen Risiken, doch sprechen diese nicht gegen das Beweisergebnis. Zudem behaupten sie pauschal angebliche ökonomische Vorteile des gemeinsamen Rohkiesabbaus, legen aber weder substanziiert dar, wie diese mit KAGA verwirklicht werden sollen, noch reichen sie Beweismittel

[1711] Act. VIII.163 Rz 12 und 18.
[1712] Rz 952.
[1713] Act. VIII.164 Rz 33–36.
[1714] Act. IX.30 Beilage 5 Rz 6–8.
[1715] Rz 952.
[1716] Act. VIII.156 Rz 26–31.
[1717] Act. VIII.156 Rz 32–34.
[1718] Act. VIII.156 Rz 35–40, auch Rz 42. Die weiteren Vorbringen von KAGA in diesem Kapitel beziehen sich direkt auf die Rechtfertigungsbeurteilung und werden deshalb ausschliesslich dort beurteilt. Ferner auch Act. IX.30 Beilage 6 Rz 1–7 und 16.
[1719] Rz 952.

dazu ein oder stellen diesbezügliche Beweisanträge. Auf diese behaupteten ökonomischen Vorteile ist im rechtlichen Teil bei der Rechtfertigung näher einzugehen. Hier genügt es, festzuhalten, dass selbst wenn diese vorliegen würden, sie nicht gegen das Beweisergebnis des festgestellten, subjektiv von den Aktionärinnen mit der Zusammenarbeit im Rahmen von KAGA verfolgten Zwecks der Strukturerhaltung sprechen würden. Soweit Vigier eine Veränderung des Zwecks im Laufe der Zeit unter Abstützung auf Beweismittel behauptet,[1720] überzeugt ihre Interpretation der Beweismittel nicht. Sie beruft sich dafür auf einzelne Beweismittel und Passagen im Antrag, die das ihres Erachtens belegen sollen, und ergänzt diese mit eigenen Behauptungen. Die angerufenen Beweismittel interpretiert sie dabei isoliert ohne Berücksichtigung des Kontextes, der weiteren Beweismittel sowie des sich daraus ergebenden Gesamtbildes. Ihre Behauptungen belegt sie nicht weiter und die Aussagen im Antrag gibt sie verkürzt und teilweise aus dem Zusammenhang gerissen wieder. Berechtigte Zweifel an der vorgenommenen Beweiswürdigung und vor allem am Beweisergebnis hinsichtlich des subjektiv verfolgten Zwecks der Strukturerhaltung vermögen die Argumente von Kästli-Gruppe, Vigier und KAGA, soweit sie sich denn überhaupt gegen dieses Beweisergebnis richten sollten, jedenfalls nicht zu wecken.

C.6.5 Umsetzung und Folgen der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA

953. In diesem Kapitel wird geprüft, inwiefern die beschriebenen Gegenstände der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA (oben C.6.3) von den Beteiligten auch umgesetzt wurden. Zudem wird den Folgen der Abmachungen nachgegangen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass viele Umsetzungen bereits oben festgestellt worden sind: Umsetzungshandlungen sind (wie Beweggründe) Begleitumstände, die zeigen, wie die an einer Abmachung Beteiligten diese verstehen: So ist etwa das festgestellte gemeinsame Einkaufen von Abbaurechten im Aaretal[1721] bereits eine Umsetzung der Abmachung, Dritte davon abzuhalten, an den Kiesressourcen im Aaretal Abbaurechte zu erwerben und von dort Wettbewerb zu betreiben. Oder der Entscheid der Aktionärinnen, wonach die KAGA z.B. nicht «in Erdbau und weitere Bautätigkeit einsteigen (Ausnahme: Rekultivierungsberatung)» soll,[1722] stellt eine Umsetzung der Abmachung dar, wonach die KAGA die Aktionärinnen nicht konkurrenzieren soll. Oder der Verzicht der Aktionärinnen darauf, im KAGA-Gebiet eigene Abbaurechte zu erwerben, bzw. die Durchsetzung dieser Verpflichtung gegen Daepp im Jahr 2012,[1723] stellt eine Umsetzung der Abmachung dar, dass die Aktionärinnen darauf verzichten, die KAGA zu konkurrenzieren.

954. Nachfolgend wird gesondert für jeden der oben festgestellten Gegenstände A, B und C des KAGA-Vertrags aufgezeigt, inwiefern diese umgesetzt wurden und welche Folgen dies hatte.

C.6.5.1 Gegenstand A: Umsetzung und Folgen der Abmachung über die Verhinderung von neuer Konkurrenz im Aaretal

955. Die oben als erste behandelte Abmachung bei der Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA besteht darin, dass die Aktionärinnen Konkurrenz durch Dritte verhindern wollen, indem sie Kiesreserven, die sich noch nicht in den Händen von abbauwilligen Unternehmen befinden, möglichen Konkurrenten entziehen. Sie kamen überein, dass diese Kiesreserven im Aaretal gemeinsam zu sichern und gemeinsam abzubauen sind; beides unter dem Dach der KAGA.[1724]

C.6.5.1.1 Zur Umsetzung

956. Diese Abmachung haben die Beteiligten umgesetzt, indem die Aktionärinnen ihre Abbaurechte in die neu gegründete KAGA einbrachten und sich die Abbaurechte der Abbaustellen Säget, Bergacher/Türliacher[1725] und Bümberg[1726] gemeinsam sicherten. Weitere Abbaustellen an anderen Standorten kamen für die KAGA in der Folge und bis heute nicht dazu.[1727] Aktionärinnen und Dritte haben nach der Gründung der KAGA im Aaretal an keinen neuen Standorten Abbaustellen eröffnet.

957. Dass die Beteiligten den gemeinsamen Erwerb von neuen Abbaurechten umgesetzt haben, belegen neben den bereits dargestellten Beispielen[1728] die unzähligen im KAGA-VR behandelten Vertragsabschlüsse der

[1720] Act. VIII.164 Rz 37–39.
[1721] Oben Rz 851 ff.
[1722] Oben Rz 764.
[1723] Oben Rz 595 ff.
[1724] Oben Rz 844 ff.
[1725] Oben Rz 512, Rz 573 und Rz 849; für die Abbaustelle Säget in Uttigen brachte z.B. Kästli ein Abbaurecht in die KAGA ein, für die Abbaustelle Bergacher/Türliacher in Jaberg und Kirchdorf brachte Marti Abbaurechte ein (Sacheinlagevertrag vom 20.3.1970, Ziff. 1 Bst. c, d, e und f, Act. II.C.X.8).
[1726] Den Zugang zur Abbaustelle Bümberg hatte sich bereits die KWU gesichert (siehe z.B. VA-Protokoll der KWU vom 1.7.1969, T. 5, Act. II.C.X.3). Auch in Bezug auf die Abbaustelle Bümberg in Kiesen ging es darum, zu verhindern, dass Dritte zu Konkurrenten werden könnten: «Es besteht im VA [Verwaltungsausschuss] die Auffassung, dass die KWU zu gegebener Zeit eine Offerte einreichen sollte. Es geht dabei auch darum zu verhindern, dass sich die Konkurrenz in diesem Gebiet festsetzt und bleibt. Es wird daher beschlossen, mit den Landeigentümern im in Frage stehenden Ausbeutungsgebiet Verhandlungen aufzunehmen, um, wenn möglich, Ausbeutungsverträge abzuschliessen, damit Sondierungen erfolgen können» (VA-Protokoll der KWU vom 19.12.1968, T. 6, Act. II.C.X.3).
[1727] In den Jahren 1979 bis 2001 baute die KAGA zum Teil Kies am Standort der ehemaligen Aktionärin [U09] ab, die 1976 Konkurs ging und deren Kieswerkanlagen von der neu in die KAGA aufgenommenen Kiestag übernommen wurden (oben Rz 520 und Fn 979 sowie Rz 740).
[1728] Siehe Fn 1721.

KAGA über den Kauf von Grundstücken, über Dienstbarkeitsverträge und Entschädigungen von Grundeigentümern und Gemeinden.[1729] Teilweise hat der VR über eines seiner Mitglieder direkt an den Verhandlungen mit den Landwirten bzw. Grundeigentümern teilgenommen.[1730] Damit ihnen beim gemeinsamen Erwerb von Abbaurechten im Aaretal niemand in die Quere kam, haben sie einander zudem über die Suchtätigkeiten von Dritten informiert, und sie waren auch bereit, Dritte von der Erzeugung neuen Wettbewerbs abzubringen, indem sie ihnen mit der Wirtschaftsmacht der KAGA drohten, so 2005 gegenüber [U04] im Hinblick auf eine mögliche Übernahme von [U01].[1731] Zudem griffen die Aktionärinnen bereits vor der Gründung der KAGA nicht nur zum Mittel des (gemeinsamen) Kaufs von Abbaurechten, um Dritte im Aaretal als Konkurrentinnen fernzuhalten, sondern sie gingen auch auf anderen Ebenen entsprechend vor, z.B. durch Interventionen bei Entscheidträgern.[1732]

C.6.5.1.2 Zu den Folgen

958. Indem sich die Aktionärinnen unter dem Dach der KAGA Abbaurechte gemeinsam sichern, erreichen sie zwangsläufig, dass sich kein Dritter nach dem erfolgten Abschluss eines Kauf- oder Dienstbarkeitsvertrags (oder Vorvertrags dazu) durch die KAGA dieselben Abbaurechte sichern kann. Wie bereits die Gründerinnen der KAGA festhielten, war das Ziel, Drittkonkurrenz vom Abbau im Aaretal abzuhalten, schon zur Zeit der Gründung weitgehend erreicht.[1733] Wenn Kästli-Gruppe in ihrer Stellungnahme zum Antrag der Ansicht ist, die Koordination der Aktionärinnen habe zu keinem Zeitpunkt Dritte abhalten können, Abbaurechte im KAGA-Gebiet zu erwerben,[1734] überzeugt diese Behauptung im Lichte des Beweisergebnisses und insbesondere der mehrmals geäusserten, anderslautenden Ansicht der Beteiligten selbst, jedenfalls in dieser Absolutheit nicht. Der Eintritt von Dritten konnte zwar nicht gänzlich verhindert werden,[1735] aber immerhin im Wesentlichen und insbesondere – wie angestrebt – von der Grosskonkurrenz. Seit dem Ende der 60er- bzw. Anfang der 70er-Jahre ist im Aaretal denn auch keine zusätzliche Konkurrenz durch eine neue Abbaustelle eines Dritten entstanden. Die Konkurrenz durch Abbaustellen von Dritten im Aaretal hat aber nicht nur nicht zugenommen, sie hat sogar abgenommen: Zu Beginn der Zusammenarbeit hatten die Beteiligten noch beklagt, dass es ihnen trotz «intensiver Bemühungen und grosser Opferbereitschaft» nicht gelungen sei, «sämtliche Kiesgrubenunternehmer unter einen Hut zu bringen». So würden noch drei Kiesausbeutungen betrieben, für welche die KAGA nicht verantwortlich sei: [U01], [U46] und [U47].[1736] Die beiden Letzteren hatten in den 70er-Jahren noch Kiesgruben im Raum Kirchdorf / Jaberg / Uttigen, was heute nicht mehr der Fall ist.[1737] Nach wie vor aktiv in der Umgebung der KAGA-Abbaustellen ist einzig [U01] (und deren Preis für Wandkies haben die Aktionärinnen jahrzehntelang so angesetzt, dass [U01] sie mit KAGA-Wandkies nicht ernsthaft konkurrenzieren kann).[1738] Durch den Erwerb von Abbaurechten nicht beeinflussen konnten die Aktionärinnen die in Umlauf kommende Menge von rohkieshaltigen Aushüben von Baustellen. Allerdings hat sich erwiesen, dass die Beteiligten auch den Aktivitäten von Aushub- und Transportunternehmen im Aaretal nicht ohne Weiteres tatenlos zugeschaut haben. So haben sie das Aushub- und Transportunternehmen [U04] einerseits behindert, indem sie ihr die Ablagerung von unverschmutztem Aushub in den KAGA-Deponien erschwerten.[1739] Andererseits setzten sie sich aktiv dafür ein, dass die [U04] auf den Kauf der [U01] verzichtete.[1740] Ob der spätere Verzicht der [U04], die [U01] zu übernehmen, allerdings auf diese Einflussnahme zurückzuführen ist, ist nicht erstellt. Schliesslich sei schon an dieser Stelle auf Folgendes hingewiesen: Auch die Aktionärinnen haben ohne Zustimmung der anderen Aktionärinnen ihren Abbau im KAGA-Gebiet nicht erweitert (siehe dazu unten zur Dosierung des Wettbewerbsdrucks durch die Aktionärinnen, Gegenstand C).[1741] Zutreffend ist insgesamt, dass diese Abmachung weitgehend bereits altrechtlich umgesetzt wurde. Entgegen Parteibehauptungen[1742] fanden aber auch unter geltendem KG noch Umsetzungshandlungen statt wie etwa die Beeinflussung von [U04] hinsichtlich eines möglichen Erwerbs von [U01]. Dass die Umsetzungshandlungen mit der Zeit deutlich abnahmen, ist vor allem darauf zurückzuführen, dass das Ziel bereits zu Beginn weitgehend erreicht

[1729] Einige Beispiele aus der jüngeren KAGA-Geschichte für im VR behandelte Landkäufe und Abschlüsse von Dienstbarkeitsverträgen zur gemeinsamen Sicherung von Abbaurechten sowie zur Entschädigung von Grundeigentümern: Kaufanfrage Bümberg 2003 (VR-Protokoll der KAGA vom 18.9.2003, T. 5.1.4, Act. II.B.X.258, und VR-Protokoll der KAGA vom 30.11.2005, T. 6.3.2, Act. II.B.X.258); Verhandlung mit […] über Inkonvenienzentschädigung 2003 (VR-Protokoll der KAGA vom 27.11.2003, 4.1.1, Act. II.B.X.258, und VR-Protokoll der KAGA vom 8.4.2004, T. 6.2.4, Act. II.B.X.258); Dienstbarkeitsverträge Bümberg 2004 (VR-Protokoll der KAGA vom 2.12.2004, T. 5.2.3, Act. II.B.X.258); Vertrag mit […] 2006 (VR-Protokoll der KAGA vom 23.3.2006, T. 4.2, Act. II.B.X.258); Auffüllentschädigung an Grundeigentümer 2007 (VR-Protokoll der KAGA vom 16.5.2007, T. 5, Act. II.D.X.258); Entschädigung […] 2008 (VR-Protokoll der KAGA vom 3.4.2008, T. 5.1.2, Act. II.D.X.258); Kaufangebote Waldparzellen 2010 (VR-Protokoll der KAGA vom 24.11.2010, T. 6.3, Act. II.D.X.258); Dienstbarkeitsvertrag 2011 (VR-Protokoll der KAGA vom 24.3.2011, T. 6.1, Act. II.D.X.258); Dienstbarkeitsverträge 2012 (VR-Protokoll der KAGA vom 28.3.2012, T. 5.1, Act. II.D.X.258); Verhandlungen über Zusagen div. Grundeigentümer 2013 (VR-Protokoll der KAGA vom 12.9.2013, T. 5, Act. II.B.X.258); Vertrag zwischen KAGA und […] über Dauer bis 2043 (VR-Protokoll der KAGA vom 9.9.2014, T. 4.2, Act. II.A.X.528).

[1730] Siehe z.B. VR-Protokoll der KAGA vom 6.12.2006, T. 4.6, Act. II.B.X.258: «[...] und [...] erhalten als Delegation vom VR die Kompetenz für die Verhandlungen und zur Ausarbeitung entsprechender Verträge». Oder: VR-Protokoll der KAGA vom 3.4.2008, T. 5.1.2, Act. II.B.X.258: «Die Verhandlungsdelegation [...] und [...] erhalten vom VR die Verhandlungskompetenz, um die Höhe der Entschädigung für […] festzulegen». Siehe auch VR-Protokoll der KAGA vom 29.11.2001, T. 7.1, Act. II.B.X.258.

[1731] Siehe oben Rz 855 und Rz 860 ff.

[1732] Siehe Rz 846 in fine mit einem weiteren Beispiel in der dazugehörigen Fn.

[1733] Oben Rz 849 ff.

[1734] Act. VIII.163 Rz 10.

[1735] Siehe nachfolgende Rz.

[1736] Bericht des damaligen VRP vom Dezember 1971, S. 15, Act. II.C.X.14.

[1737] Siehe VRA-Protokoll vom 1.11.1974, T. 3, Act. II.C.X.11; VRA-Protokoll vom 10.8.78, T. 5 e), Act. II.C.X.11.

[1738] Oben Rz 892.

[1739] Unten Rz 1192 ff., insb. Rz 1200.

[1740] Oben Rz 862 ff.

[1741] Unten Rz 980 f.

[1742] So etwa Act. VIII.162 Rz 32–34 und 77.a; Act. VIII.156 Rz 112 f.

werden konnte, dass also spätere Umsetzungshandlungen seltener erforderlich waren. Waren Umsetzungshandlungen aber auch später noch geboten, wurden sie ohne Weiteres getroffen. Den verminderten Umsetzungshandlungen lag mit anderen Worten nicht ein Gesinnungswandel zu Grunde.

959. Trotz der gemeinsamen Besetzung von geeigneten Abbaugrundstücken sowie der Unterstützung durch die raumplanungsrechtlichen Einschränkungen gelang es den Parteien allerdings nicht gänzlich, auch künftig jegliche neue Konkurrenz im Aaretal zu verhindern. Wie die einschlägigen Richtpläne ADT zeigen, sind nämlich zwei neue Abbaustellen im Aaretal vorgesehen. Einerseits wurde in Oppligen mit der Abbaustelle «Neumatt» der Betreiberin AAA eine Vormerkung im Aaretal in Grenznähe zum KAGA-Gebiet in den Richtplan ADT Bern-Mittelland aufgenommen.[1743] Andererseits wurde in Thun mit der Abbaustelle «Pfandern» der Betreiberin [U50] eine Festsetzung im Aaretal, und zwar im KAGA-Gebiet selbst, in den Teil-Richtplan ADT Entwicklungsraum Thun aufgenommen.[1744] Nebst diesen Abbaustellen mit späterer Wiederauffüllung[1745] sieht der Teil-Richtplan ADT Entwicklungsraum Thun zudem eine Deponie «auf grüner Wiese» namens «Limpachmoos» in Uetendorf der Betreiberin [U04] im Aaretal – und zwar im KAGA-Gebiet selbst – als Zwischenergebnis vor.[1746]

C.6.5.2 Gegenstand B: Umsetzung und Folgen der Abmachung über die Dosierung des Wettbewerbsdrucks der KAGA

960. Diese Abmachung besteht wie oben festgestellt darin, dass sich die Beteiligten darauf geeinigt haben, den Wettbewerbsdruck, der von der KAGA ausgeht, zum Vorteil der Aktionärinnen zu dosieren. Die KAGA wurde dabei gezielt als Dienerin der Aktionärsinteressen organisiert und eingesetzt.[1747] Diese dienende Funktion haben die Aktionärinnen konkretisiert, indem sie der KAGA einerseits inhaltliche Vorgaben machten (B.1): So haben sie festgelegt, wie sich die KAGA den Aktionärinnen gegenüber verhalten soll (B.1.1) und wie sie sich gegenüber von Dritten, insbesondere Konkurrentinnen der Aktionärinnen, verhalten soll (B.1.2).[1748] Andererseits haben die Aktionärinnen organisatorische Massnahmen getroffen, um die KAGA auch für weitere Zwecke zugunsten der Aktionärinnen einsetzen zu können: So kamen die Aktionärinnen überein, dass jede Aktionärin einen Verwaltungsrat stellen darf (oben B.2).[1749]

C.6.5.2.1 Grundidee der Aktionärinnen: KAGA ist Dienerin der Aktionärsinteressen

Zur Umsetzung

961. Dass die Aktionärinnen die KAGA als Dienerin der Aktionärsinteressen verstanden haben, zeigt sich namentlich in der oben behandelten aktionärspolitischen Grundhaltung aus dem Jahr 2002:[1750] «KAGA ist nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck: Sie dient den Aktionären in ihrem jeweiligen Wettbewerb». Die Umsetzung dieser dienenden Funktion der KAGA manifestiert sich letztlich in jedem Entscheid der Aktionärsvertreter im VR von KAGA, der den Aktionärsinteressen dient. Die nachfolgenden Ausführungen über die Umsetzung der konkreten Grundanliegen der Aktionärinnen zeigen daher zugleich auch die Umsetzung der Dienerinnenfunktion der KAGA. An dieser Stelle sei schon darauf hingewiesen, dass ein Entscheid über das KAGA-Verhalten, der den individuellen Aktionärsinteressen dient, gleichzeitig auch der KAGA selbst bzw. ihrem wirtschaftlichen Fortkommen dienen kann. Eine solche Interessensymmetrie kann sich insbesondere bei der Preisgestaltung ergeben, wenn nämlich Rabatte oder sonstige Preisvorteile so angesetzt werden, dass die KAGA durch die mehr verkaufte Menge ebenfalls profitiert (was ja der Grundidee eines Rabattes entspricht). Allerdings zeigt sich gerade in diesem Punkt, dass die von den Aktionärinnen vorgegebene Preispolitik der KAGA in erster Linie das Aktionärswohl im Blick hatte. Dies wird schon nur dadurch belegt, dass die KAGA Nicht-Aktionärinnen nicht die gleich guten Bedingungen anbieten durfte wie den Aktionärinnen (siehe aber die Preislistenanpassung per 1. Januar 2015).[1751] Die leitenden Angestellten der KAGA hatten 1998 denn auch die Idee, dass eine Preisanpassung zugunsten von Nicht-Aktionärinnen die gesunkene Nachfrage der Dritten wieder etwas ankurbeln könnte.[1752] Der für die Preise zuständige VRA bzw. Verwaltungsrat der KAGA hatte dafür aber kein Gehör. Erst im Jahr 2005 nahm er für gewisse Drittkundinnen eine Preissenkung vor, allerdings nicht durchgehend in allen Jahren und schon gar nicht auf das Aktionärsniveau.[1753] Auch bei der Erstattung von Transportkosten beim Kiesverkauf achteten die Aktionärinnen in erster Linie auf ihre individuellen Interessen, nicht jene der KAGA. Erklärtes Ziel des Ausgleichs von Transportkosten war die Vergrösserung des bei KAGA zur Verfügung stehenden Deponievolumens. Obwohl es für KAGA keine Rolle spielt, ob der zur Schaffung von Deponieraum anzukurbelnde Kiesverkauf an Aktionärinnen oder an Dritten erfolgt, gewährte sie den Transportkostenausgleich nur ihren Aktionärinnen.[1754]

Zu den Folgen

962. Indem die Aktionärinnen die KAGA als Dienerin zur Befriedigung ihrer eigenen Interessen aufgebaut haben, haben sie dem Spiel von Angebot und Nachfrage eine Akteurin entzogen. Die KAGA muss all ihre Entscheide in erster Linie an den individuellen Aktionärsinteressen messen; sie kann nicht einfach den Marktimpulsen folgen und im Sinne des ökonomischen Erfolgs für die KAGA – und damit im Sinne des «allgemeingültigen»

[1743] Rz 392–394.
[1744] Rz 398–400.
[1745] Rz 491 resp. 496.
[1746] Rz 496 i.V.m. 400.
[1747] Oben Rz 871 f.
[1748] Oben Rz 874 ff. und Rz 891 ff.
[1749] Oben Rz 896 ff.
[1750] Siehe oben Rz 871 f.
[1751] Der VR der KAGA hat im Dezember 2014 – also nach entsprechenden Medienberichten – entschieden, ab dem 1. Januar 2015 ein für alle Kundinnen gleich geltendes Rabattsystem einzuführen (unten Rz 1040).
[1752] Oben Rz 755.
[1753] Oben Rz 899 sowie unten Rz 1059und Rz 1161.
[1754] Unten Rz 1111 ff.

Aktionärsinteresse der Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft[1755] – selbst handeln. Bei den individuellen Aktionärsinteressen handelt es sich dabei nicht stets um ein und dasselbe Interesse, da die Aktionärinnen – neben der generellen Reduktion des von der KAGA ausgehenden Wettbewerbs – durchaus auch gegenläufige individuelle Interessen haben. So bewertete beispielsweise Daepp (mit sehr nahe an den KAGA-Abbaustellen gelegenem Kieswerk) und die Marti-Gruppe (als Aktionärin ohne «anerkanntes» Kieswerk) die Ausrichtung des Transportkostenausgleichs als ungerecht,[1756] während Alluvia sich sehr für diesen einsetzte und auch Kästli-Gruppe davon profitierte.[1757] Bei anderen Entscheiden profitierten primär andere Aktionärinnen, wie z.B. beim orchestrierten Rückbau des Kieswerkes in Wichtrach: «An der Kapazitätsverminderung haben nicht nur die Werke der KTB [wozu insbesondere Hofstetter, Messerli und Kästli sowie [U10] und [U11] gehörten], sondern vor allem auch die Daepp AG und das Kieswerk Heimberg ein grosses Interesse».[1758] Die konkrete Gewichtung und Durchsetzung der individuellen Interessen der verschiedenen Aktionärinnen fand und findet somit – entlang der nachfolgend behandelten Grundanliegen – in jeder VR-Sitzung von Neuem statt.[1759] Damit hängt die konkrete Folge bzw. ihr Ausmass von jedem einzelnen Entscheid ab, den die Aktionärinnen über das Verhalten der KAGA fällten und fällen. Gemeinsam ist ihnen aber, dass die KAGA nur Spielball von individuellen Aktionärsinteressen war und ist, während ihre eigene Gewinnstrebigkeit bloss nebensächlich ist,[1760] womit dem Wettbewerb letztlich eine Akteurin entzogen wird.

963. Marti-Gruppe trägt in ihrer Stellungnahme zum Antrag und anderweitig vor, es werde ausgeblendet, dass sich die Interessen der Aktionärinnen und insbesondere diejenigen von Marti-Gruppe im Laufe der Zeit geändert hätten. Marti-Gruppe habe sich mit der Beteiligung an KAGA den Zugang zum für den Strassenbau benötigten Rohkies gesichert, als die anstehenden Nationalstrassenbauvorhaben lanciert wurden. Sie habe damals die Einbringung ihrer Abbaurechte in KAGA und die Beteiligung daran als vorteilhafter erachtet als den Versuch, ein eigenes Kieswerk zu errichten. Es sei ihr nur um den Zugang zu hinreichenden Kiesvorkommen gegangen, nicht darum, den Wettbewerb einzuschränken. Ein solches Pooling von Ressourcen sei effizient, zur damaligen Zeit üblich gewesen und unter dem damals geltenden Kartellrecht als unbedenklich eingestuft worden. Nach Abschluss dieser Strassenbauprojekte ab den 1980er Jahren hätten sich die Interessen von Marti-Gruppe massgeblich geändert. Sie sei im relevanten Markt praktisch nicht mehr tätig gewesen und habe sich in dieser Zeit auch von KAGA und dem KAGA-Vertrag distanziert. Sie sei keine Konkurrentin von KAGA als Anbieterin und keine Nachfragerin von Rohkies zur Veredelung. Als Rohkieslieferantin sei KAGA ab den 1980er Jahren für Marti-Gruppe nur noch beschränkt interessant gewesen. Von da an habe Marti-Gruppe praktisch nur noch reine Aktionärsinteressen an KAGA gehabt. Das werde dadurch bestätigt, dass die Vorzugskonditionen der Aktionärinnen wie etwa die Mengenrabatte oder der Transportkostenausgleich so ausgestaltet gewesen seien, dass Marti-Gruppe davon nicht profitiert habe. Der besonderen Stellung von Marti-Gruppe seien sich auch die Wettbewerbsbehörden bewusst gewesen, sei doch die Untersuchung zunächst nicht gegen sie eröffnet worden. Bei der Beweiswürdigung, der rechtlichen Würdigung und der Sanktionsbemessung finde dies jedoch keinen Niederschlag. Marti-Gruppe betrachte KAGA schon seit Jahrzehnten nur noch wie eine «normale» Beteiligung an einer Aktiengesellschaft und verhalte sich auch so. Sie sei von KAGA und den anderen Aktionärinnen wie eine Dritte behandelt worden – aber gleichwohl werde Marti-Gruppe in dasselbe Boot geworfen wie die übrigen Aktionärinnen.[1761]

964. Mit diesen Ausführungen stellt Marti-Gruppe ihre individuellen Gründe und Interessen dar, die sie zu einem Beitritt zu KAGA bzw. deren Vorgängerin, die KWU,[1762] bewogen haben. Sie zeigt ausserdem auf, wie und weshalb sich ihre Interessen an dieser Beteiligung später verändert haben. Diese Ausführungen zu den von Marti-Gruppe verfolgten Interessen erscheinen, auch wenn Marti-Gruppe sie nicht weiter belegt, objektiv nachvollziehbar und schlüssig. Marti-Gruppe hält im Übrigen selbst fest, dass sich dies auch aus dem festgestellten Sachverhalt ergebe. Die Wettbewerbsbehörden sind sich mit anderen Worten der etwas besonderen Stellung, die Marti-Gruppe unter den Aktionärinnen einnimmt, durchaus bewusst. Sie wird von KAGA und ihren Aktionärinnen als einzige aktuelle Aktionärin nicht als Betreiberin eines Kieswerks betrachtet, sondern als Bauunternehmen, das insbesondere von den zahlreichen Vorzugskonditionen im Kiesbereich nicht profitieren konnte. Teilweise haben die Beteiligten quasi als Ausgleich Sonderlösungen für Marti-Gruppe getroffen,[1763] über weite Strecken war das jedoch nicht der Fall. Insofern kann konstatiert werden, dass Marti-Gruppe jedenfalls in jüngerer Zeit nicht mehr gleichermassen von KAGA profitierte wie andere Aktionärinnen. Gleichzeitig ist aber auch festzuhalten, dass sich Marti-Gruppe selbst ihrer im Vergleich zu den anderen Aktionärinnen anders gelagerten individuellen Interessen von Anfang an ebenfalls bewusst sein musste, denn diese haben stets Kieswerke betrieben und waren am KAGA-Kies primär zur

[1755] Nach dem Konzept des Gesetzgebers handelt es sich bei der Gewinnstrebigkeit einer Aktiengesellschaft um *das* Aktionärsinteresse schlechthin. Das (wirtschaftliche) Interesse von Aktionärinnen, an einer Kapitalgesellschaft wie der Aktiengesellschaft beteiligt zu sein, besteht in derer Gewinnstrebigkeit, die sich für die Aktionärinnen in finanzielle Vorteile qua Dividendenausschüttungen ummünzt. Die zentrale Bedeutung der Gewinnstrebigkeit einer AG zeigt sich eindrücklich an Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR, wonach die Aufhebung der Gewinnstrebigkeit – als einziger aktienrechtlicher Beschluss – die Zustimmung sämtlicher Aktionärinnen erfordert, während selbst für die Auflösung der AG das qualifizierte Mehr genügt (vgl. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 16 OR). Im Gegensatz zu einer Aktiengesellschaft, bei der die Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft im Zentrum steht, wäre eine Genossenschaft auf «die Förderung oder Sicherung wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe» ausgerichtet, wobei zugleich das Prinzip der offenen Türe gilt («Verbindung einer nicht geschlossenen Zahl von Personen oder Handelsgesellschaften») (Art. 828 Abs. 1 OR).

[1756] Unten Rz 1119 und VR-Protokoll der KAGA vom 10.9.2009, T. 2.2, Act. II.B.X.258.

[1757] Unten Rz 902 und Rz 1113.

[1758] Oben Rz 740 f.

[1759] Siehe dazu Rz 904 und Rz 909.

[1760] Eindrücklich Rz 725 und 813.

[1761] Act. VIII.158 Rz 10–15, auch Act. IX.30 Beilage 4 Rz 10–13.

[1762] Siehe Rz 573 f.

[1763] Siehe etwa Rz 1088, 1090 und 1133.

Veredelung in ihren Werken resp. an der «Marktberuhigung» im oberen Aaretal interessiert. Trotz dieser «Sonderrolle» hat sich Marti-Gruppe aus anderweitigen Überlegungen für eine Beteiligung an der KAGA bzw. deren Vorgängerin entschieden, womit sie auch die damit verbundenen «Nachteile» in Kauf genommen hat bzw. in Kauf nehmen musste und das Ganze mittrug. Zutreffend mag sodann sein, dass Marti-Gruppe mit ihren Interessen im VR von KAGA etwas alleine dastand und sich nicht durchsetzen konnte. Gleichzeitig ist aber auch zu konstatieren, dass sich den VR-Protokollen von KAGA eine konstant ablehnende Haltung von Marti-Gruppe gegenüber den Beschlüssen nicht entnehmen lässt; vielmehr fielen die Beschlüsse fast ausnahmslos ex- oder implizit einstimmig.[1764] Marti-Gruppe hat also entweder darauf verzichtet, ihre innere Ablehnung durchgängig gegen aussen kundzutun und auch dementsprechend abzustimmen, oder sie hat – sofern sie das getan haben sollte – dennoch den anderslautenden, dies nicht aktenkundig machenden Protokollen zugestimmt. Nur Erstes ist plausibel. Dieses Verhalten von Marti-Gruppe erscheint zwar insofern verständlich, als dass Marti-Gruppe abweichende Voten im VR von KAGA als einen Kampf gegen Windmühlen gesehen haben mag. Das ändert aber nichts daran, dass sie – aus welchen Gründen auch immer – den fraglichen Beschlüsse letztlich ex- oder implizit zustimmte. Die angebliche innere Distanzierung von Marti-Gruppe gegenüber KAGA und dem KAGA-Vertrag wurde bereits anderorts behandelt,[1765] worauf verwiesen sei; sie ist nicht weiter relevant. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Marti-Gruppe unter den Aktionärinnen von KAGA aufgrund ihrer anders gelagerten Interessen als Bauunternehmen und nicht als Kieswerk in der Tat eine etwas andere Rolle zukam als den übrigen Aktionärinnen. An ihrer Beteiligung ändert das allerdings nichts und aus der Tatsache, dass die Untersuchung gegen Marti-Gruppe erst später eröffnet wurde, kann sie nichts zu ihren Gunsten ableiten.

965. Soweit Marti-Gruppe der Ansicht ist, ihre «Sonderrolle» werde bei der rechtlichen Würdigung und insbesondere bei der Sanktionsbemessung nicht gebührend berücksichtigt, handelt es sich nicht um eine hier zu behandelnde Sachverhaltsfrage. Vorweggenommen sei an dieser Stelle dennoch, dass das bei der rechtlichen Würdigung durchaus einfloss, ebenso bei der Sanktionsbemessung. Zum «Frust» von Marti-Gruppe gegenüber der Sanktionsbemessung sei angemerkt, dass dieser aus menschlich-psychologischer Sicht zwar verständlich erscheint. Bei den gegenüber den Aktionärinnen sanktionierbaren Verstössen handelt es sich jedoch aus Sicht von Marti-Gruppe «unglücklicherweise» um Verhaltensweisen, bei denen es nicht um den Markt für Kiesveredelung, sondern um andere Verhältnisse geht, während andere Verhaltensweisen, bei denen der Betrieb eines eigenen Kieswerks mehr im Zentrum steht, nicht bzw. nicht gegenüber den Aktionärinnen sanktionierbar sind. Die «Sonderrolle» von Marti-Gruppe hat deshalb bei der Sanktionsbemessung keine Bedeutung. Dass Marti-Gruppe bei der Sanktionsbemessung «nicht besser wegkommt» als andere Aktionärinnen, mag für diese zwar als unfair erscheinen, da sie sich bereits innerhalb der KAGA benachteiligt und weniger profitierend fühlt, ist aber der rechtlichen Ausgangslage geschuldet und daher aus rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

966. KAGA führt in ihrer Stellungnahme zum Antrag aus, der VR sei grundsätzlich dem Gesellschaftsinteresse verpflichtet gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, worunter zunächst die Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft und nicht anderweitige, individuelle Aktionärsinteressen zu verstehen seien. Dafür, wie der VR die Gewinnstrebigkeit verfolgen wolle, habe er aber einen grossen Ermessensspielraum. Insoweit bestehe auch Raum für die Berücksichtigung anderweitiger Interessen, u.a. auch anderweitige Aktionärsinteressen. Die Ausgestaltung der Organisation und die Ausrichtung der KAGA sei nicht aktienrechtswidrig, wie der Antrag verschiedentlich andeute.[1766] Ähnlich äussert sich auch Marti-Gruppe.[1767] Auch Alluvia beruft sich in ihrer Stellungnahme zum Antrag auf Art. 717 Abs. 1 OR und macht geltend, es sei nicht unzulässig, wenn Aktionärsvertreter die Interessen ihrer jeweiligen Arbeitgeberinnen in den VR einbringen würden, zumal diese Interessen durchaus auch gleichlaufend sein könnten.[1768]

967. Diese Ausführungen von KAGA, Marti-Gruppe und Alluvia zielen an der Sache vorbei. Es ist vorliegend irrelevant, ob die Mitberücksichtigung von Aktionärsinteressen und gegebenenfalls welchen durch den VR von KAGA aktienrechtlich zulässig ist oder nicht. Es geht vielmehr darum, sachverhaltsmässig festzustellen, dass der VR von KAGA (individuelle) Aktionärsinteressen mitberücksichtigt hat. Insbesondere geht es darum, wie sich KAGA gegenüber den Aktionärinnen und gegenüber Konkurrentinnen verhalten hat, worauf die nachfolgenden Ausführungen eingehen.

C.6.5.2.2 Gegenstand B.1: Die inhaltlichen Vorgaben für das Verhalten der KAGA

Erstens zum Verhalten gegenüber den Aktionärinnen (B.1.1):

Im Kiesbereich

968. **Zur Umsetzung**: Wie oben festgestellt, kamen die Beteiligten überein, dass die KAGA die Aktionärinnen nicht konkurrenzieren soll.[1769] Im Kiesbereich ist vorgesehen, dass die KAGA kein Kieswerk betreiben darf. Dass diese Übereinkunft umgesetzt wird, zeigt sich daran, dass die KAGA kein Kieswerk betreibt. Im Bereich Wandkiesverkauf ist die KAGA zwar aktiv. Da der VR von KAGA und damit die Aktionärsvertreter aber jährlich

[1764] Vereinzelte Ablehnungen oder Enthaltungen kamen zwar vor (siehe etwa Rz 1119), waren aber nicht die Regel.
[1765] Rz 643, 654, 657 und insbesondere 659.
[1766] Act. VIII.156 Rz 62–69.
[1767] Act. VIII.158 Rz 97.
[1768] Act. VIII.162 Rz 137 f.
[1769] Oben Rz 875 ff.

den Preis bestimmen, zu welchem die KAGA das Wandkies (und auch übriges Material wie z.B. Recyclingprodukte) verkauft,[1770] können sie dadurch den davon ausgehenden Wettbewerbsdruck steuern. So kamen die Beteiligten denn auch überein, dass der Wandkiespreis für Dritte hochzuhalten sei.[1771] Bis und mit 2014 praktizierte KAGA unterschiedliche Preise für Aktionärinnen und für Dritte, wobei der Preis für Wandkies unter Berücksichtigung des Transportkostenausgleichs für Dritte regelmässig weit mehr als doppelt so hoch war wie für Aktionärinnen.[1772] Per Januar 2015 hoben die Beteiligten den Transportkostenausgleich[1773] und die unterschiedlichen Preise für Aktionärinnen und Dritte auf, indem sie einen Grundpreis von CHF 9.– pro Tonne festlegten und ein einheitliches Mengenrabattsystem einführten. Vergleicht man allerdings die Bezugsmengen des Jahres 2014 mit dem neuen Mengenrabattsystem, zeigt sich, dass damit für die wichtigsten Aktionärskundinnen und die grösste Drittkundin [U01] keine oder nur geringe Preisänderungen verbunden sind.[1774] Zudem bestimmten sie weiterhin jedes Jahr über den konkreten Wandkiespreis.[1775]

969. **Zu den Folgen**: Dadurch, dass die KAGA selbst kein Kieswerk betreibt, entfällt eine Anbieterin von veredeltem Kies. Entsprechend dem Gegenstand A haben nicht Dritte die Kies-Ressourcen in diesem Gebiet übernommen, um sie abzubauen, in von ihnen erstellten Kieswerken vor Ort zu veredeln und von dort aus veredelten Kies anzubieten. Dasselbe gilt entsprechend dem Gegenstand C auch für die Aktionärinnen. Stattdessen lassen die Beteiligten die Kies-Ressourcen dieses Gebiets von KAGA abbauen und über die Kieswerke der Aktionärinnen zu den Nachfragern von veredeltem Kies fliessen. Der unveredelte Kies der KAGA wird naturgemäss in erster Linie von den Aktionärinnen mit Kieswerk nachgefragt.[1776] Den Abfluss dieser Kies-Ressourcen können die Beteiligten über den Preis steuern, wodurch sie in der Lage sind, das Wettbewerbspotenzial, das von KAGA-Wandkies ausgeht, zu steuern. Insgesamt ist festzustellen, dass dem Wettbewerb durch das Verbot zu Lasten der KAGA, ein Kieswerk zu betreiben, eine Akteurin entzogen wird.

Im Deponiebereich

970. Im Deponiebereich haben die Beteiligten der KAGA keine expliziten Verbote auferlegt.[1777] Insofern gibt es in diesem Bereich auch keine Folgen aufgrund einer fehlenden oder gehemmten Tätigkeit. Allerdings waren die Beteiligten durchaus bereit, das Marktverhalten der KAGA in ihrem Sinn zu steuern, indem sie – falls sie es als nötig erachteten –Restriktionen und Auflagen für die Entgegennahme von unverschmutztem Aushub festlegten.[1778]

In den übrigen Bereichen

971. **Zur Umsetzung**: Wie oben gezeigt, kamen die Beteiligten überein, dass die KAGA in den übrigen Bereichen (d.h. neben Kiesabbau und Deponie) nur in Bereichen tätig sein darf, in denen sie die Aktionärinnen nicht konkurrenziert.[1779] Als zulässig erachteten sie beispielsweise Rekultivierungsarbeiten für andere Betriebe, Strassenreinigungen, Winterdienst sowie Personal- und Maschinenvermietung.[1780] Gemäss der im Jahr 2002 von den VR-Mitgliedern der KAGA ausgearbeiteten Strategie soll die KAGA namentlich kein eigenes Kieswerk betreiben und nicht tätig sein in den folgenden Bereichen: Beton herstellen, Beton recyclieren, Wandkiesverkauf an Bauunternehmen (höchstens mit genügender Preisdiskriminierung), im Transportgeschäft, im Erdbau (Ausnahme: Rekultivierungsberatung), im Aushubgeschäft und im Ingenieur-Geschäft.[1781] Soweit ersichtlich, ist die KAGA in keinem dieser ihr untersagten Bereiche massgeblich tätig.

972. **Zu den Folgen**: In den Bereichen, in welchen die KAGA nicht tätig sein darf, wird den Nachfragern letztlich eine potenzielle Anbieterin vorenthalten. Ohne die entsprechenden Einschränkungen wäre die KAGA allenfalls im Bereich Aushub, Transport etc. tätig.

Zu den Vorzugskonditionen der KAGA für die Aktionärinnen beim Erwerb von KAGA-Ressourcen:[1782]

973. **Zur Umsetzung**: Wie oben festgestellt, haben sich die Beteiligten darauf geeinigt, dass die KAGA ihren Aktionärinnen vor allem das Wandkies zu «Vorzugskonditionen» anbietet.[1783] Dass die Vorzugsbehandlung der Aktionärinnen mit Kieswerk (durch den Transportkostenausgleich)[1784] und aller Aktionärinnen (durch den Listenpreis und zusätzliche Vergünstigungen) umgesetzt wurde, zeigen die Preislisten und zahllosen VR-Entscheide.[1785] Per 2015 haben sich die Beteiligten darauf geeinigt, sich bis auf Weiteres keine Vorzugspreise mehr zu gewähren.[1786] Wenn KAGA in ihrer Stellungnahme zum Antrag ausführt, falls sie damit in der Vergangenheit die Aktionärsinteressen vor ihre eigenen Gesellschaftsinteressen gestellt hätte, wäre dies allenfalls aus gesellschaftsrechtlicher Sicht zu beanstanden, nicht aber kartellrechtlich.[1787] Das geht an der Sache vorbei. Die Frage, ob durch die Vorzugsbehandlung der Aktionärinnen die Gesellschaftsinteressen von KAGA aktienrechtlich verletzt wurden, ist im vorliegenden Kartellrechtsverfahren ohne Belang und wurde denn auch weder untersucht noch beurteilt.

[1770] Siehe die Preislisten, in welchen die Preise für Wandkies, Wandkies sortiert, Recycling-Materialien, Speziellen Materialien und die Deponiepreise festgehalten sind (z.B. Preisliste 2013, Act. II.C.X.167, und VR-Protokoll der KAGA vom 29.11.2012, T. 2.3.3, Act. II.B.X.258; siehe zu den Preislisten und deren jährliche Genehmigung unten Tabelle in Rz 1054). Die übrigen Verkäufe von Kiesprodukten neben Wandkies sind allerdings eher bescheiden, siehe z.B. Rechnung 2013, Erlös Recyclingmaterial CHF 138'507.–, Erlös sortiertes Rundmaterial CHF 361'539.–, Erlös spez. Materialien CHF 372.–, im Vergleich zu Erlös Wandkies CHF 5'033'459.–, Erlös Deponie CHF 6'733'944.– (Jahresabschluss 2013, S. 1, Act. II.A.X.493).
[1771] Oben Rz 878.
[1772] Dies ergibt sich neben der Preisliste auch aus den effektiv abgerechneten Preisen (siehe zu Letzterem Tabelle in Rz 1141).
[1773] Unten Rz 1129.
[1774] Oben Rz 878.
[1775] Oben Rz 878.
[1776] Oben Rz 409 ff.
[1777] Oben Rz 886.
[1778] Oben Rz 886 und unten Rz 1143 ff. und 1246 ff.
[1779] Oben Rz 887.
[1780] Oben Rz 531 m.w.H.
[1781] Oben Rz 764.
[1782] Oben Rz 888.
[1783] Oben Rz 888 ff.
[1784] Unten Rz 1032 ff.
[1785] Zum Transportkostenausgleich unten Rz 1092 ff. und zu den zusätzlichen Vergünstigungen unten Rz 1066 ff.
[1786] Unten Rz 1040.
[1787] Act. VIII.156 Rz 115.

974. **Zu den Folgen**: Die Folgen der Vorzugskonditionen zugunsten der Aktionärinnen bestehen darin, dass die Aktionärinnen die Kiesprodukte der KAGA bis und mit 2014 zu besseren Preisen erhielten als Dritte. Damit hatten sie einen Wettbewerbsvorteil gegenüber diesen Dritten. Seit 2015 besteht dieser Wettbewerbsvorteil so nicht mehr. Zu präzisieren bleibt hier, dass die Kiespreispolitik von KAGA, die sie seit 2015 verfolgt, nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist – deren kartellrechtliche Zulässigkeit wäre in einem späteren Verfahren zu beurteilen. Allerdings ist die KAGA, weil sie kein Kieswerk betreibt, nach wie vor auf die Bedürfnisse und Nachfrage von nahe zu ihr gelegenen Aktionärinnen mit Kieswerk ausgerichtet (andere haben eine sehr kleine Nachfrage nach Wandkies).[1788] Das sind namentlich die drei Aktionärinnen Daepp, Heimberg und Kästli.

Zweitens zum Verhalten gegenüber Konkurrentinnen der Aktionärinnen (B.1.2):[1789]

975. **Zur Umsetzung**: Oben wurde festgestellt, dass die Beteiligten übereinkamen, dass die KAGA sich nötigenfalls auch gegen Dritte, insbesondere Konkurrentinnen der Aktionärinnen, richten soll. Dies ergibt sich an sich schon daraus, dass die Beteiligten einen Vorzugspreis bei Kiesprodukten für die Aktionärinnen festlegten. Sie hielten die Ausrichtung gegen Dritte aber auch explizit fest, indem sie sich darauf einigten, dass die KAGA im Kiesbereich «den Kiespreis für Dritte hochhalten (Diskriminierung)» soll.[1790] Die Benachteiligung von Dritten durch eine Hochhaltung des Preises für diese setzten die Beteiligten wie bereits gezeigt bis und mit 2014 um.[1791] Dass die KAGA gezielt zum Nachteil von Dritten eingesetzt wurde, belegt auch folgende Gegebenheit: KAGA drohte der [U04] konkret mit ihrer Wirtschaftsmacht, um [U04] dazu zu bewegen, vom Kauf der [U01] abzusehen.[1792]

967. **Zu den Folgen**: Das gezielte Verhalten gegen Dritte wirkt sich insofern aus, als diese Dritten einen Wettbewerbsnachteil im Verhältnis zu den Aktionärinnen haben.

C.6.5.2.3 Gegenstand B.2: Die organisatorischen Massnahmen zur Steuerung der KAGA

977. **Zur Umsetzung**: Wie oben festgestellt, kamen die Aktionärinnen überein, dass jede von ihnen das Recht hat, einen Vertreter in den KAGA-Verwaltungsrat zu entsenden.[1793] Im KAGA-Verwaltungsrat wird insbesondere auch darüber entschieden, zu welchem Preis die KAGA ihre Produkte verkauft.[1794] Die Aktionärinnen haben das Recht einer jeden anderen Aktionärin, einen Vertreter in den VR zu entsenden, stets respektiert; nur im Fall von Marti blieb ihr VR-Posten während einer Zeit von nicht ganz zwei Jahren unbesetzt.[1795] In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf das Schreiben von Marti an den VRP der KAGA hinzuweisen, in welchem sie sich im Jahr 2006 explizit auf dieses Recht aus dem KAGA-Vertrag aus dem Jahr 1970 berief,[1796] woraufhin die Aktionärinnen den Vertreter von Marti an einer extra hierfür einberufenen ausserordentlichen GV in den VR von KAGA wählten.[1797] Dies ist ein weiteres Beispiel, das zeigt, wie präsent der KAGA-Vertrag bei den Aktionärinnen – entgegen ihren teilweisen anderslautenden Behauptungen – noch war.[1798]

978. **Zu den Folgen**: Die Folge der organisatorischen Massnahme, wonach alle Aktionärinnen einen VR-Vertreter in den Verwaltungsrat der KAGA berufen können, ist, dass die Aktionärinnen dort ihre individuellen Interessen zur Steuerung der KAGA wahrnehmen können. Sie taten dies, wie bereits beschrieben, unter anderem indem sie die Preise festgesetzt haben (und weiter festsetzen), welche die KAGA von Aktionärinnen und Dritten für ihre Produkte verlangt.[1799] Oder indem sie im VR entschieden haben, der [U04] die Wirtschaftsmacht der KAGA anzudrohen, um diese dazu zu bewegen, vom Kauf der [U01] abzusehen.[1800] Eine weitere Folge ist, dass die Aktionärinnen, deren abgesandte Personen durchwegs zugleich Organe oder zumindest leitende Angestellte bei den jeweiligen Aktionärinnen sind, über sämtliche Informationen verfügen, die im VR von KAGA besprochen werden.

C.6.5.3 Gegenstand C: Umsetzung der Abmachung über die Dosierung des Wettbewerbsdrucks durch die Aktionärinnen

979. Diese Abmachung besteht wie oben festgestellt darin, dass auch der Wettbewerbsdruck, der von den Aktionärinnen ausgeht, gesteuert werden soll.[1801] Dieser Gegenstand hat drei Teilaspekte: C 1) Das Verbot, im KAGA-Gebiet neue Kiesabbaustellen zu erschliessen, C 2) das Verbot zur Weitergabe der Aktionärsvorteile an Dritte und C 3) das Gebot, unter Aktionärinnen nur einen gedrosselten Wettbewerb zu betreiben.

C.6.5.3.1 Teilaspekt C.1: Verbot zu Lasten der Aktionärinnen, im KAGA-Gebiet weitere Abbaurechte zu erwerben und über die bisher von den Aktionärinnen betriebenen Gebiete hinaus Kies abzubauen

980. **Zur Umsetzung**: Den Beteiligten war das Verbot zu Lasten der Aktionärinnen, im KAGA-Gebiet Abbaurechte zu erwerben oder dort sonstwie Kies abzubauen, ein stetes Anliegen. Sie haben es beispielsweise in der geplanten (aber gescheiterten) Änderung des KAGA-Vertrags im Jahr 2010 nach wie vor im Vertragsentwurf vorgesehen.[1802] Im Jahr 2009 hat Kiestag für ein Abbauprojekt bei der KAGA nachgefragt, ob dieses im KAGA-Gebiet liege.[1803] Der damalige Geschäftsführer prüfte hierzu die Karte von 1977[1804] und gab grünes Licht für die Kiestag, da das Abbauprojekt ausserhalb des KAGA-

[1788] Siehe dazu ausführlicher oben Rz 409 ff. und unten, Rz 1045.
[1789] Oben Rz 891 ff.
[1790] Oben Rz 892 und Rz 764.
[1791] Oben Rz 973 m.w.H.
[1792] Oben Rz 894.
[1793] Oben Rz 896 ff.; siehe zum Recht einer jeden Aktionärin, einen Verwaltungsrat zu delegieren, ausführlich oben Rz 676 ff. und siehe insb. Art. 5 KAGA-Vertrag, oben Rz 583.
[1794] Art. 3 KAGA-Vertrag, oben Rz 583.
[1795] Oben Rz 679 ff.
[1796] Oben Rz 681.
[1797] Rz 682.
[1798] Siehe auch die Durchsetzung des KAGA-Vertrags im Jahr 2012, oben Rz 595 ff.
[1799] Siehe z.B. für die Festsetzung der Listenpreise Tabelle in Rz 1054.
[1800] Oben Rz 910 ff.
[1801] Oben Rz 871 f.
[1802] Oben Rz 611.
[1803] Oben Rz 779.
[1804] Oben Rz 592.

Gebiets lag. Im Jahr 2012 haben sie das Verbot sodann beansprucht: Dies betrifft den einzig bekannten Fall eines Zukaufs von Abbaurechten im KAGA-Gebiet durch eine aktuelle Aktionärin,[1805] namentlich eine Abbauerweiterung der Aare-Kies (Daepp). Nachdem KAGA von der beabsichtigten Erweiterung erfuhr, intervenierte sie 2007 bei Aare-Kies und wies auf das Verbot hin. Die Beteiligten einigten sich 2012 schliesslich darauf, den Kiesabbau durch Aare-Kies in diesem Erweiterungsgebiet zuzulassen, wohingegen das sich aus dem Kiesabbau in diesem Erweiterungsgebiet ergebende Deponievolumen von KAGA beansprucht wurde. Zugleich wurde festgehalten und bekräftigt, dass allfällige weitere Erweiterungsmöglichkeiten der Abbaustelle von Aare-Kies, die im KAGA-Gebiet liegen würden, sowohl bezüglich Kiesabbau als auch bezüglich Deponie ausschliesslich Sache der KAGA seien.[1806] Gemäss den übereinstimmenden und soweit möglich auch belegten, schlüssigen Angaben von Aare-Kies (Daepp) und KAGA wurden gestützt auf diese Vereinbarung vom 16. Mai 2012 aber weder (allfällige) Dienstbarkeitsverträge von Aare-Kies (Daepp) auf KAGA übertragen (Ziffer 3 Satz 2 der Vereinbarung) noch hat KAGA den in Ziffer 6 dieser Vereinbarung vorgesehenen Pauschalbetrag an Aare-Kies (Daepp) bezahlt.[1807]

981. Wenn Parteien in ihren Stellungnahmen zum Antrag oder anderweitig vorbringen, das Konkurrenzverbot sei gegenüber Daepp im Jahr 2012 bloss halbherzig resp. kaum ernsthaft durchgesetzt[1808] und nicht vollzogen worden[1809], ist das schönfärberisch. Dasselbe gilt für das Vorbringen von Alluvia, wonach ja noch gar nicht klar sei, ob auf den KAGA vorbehaltenen Erweiterungsmöglichkeiten von Daepp überhaupt je Kies abgebaut werden könne, da diese erst als Zwischenergebnisse in der raumplanungsrechtlichen Planung aufgenommen seien.[1810] Es wurde während eines längeren Zeitraums an mehreren Treffen darüber verhandelt, wie mit der Situation, d.h. mit der Missachtung des Konkurrenzverbots durch Daepp, umgegangen werden soll. Am Ende konnten sich die Parteien einvernehmlich auf eine Lösung einigen. Im abgeschlossenen Vertrag wurde erstens ausdrücklich darauf gepocht, dass künftige Erweiterungsmöglichkeiten von Daepp im KAGA-Gebiet ausschliesslich Sache der KAGA seien (Ziff. 3). Dass diese erst, aber immerhin, als Zwischenergebnisse im Richtplan aufgenommen worden sind, ändert nichts daran, dass diesbezüglich das Konkurrenzverbot durchgesetzt wurde. Zweitens wurde einzig der Kiesabbau durch Daepp im erweiterten Abbaugebiet toleriert. Das in finanzieller Hinsicht gerade in Zeiten der Deponieknappheit besonders interessante Deponievolumen in diesen Erweiterungen musste Daepp hingegen an KAGA abtreten (Ziff. 2), und erhielt dafür im Gegenzug bloss eine ausgesprochen bescheidene Entschädigung (vgl. Ziff. 6). Wenn Alluvia bei ihrer Darstellung das von KAGA usurpierte Deponievolumen unerwähnt lässt, zeichnet sie ein unvollständiges Bild. Drittens wurde die Zulassung des Kiesabbaus in diesem Erweiterungsgebiet unter das Damoklesschwert gestellt, dass sie im Falle einer Veräusserung des Unternehmens Daepp ausserhalb der Familie dahinfällt (Ziff. 5). Von einer halbherzigen Durchsetzung des Konkurrenzverbots kann in Anbetracht dessen nicht die Rede sein. Dass es anscheinend noch keine von Daepp an KAGA zu übertragenden Abbaurechte gab bzw. diese noch nicht übertragen wurden (Ziff. 3 Satz 2) und dass KAGA den Pauschalbetrag nicht an Daepp geleistet hat (Ziff. 6), betrifft den späteren Vollzug der geschlossenen Vereinbarung und geschah aus nicht bekannten Gründen. Mögliche Leistungsstörungen bzw. -verzögerungen beim Vollzug ändern nichts daran, dass es sich hierbei um eine ernsthafte, weitreichende Durchsetzung des Konkurrenzverbots handelte.

982. Die Aktionärinnen haben das Verbot, im KAGA-Gebiet Abbaurechte zu erwerben oder dort sonstwie Kies abzubauen, somit nahezu ausnahmslos während all diesen Jahren eingehalten und damit umgesetzt. Und als die Aare-Kies ihre Abbaustelle im Widerspruch dazu erweitern wollte, schritt KAGA wie vorangehend ausgeführt ein. Das Verbot wurde von den Beteiligten also umgesetzt.

983. Marti-Gruppe bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vor, es werde damit übergangen, dass sie sich schon lange nicht mehr an das Konkurrenzverbot gehalten habe. Sie habe sich in den 2000er Jahren im Rahmen ihrer neuen Geschäftsstrategie verstärkt darum bemüht, zusätzliche Kiesabbaustellen zu erwerben, auch im Kanton Bern und im und um das KAGA-Gebiet. In einzelnen Fällen sei es ihr gelungen, die erforderlichen Rechte zu erwerben, so in Oppligen über die von Marti kontrollierte Betreiberin AAA Immobilien AG und in Hindelbank über die kontrollierte Novakies AG. Es sei ihr aber bislang noch nicht gelungen, auch nur eine einzige zusätzliche Kiesabbaustelle zu eröffnen. Beweismittel zu diesen Ausführungen reicht Marti-Gruppe keine ein; stattdessen hält sie fest, das könne bei Bedarf mittels Zeugen und Dokumenten belegt werden. Ihre Bemühungen seien denn auch im VR von KAGA diskutiert worden, namentlich ihre Absichten «im Raum Bern» und die Suchbemühungen in Oppligen. Für Marti-Gruppe sei daher nicht verständlich, weshalb dennoch davon ausgegangen werde, sie sei am Konkurrenzverbot beteiligt gewesen.[1811] Marti-Gruppe habe sich nicht mehr an das Konkurrenzverbot gebunden gefühlt, erst recht nicht nach Inkrafttreten des aktuellen KG im Jahr 1995, da kartellrechtswidrige Vereinbarungen von da an ohne Weiteres nichtig gewesen seien. Sie sei davon ausgegangen, dass solche Bestimmungen von den Parteien nicht mehr gewollt gewesen seien und habe diese nicht mehr gegen sich gelten lassen wollen. Sie habe sich denn auch so verhalten und seit den 2000er Jahren um den Erwerb von Abbaurechten im ganzen Kanton Bern und insbesondere auch im KAGA-Gebiet bemüht.[1812]

[1805] Von den ehemaligen Aktionärinnen hatte nur, aber immerhin, [U10] gleich zu Beginn der KAGA im Jahr 1970 vor, im KAGA-Gebiet ebenfalls Abbaurechte zu erwerben. Gestützt auf das Konkurrenzverbot schritt KAGA jedoch dagegen ein und verhinderte dies (Rz 721).
[1806] Oben Rz 595 ff.
[1807] Act. VIII.115 und VIII.141.
[1808] So etwa Act. VIII.162 Rz 46; Act. IX.30 Beilage 1 Rz 17.
[1809] Act. VIII.158 Rz 50 f., Act. VIII.164 Rz 120 erstes Lemma und Rz 151.
[1810] Act. VIII.162 Rz 77.c; Act. IX.30 Beilage 1 Rz 18.
[1811] Act. VIII.158 Rz 16–19.
[1812] Act. VIII.158 Rz 67 und 72.

984. Diese Vorbringen vermögen nicht durchzudringen: Hinsichtlich der Argumente der zivilrechtlichen Nichtigkeit von kartellrechtswidrigen Vereinbarungen sowie der Mentalreservation von Marti-Gruppe kann auf vorangehende Ausführungen verwiesen werden.[1813] Diese Vorbringen überzeugen hier ebenso wenig wie dort. Im Übrigen trägt Marti-Gruppe nur pauschal vor, sie habe sich im ganzen Kanton Bern und insbesondere auch um und im KAGA-Gebiet um Abbaurechte bemüht. Einzig der Erwerb von Abbaurechten im KAGA-Gebiet ist hinsichtlich des Konkurrenzverbots relevant, anderweitige Suchbemühungen im Kanton Bern tun von vornherein nichts zur Sache. Die im VR von KAGA thematisierten Bemühungen, die Marti-Gruppe zum Beleg anruft, liegen ausserhalb des KAGA-Gebiets, nämlich einerseits unspezifisch «im Raum Bern» und andererseits in Oppligen, das nur, aber immerhin, grenznah zum KAGA-Gebiet ist. Bezüglich der von ihr behaupteten Missachtung des Konkurrenzverbots im KAGA-Gebiet macht Marti-Gruppe keine substanziierten Ausführungen, etwa indem sie angäbe, wann sie wo und mit wem über welche Abbaurechte im KAGA-Gebiet verhandelt haben will. Sie reicht auch keine diesbezüglichen Dokumente ein, obwohl sie deren Existenz behauptet, womit sie ihren Mitwirkungspflichten nicht nachkommt. Aber selbst wenn sich Marti-Gruppe in der Tat so verhalten haben sollte, wie sie behauptet, ist das aus dreierlei Gründen letztlich nicht entscheidend, weshalb sich diesbezügliche Beweismassnahmen erübrigen: Erstens behauptet Marti-Gruppe selbst nicht, im KAGA-Gebiet Abbaurechte erworben zu haben. Suchbemühungen für Abbaurechte im KAGA-Gebiet mögen eine Vorbereitungshandlung zur Missachtung des Konkurrenzverbots sein. Aber erst der Erwerb von solchen Rechten würde das Konkurrenzverbot gemäss dessen Wortlaut verletzen. Zweitens behauptet Marti-Gruppe nicht, ihre Suchbemühungen im KAGA-Gebiet wären für die anderen Vertragspartner sichtbar gewesen, und solches ist auch nicht ersichtlich.[1814] Mangels äusserer Wahrnehmbarkeit für die anderen Vertragspartner können ihre behaupteten Suchbemühungen daher nicht als durch entsprechendes Handeln konkludent «geäusserte» Distanzierung vom Konkurrenzverbot interpretiert werden, das von den übrigen Vertragspartnern stillschweigend hätte angenommen werden können. Drittens verhält sich Marti-Gruppe widersprüchlich und treuwidrig, wenn sie einerseits das Konkurrenzverbot (insbesondere wegen innerer Distanzierung und zivilrechtlicher Nichtigkeit) missachtet haben will, andererseits aber an dessen Durchsetzung gegenüber Daepp im Jahre 2012 mitbeteiligt war, ohne dabei irgendwelche Vorbehalte zum Konkurrenzverbot und dessen Gültigkeit anzubringen. Mindestens an der Umsetzung des Konkurrenzverbots gegenüber anderen Vertragspartnern war Marti-Gruppe also weiterhin beteiligt und profitierte insofern auch von den Folgen des Konkurrenzverbots (siehe dazu sogleich). Entgegen Marti-Gruppe ist nicht einsichtig, weshalb und inwiefern ein solch opportunistisches Verhalten kartellrechtlich zu Gunsten der Marti-Gruppe Niederschlag finden sollte.

985. **Zu den Folgen**: Einerseits verhindern die Beteiligten, dass beim Erwerb von Abbaurechten im KAGA-Gebiet Konkurrenz zwischen ihnen entsteht. D.h. KAGA kann sich beim Erwerb von Abbaurechten im KAGA-Gebiet sicher sein, dass sie nicht gegen Angebote von einer oder mehreren der Aktionärinnen antreten muss und womöglich überboten wird, indem diese dem anbietenden Grundeigentümer bessere Angebote machen. Andererseits führt die Einhaltung des Verbots dazu, dass die Aktionärinnen im KAGA-Gebiet keinen Kies abbauen, daher dort auch kein Kieswerk erstellen und von dort aus veredelten Kies anbieten. Ebenso wenig können sie im KAGA-Gebiet Aushubdeponien betreiben. Insgesamt wurden dem Wettbewerb im KAGA-Gebiet somit insgesamt sechs latente Nachfragerinnen nach Abbaurechten entzogen, die im Wettbewerb um dortige Abbaurechte aktiv sein könnten. Diese sechs latenten Nachfragerinnen wurden zudem dem Wettbewerb als potenzielle Wettbewerber entzogen, den sie andernfalls durch ihren dortigen Kiesabbau, die dortige Kiesveredelung und das Anbieten von dortigem Deponievolumen hätten generieren können.

986. Sofern Marti-Gruppe tatsächlich Vorbereitungen zur Verletzung des Konkurrenzverbots getroffen haben sollte, indem sie im KAGA-Gebiet Abbaurechte zu erwerben versuchte,[1815] profitierte sie dabei von der Einhaltung des Konkurrenzverbots durch die anderen Aktionärinnen, an deren Durchsetzung sich Marti-Gruppe im Falle von Daepp im Jahr 2012 ebenfalls beteiligte. Aufgrund des bestehenden und von den anderen Aktionärinnen respektierten Konkurrenzverbots musste Marti-Gruppe nicht fürchten, sich im KAGA-Gebiet gegen Angebote von anderen Aktionärinnen durchsetzen zu müssen. Aufgrund ihres Einsitzes im VR von KAGA wusste sie zudem, an welchen Abbaurechten im KAGA-Gebiet KAGA interessiert war, weshalb sie auch deren Konkurrenz nicht fürchten musste bzw. gezielt vermeiden konnte. Eine Missachtung des Konkurrenzverbots durch Marti-Gruppe resp. Vorbereitungen dazu hätten also zur Folge, dass sich Marti-Gruppe im KAGA-Gebiet um den Erwerb von Abbaurechten bemühen konnte, ohne dabei gegen Angebote von den anderen Aktionärinnen und KAGA bestehen zu müssen. Mit anderen Worten profitierte sie bei ihren Such- und Erwerbsbemühungen davon, dass das Konkurrenzverbot die anderen Aktionärinnen genau davon abhielt und sie infolgedessen nicht im Wettbewerb zu diesen agieren musste.

987. Mehrere Parteien bringen sodann in ihren Stellungnahmen zum Antrag und anderweitig vor, das Konkurrenzverbot könne gar keine Folgen haben, auch wenn es bei formeller Betrachtung als eingehalten erachtet werden sollte. Denn aufgrund der planungsrechtlichen Rahmenbedingungen sei es schlicht nicht möglich, im KAGA-Gebiet eine neue Kiesabbaustelle und ein Kieswerk zu betreiben.[1816] Wie die WEKO selber feststelle,

[1813] Rz 654 und 659.

[1814] Die im VR von KAGA diskutierte Suche in Oppligen liegt ausserhalb des KAGA-Gebiets. Suchbemühungen von Marti-Gruppe im KAGA-Gebiet wurden im VR von KAGA hingegen, soweit ersichtlich, nie diskutiert, obwohl offenkundig ist, dass dies bei Bekanntwerden ein naheliegendes Gesprächsthema gewesen wäre.

[1815] Rz 983 f.

[1816] Act. IX.30 Beilage 1 Rz 15 f. und 18, Act. VIII.163 Rz 19, Act. VIII.164 Rz 144–150.

seien nur spezifische Grundstücke überhaupt geeignet, um daran Abbaurechte zu erwerben,[1817] und es sei so gut wie unmöglich, die erforderlichen planungsrechtlichen Voraussetzungen zu erfüllen und Bewilligungen zu erhalten. Die Möglichkeit des Erwerbs von Abbaurechten im KAGA-Gebiet sei daher rein hypothetischer Natur, das Konkurrenzverbot entsprechend ohne Folgen.[1818]

988. Bezüglich dieser Vorbringen ist zunächst klarzustellen, dass das Konkurrenzverbot gemäss seinem klaren Wortlaut[1819] nicht «erst» den Kiesabbau untersagt, sondern bereits den vorangehenden Schritt, den Erwerb entsprechender Abbaurechte. Die fraglichen raumplanungsrechtlichen Vorgaben beschlagen erst den zweiten Schritt, d.h. die Errichtung und den Betrieb von Abbaustellen. Deutlich die diesbezüglichen Worte von Kästli-Gruppe in ihrer Stellungnahme zum Antrag: «der Erwerb von (privatrechtlichen) Kies-Abbaurechten [ist] grundsätzlich durch jedermann/-frau möglich […] und [stellt] lediglich Voraussetzung für den Eintritt der an Kies interessierten Parteien in den vom Staat gesteuerten Markt zu einem ungewissen Zeitpunkt (weit) in der Zukunft dar […].»[1820] Die raumplanungsrechtlichen Vorschriften verzögern demnach den Eintritt in den Markt für den Erwerb von Abbaurechten nicht, sondern erst den in einem zweiten Schritt erfolgenden Eintritt in den Markt zur Rohkiesgewinnung. Diese Vorschriften wirken nur, aber immerhin, insofern auf den Erwerb von Abbaurechten vor, als dass niemand Abbaurechte an Grundstücken erwerben wird, bei denen von vornherein ausgeschlossen ist, dass sie die im zweiten Schritt einschlägigen raumplanungs- und bewilligungsrechtlichen Vorgaben für einen Eintritt in den Markt für die Rohkiesgewinnung je erfüllen können. Jedoch sind Abbaurechte resp. die hierfür geeigneten Grundstücke ohnehin nicht in unbeschränkter Anzahl vorhanden, sondern anzahlmässig limitiert. In Frage kommende Grundstücke mögen deshalb nicht einfach zu finden sein. Sie sind aber nicht inexistent, wie einige Parteien teilweise anzudeuten scheinen.[1821] Dass es nach wie vor geeignete Grundstücke gibt, zeigt sich nebst der schon mehrmals erwähnten Erweiterung der Abbaustelle Daepp im Jahre 2012 auch an all den zahlreichen Abbaurechten, die KAGA in vergangenen Jahren im KAGA-Gebiet erworben hat.[1822] Weiter lässt sich das ebenfalls aus den Richtplänen schliessen. So sind in der Planungsregion Bern-Mittelland mehrere neue Abbaustellen vorgesehen, wobei sich die Abbaustelle «Neumatt» in Oppligen zwar nicht im KAGA-Gebiet selbst befindet, aber in dessen näherer Umgebung.[1823] Im Teil-Richtplan ADT Entwicklungsraum Thun gibt es mit der Kiesabbaustelle mit anschliessender Wiederauffüllung «Pfandern» in Thun durch die Betreiberin [U50] sogar eine Festsetzung im KAGA-Gebiet selbst, die noch nicht in Betrieb genommen wurde.[1824] Die Behauptung der Parteien, dass das Konkurrenzverbot bezüglich des Erwerbs von Abbaurechten und des Betriebs von Abbaustellen im KAGA-Gebiet aus faktischen Gründen oder aufgrund der raumplanungs- und bewilligungsrechtlichen Vorschriften keine Folgen mehr haben kann, ist demnach unzutreffend.

C.6.5.3.2 Teilaspekt C.2: Regelung des Wettbewerbsverhaltens der Aktionärinnen in der Weiterverwendung der KAGA-Ressourcen

989. **Zur Umsetzung**: Der Konsens unter den Beteiligten, wonach die Aktionärinnen von Vorzugspreisen profitieren sollten,[1825] beinhaltet implizit auch eine Einigung der beteiligten Unternehmen darüber, dass die bevorzugten Aktionärinnen ihren Vorteil nicht an Dritte weitergeben dürfen, was die Parteien im Übrigen auch explizit abgemacht haben.[1826] Dass dieses Verständnis der Vorzugspreisgewährung zugunsten der Aktionärinnen von Letzteren (zumindest zum Teil) umgesetzt wurde, ergibt sich daraus, dass Dritte in den Jahren von 1982 bis und mit 2014 regelmässig jährlich mehrere 10'000 m^3 Kies bei KAGA bezogen (und dabei selbst dort abgeholt) haben,[1827] und zwar zu einem wesentlich über dem Aktionärspreis liegenden Preis.[1828] Das hätten sie nicht getan, wenn sie den Kies von KAGA über deren Aktionärinnen günstiger hätten beziehen können. Und die Aktionärinnen hätten nicht darauf verzichtet, diesbezügliche Angebote an die selbstabholenden Dritten zu machen und damit diese tiefhängenden Früchte zu ernten, wenn kein gemeinsames Verständnis darüber bestanden hätte, genau das eben nicht zu tun.

990. Wie oben festgestellt, haben die Aktionärinnen dieses gemeinsame Verständnis mehrfach zum Ausdruck gebracht.[1829] Der damalige Vertreter von Hofstetter (heute Alluvia) hat dazu festgehalten, «dass in Bezug auf die Firma [U46] die gleichen Bedingungen gelten sollten, wie für die KAGA-Mitglieder untereinander. Kleinere Verstösse können und sollen nicht geahndet werden».[1830] Den Akten lassen sich keine Hinweise darauf entnehmen, dass es zu Ahndungen von diesbezüglichen Verstössen gekommen wäre. Das bekräftigt weiter, dass sich die Aktionärinnen im Wesentlichen dem gemeinsamen Verständnis entsprechend verhalten haben und höchstens «kleinere Verstösse» begangen haben.

991. Per 2015 haben sich die Beteiligten darauf geeinigt, den Aktionärinnen bis auf Weiteres keine Vorzugspreise mehr zu gewähren.[1831] Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Beteiligten weiterhin das Verständnis haben, dass die Aktionärinnen Preisvorteile, die sie aufgrund des – mittlerweile zwar für alle Kundinnen gleich angewandten – gestaffelten Mengenrabatts erhalten, nicht an Dritte weitergeben dürfen.[1832]

[1817] Siehe dazu Rz 282; auf diesen Punkt hinweisend auch Act. IX.30 Beilage 3 Rz 6.
[1818] Act. VIII.158 Rz 34, 70 und 85–88.
[1819] Siehe Rz 583.
[1820] Act. VIII.163 Rz .9 zweites Lemma.
[1821] So etwa Act. VIII.158 Rz 34.
[1822] Siehe Rz 957, insbesondere Fn 1729.
[1823] Rz 397.
[1824] Rz 402.
[1825] Siehe zu den Vorteilspreisen oben Rz 888 ff. und unten Rz 1032 ff.
[1826] Siehe dazu ausführlicher oben Rz 919 sowie Rz 973 und unten Rz 1035 ff.; siehe auch das Beispiel aus dem Jahr 1975, oben Rz 736.
[1827] Act. IV.13, Beilage 22, S. 9.
[1828] Vgl. Rz 1059.
[1829] Oben Rz 921 f.
[1830] Oben Rz 921.
[1831] Unten Rz 1040.
[1832] Siehe dazu unten Rz 1050.

992. **Zu den Folgen**: Die Folgen des Konsenses, wonach Dritte den Aktionärsvorzugspreis auch nicht (zumindest teilweise) via die Aktionärinnen erhalten sollen, führt zu denselben Folgen wie das Verlangen des höheren Drittpreises durch die KAGA:[1833] Die Aktionärinnen erhielten die Kiesprodukte der KAGA bis und mit 2014 zu besseren Preisen als Dritte. Damit hatten sie einen Wettbewerbsvorteil gegenüber diesen Dritten, die den höheren Preis bezahlen mussten. Seit 2015 besteht dieser Wettbewerbsvorteil so nicht mehr. Allerdings ist die KAGA, weil sie kein Kieswerk betreibt, nach wie vor auf die Bedürfnisse und Nachfrage von nahe zu ihr gelegenen Aktionärinnen mit Kieswerk ausgerichtet (andere haben eine sehr kleine Nachfrage nach Wandkies).[1834] Das sind namentlich die drei Aktionärinnen Daepp, Heimberg und Kästli.

993. Mehrere Parteien machen in ihren Stellungnahmen zum Antrag und anderswo unter Berufung auf die Feststellungen der Wettbewerbsbehörden geltend, es gäbe gar keinen eigentlichen Markt für Rohkies, da dieser in wirtschaftlich wesentlichem Ausmass einzig von Kieswerken zur Herstellung von veredeltem Kies nachgefragt werde, weshalb auch keine Folgen bestehen können.[1835] Ausserdem machen einige Parteien geltend, sie seien nicht im Bereich des Verkaufs von Rohkies tätig bzw. dieser sei für sie nur marginal und letztlich bedeutungslos.[1836] Da sie ohnehin kaum oder keinen Rohkies verkaufen würden, habe sie diese Preisvorgabe nicht betroffen und diese habe entsprechend auch insofern keine Folgen gehabt.[1837] Gerade für Aktionärinnen wie Marti, die nicht in der Nähe von KAGA eine Kiesgewinnungsstätte haben, wäre ein Kieshandel mit Kies von KAGA besonders unattraktiv, da dieser mit wesentlichen Kosten verbunden sei wie etwa Organisation, Personal, Fahrzeuge, Werbung etc. Zudem sei nicht erkennbar, wer die möglichen Abnehmer sein sollten, da ja die wichtigsten Abnehmerinnen von KAGA die Aktionärinnen seien, die kein Interesse am Erwerb durch einen Zwischenhändler hätten.[1838] Unter dem Preissystem von 2015 könnten auch Dritte von den höheren Rabattstufen profitieren: Wäre der Handel mit Rohkies nun so einfach möglich, wie es der Antrag annehme, könnten Dritte ja diesen Handel uneingeschränkt betreiben.[1839] Vigier macht ausserdem geltend, ein Handel käme für Aktionärinnen mit weiter entfernten Kiesabbaustätten nicht in Frage, da der Transport zu teuer wäre.[1840]

994. Diese Vorbringen vermögen nicht durchzudringen. Zutreffend ist zwar, dass Rohkies nur in bescheidenem Umfang von Nicht-Kieswerken nachgefragt wird und dass Kieswerke regelmässig zusammen mit Kiesgruben betrieben werden, aus denen sich das jeweilige Kieswerk weitgehend – mit Ausnahme von Ergänzungslieferungen – selbst versorgt. Das haben die Wettbewerbsbehörden in der Tat so festgestellt. Eine bescheidene Nachfrage nach Rohkies ausserhalb dieser vertikal integrierten Kiesgruben und -werke ist aber nicht dasselbe wie überhaupt keine Nachfrage nach Rohkies. Die Feststellung, dass KAGA in etwa [>80]% des abgebauten Rohkieses an ihre Aktionärinnen veräussert,[1841] heisst umgekehrt, dass sie immerhin [<20]% an Dritte veräussert. Ähnlich ist das Verhältnis zuweilen auch bei Kiesabbaustellen, die von Dritten betrieben werden.[1842] Gäbe es keine Nachfrage Dritter, wäre im Übrigen unverständlich, weshalb die branchenkundigen Beteiligten gleichwohl diese – diesfalls sinn- und zwecklose – Abmachung getroffen hätten; und zwar bereits im KAGA-Vertrag und mit Absicherung durch eine Konventionalstrafe, wobei sie auch deren Nichteinhaltung im VR diskutierten.[1843] Soweit die Aktionärinnen geltend machen, sie würden nicht mit Rohkies handeln oder dieser Handel sei bloss marginaler Bedeutung, geht das in dieselbe Richtung. Es ist sicherlich nicht eine Tätigkeit, welche für die Anbieterinnen zentral wäre und welche sie forcieren würden, zumal sie ein grösseres finanzielles Interesse daran haben, den Kies zu veredeln und das teurere Produkt veredelten Kies zu veräussern. Die geringe Bedeutung aus Anbietersicht ändert aber nichts daran, dass es sehr wohl Nachfrager nach dem Produkt Rohkies gibt, die dieses erwerben. Bezüglich Heimberg bleibt zudem anzumerken, dass die bescheidene Bedeutung des Rohkiesabsatzes nicht überraschen kann, befindet sich Heimberg doch in der Nähe zu KAGA und setzt wesentlich höhere Preise für Rohkies[1844] weshalb eigentlich erstaunlich ist, dass sie überhaupt Rohkies absetzen kann. Bei KAGA haben Dritte nun in den Jahren von 1982 bis und mit 2014 regelmässig jährlich mehrere 10'000 m^3 Rohkies bezogen.[1845] Bei genau diesen Dritten handelt es sich um mögliche Abnehmer von Rohkies von den Abbaustellen von KAGA, da sie das ja in der Vergangenheit bereits effektiv nachgefragt haben. Da diese Abnehmer den Kies selber bei KAGA abholen, würden bei einem Weiterverkauf ebendieses Rohkieses durch die Aktionärinnen für die Aktionärinnen keine Fahrzeugkosten anfallen. Die Transportkosten sind entgegen Vigier kein valabler Einwand, da es um den Weiterverkauf ab den Abbaustellen von KAGA geht, wobei der Transport ohnehin durch die Abnehmer durchgeführt wird. Auch anderweitig erschiene es möglich, die Kosten der Aktionärinnen für einen Weiterverkauf von KAGA-Kies ab deren Abbaustellen gering zu halten, zumal die Aktionärinnen auch selbstabgebauten Rohkies veräussern. Eigene Infrastruktur vor Ort wäre nicht erforderlich, da die Beladung etc. durch KAGA erfolgt. Der Aufwand würde sich im Wesentlichen auf das vorgängige Einverständnis für den Rohkiesbezug durch die Dritte im Namen der Aktionärin und die anschliessende Rechnungstellung der Aktionärin an ebendiese Dritte für deren Bezug bei KAGA beschränken. Nicht überzeugend ist

[1833] Siehe dazu oben Rz 974.
[1834] Siehe dazu ausführlicher oben Rz 409 ff. und unten, Rz 1045.
[1835] So etwa Act. VIII.163 Rz 34 f., Act. IX.9 Rz 6, Act. IX.30 Beilage 2 S. 9 f., Act. VIII.158 Rz 33, 41 und 48, Act. VIII.164 Rz 92 f., Act. IX.30 Beilage 5 Rz 33 f. Darauf hinweisend auch Act. VIII.156 Rz 46.
[1836] So etwa Act. VIII.161 Rz 15; Act. IX.8 Rz 2 und 15.
[1837] Act. VIII.158 Rz 48, Act. IX.30 Beilage 4 Rz 20; Act. IX.8 Rz 15; Act. IX.30 Beilage 1 Rz 22.
[1838] Act. VIII.158 Rz 40 und 53.
[1839] Act. VIII.158 Rz 63, auch Act. IX.30 Beilage 4 Rz 20.
[1840] Act. VIII.164 Rz 94.
[1841] Rz 411.
[1842] Rz 273.
[1843] Rz 736, 921–923 sowie 1037.
[1844] Siehe Rz 1053.
[1845] Act. IV.13, Beilage 22, S. 9.

schliesslich das Argument, dass ja Dritte unter dem neuen Rabattsystem Handel betreiben könnten, wenn dieser in der Tat so einfach wäre, wie es im Antrag geschildert werde. Denn für einen Dritten wäre im Vornherein ungewiss, welche Rabattstufe er durch die Bündelung des Verkaufs an alle Drittkunden von KAGA in einem Jahr letztlich erreichen würde, wohingegen für die drei Aktionärinnen Kästli, Heimberg und Daepp absehbar ist, dass es die höchste Rabattstufe sein wird, was ihnen eine entsprechende Preissetzung erlauben würde.

C.6.5.3.3 Teilaspekt C.3: Gegenseitiger Wettbewerbsschutz unter den Aktionärinnen: Loyale Konkurrenz

995. **Zur Umsetzung**: Die Aktionärinnen haben bereits im KAGA-Vertrag zum Ausdruck gebracht, dass sie sich in ihrem Konkurrenzverhalten untereinander zurückhalten wollen, indem sie sich auf «loyale Konkurrenz» untereinander einigten.[1846] Dass sie sich gezielt dafür einsetzten, gegen die «Unruhe und Unberechenbarkeit betreffend Kies- und Deponiepreis im Markt» vorzugehen, um «in der Region etwas Ruhe in den Branchenmarkt zu bringen», zeigen auch ihre Diskussionen im Jahr 2005 über den Übernahmeversuch der [U01].[1847] Zur Umsetzung dieses Konsenses gehört einerseits, dass die Aktionärinnen die Vorzugspreise, die sie von der KAGA erhalten, nicht an Dritte weitergeben.[1848] Andererseits gehört dazu, dass die Aktionärinnen sich in ihrem Wettbewerbsverhalten gegenüber den anderen Aktionärinnen zurücknehmen. Sie nennen dieses reduzierte Wettbewerbsverhalten «Selbstbescheidung».[1849] Zu dieser Selbstbescheidung gehört, dass die Aktionärinnen bei ihrer Preissetzung bei Aufträgen, bei denen sie sich in Konkurrenz zu anderen Aktionärinnen stehen, nicht «auf tutti» gehen. Das Ausmass dieses reduzierten Wettbewerbsverhaltens ist vorliegend allerdings nicht nachgewiesen, da dafür, soweit möglich, untersucht werden müsste, wie die Aktionärinnen hypothetischerweise offerieren würden resp. welche Preise sie setzen würden, wenn sie sich nicht zu «loyaler Konkurrenz» verpflichtet hätten.

996. **Zu den Folgen**: Die Folge eines reduzierten Wettbewerbsverhaltens in einem bestimmten Gebiet, hier im KAGA-Gebiet, führt dazu, dass der Wettbewerb in diesem Gebiet reduziert wird, und dass, dem Zweck der KAGA entsprechend, der Besitzstand der in diesem Gebiet tätigen Unternehmen tendenziell erhalten bleibt.

997. Alluvia macht in ihrer Stellungnahme zum Antrag geltend, ein anschauliches Beispiel, wie die Bekenntnis zu «loyaler Konkurrenz» zu vermindertem Wettbewerb geführt habe, sei nicht dargetan. So bleibe etwa unklar, was es bedeuten soll, dass die Aktionärinnen den Wettbewerbsdruck weniger gefürchtet hätten, wenn eine Aktionärin [U01] übernommen hätte als wenn dies eine unabhängige Dritte getan hätte.[1850] KAGA argumentiert ähnlich. Sie beruft sich darauf, im Antrag werde festgehalten, es sei nicht nachgewiesen, ob und inwieweit das angebliche Konzept der «loyalen Konkurrenz» irgendwelche konkreten Folgen für das Wettbewerbsverhalten der Aktionärinnen gehabt habe.[1851] Damit vermögen Alluvia und KAGA nicht zu überzeugen. Die Wettbewerbsbehörden haben zugestanden, dass sich das Ausmass des reduzierten Wettbewerbsverhaltens nicht messen lässt bzw. nicht nachgewiesen ist. Erwiesen ist hingegen, dass die Aktionärinnen davon ausgehen, dass unabhängige Dritte sie unter grösseren Wettbewerbsdruck setzen würden als es andere Aktionärinnen tun. Das «wieviel» des geringeren Wettbewerbsdrucks mag nicht nachgewiesen sein, das «ob» hingegen schon.

C.6.5.4 sammenfassung zur Umsetzung und zu den Folgen

998. Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass die Beteiligten die drei Gegenstände A, B und C ihrer Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA umgesetzt haben. Damit haben sie auch den Kerngegenstand (Wettbewerbsdruck dämpfen, der von den Kiesvorkommen im Aaretal resp. von deren Abbau auf die Aktionärinnen ausgeht) umgesetzt. Diese Umsetzung führt im Wesentlichen dazu, dass im Aaretal der Konkurrenzdruck abgeschwächt wird. Dem Aaretal werden potenzielle Akteurinnen entzogen und Dritte werden im Aaretal benachteiligt.

C.6.6 Zusammenfassendes Beweisergebnis zu den Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA

999. Die Feststellungen zu den Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA unter den Aktionärinnen der KAGA und der KAGA ergeben somit Folgendes:

1000. Kapitel C.6.2 hat ergeben, dass die nachfolgenden juristischen Personen übereingekommen sind (natürlicher Konsens), durch die Bestimmungen des KAGA-Vertrages gebunden zu sein:

- K. + U. Hofstetter & Co (heute: Hofstetter) (seit 1970)
- Messerli & Co (heute: Messerli) (seit 1970)
- Aare-Kies (seit 1970)
- Bendicht Kaestli & Soehne AG (heute: Kästli) (seit 1970)
- Heimberg (seit 1970)
- A. Marti & Cie AG (heute: Marti) (seit 1970)
- Kiestag (seit 1977)[1852]
- KAGA (Unterzeichnerin der Vereinbarungen vom 17. Mai 1977 und vom 16. Mai 2012).

1001. Zwischen den ersten sechs genannten juristischen Personen besteht der Konsens seit dem 20. März 1970. Der Konsens zwischen allen aufgeführten acht juristischen Personen besteht spätestens seit dem 17. Mai 1977 und unter Berücksichtigung der Änderungen vom

[1846] Oben Rz 927 ff.
[1847] Oben Rz 930 mit Verweis auf Rz 772.
[1848] Siehe dazu oben Rz 989.
[1849] Oben Rz 932.
[1850] Act. VIII.162 Rz 50, auch Rz 77.c in fine.
[1851] Act. VIII.156 Rz 123.
[1852] Es kann vorliegend mangels Relevanz offenbleiben, ob die Kiestag durch die Übernahme der Aktien der konkursiten [U09] derart in deren Rechte eintrat, dass ihr aufgrund Unternehmensnachfolge zudem die Vertragspartnerschaft der [U09] von 1970 bis 1977 angerechnet werden könnte.

16. Mai 2012 bis heute. Seit 2004 sind gewisse Kartellrechtsverstösse direkt sanktionierbar. Diese Untersuchung fokussiert deshalb auf diejenigen Unternehmen, die auch nach 2004 noch an diesem Konsens beteiligt waren. An dieser Stelle wird daher nicht weiter auf Unternehmen eingegangen, die früher zeitweise beteiligt waren.[1853]

1002. Kapitel C.6.3 hat ergeben, dass die Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA die nachfolgenden Gegenstände beinhalten:

A Die Aktionärinnen haben sich darauf geeinigt, Dritte daran zu hindern, im Aaretal neue Konkurrenz ausüben zu können. Um dies umzusetzen, kamen sie weiter überein, neue Abbaustellen im Aaretal gemeinsam zu besetzen und bisher individuell gehaltene Abbaurechte in die KAGA einbringen. Der Abbau der Ressourcen ab den KAGA-Abbaustellen soll nur noch gemeinsam über KAGA erfolgen. Um nicht doch neuen Wettbewerbsdruck durch die gemeinsam gehaltenen Ressourcen aufkommen zu lassen, haben sie untereinander geregelt, wie sich die KAGA (Gegenstand B) und die Aktionärinnen (Gegenstand C) verhalten sollen.

B Die Aktionärinnen haben aus der KAGA eine Dienerin der Aktionärsinteressen gemacht. Dabei haben sie sich auf inhaltliche Grundsätze geeinigt (B.1). So sollte die KAGA für die Aktionärinnen nach Möglichkeit keinen Wettbewerbsdruck erzeugen und ihnen vorteilhafte Preise anbieten für die KAGA-Ressourcen (B.1.1). Die vorteilhaften Preise wurden per 2015 aufgehoben. Gegen Konkurrentinnen der KAGA und/oder der Aktionärinnen hingegen sollte die KAGA ihr Potenzial durchaus ausspielen (B.1.2). Zudem haben die Aktionärinnen organisatorische Massnahmen getroffen (B.2): Sie haben sich insbesondere gegenseitig das Recht auf je einen Sitz im Verwaltungsrat der KAGA eingeräumt, womit sie die Möglichkeit erhalten, die wesentlichen Elemente des KAGA-Wettbewerbsverhaltens zu steuern. So legt der Verwaltungsrat nicht nur die Preise für Kiesmaterial fest, das an die Aktionärinnen verkauft wird, sondern auch die Preise für Drittkundinnen (für Kiesmaterial und für das Deponieren). Oder die Aktionärinnen haben sich im Schosse des Verwaltungsrates darauf geeinigt, der [U04] die Wirtschaftsmacht der KAGA anzudrohen, um die [U04] vom Kauf der Abbaustelle [U01] abzubringen.

C Damit im Aaretal auch durch die Aktionärinnen kein zusätzlicher Wettbewerb entsteht, haben sich die Aktionärinnen darauf geeinigt, den Wettbewerbsdruck, der von ihnen ausgehen könnte, zu dosieren. Diese Dosierung hat drei Teilaspekte. Erstens einigten sich die Aktionärinnen darauf, dass keine von ihnen im KAGA-Gebiet einen Kiesabbau betreibt, der über den status quo von 1970 hinausgeht (C.1). Abbaupläne, die über die «zugelassenen Gebiete» hinausgehen, dürfen die abbauwilligen Aktionärinnen nur mit Zustimmung der anderen Aktionärinnen umsetzen. Zuletzt haben die Aktionärinnen ihre Erlaubnis hierfür 2012 der Daepp gegeben, im Gegenzug aber die dortige Deponiemöglichkeit für KAGA beansprucht. Zweitens sahen die Aktionärinnen vor, dass sie ihre Vorteile (Aktionärspreis) nicht an Dritte weitergeben dürfen (C.2). Drittens haben sich die Aktionärinnen darauf geeinigt, «loyale Konkurrenz» zu betreiben (C.3). Entsprechend haben die Aktionärinnen im Jahr 2002 im Rahmen eines Strategietreffens zum Ausdruck gebracht, dass die KAGA unter anderem dies tun soll: «Konkurrenz verhindern, Markt beruhigen» und «eine faire Politik unter den Aktionären betreiben».

1003. Diese drei Gegenstände bilden zusammen den Kerngegenstand der Zusammenarbeit: Den Wettbewerbsdruck dämpfen, der von den Kiesvorkommen im Aaretal resp. von deren Abbau auf die Aktionärinnen ausgeht

1004. Kapitel C.6.4 hat ergeben, dass die Beteiligten an den festgestellten Abmachungen damit den Zweck verfolgt haben, so den Besitzstand einer jeden Aktionärinnen zu schützen.

1005. Kapitel C.6.5 hat ergeben, dass die Beteiligten die Gegenstände A, B und C ihrer Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA umgesetzt haben. Diese Umsetzung führt im Wesentlichen dazu, dass im Aaretal der Konkurrenzdruck abgeschwächt wird. Dem Aaretal werden potenzielle Akteurinnen entzogen und Dritte werden im Aaretal benachteiligt.

C.7 Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen

C.7.1 Gegenstand dieses Kapitels

1006. Die KAGA hat seit ihrer Gründung diverse Rabattformen zu Gunsten ihrer Aktionärinnen angewandt und diese zum Teil kumuliert. In diesem Kapitel werden alle diese Rabattformen gebündelt dargestellt. Hierbei wird zunächst untersucht, ob KAGA nicht nur Rabatte für Kiesprodukte, sondern auch Rabatte für das Deponieren gewährte (nachfolgend Unterkapitel C.7.3). Anschliessend wird auf die generellen Preisvorteile (Listenpreise) der Aktionärinnen für alle Kiesprodukte eingegangen (Unterkapitel C.7.4). Sodann werden die diversen zusätzlichen Preisvorteile der Aktionärinnen beim Einkauf von Wandkies beleuchtet wie «Mengenrabatte» für Aktionärinnen, Qualitätsrabatte und punktuelle Aktionen und Rückvergütungen (Unterkapitel C.7.5). Weiter wird der sogenannte Transportkostenausgleich beschrieben (die Bezahlung der Kosten für den Transport von Wandkies von den KAGA-Abbaustellen zu den Kieswerken der Aktionärinnen; Unterkapitel C.7.6). Abschliessend werden in einer Übersicht aller Vorzugskonditionen die diversen Rabatte und Preisvorteile zugunsten der Aktionärinnen zusammengetragen sowie das zusammenfassende Beweisergebnis festgehalten (Unterkapitel C.7.7). Wie im Überblick ausgeführt,[1854] ist dieses Kapitel von besonderer Bedeutung für die Beurteilung, ob hierin eine

[1853] Siehe dazu Rz 514 f.
[1854] Rz 224.

missbräuchliche Verhaltensweise von KAGA zu erblicken ist. Ferner ist es besonders bedeutend für den mit dem Preissystem von KAGA zusammenhängenden Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen (insbesondere Unterkapitel C.7.4.1) und die Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben (Unterkapitel C.7.4.2).

C.7.2 Vorbemerkung: Das Gewähren von Vorzugskonditionen stellt vorliegend sowohl eine Koordination zwischen den Aktionärinnen als auch ein Verhalten von KAGA dar

1007. Wie sich folgend zeigen wird, wurden die in diesem Kapitel dargestellten Vorzugskonditionen allesamt von den Aktionärinnen der KAGA gemeinsam beschlossen. Dies einerseits, indem die Gründungsaktionärinnen dem KAGA-Vertrag zustimmten.[1855] Andererseits hat der Verwaltungsrat von KAGA die im KAGA-Vertrag angelegten Privilegierungen der Aktionärinnen über Jahrzehnte mittels entsprechender Beschlüsse umgesetzt und konkretisiert.[1856] Wie an anderer Stelle festgestellt wurde,[1857] handelt es sich vorliegend bei den Beschlüssen im VR von KAGA zugleich um Konsense zwischen allen Aktionärinnen, deren entsandte VR-Mitglieder zustimmten. Diese «zusätzliche Zuordnung» an die Aktionärinnen ändert freilich nichts daran, dass Beschlüsse des VR von KAGA ebenfalls KAGA selbst zuzuordnen sind.

C.7.3 Bessere Konditionen für Aktionärinnen auch im Bereich Deponie?

1008. Die weiter unten erfolgenden Ausführungen zeigen (C.7.4), dass sich die Aktionärinnen der KAGA beim Bezug von Kiesprodukten Vorteile verschafft haben (im Vergleich zu Nicht-Aktionärinnen). In diesem Kapitel wird untersucht, ob sich die Aktionärinnen auch bei den Preisen für das Deponieren von Material besser als Nicht-Aktionärinnen behandelt haben. Dabei werden folgende Fragen beleuchtet:

- Profitierten die Aktionärinnen, nicht aber Nicht-Aktionärinnen, auch von *direkten* Vorzugspreisen für das Deponieren von Material (nachfolgend C.7.3.1)?
- Profitierten die Aktionärinnen neben einem Ausgleich der Kosten für den Transport *von Rohkies* auch von einem Ausgleich der Kosten für den Transport *von Deponiematerial*? Damit verbunden wäre ein *indirekter* Vorzugspreis für das Deponieren von Deponiematerial (nachfolgend C.7.3.2)?
- Profitierten die Aktionärinnen von einem Ausgleich der Kosten für den «Export» von Material aus dem Aaretal (nachfolgen C.7.3.3)?

C.7.3.1 Direkte Vorzugspreise im Bereich Deponie für Aktionärinnen, nicht aber für Dritte in den Jahren 2001 und 2002

1009. Art. 3 des KAGA-Vertrags enthält eine Einigung darauf, dass KAGA den Aktionärinnen «Vorzugspreise» anbieten soll.[1858] Die Bestimmung bezieht sich aber nur auf «Kiesmaterial» und somit nicht auch auf die Preise für das Deponieren von Deponiematerial.

1010. Dennoch praktizierten die Aktionärinnen in den Anfangsjahren der KAGA einen Vorzugspreis zu ihren Gunsten auch im Deponiebereich (CHF 1.– anstatt CHF 1.50 pro m^3).[1859] 1975 schafften sie die Deponiepreise wieder ab.[1860] Per 1986 wurde erneut ein Preis für die Deponierung von Deponiematerial eingeführt und zwar ohne Differenzierung zwischen Aktionärinnen und Nicht-Aktionärinnen.[1861] Der Entscheid, überhaupt wieder einen Preis für die Deponierung von Material zu verlangen, war von Messerli angestossen worden, da die «Berner Unternehmen» «ohne Deponiegebühren allzu stark konkurrenziert» würden.[1862] Bei der Diskussion dieses Traktandums machte [U10] zwar nachdrücklich darauf aufmerksam, dass die Einführung einer Deponiegebühr für sie einen «schweren Schlag» darstelle, weil dies ihre Konkurrenzfähigkeit gefährde; dennoch wurde vom VR alsdann einstimmig eine Deponiegebühr von CHF 1.– pro m^3 beschlossen.[1863]

1011. KAGA erhöhte den Preis von CHF 1.– pro m^3 im Jahr 1986 in den folgenden Jahren kontinuierlich. Aus den Akten ergeben sich bis 1999 folgende Anpassungen:[1864] 1987 auf CHF 2.– pro m^3; 1989 auf CHF 3.– pro m^3; 1991 auf CHF 4.– pro m^3; 1999 auf CHF 6.– pro m^3.

1012. Die folgende Tabelle gibt die Entwicklung der Deponiepreise für unverschmutzten Aushub ab dem Jahr 2000 wieder. Die Preise werden dabei in erster Linie in CHF pro Tonne angegeben, da KAGA ihre Preise seit 2002 so bekanntgibt.[1865] KAGA hat für die Umrechnung von Tonnen in m^3 für Aushubmaterial stets einen Faktor von 1,7 verwendet.[1866] Gestützt auf diesen Faktor hat das Sekretariat die *Tonnen-Preise* der Jahre 2002 bis 2016 in *m^3-Preise* umgerechnet. Für die Preise von 2000 und 2001 hat es das Umgekehrte gemacht, indem es die *m^3-Preise* gemäss KAGA-Preislisten in *Tonnen-Preise* umgerechnet hat.

[1855] Siehe dazu z.B. Rz 1032 f. Im Detail zum Abschluss des KAGA-Vertrags Rz 581 ff.
[1856] Siehe dazu z.B. Rz 1033.
[1857] Siehe dazu Rz 672 ff.
[1858] Oben Rz 583.
[1859] VR-Protokoll der KAGA vom 22.6.1971, T. 3, Act. II.C.X.5.
[1860] VR-Protokoll der KAGA vom 20.2.1975, T. 2.g, Act. II.C.X.5; VR-Protokoll der KAGA vom 18.11.1976, T. 3, Act. II.C.X.32; VR-Protokoll der KAGA vom 24.4.1981, T. 5, Act. II.C.X.32.
[1861] VR-Protokoll der KAGA vom 11.9.1985, T. 7, Act. II.C.X.32.
[1862] VR-Protokoll der KAGA vom 21.3.1985, T. 3, Act. II C.X.32.
[1863] VR-Protokoll der KAGA vom 11.9.1985, T. 7, Act. II.C.X.32.
[1864] Die Quellenangaben für die Preiserhöhungen ab 2002 befinden sich in der Tabelle der nachfolgenden Rz; 1999: VR-Protokoll der KAGA vom 10.10.1998, T. 4, Act. II.D.X.6; 1991: VR-Protokoll der KAGA vom 6.6.1990, T. 7, Act. II.C.X.32; 1989: VR-Protokoll der KAGA vom T. 1, Act. II.C.X.32; 1987: VR-Protokoll der KAGA vom 27.8.1986, T. 7, Act. II.C.X.32.
[1865] Per 2002 beschloss der VR der KAGA (implizit) einstimmig (oben Rz 694 f.), den Preis für Aushub sauber 1B von CHF 6.– pro m^3 auf CHF 8.– zu erhöhen und «das Deponiematerial ab 1.1.2002 in Tonnen anzunehmen und verrechnen». Er verwendete für die Umrechnung einen Faktor von 1,7, was einen Preis von CHF 4.70 pro Tonne ergab (VR-Protokoll der KAGA vom 29.11.2001, T. 4, Act. II.D.X.6; siehe auch VRA-Protokoll der KAGA vom 13.11.2001, T. 4, Act. II.C.X.61).
[1866] Siehe z.B. für 2016: Act. IV, 13, Beilage 13, Jahr 2016, S. 1/8, Aare-Kies, Total 6, Aushubmaterial, 8.92 / 5.25 = 1,70; für 2012, 2011, 2008, 2006, 2002: Umrechnungsbehelfe Tonne / Kubikmeter für diese Jahre, 1B Aushub sauber: 1,70, Act. II.D.X.8.

Listenpreis Aushub (Material 1B)				
Jahr	**Preis pro Tonne** in Klammer: Aktionärspreis	**Mehrpreis für Dritte**	Preis pro m3 in Klammer: Aktionärspreis	Quellen
2016	10.00	gleiche Preise	17.00	Preisliste der KAGA 2016, Act. IV.13
2015	10.00	gleiche Preise	17.00	Preislisten der KAGA 2015, Act. IV.13; VR-Protokoll vom 16.12.2014, T. 2, Act. IV.13, Beilage 1 (explizit einstimmig)
2014	10.00	gleiche Preise	17.00	Preisliste der KAGA 2014, Act. II.D.X.128; VR-Protokoll vom 28.11.2013, T. 2.3, Act. II.B.X.258 (explizit einstimmig)
2013	10.00	gleiche Preise	17.00	Preisliste der KAGA 2013, Act. II.D.X.91; VR-Protokoll vom 29.11.2012, T. 2.3.3, Act. II.D.X.6 (explizit einstimmig)
2012	8.70	gleiche Preise	14.79	Preisliste der KAGA 2012, Act. II.A.X.217; VR-Protokoll vom 30.11.2011, T. 2.3.3, Act. II.D.X.6 (zwei Stimmenthaltungen)
2011	8.50	gleiche Preise	14.45	Preisliste Deponiematerial 2011, Act. II.A.X.217; VR-Protokoll vom 24.11.2010, T. 2.3.4, Act. II.D.X.6 (implizit einstimmig)
2010	7.90	gleiche Preise	13.43	Preisliste Deponiematerial 2011, Act. II.A.X.217; VR-Protokoll vom 02.12.2009, T. 2.4.4, Act. II.D.X.6 (implizit einstimmig)
2009	7.90	gleiche Preise	13.43	Preisliste Deponiematerial 2011, Act. II.A.X.217; VR-Protokoll vom 03.12.2008, T. 2.3.4, Act. II.D.X.6 (explizit einstimmig)
2008	7.20	gleiche Preise	12.24	Preisliste der KAGA 2008, Act. II.D.X.8; vgl. VR-Protokoll vom 02.12.2006, T. 2.3.1, Act. II.D.X.6
2007	7.00	gleiche Preise	11.90	Preisliste der KAGA 2008, Act. II.D.X.8; VR-Protokoll vom 06.12.2006, T. 2.4.1, Act. II.D.X.6 (implizit einstimmig)
2006	6.00	gleiche Preise	10.20	Preisliste der KAGA 2006, Entwurf, Act. II.C.X.98; VR-Protokoll vom 30.11.2005, T. 2.4.4, Act. II.B.X.258 (implizit einstimmig)
2005	6.00	gleiche Preise	10.20	Preisliste der KAGA 2005, Act. II.C.X.89; VR-Protokoll vom 02.12.2004, T. 2.2.2, Act. II.D.X.6 (explizit einstimmig)
2004	5.30	gleiche Preise	9.00	Preisliste der KAGA 2004, Act. II.C.X.83; VR-Protokoll vom 27.11.2003, T. 3.2.3, Act. II.D.X.6 (implizit einstimmig)
2003	5.30	gleiche Preise	9.00	Preisliste der KAGA 2003, Act. II.C.X.77; VR-Protokoll vom 28.11.2002, T. 5.3, Act. II.D.X.6 (explizit einstimmig)
2002	4.70 (3.76)	**25%**[*)]	8.00 (6.40)	Preisliste der KAGA 2002, Act. II.C.X.69; VR-Protokoll vom 29.11.2001, T. 4 und 5.3, Act. II.D.X.6 (explizit einstimmig)
2001	3.53 (2.82)	**25%**[*)]	6.00 (4.80)	Preisliste der KAGA 2002, Act. II.C.X.69; VR-Protokoll vom 06.12.2000, T. 4.3, Act. II.D.X.6 (implizit einstimmig)
2000	3.53	gleiche Preise	6.00	Preisliste 2001 der KAGA, Act. II.C.X.64; VR-Protokoll vom 08.12.1999, T. 4.1, Act. II.D.X.6 (explizit einstimmig)
[*)] Siehe Erläuterungen dazu nachfolgend im Text.				

Tabelle 41: Listenpreise der KAGA für Aushub 2000 bis 2016 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

1013. Seit der Einführung der für alle Kundinnen gleichen Deponiepreise im Jahr 1986 gewährte KAGA ihren Aktionärinnen nur punktuell Vorzugskonditionen. Am 6. Dezember 2000 beschloss der VR der KAGA einstimmig, den Aktionärinnen im Jahr 2001 einen Rabatt von 20 % auf den Deponiepreisen zu gewähren.[1867] Ein Grund, weshalb der VR diesen Rabatt beschloss, ist dem entsprechenden VR-Protokoll nicht zu entnehmen. Wichtig war dem VR, dass der Rabatt nur den Aktionärinnen zu Gute kommen sollte: «Den Aktionären wird ein Rabatt von 20 % auf den Deponiepreisen gewährt. Mit diesem Rabatt darf kein Handel betrieben werden!!!»[1868]

1014. Am 29. November 2001 beschloss der VR der KAGA, den Aktionärinnen den Rabatt von 20 % auf Deponiepreisen auch für das Jahr 2002 zu gewähren. Auch zu diesem Beschluss finden sich im entsprechenden VR-Protokoll keine Gründe. Dies erscheint besonders bemerkenswert, da der VR gleichzeitig mit der Gewährung von Vorzugspreisen zu Gunsten der Aktionärinnen für das Deponieren von Material Massnahmen beschloss, welche die Anlieferung von Deponiematerial reduzieren sollten (Erhöhung der Deponiepreise und Annahme unter gewissen Umständen nur auf Voranmeldung).[1869]

1015. Für das Jahr 2003 beschloss der VR der KAGA am 28. November 2002 hingegen ausdrücklich «kein Rabatt für Aktionäre» bei den Deponiegebühren.[1870] Auch spätere Preisunterschiede zwischen Aktionärinnen und anderen Kundinnen sind in den Akten nicht ersichtlich. Zwar diskutierte der VR der KAGA dieses Thema noch verschiedentlich. So «wünscht [...] eine Preisermässigung für KAGA-Aktionäre für Aushub zu überlegen» (2006).[1871] Im Jahr 2008 wurde im VR intensiv über unterschiedliche Deponiepreise für Aktionärinnen und andere Kundinnen diskutiert.[1872] Offenbar sind diese Initiativen aber versandet, jedenfalls finden sich nach 2002 keine Hinweise mehr auf praktizierte Preisdifferenzierungen zwischen Aktionärinnen und Dritten im Bereich Aushub. Dies deckt sich auch mit der Aussage von [...], Geschäftsführer der KAGA von 1985 bis 2015: «Eine Bevorzugung im Deponiebereich gibt es nicht, alle – auch die Aktionäre – werden gleich behandelt».[1873] Dasselbe sagte [...] aus, damaliger Leiter technisches Büro der KAGA: «Was ich noch anfügen möchte, bei der Annahme für Aushub gab es nie Unterschiede. Der Preis war immer für alle gleich, also für Aktionäre und Dritte».[1874] Freilich ist die Überzeugungskraft dieser beiden generellen Aussagen nicht über alle Zweifel erhaben, da darin die Preisdifferenzierungen von 2001 und 2002 unerwähnt bleiben. Wie dem auch sei, jedenfalls ist nicht erstellt, dass KAGA auch noch im Jahr 2003 oder später direkte Preisdifferenzierungen bei den Deponiepreisen vorgenommen hätte.

[1867] Ein Rabatt von 20 % zugunsten der Aktionärinnen bedeutet, dass Nicht-Aktionärinnen einen Mehrpreis von 25 % zu bezahlen haben (z.B. für das Jahr 2001: ein Rabatt von 20 % für die Aktionärinnen auf den Preis von CHF 6.– pro m^3 ergibt einen Preis von CHF 4.80 für die Aktionärinnen und somit einen Preiszuschlag von CHF 1.20 also 25 % für Dritte).
[1868] VR-Protokoll der KAGA vom 6.12.2000, T. 4.3, Act. II.C.X.62; siehe auch Preisliste der KAGA 2001, Act. II.C.X.64.
[1869] VR-Protokoll der KAGA vom 29.11.2001, T. 4.1, Act. II.C.X.62; siehe auch Preisliste der KAGA 2002, Act. II.C.X.69.
[1870] VR-Protokoll der KAGA vom 28.11.2002, T. 5.3, Act. II.D.X.6.
[1871] VR-Protokoll der KAGA vom 23.3.2006, T. 7, Act. II.B.X.258.
[1872] VR-Protokoll der KAGA vom 3.12.2008 T. 2.3.1, Act. II.D.X.6.
[1873] EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 65 f., Act. III.8.
[1874] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 278 f., Act. III.5; siehe weiter die Aussagen von [...], EV von [...] vom 15.1.2015, Rz 422–424, Act. III.7.

1016. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass der VR der KAGA für die Jahre 2001 und 2002 einen Rabatt auf die Deponiepreise zu Gunsten der Aktionärinnen festlegte, der zu 25 % höheren Preise für Dritte führte. Ab dem Jahr 2003 lagen die Preislistenpreise für Aktionärinnen und Dritte auf demselben Niveau, weitere vom VR festgelegten Rabatte auf die Deponiepreise zu Gunsten der Aktionärinnen sind nicht erstellt.[1875] Diese ungleiche Behandlung von Aktionärinnen und Nicht-Aktionärinnen im Bereich Deponiepreise wurde somit vor Einführung der direkten Sanktionen im Kartellrecht beendet und danach nicht wieder aufgegriffen und fortgesetzt. Es wird deshalb darauf verzichtet, sie im Rahmen des vorliegenden Verfahrens weiter zu untersuchen und zu beurteilen.

C.7.3.2 Teilweise Übernahme von Deponietransportkosten aufgrund des Transportkostenausgleichs für Rohkies: Indirekte Vorzugspreise für einige Aktionärinnen, nicht aber für Dritte, in den Jahren 2003 bis 2014

1017. Der Transportkostenausgleich stellt eine Vergütung dar, die an sich darauf zielt, dem Empfänger der Vergütung die Kosten auszugleichen, die ihm durch den Transport *von Rohkies* ab den Gruben der KAGA entstehen.[1876] Allerdings führen zwei Aspekte dazu, dass die Aktionärinnen der KAGA mit der «Subventionierung» ihrer Kosten für den Transport von Rohkies auch ihre Kosten für den Transport von Deponiematerial und damit die Kosten für das Deponieren an sich vergünstigt haben.

1018. **Erster Aspekt:** Wer Kies bei einer Kiesgrube holt, muss zwangsläufig dorthin fahren. Wer Deponiematerial zu einer Deponie bringt, muss zwangsläufig wieder zurückfahren. Zu den Kosten einer kiesbeladenen Fahrt ab Kiesgrube kommen somit zwangsläufig die Kosten einer Hinfahrt hinzu und zu den Kosten einer deponiematerialbeladenen Fahrt zur Deponie addieren sich zwangsläufig die Kosten einer Rückfahrt. Die Kosten für Hin- und Rückfahrt sind somit verknüpft und können aus dieser Perspektive als gesamthaft entstehende Transportkosten des Kies-Holens oder des Deponiematerial-Bringens angesehen werden.

1019. Mit dem Transportkostenausgleich verfolgten die Beteiligten den Zweck, zusätzliches Deponievolumen zu schaffen.[1877] Im Einklang damit haben sie den Transportkostenausgleich bei seiner Einführung im Jahr 2002 explizit an die Bedingung geknüpft, dass die «Hinfahrt zu KAGA leer» erfolgt,[1878] also nicht zugleich Deponiematerial zur Deponierung bei KAGA mitgebracht wird. Folgerichtig haben die Beteiligten bei der Berechnung der Höhe des Transportkostenausgleichs die gesamten Transportkosten für Hin- und Rückfahrt berücksichtigt, also nicht nur die Kosten für die (mit Kies beladene) Fahrt von der Grube zum Kieswerk der jeweiligen Aktionärin, sondern auch die Kosten für die (leere) Hinfahrt. Denn die Kosten für Hin- und Rückfahrt sind – wie bereits gesagt – die Transportkosten, die für ein solches Kies-Holen insgesamt entstehen.

1020. Schon ein Jahr später, nämlich ab dem Jahr 2003 galt die Regel, dass der Transportkostenausgleich nur bei «leerer Anfahrt» ausgerichtet wird, aber nicht mehr. In den ab 2003 vorgenommenen Berechnung des Transportkostenausgleichs haben die Beteiligten vielmehr auch einen Transportkostenausgleich dafür vorgesehen, falls die Hinfahrt mit Deponiematerial beladen erfolgt und auf der Rückfahrt Kies mitgenommen wird (die Beteiligten bezeichnen diese Konstellation als «Retourfuhren»)[1879].[1880] Und dies, obwohl das Holen von Kiesmaterial kein zusätzliches Deponiematerial schafft, wenn bei der Anfahrt Deponiematerial mitgebracht wird.[1881] Die Beteiligten haben beschlossen, dass KAGA bei solchen «Retourfuhren», also bei mit Deponiematerial beladenen Hinfahrten und mit Kies beladenen Rückfahrten, 2/3 der gesamten Transportkosten (also Hin- und Rückfahrt) übernimmt.[1882]

1021. Teilt man rechnerisch die gesamten Transportkosten je hälftig auf die Hin- und die Rückfahrt auf, und geht man rechnerisch weiter davon aus, dass trotz des soeben beschriebenen reduzierten Ausgleichs von 2/3 bzw. 66,66 % der Gesamttransportkosten die gesamten Kosten der (kiesbeladenen) Rückfahrt ersetzt werden (also 50 % der Gesamttransportkosten), dann bleibt zur Subventionierung der (mit Deponiematerial beladenen) Hinfahrt immer noch 16,66 % der Gesamttransportkostenvergütung resp. 33,33 % der Kosten dieser Hinfahrt übrig. Dies bedeutet, dass die KAGA jede mit Deponiematerial beladene Hinfahrt einer transportausgleichsberechtigten Aktionärin um 1/3 vergünstigte.[1883]

[1875] Siehe insb. Preisliste der KAGA 2003, Act. II.C.X.77; siehe auch VR-Protokoll der KAGA vom 12.11.2002, T. 5.3, Act. II.D.X.7.

[1876] Ausführlich zum Transportkostenausgleich Rz 1092 ff.

[1877] Rz 1106 f.

[1878] VR-Protokoll der KAGA vom 1.5.2002, T. 2, Act. II.G.X.319; siehe auch VR-Protokoll der KAGA vom 30.5.2002, T. 5, wo festgehalten wird: «Diese Regelung gilt nur für Kieslieferungen zu den Werken der Aktionäre (…) bei leerer Anfahrt». Siehe dazu im Übrigen die weiteren Ausführungen in Rz 1100 ff.

[1879] Siehe etwa die Berechnungen zum Transportkostenausgleich vom 27.3.2003, in denen mit Deponiematerial beladene Hinfahrten mit Kiesrücktransport als «Retourfuhren (Rf)» bezeichnet werden (Act. II.G.X.319).

[1880] Siehe dazu Rz 1116 ff.

[1881] Rz 1116 und insbesondere Fn 2127.

[1882] Für Transporte, bei denen es zu «Retourfuhren» kam, wurde «mit um 33 % reduzierten Fuhrkosten» gerechnet, was anders ausgedrückt heisst, dass bei Transporten, bei welchen Aushub mitgebracht wurde, dennoch 67 % der gesamten Transportkosten ersetzt wurden. Dasselbe Vorgehen findet sich z.B. auch im TA Modell 2007 oder im TA Modell 2014 (alle Angaben finden sich in Act. II.G.X.319, namentlich das Dokument «Transportkostenausgleich TA für Wandkiesbezüge bei der KAGA zur Aufbereitung im Kieswerk» vom 27.3.2003 sowie die beiden Berechnungen TA Modell 2007 und 2014).

[1883] Kommt hinzu, dass fraglich erscheint, ob eine separierte rechnerische Aufteilung des Transportkostenausgleichs auf die Kosten der Hinfahrt einerseits und die Kosten der Rückfahrt andererseits überhaupt angeht. Entscheidend sind stets die Gesamttransportkosten, die aus Hin- und Rückfahrt bestehen (vgl. dazu auch Rz 275 und 413 f. sowie Fn 2127). Wird nun bei «Retourfuhren» ein Transportkostenausgleich ausgerichtet, reduziert dies die Transportkosten insgesamt. Dadurch fallen die Gesamttransportkosten bei «Retourfuhren», die mit einem Transportkostenausgleich unterstützt werden, geringer aus als die Gesamttransportkosten bei einer Deponierung mit leerer Rückfuhr. Selbst wenn der Transportkostenausgleich weniger als 50 % der gesamten Transportkosten ausmacht, werden damit somit durch Reduktion der Gesamttransportkosten die Kosten für die Deponierung reduziert.

1022. Dass der Transportkostenausgleich ab 2003 nicht mehr nur bei «leerer Anfahrt» galt, bedeutet nichts anderes, als dass die Aktionärinnen der KAGA auch Transportkosten für das Anliefern von Deponiematerial subventionierten. Mit anderen Worten haben die Aktionärinnen ihr Modell des Transportkostenausgleichs so ausgestaltet, dass neben Anreizen für den Kiesbezug bei KAGA zugleich Anreize für das Anliefern von Deponiematerial zu KAGA entstanden.

1023. **Zweiter Aspekt**: Für die Anwendung des reduzierten Transportkostenausgleichs war nicht entscheidend, ob tatsächlich «Retourfuhren» oder «leere Anfahrten» erfolgten. Vielmehr wurde bei den Berechnungen des Transportkostenausgleichs für das Verhältnis «Retourfuhren» zu «leeren Anfahrten» eine diesbezügliche Annahme getroffen und angewandt: So gingen die Aktionärinnen davon aus, dass es sich bei Hofstetter, Kästli-Gruppe, Kiestag und Messerli in 33 % ihrer Fahrten um «Retourfuhren» handelt, bei Heimberg in 15 % der Fahrten, während bei Daepp von keinen «Retourfuhren» ausgegangen wurde.[1884] Ob diese Annahmen der Realität entsprachen, wurde, soweit ersichtlich, nicht überprüft, obwohl es für KAGA ein Leichtes gewesen wäre, dies zu überprüfen – und selbst wenn, wurde jedenfalls die Berechnungsmethode nie den tatsächlichen Gegebenheiten angepasst.

1024. In der nachfolgenden Tabelle wird der Kiesbezug pro Aktionärin deren Deponieanlieferung gegenübergestellt. Die Zahlen stammen aus den Tabellen «Bezüge Kies in m^3 gesamt und nach Aktionären»[1885] und «Lieferungen in KAGA-Deponien in m^3 lose gesamt und nach Aktionären»[1886]. Die Aktionärinnen werden von links nach rechts nach folgendem Kriterium aufgelistet: Distanz zwischen den KAGA-Kiesgruben und den Werken der jeweiligen Aktionärin, beginnend mit der nächstgelegenen Aktionärin Aare-Kies (Daepp).[1887] Rot eingefärbt sind alle angelieferten Deponievolumina, die in einem bestimmten Jahr höher sind als die bezogenen Kiesvolumina derselben Aktionärin. Marti ist in dieser Tabelle lediglich der Vollständigkeit halber aufgeführt, denn sie hat nie einen Transportkostenausgleich erhalten.[1888] Beim Bezug ist zudem in Klammer jeweils die maximale Menge in m^3 (z.B. 35'000) angegeben, bis zu welcher in diesem Jahr jede Aktionärin den Transportkostenausgleich beziehen konnte.

[1884] Siehe Act. II.G.X.319, namentlich das Dokument «Transportkostenausgleich TA für Wandkiesbezüge bei der KAGA zur Aufbereitung im Kieswerk» vom 27.3.2003 sowie die beiden Berechnungen TA Modell 2007 und 2014.
[1885] Rz 522.
[1886] Rz 527.
[1887] Siehe dazu die Reihenfolge in der Tabelle des TA 2003, Rz 798.
[1888] Siehe zum Transportkostenausgleich im Allgemeinen Rz 1092 ff.; zur Nichtgewährung an Marti siehe etwa Rz 1087, 1097 und 1100.

Bezüge von Kies und Anlieferung von Deponiematerial aller Aktionärinnen, 2002 bis 2013, Angaben in m³ lose

		Alle A°	Aarekies	Heimberg	Kästli	Kiestag	Messerli	Hofstetter	Marti
2013	Bezug (35'000)	307'212	77'028	67'502	74'516	12'101	35'054	40'810	202
	Lieferung	*106'572*	*1'086*	*8'998*	*45'363*	*219*	*5'045*	***44'030***	*1'409*
2012	Bezug (35'000)	303'328	78'319	37'712	94'747	2'632	34'372	42'032	13'514
	Lieferung	*169'583*	*38*	*5'935*	***109'386***	*54*	*7'570*	***43'143***	*1'129*
2011	Bezug (35'000)	400'049	121'423	68'174	113'590	7'775	35'000	37'459	16'628
	Lieferung	*182'687*	*46*	*8'674*	***157'227***	*1'050*	*8'436*	*0*	*7'254*
2010	Bezug (35'000)	353'722	119'004	51'980	98'921	6'521	35'238	35'223	6'835
	Lieferung	*138'703*	*100*	*5'864*	***118'855***	*9*	*8'416*	*34*	*5'425*
2009	Bezug (35'000)	301'424	117'133	47'618	57'311	3'304	35'009	40'889	160
	Lieferung	*155'950*	*4*	*6'922*	***142'849***	*2'165*	*3'570*	*35*	*405*
2008	Bezug (35'000)	276'239	114'651	15'107	82'942	3'066	29'390	29'877	1'206
	Lieferung	*142'574*	*106*	***15'829***	***122'351***	*889*	*1'388*	*0*	*2'011*
2007	Bezug (35'000)	294'253	70'064	50'157	96'325	2'667	37'513	37'500	27
	Lieferung	*136'995*	*4'769*	*9'745*	***120'997***	*1'115*	*104*	*0*	*263*
2006	Bezug (30'000)	349'829	135'490	61'655	82'397	2'542	32'183	32'254	3'308
	Lieferung	*141'832*	*23'958*	*9'308*	***85'140***	***7'549***	*12'406*	*0*	*3'470*
2005	Bezug *(25'000)*	265'474	97'739	66'922	42'440	4'221	27'715	25'067	1'370
	Lieferung	*68'503*	*9'869*	*7'703*	*6'543*	***26'141***	*17'282*	*0*	*965*
2004	Bezug (25'000)	202'964	59'969	35'827	37'917	8'918	25'973	25'029	9'331
	Lieferung	*25'358*	*8'778*	*5'628*	*6'783*	*256*	*1'438*	*0*	*2'476*
2003	Bezug (25'000)	189'405	29'463	57'045	28'164	13'601	25'998	26'141	9'393
	Lieferung	*21'763*	*1'588*	*9'469*	*5'980*	*2'405*	*61*	*371*	*1'890*
2002	Bezug	271'160	74'292	59'920	21'650	18'170	36'504	43'567	17'057
	Lieferung	*34'582*	*9'240*	*7'659*	*6'068*	*3'655*	*4'944*	*0*	*3'016*
2001	Bezug	271'763	94'445	74'040	29'359	6'529	26'590	26'668	14'242
	Lieferung								
2000	Bezug	186'011	59'677	48'425	20'220	3'671	12'768	32'088	9'162
	Lieferung								

Tabelle 42: Bezüge von Kies vs. Anlieferung von Deponiematerial der Aktionärinnen von 2002 bis 2013 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

1025. Diese Volumina legen nahe, dass die in den Berechnungen getroffenen Annahmen[1889] bezüglich dem Verhältnis zwischen «Retourfuhren» und «leeren Anfahrten» in den ersten zwei Jahren (2003 und 2004) eher zu hoch waren, d.h., der Anteil «Retourfuhren» in der Praxis geringer gewesen sein dürften als für die Berechnung angenommen.[1890] Später dürften die Annahmen für einzelne Aktionärinnen in gewissen Jahren hingegen – z.T. deutlich – zu tief gewesen sein, d.h. der Anteil «Retourfuhren» dürfte in der Praxis grösser gewesen sein als für die Berechnung angenommen.[1891] Diese Unterschätzungen dürften sich bei den Aktionärinnen (mit Ausnahme von Kästli-Gruppe) allerdings mit Überschätzungen in anderen Jahren wieder mehr oder weniger ausgeglichen haben.[1892] Hervorzuheben sind aber zwei Punkte. Erstens: Bei Kästli-Gruppe war das deponierte Volumen von 2006 bis 2012 in jedem Jahr grösser als die bezogene Kiesmenge und machte auch 2013 noch mehr als die Hälfte aus. Die für die Berechnung des Transportkostenausgleichs getroffene Annahme, dass nur ein Drittel aller transportkostenausgleichsberechtigten Fahrten von Kästli-Gruppe «Retourfuhren» waren, erscheint bei dieser Ausgangslage realitätsfern. Mit anderen Worten dürfte die Anzahl «Retourfuhren» bei Kästli-Gruppe in der Praxis konstant wesentlich grösser gewesen sein als für die Berechnungen angenommen. Zweitens: Hofstetter (deren Vertreter im VR von KAGA der spiritus rector der Wiederbelebung des Transportkostenausgleichs war)[1893] hat – ganz im Sinne des von den Aktionärinnen mit dem Transportkostenausgleich angestrebten Zwecks, zusätzliches Deponievolumen zu schaffen – bis und mit 2011 jeweils in

[1889] Siehe oben Rz 1020.

[1890] Allenfalls mit Ausnahme einer geringfügigen Unterschätzung bezüglich Heimberg im Jahr 2003.

[1891] So bei Heimberg 2007 und 2008, bei Kästli 2006–2013, bei Kiestag 2005, 2006, 2007 und 2009, bei Messerli 2005 und 2006 und bei Hofstetter 2012 und 2013.

[1892] So bei Kiestag 2008, 2010–2013, bei Messerli 2007–2013 und bei Hofstetter 2005–2011. Bei Heimberg stimmte die Annahme in den übrigen Jahren in etwa mit der Realität überein, die Überschätzung war also eher gering.

[1893] Siehe Rz 1097 und 1107.

etwa die transportkostenausgleichs-berechtigte Menge Kies bezogen, dabei aber fast nichts bei KAGA deponiert, also nahezu ausschliesslich «leere Anfahrten» gemacht. 2012 und 2013 änderte Hofstetter ihr Verhalten grundlegend – in diesen zwei Jahren überstieg die von ihr deponierte Menge die bezogene Kiesmenge. Entsprechend dürfte sie in diesen zwei Jahren primär «Retourfuhren» gemacht haben. Über die gesamte Zeit hinweg betrachtet dürfte bei Hofstetter das Verhältnis zwischen «Retourfuhren» und «leeren Anfahrten», das für die Berechnungen angenommen wurde, aber mit dem realen Verhältnis übereinstimmen.

1026. Dass der reduzierte Transportkostenausgleich für «Retourfuhren» nicht anhand der effektiven «Retourfuhren» angewandt wurde, sondern gestützt auf ein angenommenes Verhältnis von «Retourfuhren» zu «leeren Anfahrten», schuf einen Anreiz für die Aktionärinnen, mehr Deponiematerial bei KAGA zu deponieren. Denn hatten sie weniger «Retourfuhren» als bei ihnen angenommen wurden, erhielten sie bei einigen ihrer «leeren Anfahrten» bloss einen reduzierten Transportkostenausgleich anstatt den Vollen. Hatten sie hingegen mehr «Retourfuhren» als angenommen, profitierten sie bei den die Annahme übersteigenden «Retourfuhren» vom vollen Transportkostenausgleich anstatt vom reduzierten, wodurch der Transportkostenausgleich die Deponierung bei KAGA für sie noch zusätzlich vergünstigte.

1027. Zusammengefasst ist damit erstellt, dass KAGA mit dem Transportkostenausgleich respektive mit dessen reduzierter Gewährung auch bei «Retourfuhren» und der Abstützung auf ein angenommenes Verhältnis von «Retourfuhren» und «leeren Anfahrten» Anreize dafür setzte, Material bei KAGA zu deponieren. Die transportkostenausgleichs-berechtigten Aktionärinnen haben zwar von KAGA nicht tiefere Preise für die Deponierung erhalten als andere Kundinnen. Ihnen wurden aber – zumindest teilweise – die Kosten für den Transport von Deponiematerial zu KAGA ersetzt, wodurch sich ihre Gesamtkosten für eine Deponierung bei KAGA reduzierten.

1028. Auf den Transportkostenausgleich wird nachfolgend hinsichtlich der Kiespreisvergünstigung vertieft eingegangen, worauf weiterführend verwiesen sei.[1894]

C.7.3.3 Transportkostenausgleich für «Export» von Material aus dem Aaretal?

1029. Ein Ausgleich von Kosten für den Transport von Deponiematerial ist im KAGA-Vertrag nicht vorgesehen. Im Jahr 2002 wurde im VR der KAGA aber folgende «Lenkungsmassnahme» diskutiert: «Export von Deponiematerial in fremde Deponien ausserhalb des Marktgebietes der KAGA bzw. des Aktionskreises der Aktionäre (Deponiebedarf von Aushubfirmen lenken)». Damit sollte «versucht werden, das von Aushubfirmen generierte Deponiematerial frühzeitig zu eruieren (insb. durch die Aktionärinnen mit Bauunternehmungen) und zentral von der KAGA aus in fremde Deponien zu lenken. Um Kies-Rückfuhren in den Markt der Aktionäre und indirekt in den Kiesabsatzmarkt der KAGA zu verhindern, wird die notwendige Preisdifferenz (Transportkosten+Deponiegebühr) aus einer 'Kampfkasse' der KAGA bezahlt».[1895]

1030. Die Massnahme wurde daraufhin noch verschiedentlich im VR von KAGA diskutiert und der Direktion wurde im Jahr 2002 die Kompetenz erteilt, «Fr. 105'000.– für Aktionärsfirmen als Transportausgleich einzusetzen», um mit einem Transportkostenausgleich für den «Schutt-Export» in andere Deponien Erfahrungen zu sammeln.[1896] Soweit ersichtlich wurde das Projekt eines Transportkostenausgleichs für den «Export» von Schutt in andere Deponien später aber nicht weiterverfolgt. Da dieses Verhalten noch vor Einführung der direkten Sanktionen im Kartellgesetz eingestellt und später nicht wieder aufgegriffen wurde, wird darauf verzichtet, es im Rahmen des vorliegenden Verfahrens weiter zu untersuchen und zu beurteilen.

C.7.4 Bessere Listenpreise für die Aktionärinnen für alle Kiesmaterialien

1031. Nachfolgend wird der generelle Preisvorteil festgestellt, den sich die Aktionärinnen der KAGA durch bessere Listenpreise für sämtliche Kiesprodukte gewährten. Dabei wird gezeigt, dass dieser generelle Preisvorteil zugunsten der Aktionärinnen einerseits auf einem Grundsatzentscheid beruht, den die Aktionärinnen im KAGA-Vertrag getroffen haben, und dass er andererseits mit regelmässigen Beschlüssen im VR der KAGA bekräftigt und konkretisiert wurde (c.7.4.1). Dabei wird auch die Dauer dieser Bevorzugung aufgezeigt. Anschliessend wird das Ausmass der generellen Listepreisvorteile für die Aktionärinnen dargestellt (C.7.4.2) und erläutert, dass diese Vorteile – im Gegensatz zu anderen Preisvorteilen[1897] – für alle Aktionärinnen galten (C.7.4.4). Am Schluss des Kapitels wird beleuchtet, welchen Zweck die Aktionärinnen und die KAGA mit der Gewährung von Aktionärspreisen verfolgt haben (C.7.4.5).

C.7.4.1 Der Grundsatzentscheid für Vorzugspreise zugunsten der Aktionärinnen und die Dauer der Bevorzugung

1032. Wie oben dargestellt, legt der KAGA-Vertrag vom 20. März 1970 in Art. 3 fest, dass die Aktionärinnen der KAGA das Kiesmaterial, das in ihren Werken verarbeitet wird, zu einem Vorzugspreis erhalten, der von Jahr zu Jahr vom Verwaltungsrat neu festgesetzt wird.[1898] An der VR-Sitzung vom 2. Dezember 1970 wurde zwar beschlossen, «bei der nächsten Revision der Statuten die

[1894] Rz 1092 ff.
[1895] Protokoll der Strategiesitzung VR KAGA vom 11. und 12.4.2002, T. 7 D, Act. II.D.X.10.
[1896] VR-Protokoll der KAGA vom 1.5.2002, T. 3, Act. II.G.X.319; VRA-Protokoll der KAGA vom 6.5.2002, T. 5, Act. II.D.X.7; VR-Protokoll der KAGA vom 30.5.2002, T. 6, Act. II.G.X.319.
[1897] So galt z.B. der Transportkostenausgleich nicht für Marti-Gruppe, sondern nur für Aktionärinnen, die über ein Kieswerk verfügen, das nicht allzu weit von KAGA entfernt liegt (siehe dazu Rz 1087, 1097 und 1100).
[1898] Siehe Rz 583 und Rz 1032 ff.

Bestimmung zu eliminieren, wonach die Aktionäre für den Kiesbezug einen Vorzugspreis geniessen sollen».[1899] Ein Blick in die Statuten vom 20. März 1970 zeigt aber, dass eine solche Bestimmung darin gar nicht enthalten war[1900] – ebenso wenig wie in späteren Statuten der KAGA.[1901] Möglicherweise irrte sich der VR an seiner Sitzung auch bloss über das Dokument, in welchem die Bestimmung über den Vorzugspreis enthalten ist (KAGA-Vertrag anstatt Statuten). Wie dem auch sei, die Bestimmung über den Vorzugspreis im KAGA-Vertrag wurde jedenfalls trotz dieses Vermerks im VR-Protokoll vom 2. Dezember 1970 seit ihrem Ursprung weder aufgehoben noch geändert.[1902]

1033. Die Aktionärinnen haben sich somit bereits seit Anbeginn von KAGA darauf geeinigt, dass den Aktionärinnen Kiesmaterial zur Weiterverarbeitung in ihren Werken grundsätzlich zu besseren Preisen zur Verfügung stehen soll als anderen Abnehmerinnen. Sie haben damit den Grundsatzentscheid zur Ungleichbehandlung verschiedener Abnehmerinnen von Kiesmaterial gefällt. Sie haben sich weiter darauf geeinigt, dass der Verwaltungsrat das Ausmass der Vorzugspreise Jahr für Jahr festlegt, wobei sie dem Verwaltungsrat auch eine faktische Aufhebung der Ungleichbehandlung anheimstellten, indem sie keinen Mindestpreisunterschied festlegten. Da Beschlüsse im Verwaltungsrat der KAGA seit der Gründung der KAGA durch einfache Mehrheit beschlossen werden,[1903] hat sich jede Aktionärin mit dem Grundsatzentscheid zugleich damit einverstanden erklärt, die konkrete Festlegung von Preisen durch den VR von KAGA zu akzeptieren, auch wenn sie bei einem konkreten Preisbeschluss im VR dagegen stimmen sollte.

1034. In den Jahren 2000–2014 haben die Verwaltungsräte der KAGA jeweils die jährlichen Preislisten für sämtliche Kiesprodukte beschlossen. Ausser für das Jahr 2012 haben sie diese Entscheide über die Ungleichbehandlung verschiedener Kundengruppen explizit oder implizit[1904] einstimmig gefällt. Und selbst im einen «Ausnahmejahr» 2012 wurde nicht dagegen votiert, sondern erfolgten bloss zwei Stimmenthaltungen (namentlich nicht genannter Verwaltungsratsmitglieder), wobei zumindest die eine Stimmenthaltung mutmasslich einen anderen Hintergrund als die Preisdifferenzierung haben dürfte (bei der Diskussion des Budgets äusserte nämlich ein VR-Mitglied, «das Budget sei zu wenig ambitiös»).[1905] Die nachfolgend dargestellte konkrete Ausgestaltung der im Grundsatzentscheid angelegten Ungleichbehandlung verschiedener Abnehmer durch die KAGA stellt somit nicht nur ein Verhalten der KAGA dar, sondern gleichzeitig auch einen Konsens zwischen den Aktionärinnen.[1906]

1035. Dieser Konsens auf gezielte Bevorzugung der Aktionärinnen beinhaltet implizit auch eine Einigung der beteiligten Unternehmen darüber, dass die bevorzugten Aktionärinnen ihren Vorteil nicht an Dritte weitergeben dürfen, sondern von diesen mindestens denjenigen Preis verlangen müssen, den auch KAGA von Dritten verlangt. Dies wurde bereits im Rahmen der Prüfung dargelegt, welches Verhalten die Aktionärinnen voneinander im Umgang mit Dritten erwarten.[1907] Ergänzend zu den dortigen Feststellungen bleibt vertiefend Folgendes anzuführen:

1036. Belegt wird dieses mitenthaltene Verständnis und dessen Einhaltung allein schon durch die Tatsache, dass Dritte in den Jahren von 1982 bis und mit 2014 regelmässig jährlich mehrere 10'000 m^3 Kies bei KAGA bezogen haben,[1908] und zwar zu einem wesentlich über dem Aktionärspreis liegenden Preis.[1909] Das hätten sie nicht getan, wenn sie den Kies von KAGA über deren Aktionärinnen günstiger hätten beziehen können. Und die Aktionärinnen hätten nicht darauf verzichtet, diesbezügliche Angebote zu machen und damit diese tiefhängenden Früchte zu ernten, wenn kein gemeinsames Verständnis darüber bestanden hätte, genau das eben nicht zu tun. Offen ist, ob und gegebenenfalls welche Mengen von KAGA abgebautem Kies die Aktionärinnen dennoch weiterverkauft haben. Alluvia gibt an, bei KAGA bezogenes Kies ausschliesslich zum Eigengebrauch zu verwenden.[1910]

1037. Ebenfalls belegt wird dieses mitenthaltene Verständnis dadurch, dass der Konsens über die Nicht-Weitergabe der Vorzugspreise der Aktionärinnen an Dritte teilweise sogar noch explizit festgehalten wurde. So wird in Art. 3 des KAGA-Vertrags festgelegt, dass die KAGA-Aktionärinnen das Recht haben, Kiesmaterial ab den Abbaustellen der KAGA direkt an ihre Kundinnen zu verkaufen, wobei der VR der KAGA den Preis dieses Materials jedes Jahr verbindlich festlegt.[1911] Und weiter

[1899] VR-Protokoll der KAGA vom 2.12.1970, T. 3.4, Act. II.C.X.5.

[1900] Statuten der KAGA vom 20.3.1970, Act. II.C.X.9. Die erste Statutenänderung fand soweit ersichtlich an der GV vom 22.6.1973 statt (sie betraf eine Erhöhung des Aktienkapitals; GV-Protokoll der KAGA vom 22.6.1973, T. 6, Act. II.C.X.13). Es ist somit davon auszugehen, dass anlässlich der VR-Sitzung am 2.12.1970 noch die Statuten vom 20.3.1970 galten.

[1901] Siehe auch die Statuten der KAGA vom 27.4.1995, Act. II.G.X.2.

[1902] Siehe zu den erfolgten aktenkundigen formellen Änderungen des KAGA-Vertrags Rz 590 ff.

[1903] Siehe bereits die Statuten der KAGA vom Gründungstag der KAGA vom 20.3.1970, Art. 26; siehe aber auch Statuten von 1990, Art. 25 (Act. II.C.X.9 und Act. II.G.X.2).

[1904] Siehe dazu Rz 694 f.

[1905] Für 2014 (explizit einstimmig): VR-Protokoll der KAGA vom 28.11.2013, T. 2.3.1–2.3.5, Act. II.D.X.6; Preisliste 2014, Act. II.D.X.128. Für 2013 (explizit einstimmig): VR-Protokoll der KAGA vom 29.11.2012, T. 2.3.1–2.3.5, Act. II.A.X.338; Preisliste 2013, Act. II.D.X.91. Für 2012 (zwei Enthaltungen): VR-Protokoll der KAGA vom 30.11.2011, T. 2.3.1–2.3.5, Act. II.A.X.252; Preise siehe auf Preisliste 2013, Act. II.D.X.91. Für 2011 (implizit einstimmig): VR-Protokoll der KAGA vom 24.11.2010, T. 2.3.1–2.3.6, Act. II.B.X.258; Preisliste 2011, Act. II.A.X.217. Für 2010 (implizit einstimmig): VR-Protokoll der KAGA vom 2.12.2009, T. 2.4.1–2.4.6, Act. II.D.X.6; Preise siehe auf Preisliste 2011, Act. II.A.X.217. Für 2009 (explizit einstimmig): VR-Protokoll der KAGA vom 3.12.2008, T. 2.3.1–2.3.6, Act. II.B.X.258; FIKO-Protokoll der KAGA vom 10.11.2008, Act. II.B.X.463. Für 2008 (explizit einstimmig): VR-Protokoll der KAGA vom 6.12.2007, T. 2.3.1–2.3.5, Act. II.B.X.258; Preisliste 2008, Act. II.D.X.8. Für 2007 (implizit einstimmig): VR-Protokoll der KAGA vom 6.12.2006, T. 2.4.1–2.4.5, Act. II.B.X.258; Preise siehe auf Preisliste 2008, Act. II.D.X.8. Für 2006 (implizit einstimmig): VR-Protokoll der KAGA vom 30.11.2005, T. 2.4.4, Act. II.B.258; Preisliste 2006 (Entwurf), Act. II.C.X.98. Für 2005 (implizit einstimmig): VR-Protokoll der KAGA vom 2.12.2004, T. 2.4.4, Act. II.B.X.258; Preisliste 2005, Act. II.C.X.89. Für 2004 (implizit einstimmig): VR-Protokoll der KAGA vom 27.11.2003, T. 3.2.3, Act. II.B.X.258; Preisliste 2004, Act. II.C.X.83.

[1906] Siehe dazu auch Rz 1007.

[1907] Oben Rz 919–923 sowie Rz 989.

[1908] Act. IV.13, Beilage 22, S. 9.

[1909] Vgl. Rz 1059.

[1910] Act. VIII.140.

[1911] Rz 583.

heisst es im KAGA-Vertrag ganz allgemein: «Eine Preisunterbietung mit Kiesmaterial aus den Ausbeutungs- und Produktionsstätten der Kies AG Aaretal (KAGA) ist nicht statthaft». Die Einhaltung dieser Klausel wurde sogar mit einer Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 5.– pro Kubikmeter Kies zusätzlich verstärkt. Damit wurde explizit festgehalten, dass die KAGA-Aktionärinnen beim Weiterverkauf von KAGA-Kies an Dritte den vom VR der KAGA festgelegten Preis für Dritte nicht unterbieten dürfen.[1912] Auch später wurde in verschiedenen Zusammenhängen noch ausdrücklich an diese Pflicht erinnert, beispielsweise beim Umgang der Aktionärinnen mit ihrem Preisvorteil des Transportkostenausgleichs.[1913] So hielt der VR der KAGA im Jahr 2002 in seinem (impliziten)[1914] einstimmigen strategischen Entscheid, das Instrument des Transportkostenausgleichs zu nutzen, fest, dass dieser «nur für die Kieswerke, nicht für die Bauunternehmungen und nicht für Lieferungen auf Baustellen» gilt. Zur Klarstellung enthält die Einigung im VR diese unmissverständliche Anordnung: «Mit dem Kies darf kein Handel betrieben werden».[1915] Im selben Sinn erinnerte der VR-Präsident der KAGA im Jahr 2000 jene Aktionärinnen der KAGA, die selbst im Baubereich tätig sind, daran, Preisvorteile aus Sonderpreisrabatten nicht weiterzugeben: «Der Präsident [...] weist darauf hin, dass mit diesem Sonderpreis bei den Baufirmen Kästli AG, [U11] und Marti AG kein Handel betrieben werden darf. Die Differenz darf sich auf keinen Fall bis auf die Baustelle auswirken».[1916]

1038. Marti-Gruppe macht in ihrer Stellungnahme zum Antrag geltend, sie habe von den Preisvorteilen für die Aktionärinnen nicht profitiert und hätte höhere Dividenden vorgezogen. Dieser Konsens laufe daher den Interessen von Marti-Gruppe zuwider. Das schliesse eine Beteiligung von Marti-Gruppe daran aus.[1917] Dieses Vorbringen von Marti-Gruppe überzeugt nicht. Zunächst geht es hier nicht um die Preisvorteile von KAGA an die Aktionärinnen als solche, sondern um den Konsens, diese nicht an Dritte weiterzugeben. Diesbezüglich wurde festgestellt, dass Marti-Gruppe an diesem Konsens mitbeteiligt war – schon nur, indem sie den KAGA-Vertrag mitunterzeichnete, in dem dieser Konsens festgehalten ist. Zutreffend mag zwar sein, dass Marti-Gruppe höhere Dividenden anstelle von Preisvorteilen zu Gunsten der Aktionärinnen bevorzugt hätte, da sie von diesen nicht profitierte. Aus den VR-Protokollen von KAGA geht das allerdings nicht hervor. Es mag nun sein, dass Marti-Gruppe in Anbetracht der Kräfteverhältnisse im VR von KAGA darauf verzichtete, ihre Anliegen zu äussern und auf deren Festhaltung in den VR-Protokollen zu insistieren. Folge davon ist allerdings, dass es an einer von Marti-Gruppe geäusserten Distanzierung gegenüber den anderen Vertragspartnern fehlt. Ein bloss anders gerichtetes individuelles Interesse von Marti-Gruppe führt im Übrigen nicht dazu, dass sie nicht Konsensbeteiligte sein könnte. Hierbei geht es um die Überlegungen von Marti-Gruppe, weshalb sie sich am Konsens beteiligte. Zumal es einer Partei ohne Weiteres freisteht, sich auch an einem Konsens zu beteiligen, der ihren Interessen eigentlich zuwiderläuft, spielen diese individuellen Überlegungen zur Konsensbeteiligung letztlich keine Rolle, solange die Konsensbeteiligung festgestellt ist. Und das ist hier der Fall. Zudem hat sich Marti-Gruppe auch nicht gegenüber den anderen Aktionärinnen vom KAGA-Vertrag distanziert oder diesen gekündigt.

1039. Naheliegend ist, dass dieser mitenthaltende Konsens darüber, dass die Aktionärinnen ihre Preisvorteile bei einem Kiesbezug bei KAGA nicht an Dritte weitergeben dürfen, auch Folgen für die Preise hatte, welche die Aktionärinnen für von ihnen selbst abgebauten Kies von Dritten verlangten. Der von KAGA gegenüber Dritten gesetzte Preis dürfte sich nämlich als Richtpreis, wenn nicht sogar als Mindestpreis für den von den KAGA-Aktionärinnen selbst abgebauten Kies ausgewirkt haben, jedenfalls für diejenigen Aktionärinnen, deren Kiesgewinnungsstätten in der Nähe von denjenigen von KAGA liegen. Für die übrigen Aktionärinnen ist nämlich kaum kontrollierbar, ob eine Aktionärin nun von ihr selbst abgebauten oder von KAGA bezogenen Kies an Dritte verkauft. Hätte eine Aktionärin, die bei KAGA Kies bezieht, von Dritten einen tieferen Preis für Kies verlangt als der von KAGA für Dritte festgelegte Preis, hätte dies unweigerlich zu Diskussionen im VR von KAGA darüber geführt, ob diese Aktionärin – entgegen dem mitenthaltenen Konsens – ihren Aktionärspreis nicht doch teilweise an Dritte weitergibt. Zumindest seit 2004 enthalten die VR-Protokolle von KAGA jedoch keine Hinweise auf diesbezügliche Diskussionen. Damit steht allerdings noch nicht fest, dass der mitenthaltene Konsens, wonach die Aktionärinnen ihre Preisvorteile bei einem Kiesbezug bei KAGA nicht an Dritte weitergeben dürfen, sondern von diesen mindestens denjenigen Preis verlangen müssen, den auch KAGA von Dritten verlangt, auch zugleich eine Abmachung über den Mindestpreis für den von den Aktionärinnen selbst abgebauten Kies mitumfasst resp. sich die Aktionärinnen infolgedessen so aufeinander abgestimmt verhielten. Um dies rechtsgenüglich nachzuweisen, bedürfte es weiterer Ermittlungen, worauf in Anbetracht der bisherigen Verfahrensdauer aus Opportunitätsgründen verzichtet wird. Bei diesem offenen Beweisergebnis muss infolge der Beweislastverteilung zu Gunsten der Parteien unterstellt werden, dass keine Vereinbarung auch über den Mindestpreis für den von den Aktionärinnen selbst abgebauten Kies besteht, sondern «nur» eine solche über den Mindestpreis für den von den Aktionärinnen bei KAGA bezogenen Kies.

[1912] Vgl. dazu auch Rz 726.

[1913] Beim Transportkostenausgleich handelt es sich um einen Preisvorteil für Aktionärinnen, der über den Aktionärspreis hinaus gewährt wurde. Die Einführung und die Bedeutung des Transportkostenausgleichs wird erläutert in Rz 1092 ff.

[1914] Rz 694 f.

[1915] VR-Protokoll der KAGA vom 1.5.2002, T. 2, Act. II.D.X.6 (dazu auch Rz 1100); siehe bereits den VR-Entscheid zur Wiedereinführung des Transportkostenausgleichs im Jahr 2001 (dazu auch Rz 1097): «(…) ein Handel im Markt (Baustellenbelieferung) ist untersagt» (VR-Protokoll der KAGA vom 20.9.2001, T. 6, Act. II.D.X.6).

[1916] VR-Protokoll der KAGA vom 6.12.2000, T. 2, Act. II.C.X.62, Hervorhebung im Original; siehe auch das Handelsverbot bei den Depotpreisrabatten (Rz 1009 ff. und VR-Protokoll der KAGA vom 6.12.2000, T. 4.3, Act. II.D.X.6).

[1917] Act. VIII.158 Rz 44–46, Act. IX.30 Beilage 4 Rz 19.

1040. Am 3. Dezember 2014 – also nach der Eröffnung der vorliegenden Untersuchung – beschloss der VR der KAGA, für das Jahr 2015 den Preisvorteil der Aktionärinnen erstmals auf null zu setzen, d.h. bis auf Weiteres auf eine Preisdifferenzierung zugunsten der Aktionärinnen zu verzichten: «Ab 1.1.2015 werden Einheitspreise bestimmt (Aktionäre und Dritte gleich) mit einem allfälligen Mengenrabatt. Ein Ausschuss, best. aus [...], [...] und [...] erarbeitet Vorschläge bis zur nächsten VR-Sitzung».[1918] Noch im November 2014 hatte KAGA-intern allerdings die Absicht bestanden, weiterhin eine Preisdifferenzierung anzuwenden. Im Entwurf der (internen) Preisliste 2015 vom 25. November 2014, der bei einem VR-Mitglied von KAGA beschlagnahmt worden ist, sind jedenfalls weiterhin unterschiedliche Preise für «Aktionäre» einerseits und «Allgemein» andererseits aufgeführt, z.B. Kiessand ab Wand, unsortiert für Dritte zum Preis von CHF 9.50 / t und für Aktionärinnen zum Preis von CHF 7.– / t.[1919] Zum Grund der Aufhebung machten die befragten Personen unterschiedliche Angaben: während einige vermuteten, dies sei eine Reaktion auf die Zeitungsberichte[1920] oder Folge einer anwaltlichen Beratung[1921] gewesen, gaben andere an, es habe keinen Zusammenhang mit den Zeitungsberichten gegeben, sondern sei lediglich erfolgt, weil es keinen Deponienotstand mehr gegeben habe[1922]. Die letztgenannte Erklärung erscheint jedenfalls bezüglich der Vorzugspreise für Aktionärinnen unstimmig, da diese auch schon existierten, bevor es einen «Deponienotstand» gegeben hat. Mangels Relevanz für die Beurteilung kann diesbezüglich aber auf eine abschliessende Beweiswürdigung verzichtet werden.

1041. Praktiziert wurde die preisliche Ungleichbehandlung seit den Anfängen der KAGA. Soweit aus den Akten ersichtlich, legte die KAGA seit der Gründung immer Vorzugspreise zu Gunsten der Aktionärinnen für Kiesmaterial in den Preislisten fest, indem sie zwischen einem «Aktionärspreis» und einem «Normalpreis» oder «offiziellen Preis» unterschied.[1923] Die Gewährung von ungleichen Preisen für Aktionärinnen und Nicht-Aktionärinnen dauerte somit von 1970 bis und mit 2014.

1042. Die Aktionärinnen der KAGA bestätigten in den Einvernahmen denn auch, dass sie Vorzugskonditionen genossen haben. [...], Unternehmensleiter der Kiestag, hielt fest: «Wir haben den sogenannten Aktionärspreis, welcher für die Aktionäre der Kaga gelten».[1924] [...], Geschäftsführer der Kieswerk Daepp A.G. (Muttergesellschaft der KAGA-Aktionärin Aare-Kies), sagte aus, dass sein Unternehmen als Sonderkondition den Aktionärspreis von der KAGA bekommen habe. Dieser Preis sei sicher günstiger gewesen als der Normalpreis, wie hoch die Differenz sei, wisse er nicht.[1925] Auch [...], Verwaltungsratsdelegierter der KAGA-Aktionärin Heimberg, bestätigte, dass sein Unternehmen einen Aktionärspreis für den Kiesbezug erhielt.[1926] [...], ehemaliges GL-Mitglied der KAGA-Aktionärin Kästli, sagte aus, dass «Nichtmitglieder» der KAGA für Kies mehr bezahlt hätten, «das ist klar». Die Nichtmitglieder hätten gemäss offizieller Preisliste eingekauft, die Mitglieder hatten eine Aktionärspreisliste.[1927] [...], Geschäftsführer der Alluvia (zu der die KAGA-Aktionärinnen Hofstetter und Messerli gehören), machte folgende Aussage:[1928] «Die Aktionäre erhielten einen Aktionärspreis, welcher immer galt, das heisst auch mit TA [Transportkostenausgleich] galt der Aktionärspreis. Der Aktionärspreis war günstiger als der Preis für Drittunternehmen. Dieser Aktionärspreis war für alle Aktionäre gleich».

1043. Auch die zu dieser Thematik befragten Mitarbeitenden der KAGA haben bestätigt, dass die Aktionärinnen Vorzugspreise erhielten. [...], damaliger Leiter des technischen Büros der KAGA, sagte auf die die Frage, was er dazu sage, dass die Aktionärinnen der KAGA Kies zu Sonderkonditionen von der KAGA hätten beziehen können:[1929] «Das stimmt. Es gab einen Aktionärspreis, welchen der VR festgelegt hat». Dieser sei tiefer als der «normale Preis» gewesen. Er erläuterte hierzu die Preisliste 2014[1930] und sagte dazu: «Kies ab Wand kostet gemäss Preisliste für Aktionäre CHF 7. – Für Dritte CHF 10.30. Also bezahlt der Aktionär ca. 70 % vom Normalpreis. In dieser Grössenordnung sind auch die anderen Artikel».

1044. Und sogar Drittunternehmen wussten, dass KAGA unterschiedliche Preise für Aktionärinnen und für Nicht-Aktionärinnen verlangte. So hielt etwa [U04] fest, sie habe den Kies zum Listenpreis beziehen müssen, während die Aktionärinnen von KAGA Vergünstigungen für den Kiesbezug erhalten hätten. Für sie habe es deshalb keine Möglichkeit gegeben, den Kies in der Region weiterzuveräussern, da ihr Preis nicht konkurrenzfähig gewesen sei.[1931] [U04] berichtigte ihre Ausführungen bezüglich Bezugs zum Listenpreis auf Nachfrage hin insofern, als dass sie einen Staffelrabatt erhalten habe. Bei der Abrechnung für das Jahr 2013 sei es dann zu Meinungsverschiedenheiten zwischen ihr und KAGA gekommen. Sie sei von einem Preis von CHF 8.20 ausgegangen, KAGA von einem solchen von CHF 9.30.[1932] Der «Aktionärspreis» lag für das Jahr 2013 bei CHF 7.–.

C.7.4.2 Exkurs: Der gestaffelte Mengenrabatt ab 2015

1045. Wie ausgeführt, hob der VR von KAGA die explizite Preisdifferenzierung zwischen Aktionärinnen und Dritten per 1. Januar 2015 auf.[1933] Seither verwendet KAGA Einheitspreise, wobei sie auf diesen gestaffelte Mengenrabatte gewährt.[1934] Beim Wandkies unsortiert waren die

[1918] VR-Protokoll der KAGA vom 3.12.2014 T. 5, Act. IV.13.
[1919] Preisliste der KAGA 2015, Entwurf vom 25.11.2014, Act. II. G.X.330.
[1920] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 220–222, Act. III.4; EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 276 f., Act. III.5.
[1921] EV von [...] vom 29.1.2015, Rz 182 f., Act. III.12.
[1922] EV von [...] vom 14.1.2015, Rz 331–341, Act. III.6; EV von [...] vom 21.1.2015, Rz 100–110, Act. III.9.
[1923] Für die Jahre 2000–2014 nachfolgend Rz 1054 ff. Für frühere Jahre siehe etwa Entwicklungen der Kiesverkaufspreise von 1966 bis 1986, Act. II.C.X.51.
[1924] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 101–103, Act. III.1.
[1925] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 207–215, Act. III.4.
[1926] EV von [...] vom 14.1.2015, Rz 303–305, Act. III.6.
[1927] Zeugeneinvernahme von [...] vom 5.2.2015, Rz 143–146, Act. III.13.
[1928] EV von [...] vom 16.3.2015, Rz 81–86, Act. III.17.
[1929] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 190–200, Act. III.5.
[1930] Preisliste 2014, Act. II.D.X.128.
[1931] Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 102–107, 139–143, Act. III.26.
[1932] Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 450–465, Act. III.26.
[1933] Rz 1040.
[1934] VR-Protokoll vom 16.12.2014, T.2, Act. IV.13, Beilage 1.

Mengenrabatte 2015 wie folgt gestaffelt: 6 % Rabatt bei einem Jahresbezug ab 5'000 m³, 11 % Rabatt bei einem Jahresbezug ab 10'000 m³, 17 % Rabatt bei einem Jahresbezug ab 20'000 m³und schliesslich 22 % Rabatt bei einem Jahresbezug ab 30'000 m³. Beim Wandkies sortiert waren die Bezugsmengen für den Mengenrabatt demgegenüber deutlich tiefer angesetzt: 5 % Rabatt bei einem Jahresbezug ab 1'000 m³, 10 % Rabatt bei einem Jahresbezug ab 2'000 m³, 15 % Rabatt bei einem Jahresbezug ab 5'000 m³und schliesslich 20 % Rabatt bei einem Jahresbezug ab 10'000 m³.[1935] Ab 2016 kam für Wandkies sortiert noch eine weitere Rabattstufe hinzu, nämlich 30 % bei einem Jahresbezug ab 20'000 m³ [1936] – ansonsten blieben die Rabattstufen sowohl für Wandkies unsortiert als auch für Wandkies sortiert bis dato (2022) gleich, wobei die Rabattprozente nur für die jeweiligen Mengenstufen gelten.[1937]

1046. Formal werden damit alle Kundinnen seit 2015 bezüglich des Kiespreises gleich behandelt. Die Aufstellung von KAGA zu den in den Jahren 2015, 2016 und 2017 (bis Ende Oktober) gewährten Rabatten[1938] zeigt aber, dass vor allem Aktionärinnen von KAGA von den Mengenrabatten profitierten, insbesondere von den Mengenrabatten der höheren Rabattstufen:

- **Wandkies unsortiert**: Die Aktionärinnen Aare-Kies (Daepp), Heimberg und Kästli-Gruppe erreichten in allen drei Jahren konstant jeweils die […] Rabattstufe von […]. Die Aktionärin Kiestag (Vigier) erreichte 2015 einen Rabatt von […], 2016 einen solchen von […] und 2017 […]. Die Aktionärinnen Messerli und Hofstetter (beide Alluvia) erhielten 2015 einen Rabatt von […], danach […]. Die Aktionärin Marti war damit die […] Aktionärin, […]. Von den Drittkundinnen erreichte [U04] 2015 – allerdings erzwungenermassen[1939] – ebenfalls die […] Rabattstufe von […], während sie in den Jahren 2016 und 2017 nicht einmal mehr […] erreichte.[1940] [U01] erhielt 2015 den Rabatt von […], danach […]. Weitere Dritte, die einen Rabatt für Wandkies unsortiert erhielten, […].
- **Kies sortiert**: Die Aktionärin Kästli-Gruppe erreichte […], wobei sie diese in allen drei Jahren erreichte und so einen Rabatt von […] genoss. Die Aktionärin Heimberg erhielt 2015 und 2016 einen Rabatt gemäss der […] Rabattstufe von […] und KAGA selbst im Jahr 2015 einen solchen der […] Rabattstufe von […]. Die übrigen Aktionärinnen bezogen […]. Von den Drittkundinnen erreichte [U36] 2015 die […] Rabattstufe ([…]) und 2016 die […] ([…]). [U42] erreichte 2016 die […] Rabattstufe ([…]). Weitere Dritte, die einen Rabatt für Kies sortiert erhielten, […].

1047. Vom neuen, gestaffelten Mengenrabattsystem und insbesondere vom Rabatt gemäss den höheren Rabattstufen profitierten demnach beim Wandkies unsortiert primär (drei) Aktionärinnen von KAGA. Beim Kies sortiert profitierte […] die Aktionärin Kästli-Gruppe vom Rabatt gemäss den […] Rabattstufen. […]. Marti-Gruppe bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag vor, die Tatsache, dass [U04] 2015 die […] Rabattstufe ebenfalls erreicht habe, belege, dass auch Dritte die erforderlichen Mengen erreichen könnten.[1941] Mit diesem Einwand übergeht sie, dass die gesteigerte Nachfrage von [U04] im Jahr 2015 auf die Pflicht zum Kiesbezug bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub resp. auf den diesbezüglichen Rückstand von [U04] zurückgeht[1942] und nicht das gewöhnliche Nachfrageverhalten von [U04] darstellt wie die Folgejahre zeigen. An der Feststellung, dass vom Rabatt gemäss den höheren Rabattstufen primär (drei) Aktionärinnen von KAGA profitieren, weckt das Vorbringen von Marti-Gruppe keine Zweifel.

1048. Aufgrund der bisherigen Verfahrensdauer wird darauf verzichtet, die vorliegende Untersuchung auch auf das neue, gestaffelte Mengenrabattsystem auszudehnen. Denn für die Beurteilung dessen kartellrechtlicher Zulässigkeit wären weitere vertiefte Sachverhaltsermittlungen erforderlich, insbesondere zu den Produktionskosten und der Kostenstruktur von KAGA. Der neue, gestaffelte Mengenrabatt ist demnach nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung und wird hier nicht beurteilt. Einzig der nachfolgende Punkt, der zwar auf das neue, gestaffelte Mengenrabattsystem abgestimmt ist, aber inhaltlich dem früheren Preissystem entspringt, ist noch Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Diesem einen Punkt wird hier nachgegangen und er wird auch in der vorliegenden Untersuchung beurteilt:

1049. Unter dem früheren Preissystem rührte der Preisvorteil der Aktionärinnen im Vergleich zu Dritten aus dem Aktionärslistenpreis und anderweitigen Sonderkonditionen zu ihren Gunsten. Das aktuelle Preissystem stellt zur Bestimmung der Höhe des Preises nicht mehr auf die Aktionärseigenschaft ab, sondern auf die bei KAGA bezogene Kiesmenge, wodurch formal alle Kundinnen von KAGA gleichbehandelt werden. Wie hiervor aufgezeigt, sind es jedoch primär Aktionärinnen, die in den Genuss der Mengenrabatte kommen, insbesondere derjenigen der höheren Rabattstufen.[1943] Unter dem aktuellen Preissystem haben daher gerade beim Wandkies unsortiert einige (wenn auch nicht alle) Aktionärinnen einen Preisvorteil im Vergleich zu den Dritten, da diese die Mindestmenge zur Erlangung eines Mengenrabatts, die für Wandkies unsortiert deutlich höher angesetzt ist als für Kies sortiert,[1944] regelmässig nicht erreichen.

1050. Wie ausgeführt, war in der Abmachung über das frühere Preissystem, das beim Preis explizit zwischen Aktionärinnen und Dritten unterschied, der Konsens mitenthalten und im Übrigen auch ausdrücklich vereinbart u.a. im KAGA-Vertrag selbst, wonach die Aktionärinnen ihre Preisvorteile beim Bezug von Kies bei KAGA

[1935] Act. IV.13, Beilage 3.
[1936] Vgl. den Rabattsatz von Kästli-Gruppe in der Aufstellung von Act. IV.13, Beilage 4.
[1937] Vgl. <www.kaga.ch> Kiesmaterial > Kiesprodukte > Rabatte auf Kiesprodukte (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[1938] Act. IV.13, Beilage 4.
[1939] Siehe ausführlich zur Pflicht zum Kiesbezug bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub, die insbesondere [U04] traf, Rz 1143 ff.
[1940] Der Bezug von [U04] betrug 2016 23,5 Kubikmeter und 2017 302,1 Kubikmeter, siehe Act. IV, Beilage 9.
[1941] Act. VIII.158 Rz 42.
[1942] Siehe ausführlich zur Pflicht zum Kiesbezug bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub, die insbesondere [U04] traf, Rz 1143 ff.
[1943] Rz 1046.
[1944] Vgl. Rz 1045.

nicht an Dritte weitergeben dürfen, sondern von diesen mindestens denjenigen Preis verlangen müssen, den auch KAGA von Dritten verlangt.[1945] Das neue Preissystem sieht demgegenüber einen Mengenrabatt vor, der nicht an ein Kriterium gebunden ist, das Dritte schon aus formalen Gründen nicht erfüllen können (weil sie schlicht die Aktionärseigenschaft nicht erfüllen). Zumindest theoretisch (zum faktischen siehe Rz 1046 f.) haben Dritte nunmehr ebenso wie Aktionärinnen die Möglichkeit, dank Rabatten einen Preisvorteil gegenüber dem «Einheitspreis» zu erlangen. Und Aktionärinnen, die keine Mengenrabattstufe erreichen, haben nicht mehr allein schon aufgrund ihrer Aktionärseigenschaft einen Preisvorteil gegenüber Dritten. Beim neuen Preissystem ist deshalb ein Konsens über die Nichtweitergabe von Preisvorteilen der Aktionärinnen an Dritte nicht mehr gleich naheliegend wie beim früheren Preissystem. Der Wechsel des Preissystems hätte daher zum Anlass genommen werden können, diesen bereits in Art. 3 des KAGA-Vertrags festgehaltenen Konsens (ausdrücklich) aufzuheben. Das ist jedoch nicht geschehen. Wie festgestellt, wurde der KAGA-Vertrag insbesondere im Jahr 2014, als das neue Preissystem beschlossen wurde, nicht aufgehoben und keine Vertragspartei hat sich von diesem durch eine Kündigung oder anderweitig losgelöst.[1946] Die Vorgabe, dass allfällige Preisvorteile beim Kauf von Kies von KAGA nicht an Dritte weitergegeben werden dürfen, gilt daher unter den Vertragsparteien auch unter dem neuen Preissystem weiterhin. In der FIKO von KAGA wurde die Weitergeltung sogar noch ausdrücklich festgehalten: «Mit Blick auf die Preisliste 2016 wird der Grundsatz erneuert, dass die Rabattstaffelung für den Direktvertrieb gilt; ein allfälliger Zwischenhandel sollte hiervon ausgenommen sein».[1947] Das heisst nichts anderes, als dass die Aktionärinnen allfällige Preisvorteile, die sie aufgrund des gestaffelten Mengenrabatts gegenüber dem «Einheitspreis» haben, weiterhin nicht, auch nicht teilweise, an Dritte weitergeben dürfen. Der im früheren Preissystem mitenthaltene und unter anderem im KAGA-Vertrag festgehaltene Konsens wird demnach insofern von den Beteiligten auch unter dem neuen Preissystem weitergeführt. Allerdings schränkt dieser Konsens unter dem neuen Preissystem faktisch nicht mehr alle Aktionärinnen ein, sondern nur noch diejenigen, die aufgrund ihrer Bezugsmenge überhaupt in den Genuss eines Mengenrabatts kommen. Offen ist, welche Mengen von KAGA abgebautem Kies die Aktionärinnen weiterverkauft haben. Alluvia gibt an, bei KAGA bezogenes Kies ausschliesslich zum Eigengebrauch zu verwenden.[1948]

1051. Mehrere Parteien wenden sich in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats gegen dieses Beweisergebnis. Alluvia macht geltend, die FIKO sei nicht dafür zuständig, einen solchen Konsens weiterzuführen. Im Protokoll der auf diese FIKO-Sitzung folgenden VR-Sitzung finde sich kein solcher Beschluss. Ein Konsens sei daher nicht auszumachen und ein solcher wäre für Alluvia ohnehin nicht relevant, da von den höheren Rabattstufen des neuen Preissystems nur Daepp, Heimberg und Kästli-Gruppe profitieren würden.[1949] Marti-Gruppe macht geltend, die Mengenrabatte unter dem neuen Preissystem kämen Dritten ebenso zu Gute wie Aktionärinnen. Es sei daher widersprüchlich, wenn den Aktionärinnen eine «implizite Einigung» unterstellt werde, den Dritten jedoch nicht.[1950] Der erwähnte FIKO-Beschluss sei im Konjunktiv formuliert und allfällige FIKO-Beschlüsse könnten für Aktionärinnen wie Marti-Gruppe, die nicht in der FIKO vertreten sind, ohnehin keine Wirkung haben. Zudem sei Ende 2014 der KAGA-Vertrag aufgehoben worden und die dem VR untergeordnete FIKO könne vom VR getroffene Beschlüsse nicht aufheben. Im Übrigen wäre eine solche Abmachung auch irrational, da sie den Aktionärinnen eine Selbstbeschränkung auferlegen würde, die für Dritte nicht gelte, wodurch sie sich selber schlechter behandeln würden. Dass Dritte von den Mengenrabatten praktisch nicht profitieren könnten, treffe gemäss den Feststellungen der Wettbewerbsbehörden nicht zu. Spezifisch bei Marti-Gruppe käme weiter hinzu, dass sie von den Mengenrabatten gar nicht profitiere. Es sei schleierhaft, weshalb Marti-Gruppe eine Abmachung gewollt haben sollte, von der sie keinen Vorteil hat und von der, wenn überhaupt, nur andere profitieren würden.[1951] Vigier trägt vor, der KAGA-Vertrag sei spätestens Ende 2014 aufgehoben, aber auch schon zuvor nicht mehr gelebt worden. Aus der Passage im FIKO-Protokoll lasse sich in keiner Weise entnehmen, dass die «Rohkiesregeln» weiterhin angewandt worden seien. Zudem sei Vigier daran ohnehin nicht beteiligt, da sie an der fraglichen FIKO-Sitzung nicht teilgenommen habe. Beweise für eine Weitergeltung des Verbots lägen nicht vor. Die angeführten Preislisten von Heimberg und Daepp (siehe folgende Rz) seien hinsichtlich Vigier unerheblich und daraus lasse sich nicht ableiten, dass sich Vigier an die Rohkiesregeln gehalten hätte.[1952]

1052. Diese Vorbringen überzeugen nicht. Es wurde festgestellt, dass der KAGA-Vertrag Ende 2014 nicht aufgehoben wurde und sich auch keine Vertragspartei von diesem durch eine Kündigung oder anderweitig losgelöst hat.[1953] Entgegen Marti-Gruppe liegt im Übrigen nicht «bloss» eine «implizite Einigung» unter dem früheren Preissystem vor, sondern vielmehr eine explizite in Art. 3 des KAGA-Vertrags, die auch unter dem neuen Preissystem unverändert fortgeführt wurde. Das erwähnte FIKO-Protokoll bestärkt dieses Beweisergebnis der Fortführung der bisherigen Regelung. Es ist aber nicht so, dass aus diesem FIKO-Protokoll der natürliche Konsens unter den Vertragspartnern abgeleitet würde, weshalb Marti-Gruppe und Vigier nichts zu ihren Gunsten daraus ableiten können, nicht Teil der FIKO zu sein. Zutreffend ist hingegen, dass dieser Konsens unter dem neuen Preissystem faktisch nur noch diejenigen Aktionärinnen einschränkt, die aufgrund ihrer Bezugsmenge überhaupt in den Genuss eines Mengenrabatts kommen. Das führt aber nicht dazu, dass die festgestellte

[1945] Zu diesem Rz 1035 ff.
[1946] Rz 647–660.
[1947] FIKO-Protokoll vom 10.11.2015, T. 5.2, Act. IV.6.
[1948] Act. VIII.140.
[1949] Act. VIII.162 Rz 8 Fn 4.
[1950] Act. VIII.158 Rz 42.
[1951] Act. VIII.158 Rz 58–62; ferner Act. IX.30 Beilage 4 Rz 23–26. Marti-Gruppe macht weiter geltend, dieselben Vorbringen wie hinsichtlich der angeblichen Abmachungen bis 2014 träfen hier ebenso zu. Jene Vorbringen werden an dieser Stelle nicht erneut behandelt, sondern stattdessen auf die einschlägigen Passagen verwiesen, siehe Rz 919, 993 f., 1038 und 1047.
[1952] Act. VIII.164 Rz 111–124.
[1953] Rz 647–660.

Abmachung deshalb nicht existieren würde, sondern ist bei der rechtlichen Würdigung und gegebenenfalls der Sanktionierung zu berücksichtigen. Weiter trifft zwar zu, dass die Mengenrabatte für Dritte ebenfalls gelten. Jedoch profitieren faktisch zumindest von den höheren Rabattstufen primär (drei) Aktionärinnen von KAGA, also drei Vertragspartner.[1954] Die Abmachung gilt daher für die faktisch wichtigsten Kiesabnehmer. Weshalb die Aktionärinnen eine Abmachung beibehalten, die unter dem neuen Preissystem zu einer «Schlechterbehandlung» im Vergleich zu Dritten führt, beschlägt ebenso die Überlegungen hinter der Abmachung wie die Gründe von Marti-Gruppe, an einer Abmachung beteiligt zu sein, die für sie angeblich keinen Vorteil hat. Die Überlegungen zur Konsensbeteiligung spielen aber, wie ausgeführt, keine Rolle, solange die Konsensbeteiligung festgestellt ist;[1955] und das ist der Fall. Im Übrigen ist zu beachten, dass diese Abmachung Teil des umfassenderen KAGA-Vertrags ist. Bei einem Vertragswerk liegt oftmals eine Gemengelage von Interessen und Motiven vor, diesen einzugehen. Es ist daher nicht ungewöhnlich, wenn einzelne Klauseln der eigenen Interessenlage nicht entsprechen, ist doch letztlich die Interessenlage hinsichtlich des gesamten Vertrags dafür entscheidend, ob jemand den Vertrag eingeht oder nicht. Es bestehen nach dem Gesagten keine vernünftigen Zweifel daran, dass die Vertragspartner die Abmachung, dass allfällige Preisvorteile beim Kauf von Kies von KAGA nicht an Dritte weitergegeben werden dürfen, unter dem neuen Preissystem aufrecht erhalten haben.

1053. Heimberg und Daepp, die beide in der Vergangenheit für Wandkies unsortiert jeweils die […] Mengenrabattstufen bei KAGA erreichten, führen in ihren Preislisten nebst Wandkies ab Werk spezifisch Wandkies ab Wand bei der Grube KAGA auf. Daepp listet Wandkies 1. Klasse unsortiert ab Wand (Grube KAGA) mit CHF 20.– pro Kubikmeter in ihrer Preisliste und gibt das Schüttgewicht mit 1'950 kg/m^3 an, womit ihr Preis ca. CHF 10.25 pro Tonne entspricht.[1956] Heimberg führt Wandkies 1. Klasse Grube KAGA mit CHF 12.50 pro Tonne und Wandkies 2. Klasse Grube KAGA mit CHF 8.50 pro Tonne in ihrer Preisliste.[1957] Demgegenüber führt KAGA in ihrer Preisliste 2023 Wandkies unsortiert ab Bergacher für CHF 9.20 pro Tonne auf, solchen ab Bümberg für CHF 6.30 pro Tonne.[1958] Die Preise von Heimberg und Daepp für Wandkies ab Grube KAGA sind demnach höher als die Einheitspreise von KAGA (auf denen sowohl Heimberg als auch Daepp jeweils den gestaffelten Mengenrabatt erhalten).

C.7.4.3 Ausmass der generellen Vorzugspreise für Aktionärinnen

1054. Nachfolgend wird die Entwicklung der Vorzugspreise ab dem Jahr 2000 dargestellt, wie sie sich in den Preislisten zeigt. Der Fokus auf die Zeit ab 2000 ermöglicht es, die Hintergründe für den untersuchungsrelevanten Zeitrahmen darzulegen, ohne allzu weit in die Vergangenheit zurückzublicken. Seit 2015 ist der Listenpreis für alle Kundinnen gleich.[1959] Dargestellt werden die Preise des Produkts Kiessand ab Wand. Dabei zeigt sich, dass die Listenpreise für Nicht-Aktionärinnen für Kiessand ab Wand zwischen 2000 und 2014 jeweils zwischen 36 % und 47 % höher waren als die Vorzugspreise der Aktionärinnen.

[1954] Rz 1047.
[1955] Rz 1038.
[1956] Siehe die entsprechende Position unter dem Titel «Koffer- und Planiematerial (ohne Gütenachweis)» auf der Preisliste 2023 von Daepp, abrufbar unter <www.daeppbeton.ch> Preisliste > Kieswerk Daepp AG (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[1957] Siehe die Positionen 602 und 604 auf der Preisliste 2023 von Heimberg, abrufbar unter <www.kwheimberg.ch> Angebot > Angebote > Download Preisliste (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[1958] Siehe die Positionen 101 auf der Preisliste 2023 von KAGA, abrufbar unter <www.kaga.ch> Preisliste (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[1959] Siehe dazu aber Rz 1045 ff.

Listenpreise Kiessand ab Wand						
Jahr	Preis pro Tonne		Mehrpreis für Dritte	Preis pro m^3		Quellen
	für A°	für Dritte		für A°	für Dritte	
2016	9.00		gleiche Preise	17.55		Preisliste der KAGA 2016, Act. IV.13
2015	9.00		gleiche Preise	17.55		Preislisten der KAGA 2015, Act. IV.13; VR-Protokoll vom 16.12.2014, T. 2, Act. IV.13, Beilage 1 (explizit einstimmig)
2014	7.00	10.30	**47%**	13.65	20.09	Preisliste der KAGA 2014, Act. II.D.X.128; VR-Protokoll vom 28.11.2013, T. 2.3, Act. II.B.X.258 (explizit einstimmig)
2013	7.00	10.30	**47%**	13.65	20.09	Preisliste der KAGA 2013, Act. II.D.X.91; VR-Protokoll vom 29.11.2012, T. 2.3.3, Act. II.D.X.6 (explizit einstimmig)
2012	7.00	10.30	**47%**	13.65	20.09	Preisliste der KAGA 2013, Act. II D X 91; VR-Protokoll vom 30.11.2011, T. 2.3.3, Act. II.D.X.6 (zwei Stimmenthaltungen)
2011	7.00	10.30	**47%**	13.65	20.09	Preisliste der KAGA 2011, Act. II.A.X.217; VR-Protokoll vom 24.11.2010, T. 2.3.4, Act. II.D.X.6 (implizit einstimmig)
2010	7.00	10.30	**47%**	13.65	20.09	Preisliste der KAGA 2011, Act. II A.X.217; VR-Protokoll vom 02.12.2009, T. 2.4.4, Act. II.D.X.6 (implizit einstimmig)
2009	7.00	10.30	**47%**	14.00	20.60	FIKO vom 10.11.2008, T. 8.1, Act. II B.X.463; VR-Protokoll vom 03.12.2008, T. 2.3.4, Act. II.A.X.142 (explizit einstimmig)
2008	7.00	10.10	**44%**	14.00	20.20	Preisliste der KAGA 2008, Act. II.D.X.8; VR-Protokoll vom 06.12.2007, T. 2.3, Act. II.D.X.6 (explizit einstimmig)
2007	7.00	9.80	**40%**	14.00	19.60	Preisliste der KAGA 2008, Act. II.D.X.8; VR-Protokoll vom 06.12.2006, T. 2.3, Act. II.D.X.6 (implizit einstimmig)
2006	7.00	9.80	**40%**	14.00	19.60	Preisliste der KAGA 2006, Entwurf, Act. II.C.X.98; VR-Protokoll vom 30.11.2005, T. 2.4.4, Act. II.B.X.258 (implizit einstimmig)
2005	7.00	9.80	**40%**	14.00	19.60	Preisliste der KAGA 2005, Act. II.C.X.89; VR-Protokoll vom 02.12.2004, T. 2.2.4, Act. II.D.X.6 (implizit einstimmig)
2004	7.00	9.80	**40%**	14.00	19.60	Preisliste der KAGA 2004, Act. II.C.X.83; VR-Protokoll vom 27.11.2003, T. 3.2.3, Act. II.D.X.6 (implizit einstimmig)
2003	7.00	9.80	**40%**	14.00	19.60	Preisliste der KAGA 2003, Act. II.C.X.77; VR-Protokoll vom 28.11.2002, T. 5.3, Act. II.D.X.6 (explizit einstimmig)
2002	7.00	9.80	**40%**	14.00	19.60	Preisliste der KAGA 2002, Act. II.C.X.69; VR-Protokoll vom 29.11.2001, T. 5.3, Act. II.D.X.6 (explizit einstimmig)
2001	7.00	9.75	**39%**	14.00	19.50	Preisliste der KAGA 2001, Act. II.C.X.64; VR-Protokoll vom 06.12.2000, T. 4.3, Act. II.D.X.6 (implizit einstimmig)
2000	7.00	9.50	**36%**	14.00	19.00	Preisliste der KAGA 2001, Act. II.C.X.64; VR-Protokoll vom 08.12.1999, T. 4.1, Act. II.D.X.6 (explizit einstimmig)

Tabelle 43: Listenpreise KAGA Kiessand ab Wand von 2000 bis 2016 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

1055. Zu den Preisangaben in der Tabelle ist Folgendes zu sagen: KAGA hat ihre Kiespreise bis und mit 2001 in CHF pro m^3 ausgewiesen und verrechnet.[1960] Auf das Jahr 2002 hat sie die Preisangabe und Verrechnung auf CHF pro Tonne geändert.[1961] Zudem hat KAGA für die Umrechnung von m^3 in Tonnen bis und mit 2009 einen Faktor von 2,00 angewandt,[1962] ab 2010 dann einen

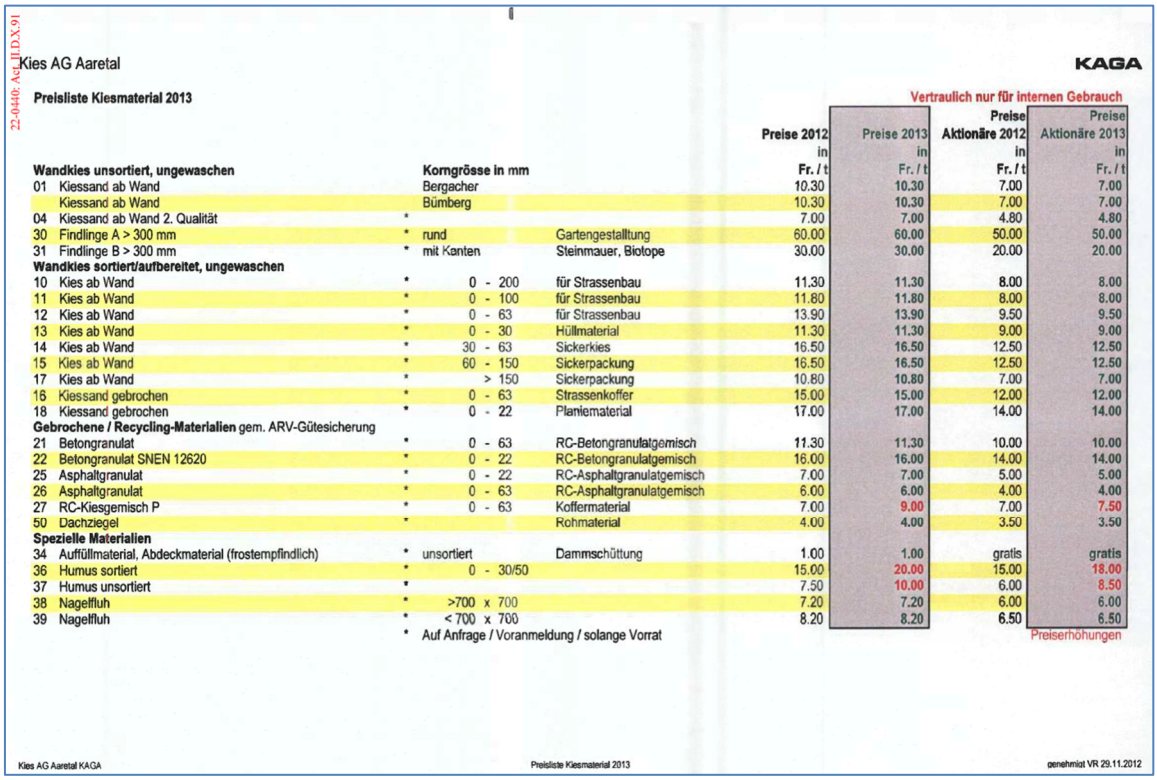
[1960] Siehe letzte Preisliste nur in CHF pro m^3 (Preisliste 2001, Act. II.C.X.64).

[1961] VR-Protokoll der KAGA vom 6.12.2000, T. 4.3, Act. II.D.X.6; VR-Protokoll der KAGA vom 29.11.2001, T. 4.3, Act. II.D.X.6.

[1962] Dokument «Umrechnungsbehelf» von 2002 (Act. II.D.X.8). Dies zeigt sich weiter durch einen Blick auf die Kiesbezüge der Aktionärinnen der Jahre 2003 bis 2009 (2009: Transportkostenausgleich Kiesbezüge 2009, Act. II.B.X.281; 2008: Transportkostenausgleich Kiesbezüge 2008, Act. II.B.X.257; 2007: Transportkostenausgleich Kiesbezüge 2007, Act. II.B.X.274; 2006: Transportkostenausgleich Kiesbezüge 2006, Act. II.B.X.211; 2005: Transportkostenausgleich Kiesbezüge 2005, Act. II.B.X.209; 2004: Kiesbezüge, Details Aktionäre mit Transportkostenausgleich 2004, Act. II.B.X.237; 2003: Kiesverkäufe 2003, Act. II.B.X.158). Siehe z.B. für das Jahr 2009, Transportkostenausgleich Kiesbezüge 2009: Detail Kieswerk Heimberg, Act. II.B.X.281: Für Bergacher: 115.88 / 57.94 = 2.– und für Bümberg: 95.44 / 47.72 = 2.–. Für die Abbaustelle Bümberg, in der ab 2005 Wandkies abgebaut wurde, galten für einzelne Jahre andere spezifische Gewichte. Da aber nur in einzelnen Jahren für Bümberg andere Preise als für Bergacher galten und weil KAGA ab 2010 für die Abbaustellen Bergacher und Bümberg von den gleichen spezifischen Gewichten ausging, wird für die Darstellung des in erster Linie als Orientierung dienenden Preisvergleichs darauf verzichtet, eine Differenzierung nach Abbaustellen vorzunehmen. So rechnete KAGA z.B. im Jahr 2006 für die Abbaustelle Bümberg bis Mai mit einem Umrechnungsfaktor von 1,95, ab Juni mit einem solchen von 2,00 (Dokument «Details Aktionäre mit Transportkostenausgleich 2006», Act. II.B.X.211), im Jahr 2007 anfänglich mit einem solchen von 2,00, ab November mit einem solchen von 1,90 (Dokument «Transportkostenausgleich Kiesbezüge 2007: Details Aarekies AG», Act. II.B.X.274).

Faktor von 1,95.[1963] Gestützt auf diese Ausgangslage hat die Wettbewerbsbehörde in der Tabelle die massgeblichen m³-Preise von 2000 und 2001 in Tonnen-Preise umgerechnet (also geteilt durch 2,00). Die ab dem Jahr 2002 massgeblichen Tonnen-Preise hat es in der Tabelle in m³ umgerechnet, und zwar von 2002 bis und mit 2009 mit dem Faktor 2,00 und ab dem Jahr 2010 mit dem Faktor 1,95.[1964]

1056. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass KAGA nicht nur das Produkt «Kiessand ab Wand» verkaufte. Sie verkaufte über 20 weitere Kiesprodukte und sie gewährte den Aktionärinnen bei all diesen Produkten Vorzugspreise. Dies zeigt sich am Beispiel der nachfolgend abgebildeten KAGA-Preisliste aus dem Jahr 2013. Es handelt sich dabei um die nur KAGA-intern verwendete «vertrauliche» Version der Preisliste. Nach aussen hin verwendete KAGA jeweils eine Version, in welcher die Aktionärslistenpreise nicht sichtbar waren.[1965]



22-0440: Act. II.D.X.91

Kies AG Aaretal

KAGA

Preisliste Kiesmaterial 2013

Vertraulich nur für internen Gebrauch

			Korngrösse in mm		Preise 2012 in Fr. / t	Preise 2013 in Fr. / t	Preise Aktionäre 2012 in Fr. / t	Preise Aktionäre 2013 in Fr. / t
Wandkies unsortiert, ungewaschen								
01	Kiessand ab Wand		Bergacher		10.30	10.30	7.00	7.00
	Kiessand ab Wand		Bümberg		10.30	10.30	7.00	7.00
04	Kiessand ab Wand 2. Qualität	*			7.00	7.00	4.80	4.80
30	Findlinge A > 300 mm	*	rund	Gartengestalltung	60.00	60.00	50.00	50.00
31	Findlinge B > 300 mm	*	mit Kanten	Steinmauer, Biotope	30.00	30.00	20.00	20.00
Wandkies sortiert/aufbereitet, ungewaschen								
10	Kies ab Wand	*	0 - 200	für Strassenbau	11.30	11.30	8.00	8.00
11	Kies ab Wand	*	0 - 100	für Strassenbau	11.80	11.80	8.00	8.00
12	Kies ab Wand	*	0 - 63	für Strassenbau	13.90	13.90	9.50	9.50
13	Kies ab Wand	*	0 - 30	Hüllmaterial	11.30	11.30	9.00	9.00
14	Kies ab Wand	*	30 - 63	Sickerkies	16.50	16.50	12.50	12.50
15	Kies ab Wand	*	60 - 150	Sickerpackung	16.50	16.50	12.50	12.50
17	Kies ab Wand	*	> 150	Sickerpackung	10.80	10.80	7.00	7.00
16	Kiessand gebrochen	*	0 - 63	Strassenkoffer	15.00	15.00	12.00	12.00
18	Kiessand gebrochen	*	0 - 22	Planiematerial	17.00	17.00	14.00	14.00
Gebrochene / Recycling-Materialien gem. ARV-Gütesicherung								
21	Betongranulat	*	0 - 63	RC-Betongranulatgemisch	11.30	11.30	10.00	10.00
22	Betongranulat SNEN 12620	*	0 - 22	RC-Betongranulatgemisch	16.00	16.00	14.00	14.00
25	Asphaltgranulat	*	0 - 22	RC-Asphaltgranulatgemisch	7.00	7.00	5.00	5.00
26	Asphaltgranulat	*	0 - 63	RC-Asphaltgranulatgemisch	6.00	6.00	4.00	4.00
27	RC-Kiesgemisch P	*	0 - 63	Koffermaterial	7.00	9.00	7.00	7.50
50	Dachziegel	*		Rohmaterial	4.00	4.00	3.50	3.50
Spezielle Materialien								
34	Auffüllmaterial, Abdeckmaterial (frostempfindlich)	*	unsortiert	Dammschüttung	1.00	1.00	gratis	gratis
36	Humus sortiert	*	0 - 30/50		15.00	20.00	15.00	18.00
37	Humus unsortiert	*			7.50	10.00	6.00	8.50
38	Nagelfluh	*	>700 x 700		7.20	7.20	6.00	6.00
39	Nagelfluh	*	< 700 x 700		8.20	8.20	6.50	6.50

* Auf Anfrage / Voranmeldung / solange Vorrat

Preiserhöhungen

Kies AG Aaretal KAGA Preisliste Kiesmaterial 2013 genehmigt VR 29.11.2012

Abbildung 46: Auszug aus den Akten: interne Preisliste Kiesmaterial 2013, Act. II.D.X.91.

1057. Da «Kiessand ab Wand» das mit Abstand wichtigste Produkt der KAGA ist, verzichtet die Wettbewerbsbehörde darauf, auch die Entwicklung und das Ausmass der Preisvorteile der Aktionärinnen bei den übrigen Kiesprodukten zu beleuchten. In der weiteren Analyse wird der Fokus auf das Produkt «Kiessand ab Wand» gelegt, das sowohl innerhalb der Kategorie «Wandkies unsortiert, ungewaschen» als auch im Vergleich zum gesamten Kiesabbau (wozu insbesondere auch die Kategorie «Wandkies sortiert/aufbereitet, ungewaschen» gehört) das mit Abstand wichtigste Kiesprodukt der KAGA ist. Diese Wichtigkeit wird durch die nachfolgende Tabelle belegt, die das Kiesprodukt «Kiessand ab Wand» ins Verhältnis zum gesamten Kiesabbau der KAGA setzt. Dabei zeigt sich, dass ab 2000 stets rund 90 % des gesamten Kiesabbaus auf das Produkt «Kiessand ab Wand» entfielen.

[1963] Ab 2010 rechnete KAGA mit einem spezifischen Gewicht von 1,95 für Wandkies (und zwar für die Abbaustellen Bergacher und Bümberg, siehe zu den zeitweiligen Unterschieden vorangehende Fussnote): siehe dazu die Kiesbezüge der Aktionärinnen der Jahre 2010 bis 2015: Dokument «Transportkostenausgleich Kiesbezüge 2010: Details Aarekies AG», Act. II.B.X.308; Dokument «Transportkostenausgleich Kiesbezüge 2011: Details Kästli AG», Act. II.B.X.333; Dokument «Transportkostenausgleich Kiesbezüge 2012: Details Aarekies AG», Act. II.B.X.364; Dokument «Transportkostenausgleich Kiesbezüge 2013: Details Aarekies AG», Act. II.B.X.370; Dokument «Transportkostenausgleich Kiesbezüge 2014: Details Aarekies AG», Act. II.B.X.497; Act. IV, 13, Beilage 8, Jahr 2015, Wandkies unsortiert Bergacher und Bümberg, S. 1 / 7.

[1964] Diese Berechnungsweise führt dazu, dass der in der Tabelle des Sekretariats für das Jahr 2002 angegebene m³-Preis für Dritte von CHF 19.60 nicht dem m³-Preis für Dritte entspricht, den KAGA in ihrer internen Preisliste von 2002 angibt (dort gibt KAGA denselben m³-Preis aus dem Vorjahr an, nämlich CHF 19.50, siehe Preisliste 2002, Act. II.C.X.69). Da aber für Dritte ab dem Jahr 2002 der Tonnenpreis massgeblich war und da KAGA in dieser Zeit mit einem Umrechnungsfaktor von 2,00 rechnete, gibt das Sekretariat für das Jahr 2002 einen errechnet m³-Preis von CHF 19.60 an. Dies ist letztlich darauf zurückzuführen, dass KAGA auf das Jahr 2002 hin mit der Umstellung auf Tonnenpreise eine leichte Preiserhöhung für Dritte vorgenommen hat.

[1965] Siehe z.B. die KAGA-Preisliste in der nach aussen verwendeten Form aus dem Jahr 2012, Act. II.D.X.60.

	gesamter Kiesabbau		davon Kiessand ab Wand				
	in m^3	in t	in t	Anteil an Kiesabbau gesamt	an Aktionäre	an Dritte	Quelle
2015	244'564	476'900					
2014	322'515	628'904	578'292	**92%**	550'061	28'231	Kiesverkäufe 2014, Act. II.B.X.496
2013	335'535	654'293	612'747	**94%**	569'978	42'769	Kiesverkäufe 2013, Act. II.B.X.412
2012	326'563	636'798	568'078	**89%**	535'736	32'342	Kiesverkäufe 2012, Act. II.B.X.363
2011	410'297	800'079	712'645	**89%**	703'379	9'266	Kiesverkäufe 2011, Act. II.B.X.356
2010	386'467	753'611	645'152	**86%**	638'021	7'131	Kiesverkäufe 2010, Act. II.B.X.307
2009	325'445	650'890	593'481	**91%**	587'753	5'728	Kiesverkäufe 2009, Act. II.B.X.306
2008	308'418	616'836	541'863	**88%**	536'993	4'870	Kiesverkäufe 2008, Act. II.B.X.256
2007	319'981	639'962	602'259	**94%**	576'455	25'804	Kiesverkäufe 2007, Act. II.B.X.246
2006	381'212	762'424	747'442	**98%**	700'322	47'120	Kiesverkäufe 2006, Act. II.B.X.206
2005	288'044	576'088	526'721	**91%**	498'068	28'653	Kiesverkäufe 2005, Act. II.B.X.208
2004	210'953	421'906	414'066	**98%**	402'829	11'237	Kiesverkäufe 2004, Act. II.B.X.170
2003	210'964	421'928	400'628	**95%**	385'418	15'210	Kiesverkäufe 2003, Act. II.B.X.158
2002	288'443	576'886	556'096	**96%**	536'075	20'021	Kiesverkäufe 2002, Act. II.B.X.139
2001	298'366	596'732	552'986	**93%**	536'101	16'885	Kiesverkäufe 2001, Act. II.B.X.113
2000	222'282	444'564	399'595	**90%**	373'823	25'772	Kiesverkäufe 2000, Act. II.B.X.74

Tabelle 44: Anteil Wandkies an gesamten Kiesabbau von 2000 bis 2015 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

1058. Die Zahlen in m^3 stammen aus dem Dokument KAGA in Zahlen 2015.[1966] Das Sekretariat hat sie in Tonnen umgerechnet (bis und mit 2009 mit dem Umrechnungsfaktor 2,00, ab 2010 mit dem Umrechnungsfaktor 1,95).[1967] Die Zahlen «davon Kiessand ab Wand in t» hat das Sekretariat aus den Verkaufsmengen der KAGA an die Aktionärinnen und Dritte («Normale») summiert (siehe die Quellenangaben in der Tabelle). Der VR der KAGA bezeichnete das Produkt «Kiessand ab Wand» zum Teil auch pauschal als «Wandkies», «Wandkies unsortiert» oder «Kies ab Wand».[1968]

1059. Der oben aufgeführte Vergleich der Listenpreise für Aktionärinnen und für Dritte (d.h. Nicht-Aktionärinnen) ist allerdings etwas zu relativieren. Denn seit der Gründung hat KAGA auch gewissen Dritten geringere Wandkiespreise als den offiziellen Listenpreis angeboten. So hat sie zu Beginn noch weitere Preiskategorien gekannt: Bis 1974 genoss die nicht näher bestimmte Kategorie «Uebrige» einen tieferen Preis als die Kategorie «Offiziell», ab 1975 stimmte der Preis dieser zwei Kategorien alsdann aber überein (womit die Kategorie «Uebrige» faktisch aufgehoben wurde). Eingeführt wurde 1974 dafür eine weitere Kategorie «Assoziierte», die ebenfalls einen Preisvorteil gegenüber der Kategorie «Offiziell» aufwies. Der Preis der Kategorie «Assoziierte» lag dabei seit 1979 deutlich näher beim Preis «Offiziell» als beim «Aktionärspreis».[1969] Eine Auswertung der verbuchten Preise ab 2000 zeigt, dass Dritte in den Jahren 2000 bis und mit 2003 genau oder fast genau den Listenpreis für Dritte bezahlten.[1970] Später[1971] ging KAGA dazu über, einzelnen Dritten Spezialpreise zu

[1966] Act. IV.13, Beilage 22, S. 5.
[1967] Hiervor Rz 777.
[1968] VR-Protokoll der KAGA vom 27.3.2003, T. 5.3, Act. II.G.X.319; VR-Protokoll der KAGA vom 16.12.2014, T. 2, Act. IV.14; VR-Protokoll der KAGA vom 6.12.2006, T. 2.4.1 und 2.4.5, Act. II.B.X.258.
[1969] Zum Vorangehenden Geschäftsbericht der KAGA 1986, Entwicklung der Kiespreise, Act. II.C.X.52 in fine.
[1970] Siehe Tabelle in Rz 1141.
[1971] Nicht näher nachgegangen wird hier dem Spezialfall «[U46]»: Gestützt auf eine Vereinbarung konnte diese eine bestimmte Menge Wandkies zum Aktionärslistenpreis beziehen. Gegenleistung von [U46] dafür war, dass sie ein grundbuchlich zu ihren Gunsten eingetragenes Abbaurecht an einer Parzelle an KAGA übertrug (VR-Protokoll der KAGA vom 18.6.1987, T. 3.7). In der diesbezüglichen Beratung im VR von KAGA wurde unter anderem geäussert, es sei bei diesem Punkt wichtig, «dass diese Privilegierung [von [U46]] nur bei Bezug für den Eigenbedarf gelte. Die Betriebsleitung müsse dies allenfalls kontrollieren». Der Vorsitzende hielt schliesslich fest, «dass der Begriff Eigenbedarf jedenfalls ausschliesse, dass die Firma [U46] Dritte 'hineinnehme'» (VR-Protokoll der KAGA vom 18.6.1987, T. 3.7; vgl. ferner Kommentar zu Traktandum 3 im Anhang, Act. II.D.X.5). [U46] ging 1997 Konkurs (vgl. HReg-Eintrag der [U46]).

gewähren oder mit diesen spezielle Vereinbarungen abzuschliessen. So wurde etwa [U01] ab Februar 2005 bis auf weiteres ein Spezialpreis gewährt (CHF 7.93 statt CHF 9.80).[1972] In den Jahren 2009 und 2010 verbuchte KAGA für Dritte aber wieder genau oder fast genau den Listenpreis für Dritte.[1973] Für die Jahre 2012 (ab März), 2013 und 2014 wird in Buchhaltungsunterlagen der KAGA auf «Spez. Vereinbarungen für Kies ab Wand» mit vier Dritten ([U04], [U01], [U40],[1974] [U43][1975]) Bezug genommen. Diese weisen bezogen auf die Jahresmenge einen gestaffelten Mengenrabatt auf dem Listenpreis von CHF 10.30 aus (Preis bis 2'000 m³ CHF 9.80, bis 5'000 m³ CHF 9.30, bis 10'000 m³ CHF 8.80, bis 20'000 m³ CHF 8.50 und ab 20'000 m³ CHF 8.20). [U01] erreichte 2013 und 2014 die zweithöchste Rabattstufe, 2012 die Mittlere. [U04] erreichte 2012 die mittlere Rabattstufe, 2013 die Zweitniedrigste und 2014 die Niedrigste. Die zwei weiteren Dritten stiegen nie über die niedrigste Rabattstufe hinaus.[1976] Zum Vergleich: Der Listenpreis für Aktionärinnen lag in diesen Jahren bei CHF 7.–, derjenige für Dritte bei CHF 10.30.[1977] Selbst bei der – von niemandem erreichten – höchsten Rabattstufe lag der Spezialpreis für diese vier Dritten somit immer noch ca. 15 % über dem Listenpreis der Aktionärinnen.

1060. Die Listenpreise für Aktionärinnen lagen also trotz der zeitweise gegenüber einzelnen Dritten gewährten Rabatten stets tiefer als die Preise aller Dritten. Da KAGA ihren Aktionärinnen neben den tieferen Listenpreisen weitere Preisvorteile bot wie Mengenrabatte, Vergünstigungen aus Qualitätsgründen, ad-hoc Kiesaktionen in Form von Rückvergütungen und einen Transportkostenausgleich (siehe zu all diesen Zusatzvergünstigungen für Aktionärinnen nachfolgend)[1978], lagen die effektiven Aktionärspreise noch deutlich tiefer bzw. waren die Preisunterschiede zwischen Aktionärspreisen und Preisen für Dritte noch deutlich grösser. Eine Auswertung zeigt denn auch, dass der durchschnittliche Wandkiespreis für Nicht-Aktionärinnen stets deutlich über dem durchschnittlichen Vorzugspreis der Aktionärinnen lag.[1979]

C.7.4.4 Für wen diese generellen Vorteilspreise galten

1061. Die generellen Vorteilspreise gemäss den oben dargestellten Preislisten[1980] galten einzig für die Aktionärinnen und zwar gleichermassen: Im Gegensatz zu anderen Rabattformen, die für Marti-Gruppe nicht galten, konnten sämtliche Aktionärinnen von KAGA Wandkies zum Aktionärslistenpreis beziehen.[1981] KAGA führte denn auch zwei getrennte Preislisten: Die interne Preisliste (bezeichnet mit «vertraulich nur für internen Gebrauch») und die externe Preisliste.[1982] Sie sandte die vertrauliche Aktionärspreisliste den Aktionärinnen auch nicht wie die externe Preisliste per Post zu, sondern lies diese persönlich übergeben: «Die Aktionärspreise holen Sie bitte bei Ihrem Vertreter unseres Verwaltungsrates ein».[1983]

1062. Gewisse Nicht-Aktionärinnen erhielten zwar wie ebenfalls oben festgestellt zeitweise Rabatte.[1984] Die Rabatte wurden aber stets auf der Grundlage der Listenpreise für Nicht-Aktionärinnen berechnet (d.h. gestützt auf die externe Preisliste), sodass auch diese Rabattgewährung nichts daran ändert, dass die Aktionärslistenpreise eben nur für Aktionärinnen galten. Zudem lagen die Aktionärslistenpreise gemäss interner Preisliste stets unter den günstigst möglichen Preisen für Dritte mit Rabatten,[1985] wobei die Aktionärinnen sogar noch zusätzliche Rabatte auf den Aktionärslistenpreisen genossen.[1986]

C.7.4.5 Zweck

1063. Das Verlangen von unterschiedlichen Preisen für ein bestimmtes Produkt stellt für sich genommen schon einen Zweck dar, nämlich die Unterscheidung der beiden Kundengruppen, von denen die unterschiedlichen Preise verlangt werden. Diese zwei Gruppen sind im hier vorliegenden Fall die Aktionärinnen und die Nicht-Aktionärinnen. Damit werden zwei Gruppen unterschiedlich behandelt, wobei diese Medaille zwei Seiten hat: Eine Besserstellung der einen Gruppe und damit unvermeidlich verknüpft eine Schlechterstellung der anderen Gruppe. Die Beweismittel belegen, dass den Aktionärinnen beide Seiten der genannten Medaille bewusst waren und sie beide subjektiv als Zweck verfolgt haben.

1064. So ist bereits in der Begrifflichkeit des im KAGA-Vertrag vorgesehenen «Vorzugspreis» für die Aktionärinnen die Idee der Bevorzugung enthalten. In den Preislisten war soweit ersichtlich jeweils von den – nota bene als vertraulich bezeichneten – «Preise Aktionäre» die Rede.[1987] Im Jahr 2002 zogen die Aktionärinnen im Rahmen von Strategiearbeiten einen externen Berater bei, der aufgrund von Gesprächen mit den Aktionärinnen der KAGA herausfinden sollte, worin deren «aktionärspolitische Grundhaltung» besteht.[1988] Dabei stellte er u.a. folgende Grundhaltung fest: «1. Die KAGA ist nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck: Sie dient den Aktionären in ihrem jeweiligen Wettbewerb». Weiter werden verschiedene Grundhaltungen im Kiesbereich aufgelistet, darunter diese: «KAGA soll im Kiesbereich

[1972] Tabelle «Spez. Preis für [U01], Gerzensee», Act. II.B.X.210.
[1973] Rz 1141.
[1974] Für die vollständige Firma siehe Fn 992.
[1975] Für die vollständige Firma siehe Fn 992.
[1976] Zum Vorangehenden bezüglich "Spez. Vereinbarungen» Act. II.B.X.358; Act. II.B.X.393; Act. II.B.X.498. Ferner Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 450–465, Act. III.26.
[1977] Tabelle in Rz 1054.
[1978] Rz 1066 ff. und Rz 192 ff.
[1979] Siehe Tabelle Rz 1141.
[1980] Siehe Tabelle unter Rz 1054.
[1981] So galt z.B. der Transportkostenausgleich für Marti-Gruppe nicht (siehe dazu Rz 1087, 1097 und 1100). Der Mengenrabatt galt für Marti-Gruppe zwar theoretisch, kam aber für diese faktisch nicht zum Tragen (siehe dazu Rz 1070). Als Beleg dafür, dass der Aktionärslistenpreis auch für Marti-Gruppe galt, sei etwa auf folgende Akten verwiesen: z.B. für 2010 Dokument «Preise Aktionäre 2010», Act. II.B.X.270; z.B. für 2012 Dokument «Transportkostenausgleich Kiesbezüge 2012: Detail Marti AG», Bezüge nicht für Kieswerk ab Bergacher (z.B. 1316 / 188 = 7), Act. II.B.X.364. Siehe auch EV von [...] (ehem. Mitglied GL von Kästli) vom 5.2.2015, Rz 99–101, Act. III.13.
[1982] Siehe z.B. für das Jahr 2013 die interne Preisliste in Act. II.D.X.91 und die externe Preisliste in Act. II.C.X.167.
[1983] Schreiben der KAGA vom Dezember 2004 «An unsere Aktionärinnen» mit der *externen* Preisliste für 2005, Act. II.A.X.95.
[1984] Rz 1059 f.
[1985] Rz 1059 f.
[1986] Rz 1066 ff.
[1987] Siehe z.B. die interne Preisliste 2013, Act. II.D.X.91.
[1988] Folien Aktionärspolitische Grundhaltung zur KAGA, Act. II.D.X.10, S. 157–159; siehe auch Rz 764.

den Bezug von nicht allzu teurem Kies (Aktionärspreis) ermöglichen». Und als explizite Kehrseite der genannten Medaille wurde diese Grundhaltung vermerkt: «den Kiespreis für Dritte hochhalten (Diskriminierung)».

C.7.4.6 Zusammenfassendes Beweisergebnis zu den Listenpreisen für Aktionärinnen

1065. Aus dem Vorangehenden ergibt sich, dass die KAGA für alle Aktionärinnen bessere Listenpreise für sämtliche Kiesmaterialien setzte. Eine Übersicht über die Aktionärs-Listenpreise des KAGA-Hauptprodukts Wandkies während der Jahre 2000 bis 2014 ist in der Tabelle zur Rz 1054 enthalten. Die KAGA setzte von 1970 bis und mit 2014 Vorzugs-Listenpreise für Aktionärinnen fest.[1989]

C.7.5 Weitere Preisvorteile zu Gunsten der Aktionärinnen für Wandkies

1066. Neben den soeben festgestellten Vorzugsbehandlungen gemäss Preislisten für sämtliche Kiesmaterialien gewährten sich die Aktionärinnen zusätzliche Vorzugskonditionen zu ihren Gunsten für das Hauptprodukt[1990] der KAGA, also für Wandkies. Dazu gehörte in erster Linie der Transportkostenausgleich zugunsten der Aktionärinnen mit Kieswerk, also die Vergütung der Kosten für den Transport von Wandkies bis zu einer bestimmten Maximalmenge durch KAGA (unter der Bedingung, dass der Kies im Kieswerk einer Aktionärin weiterverarbeitet wurde). Diese Form der Vorzugsbehandlung (Transportkostenausgleich genannt) wird separat dargestellt.[1991] Die KAGA übernahm aber stets nur für eine bestimmte Menge Wandkies die Transportkosten der Aktionärinnen. Für die Menge, die darüber lag, gewährte sie einen «Mengenrabatt» für Aktionärinnen (nachfolgend C.7.5.1). Zusätzlich gewährte sie den Aktionärinnen einen Rabatt aus Qualitätsgründen für Wandkies ab der Abbaustelle Bümberg (nachfolgend C.7.5.2) sowie punktuelle Kiesaktionen und Rückvergütungen (nachfolgend C.7.5.3).

C.7.5.1 «Mengenrabatt» für Aktionärinnen

1067. Auf das Jahr 2003 hin führten die Aktionärinnen der KAGA einen Transportkostenausgleich ein, mit welchem KAGA die Kosten der Aktionärinnen für den Transport einer bestimmten maximalen Wandkiesmenge entschädigte.[1992] Auf diesen Transportkostenausgleich stimmten die Aktionärinnen einen weiteren Rabatt ab, indem sie einen tieferen Verkaufspreis für Wandkies festlegten, der über die maximale transportkostenberechtigte Menge hinaus bezogen wurde. Mit anderen Worten: Ab der Menge, deren Transport nicht vergünstigt wurde, galt für die Aktionärinnen ein vergünstigter Einkaufspreis. Sie nannten diese Vergünstigung «Mengenrabatt» und dieser galt von 2003 bis und mit 2014.[1993]

1068. Der «Mengenrabatt» für Aktionärinnen wurde für die jeweiligen Jahre wie folgt festgelegt (in Klammer jeweils der Gesamtbetrag, den KAGA für die Aktionärsvergünstigung «Mengenrabatt» als Ausgabe verbuchte):

- **2003**: ab 25'000 m^3 Rabatt von CHF –.50 pro m^3 (CHF 17'184.–), (implizit)[1994] einstimmiger Entscheid des VR der KAGA;[1995]
- **2004**: ab 25'000 m^3 Rabatt von CHF –.50 pro m^3 (CHF 21'323.–);[1996]
- **2005**: ab 25'000 m^3 Rabatt von CHF –.50 pro m^3 (CHF 53'380.–);[1997]
- **2006**: ab 30'000 m^3 Rabatt von CHF –.50 pro m^3 (CHF 86’829.–)[1998]. Im Verlaufe des Jahres 2006 entschied der VR der KAGA, den Aktionärinnen weitere CHF 300'000.– als «Rabatt» auszuzahlen, wobei dieser Betrag in der entsprechenden Jahresrechnung unter dem Titel «Mengenrabatt» verbucht wurde. Da diese zusätzliche Aktionärsvergünstigung aber nicht an den Bezug einer bestimmten Menge geknüpft war, wird sie unter den weiteren Kiesaktionen behandelt;[1999]
- **2007**: ab 35'000 m^3 Rabatt von CHF 1.– pro m^3 (CHF 91’116.–), (implizit)[2000] einstimmiger Entscheid des VR der KAGA;[2001]
- **2008**: ab 35'000 m^3 Rabatt von CHF 1.– pro m^3 (CHF 99’812.–), (explizit) einstimmiger Entscheid des VR der KAGA;[2002]

[1989] Rz 1041.
[1990] Siehe dazu die Ausführungen Rz 1056 f.
[1991] Unten Rz 1094 ff.
[1992] Rz 1092.
[1993] Einführung per 2003: VR-Protokoll der KAGA vom 27.3.2003, T. 5 und 6, (implizit; dazu Rz 694 f.) einstimmig, Act. II.D.X.6; Aufhebung per 1.1.2015: VR-Protokoll der KAGA vom 3.12.2014, T. 5.3, (implizit; dazu Rz 694 f.) einstimmig, und VR-Protokoll der KAGA vom 16.12.2014, T. 2, (explizit) einstimmig, beide Act. IV.13, Beilage 24 und Beilage 1.
[1994] Rz 694 f.
[1995] VR-Protokoll der KAGA vom 27.3.2003, T. 5 und 6, Act. II.D.X.6; Betrag des Mengenrabatts siehe in Budget KAGA 2005 (Act. II.C.X.221).
[1996] Dokument «Kiesbezüge Details Aktionäre mit Transportkostenausgleich 2004», Act. II.B.X.237 (der Rabatt von CHF –.50 pro m^3 entspricht einem Rabatt von CHF –.25 pro Tonne); Betrag des Mengenrabatts siehe in Budget KAGA 2006 (Act. II.C.X.222).
[1997] Weisung Verrechnung Transportkostenausgleich TA und Mengenrabatt für Aktionärs-Wandkiesbezüge vom 6.12.2004, S. 2, Act. II.D.X.18; Dokument «Details Aktionäre mit Transportkostenausgleich 2005», Act. II.B.X.209 (der Rabatt von CHF –.50 pro m^3 entspricht einem Rabatt von CHF –.25 pro Tonne); Betrag des Mengenrabatts siehe in Budget KAGA 2007 (Act. II.C.X.223).
[1998] Der Transportkostenausgleich wurde neu bis zur Bezugsmenge von 30'000 m^3 ausgerichtet (VR-Protokoll der KAGA vom 30.11.2005, T. 2.4, Act. II.B.X.258; FIKO-Protokoll der KAGA vom 10.11.2005, T. 3, Act. II.B.X.463). Der Mengenrabatt verblieb bei CHF –.50 pro m^3, wurde aber neu erst ab 30'000 m^3 gewährt (Dokument «Details Aktionäre mit Transportkostenausgleich 2006», Act. II.B.X.211; Dokument «Transportkostenausgleich Kiesbezüge Aktionäre 2006», Act. II.B.X.223); Betrag des Mengenrabatts siehe in Budget KAGA 2008 (Act. II.C.X.224).
[1999] Rz 1088.
[2000] Rz 694 f.
[2001] Die Menge, auf welcher der Transportkostenausgleich bezahlt wurde, wurde vom VR der KAGA erhöht auf 35'000 m^3; ebenso entschied der VR der KAGA, den Mengenrabatt auf CHF 1.– pro m^3 zu erhöhen, allerdings erst ab der Menge, für welche der TA nicht mehr galt (VR-Protokoll der KAGA vom 6.12.2006, T. 2.4.2, Act. II.D.X.6); Betrag des Mengenrabatts siehe in Budget KAGA 2009 (Act. II.C.X.225).
[2002] VR-Protokoll der KAGA vom 6.12.2007, T. 2.3.1 und 2.3.5, Act. II.D.X.6; siehe auch FIKO-Protokoll der KAGA vom 21.11.2007, T. 3.2.4, Act. II.C.X.24; Betrag des Mengenrabatts siehe in Budget KAGA 2010 (Act. II.C.X.226).

- **2009**: ab 35'000 m³ Rabatt von CHF 1.– pro m³ (CHF 115'424.–);[2003]
- **2010**: ab 35'000 m³Rabatt von CHF 1.95 pro m³ (CHF 276'024.–), (implizit)[2004] einstimmiger Entscheid des VR der KAGA;[2005]
- **2011**: ab 35'000 m³ Rabatt von CHF 1.95 pro m³ (CHF 312'643.–);[2006]
- **2012**: ab 35'000 m³ Rabatt von CHF 1.95 pro m³ (CHF 176'803.–);[2007]
- **2013**: ab 35'000 m³ Rabatt von CHF 1.95 pro m³ (CHF 189'533.–);[2008]
- **2014**: ab 35'000 m³ Rabatt von CHF 1.95 pro m³, (explizit) einstimmiger Entscheid des VR der KAGA.[2009]

1069. Per 2015 hob der VR der KAGA den Transportkostenausgleich auf und führte ein Mengenrabattsystem ein, das für alle KAGA-Kundinnen (d.h. Aktionärinnen und Dritte) angewendet wird.[2010] Damit hob er auch das soeben beschriebene Rabattsystem für die Aktionärinnen auf. Eine Begründung für die Aufhebung ist den Akten nicht zu entnehmen.

1070. Der beschriebene «Mengenrabatt» für Aktionärinnen über der TA-Grenze stand während all dieser Jahre nur den Aktionärinnen zu. Von 2003 bis und mit 2005 wurde dieser «Mengenrabatt» für Aktionärinnen innerhalb der Gruppe der Aktionärinnen nur für Kiesbezüge der Kieswerke von Aktionärinnen gewährt, ab 2006 bis 2014 auch für Bezüge von deren Bauunternehmen.[2011] Von dieser Änderung profitiert haben dürfte insbesondere die als Bauunternehmen tätige Kästli-Gruppe, die ihren Kiesbezug just im Jahr 2006 im Vergleich zum Vorjahr fast verdoppelt hat (von ca. 42'000 m³ im Jahr 2005 auf ca. 82'000 m³ im Jahr 2006).[2012] Und wenn der «Mengenrabatt» für Aktionärinnen somit seit 2006 auch für Kies galt, das auf Baustellen verwendet wurde, so ist doch festzuhalten, dass die zweite Aktionärin der KAGA, die ebenfalls schwergewichtig im Bauwesen tätig ist (die Marti-Gruppe), nie in den Genuss des «Mengenrabatts» für Aktionärinnen kam. Denn die Marti-Gruppe hat nie Kiesmengen über der «Mengenrabatt»-Schwelle bezogen, was damit zu tun haben dürfte, dass die «Mengenrabatt»-Schwelle stets mit der Maximalmenge für die Auszahlung des Transportkostenausgleichs verknüpft war, der wiederum nur bei Kiesbezügen für die Weiterverwendung im Kieswerk zum Tragen kam.[2013] Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass der «Mengenrabatt» nur für Aktionärinnen und nicht für Dritte galt. Unter den Aktionärinnen kam er faktisch nur für Aktionärinnen mit Kieswerk zum Tragen, das mit «Mengenrabatt» für Aktionärinnen vergünstigte Kies durfte aber von diesen auch auf Baustellen genutzt werden.

1071. Welche Gründe hinter der Einführung, den jeweiligen Erhöhungen und der Aufhebung des «Mengenrabatts» für Aktionärinnen standen, wird in den Akten nirgends explizit ausgeführt. So sind insbesondere nirgends Überlegungen dazu zu finden, weshalb dieser «Mengenrabatt» für Dritte nicht galt, weshalb er auf einen bestimmten Betrag festgelegt wurde, ob damit bestimmte Mengenziele verfolgt wurden oder ob der Rabatt etwas mit Einsparungen von Kosten auf Seiten der KAGA zu tun hat. Auch erläutern die jeweiligen Entscheidgremien der KAGA nicht, weshalb sie den «Mengenrabatt» für Aktionärinnen mengenmässig auf den Transportkostenausgleich abgestimmt haben. Schliesslich sind – zumindest auf den ersten Blick – auch keine direkten Effekte der jeweiligen Rabatterhöhungen zu erkennen: So hat Aare-Kies (Daepp) von 2006 auf 2007 ihre Kiesbezugsmenge trotz der Verdoppelung des «Mengenrabatts» für Aktionärinnen von CHF –.50 auf CHF 1.– fast halbiert (von ca. 135'000 m³ im Jahr 2006 auf ca. 70'000 m³ im Jahr 2007) und auch Heimberg hat ihre Menge von 2006 auf 2007 reduziert, während Kästli-Gruppe, Hofstetter und Messerli die ihrigen leicht erhöht haben. Die weitere Verdoppelung des «Mengenrabatts» für Aktionärinnen auf das Jahr 2010 hin ging zwar mit einer deutlichen Erhöhung der Kiesbezugsmenge einher (insb. durch Kästli-Gruppe); in den Jahren 2012, 2013 und 2014 lag die gesamthaft von den Aktionärinnen bezogene Kiesmenge aber wieder auf demselben Niveau wie im Jahr 2009 (d.h. auf ca. 300'000 m³).[2014]

[2003] Dokument «Kies ab Wand Aktionäre Preise 2009», Act. II.B.X.252 (ab 35'000m³ wurde der Preis von 7.– pro Tonne auf 6.50 pro Tonne gesenkt, sodass zwar die rabattauslösende Menge in m³, der Rabatt jedoch in CHF pro Tonne angegeben ist). Das «Guthaben TA je Aktionärsfirma» verblieb wie im Vorjahr bei 35'000m³ (VR-Protokoll der KAGA vom 3.12.2008, T. 2.3.3, Act. II.A.X.125); Betrag des Mengenrabatts siehe in Details Aktionäre mit Transportkostenausgleich 2009 Bergacher + Bümberg, Act. II.B.X.281.

[2004] Rz 694 f.

[2005] VR-Protokoll vom 2.12.2009, T. 2.4.3, Act. II.A.X.161 (der Mengenrabatt wurde im VR erstmals in CHF pro Tonne ausgewiesen; gestützt auf den von KAGA seit 2010 angewandten Umrechnungsfaktor von 1,95 (siehe dazu Rz 1059) ergibt dies einen Rabatt von 1.95 pro m³). In diesem VR-Entscheid verknüpfte der VR der KAGA den Mengenrabatt explizit mit dem TA: «Im Zusammenhang mit dem TA wird festgelegt, dass für Kiesbezüge von Aktionären über der TA-Menge ab 2010 ein Mengenrabatt von FR. 1.–/t gilt (vorher Fr. –.50/t)». Betrag des Mengenrabatts siehe in Budget KAGA 2012, Act. II.D.X.55.

[2006] Dokument «Preise Aktionäre ab 1.1.2011», Act. II.B.X.302 (der Mengenrabatt ist in diesem Dokument in CHF pro Tonne angegeben; multipliziert mit 1,95 ergibt dies einen Rabatt von CHF 1.95 pro m³, siehe dazu Fn 2005); Betrag des Mengenrabatts siehe in Budgetvergleich 1. Januar – 31. Dezember 2011 im Detail, Act. II.D.X.80.

[2007] Dokument «Preise Aktionäre ab 1.1.2012», Act. II.B.X.329 (der Mengenrabatt ist in diesem Dokument in CHF pro Tonne angegeben; multipliziert mit 1,95 ergibt dies einen Rabatt von CHF 1.95 pro m³, siehe dazu Fn 2005); Betrag des Mengenrabatts siehe in Budgetvergleich 1. Januar – 31. Dezember 2012 im Detail, Act. II.A.X.360.

[2008] Dokument «Preise Aktionäre ab 1.1.2013», Act. II.B.X.354 (der Mengenrabatt ist in diesem Dokument in CHF pro Tonne angegeben; multipliziert mit 1,95 ergibt dies einen Rabatt von CHF 1.95 pro m³, siehe dazu Fn 2005); siehe auch Eckwerte Budget 2013 auf S. 5 von 9 des FIKO-Protokolls der KAGA vom 13.11.2012, Act. II.B.X.463; Betrag des Mengenrabatts siehe in Budgetvergleich 1. Januar – 31. Dezember 2013 im Detail, Act. II.D.X.150.

[2009] VR-Protokoll der KAGA vom 28.11.2013, T. 2.3, Act. II.B.X.258.

[2010] Siehe Fn 1993.

[2011] Weisung Verrechnung Transportkostenausgleich TA und Mengenrabatt für Aktionärs-Wandkiesbezüge vom 5.4.2003, S. 2, Act. II.D.X.17; Weisung Verrechnung Transportkostenausgleich TA und Mengenrabatt für Aktionärs-Wandkiesbezüge vom 6.12.2004; Protokoll der Kadertage vom 11.–13.1.2007, S. 6, Nr. 10.4, Act. II.D.X.23.

[2012] Tabelle unter Rz 522.

[2013] Tabelle unter Rz 522.

[2014] Tabelle unter Rz 522.

C.7.5.2 Aktionärsrabatt aufgrund minderer Qualität für Wandkies ab Bümberg

1072. Zusätzlich zum soeben beschriebenen «Mengenrabatt» für Aktionärinnen gewährte KAGA ihren Aktionärinnen in den Jahren 2007 bis und mit 2014 für Wandkies ab der Abbaustelle Bümberg aus Qualitätsgründen eine Vergünstigung von CHF –.50 pro Tonne.

1073. In Bümberg baute KAGA ab dem Jahr 2005 Kies ab, nachdem sie dort seit 1990 keinen Abbau mehr betrieben hatte.[2015] Da die Kiesqualität ab der Abbaustelle Bümberg als ungenügend betrachtet wurde, baute KAGA ab 2005 weiterhin in der Abbaustelle Bergacher (Kirchdorf/Jaberg) Kies ab.[2016] Hinweise für eine Aktionärsvergünstigung ab der Abbaustelle Bümberg finden sich bereits für die Jahre 2005 und 2006.[2017] Soweit ersichtlich fällte der VR der KAGA aber erst für das Jahr 2007 ausdrücklich einen entsprechenden Entscheid.[2018] KAGA gewährte folgende Aktionärsrabatte aufgrund minderer Qualität für Wandkies ab Bümberg:

1074. **2007**: Für das Jahr 2007 fällte der VR der KAGA (implizit[2019]) einstimmig den Entscheid, «eine Preisreduktion für Aktionäre für Kies ab Wand ab der Abbaustelle Bümberg» von CHF –.50 pro Tonne (resp. CHF 1.– pro m^3) vorzunehmen («Grund: Qualitätsprobleme, Mehraufwand für Aufbereitung»).[2020]

1075. **2008**: Für das Jahr 2008 galt gemäss Preisliste gestützt auf die (explizit) einstimmige Genehmigung des VR derselbe Aktionärsrabatt für Kiesbezüge ab der Abbaustelle Bümberg.[2021] Im Verlaufe des Jahres 2008 genehmigte der VR der KAGA (implizit) einstimmig die Erhöhung dieses Rabatts von CHF –.50 auf CHF 1.– pro Tonne (resp. von CHF 1.– pro m^3 auf CHF 2.– pro m^3).[2022] Dieser Rabatt wurde gemäss dem damaligen Geschäftsführer von KAGA «aus Qualitätsgründen» gewährt.[2023] Gleichzeitig entschied der VR der KAGA, den Aktionärinnen auch ab der Abbaustelle Bergacher einen Rabatt von CHF 1.– pro Tonne zu gewähren. Dieser Rabatt ab der Abbaustelle Bergacher wird nachfolgend unter den weiteren Kiesaktionen behandelt,[2024] da keine Hinweise darauf bestehen, dass auch dieser aus Qualitätsgründen gewährt wurde.

1076. **2009**: Im Jahr 2009 galt der zusätzliche Aktionärsrabatt für die Abbaustelle Bümberg aus Qualitätsgründen zunächst nicht.[2025] Im Mai 2009 entschied der VR der KAGA (implizit)[2026] einstimmig aber Folgendes:[2027] «Aktionärsfirmen der KAGA erhalten aus Qualitätsgründen für Kies ab Wand (Bezüge für Kieswerke und Baustellen) ab Grube Bümberg rückwirkend ab 1.1.2009 bis 31.12.2009 folgenden Rabatt: CHF –.50 pro Tonne» (resp. CHF 1.– pro m^3). Gleichzeitig entschied der VR der KAGA, den Aktionärinnen zusätzlich und unabhängig von Qualitätsüberlegungen ab allen Abbaustellen einen Rabatt von CHF –.50 pro Tonne zu gewähren. Dieser zusätzliche Rabatt wird nachfolgend unter den weiteren Kiesaktionen behandelt.[2028]

1077. **2010**: Für das Jahr 2010 genehmigte der VR (implizit)[2029] einstimmig erneut einen «Rabatt Kies ab Bümberg für Aktionäre: Mindere Qualität Fr. –.50 / to ≈ 1.– /m^3».[2030]

1078. **2011**: Für das Jahr 2011 lässt sich aus den Akten kein Entscheid des VR zum Qualitätsrabatt nachzeichnen. Die interne Preisliste der KAGA belegt aber, dass der Rabatt für «mindere Qualität» ab der Abbaustelle Bümberg von CHF –.50 / to für die Aktionärinnen auch 2011 galt.[2031]

1079. **2012**: Auch für das Jahr 2012 lässt sich aus den Akten kein Entscheid des VR zum Qualitätsrabatt nachzeichnen. Wiederum belegt aber die interne Preisliste der KAGA, dass der Rabatt für «mindere Qualität» ab der Abbaustelle Bümberg von CHF –.50 / to für die Aktionärinnen auch 2012 galt.[2032]

1080. **2013**: An seiner Sitzung vom 29. November 2012 genehmigte der VR der KAGA (explizit) einstimmig die von der FIKO entworfenen «Eckwerte Budget 2013».[2033] In Letzteren ist festgehalten: «Mindere Qualität Kies ab Bümberg Preisreduktion für Aktionäre: Fr. –.50 / t ≈ Fr. 1.–/m^3».

1081. **2014**: An seiner Sitzung vom 28. November 2013 genehmigte der VR der KAGA (explizit) einstimmig die

[2015] KAGA in Zahlen 2013, S. 7, Act. II.D.X.135.
[2016] VR-Protokoll der KAGA vom 13.9.2005, T. 8, Act. II.D.X.6; KAGA in Zahlen 2013, S. 7, Act. II.D.X.135.
[2017] Siehe z.B. Dokument «Transportkostenausgleich Kiesbezüge 2005: Detail Messerli AG», Spalte «Bezüge nicht für Kieswerk» unter dem Titel Kiesrechnung, Act. II.B.X.209. Dokument «Transportkostenausgleich Kiesbezüge 2006: Detail Kiestag», Spalte «Bezüge nicht für Kieswerk» unter dem Titel Kiesrechnung, Act. II.B.X.209.
[2018] Siehe auch den Hinweis «ab 2007: Rabatt für Kies Bümberg» im Dokument «KAGA – Durchschnittliche Bruttoerlös Kies ab 2000 im Vergleich zur Preisliste pro m^3 in CHF», als Beilage zur VR-Sitzung vom 13.5.2008, Act. II.C.X122.
[2019] Rz 694 f.
[2020] VR-Protokoll der KAGA vom 6.12.2006, T. 2.4.1 und 2.4.5, Act. II.D.X.6.
[2021] «Preisliste Kiesmaterial 2008 Vertraulich nur für Internen Gebrauch», Act. II.D.X.8; auf dieser Preislistesteht, dass der VR sie am 6.12.2007 genehmigt hat, wobei sich aus dem VR-Entscheid zu den Preisen 2008 ergibt, dass der Entscheid explizit einstimmig getroffen wurde (VR-Protokoll der KAGA vom 6.12.2007, T. 2.3, Act. II.D.X.6).
[2022] VR-Protokoll der KAGA vom 3.4.2008, T. 3, Act. II.B.X.258; siehe zur Erhöhung des Rabatts im Jahr 2008 auch Rz 1089.
[2023] Siehe dazu den Hinweis im FIKO-Protokoll der KAGA vom 17.3.2008, T. 5, Act. II.B.X.463.
[2024] Rz 1089.
[2025] Siehe «Preisliste Kiesmaterial 2009» (Act. II.C.X.227) und VR-Protokoll der KAGA vom 3.12.2008, T. 2.3.4, Act. II.A.X.125.
[2026] Rz 694 f.
[2027] VR-Protokoll der KAGA vom 14.5.2009, T. 2.3, Act. II.D.X.6; siehe auch FIKO-Protokoll der KAGA vom 27.4.2009, T. 9, Act. II.D.X.28.
[2028] Ab der Abbaustelle Bümberg kam es somit zu einem kumulierten Rabatt von CHF 1.– pro Tonne, wovon die eine Hälfte auf Qualitätsüberlegungen zurückzuführen ist, die andere nicht.
[2029] Rz 694 f.
[2030] Dokument «Eckwerte Budget 2010» mit Hinweisen «genehmigt VR 2.12.2009», in Budget KAGA 2010 (Act. II.C.X.226); VR-Protokoll der KAGA vom 2.12.2009, T. 2.4.6, Act. II.A.X.161.
[2031] Dokument «Preise Aktionäre ab 1.1.2011 Kies ab Wand», Act. II.B.X.302; siehe auch Budgetvergleich 1.1.2012 – 31.12.2011 im Detail, Act. II.A.X.80.
[2032] Dokument «Preise Aktionäre ab 1.1.2012 Kies ab Wand», Act. II.B.X.329; siehe auch Budgetvergleich 1. Januar 2012 – 31. Dezember 2012 im Detail, Act. II.A.X.360.
[2033] Dokument «Eckwerte Budget 2013» in FIKO-Protokoll der KAGA vom 13.11.2012, Act. II.B.X.463; VR-Protokoll der KAGA vom 29.11.2012, T. 2.3.5, Act. II.D.X.6.

«Eckwerte Budget 2014».[2034] In letzteren ist festgehalten: «Mindere Qualität Kies ab Bümberg Preisreduktion für Aktionäre: Fr. –.50 / t ≈ Fr. 1.–/m³».

1082. Per **2015** beschloss der VR der KAGA (implizit)[2035] einstimmig, Einheitspreise zu verlangen (Aktionärinnen und Dritte gleich).[2036] In den dazugehörigen Dokumenten des VR der KAGA ist nichts von einem Rabatt ab Bümberg aus Qualitätsgründen zu lesen. Bei einer schriftlichen Befragung des Sekretariats zur Rabattpolitik ab 2015 erwähnte KAGA auf die Frage, welche Kundinnen unter welchen Voraussetzungen welche Rabatte erhielten, einzig den Mengenrabatt, den alle Kundinnen erhielten, und eine punktuelle Verbilligung für Grundeigentümer, auf deren Parzellen KAGA Kies abbaut.[2037] Von einem Rabatt aus Qualitätsgründen ist nicht die Rede. Der «Handhabung Rabattgrundsätze zur Preisliste 2015» ist allerdings zu entnehmen: «Für Bezüge ab Bümberg wird Fr. –.50 / t Waschschlammvergütung gewährt».[2038] Dabei dürfte es sich um den bisherigen Minderpreis aus Qualitätsgründen ab der Abbaustelle Bümberg handeln.

1083. Der Rabatt für mindere Qualität ab der Abbaustelle Bümberg galt gemäss den vorangehenden Feststellungen für die Jahre 2007 bis 2014 nur für die Aktionärinnen. Unter den Aktionärinnen galt diese Vergünstigung aber für alle und soweit ersichtlich ohne Verwendungsbeschränkung, d.h. auch für Marti-Gruppe, die kein von KAGA «anerkanntes» Kieswerk betreibt und den Kies somit nicht für die Weiterverwendung im Kieswerk bezog.[2039]

1084. Der Grund für diese Vergünstigung von Kies ab der Abbaustelle Bümberg war die im Vergleich zum Kies ab der Abbaustelle Bergacher tiefere Qualität. Weshalb Dritten für diese schlechtere Qualität aber nicht ebenfalls ein Rabatt gewährt wurde, ergibt sich genauso wenig aus den Akten wie Antworten auf die Fragen, wie die Höhe des Rabatts berechnet wurde und weshalb der Rabatt im Jahr 2008 verdoppelt wurde.

C.7.5.3 Punktuelle Kiesaktionen und Rückvergütungen für die Aktionärinnen

1085. Neben den soeben dargestellten «Mengenrabatten» und den Rabatten für mindere Qualität gewährte KAGA ihren Aktionärinnen gestützt auf den konkreten Geschäftsgang auch noch weitere punktuelle Vergünstigungen, zum Teil im Voraus, zum Teil aber auch rückwirkend.

1086. Im September 2000 entschied der VR der KAGA (explizit) einstimmig, jeder Aktionärin die Menge von 5'000 m³ zum Sonderpreis von CHF 5.– pro m³ zu verkaufen anstatt zum Listenpreis von CHF 14.– pro m³ (d.h. zu einem Rabatt von 64 %).[2040] Diese Aktion galt nur für Aktionärinnen, aber für alle Aktionärinnen gleichermassen. Aktionärinnen, die diese Menge nicht erreichen konnten, durften ihr Recht auf vergünstigten Bezug an andere Aktionärinnen weiterverkaufen. Zweck dieser Kiesaktion war, den als «hervorragend» bewerteten Zwischenabschluss und den daraus resultierenden «Gewinn herabzusetzen».[2041] Anlässlich einer Information über den regen Gebrauch der Aktion wies der Präsident der KAGA ([...]) darauf hin, «dass mit diesem Sonderpreis bei den Baufirmen Kästli AG, [U11] und Marti AG kein Handel betrieben werden darf. Die Differenz darf sich auf keinen Fall bis auf die Baustelle auswirken».[2042]

1087. Im Jahr 2001 gewährten sich die Aktionärinnen zwei weitere Kiesaktionen. Im März 2001 entschied der VR der KAGA (implizit)[2043] einstimmig, dass den KAGA-Aktionärinnen im Hinblick auf den guten Jahresabschluss wie im Vorjahr 5'000 m³ Kies zum Sonderpreis von CHF 5.– pro m³ verkauft wird (nachfolgend: Kiesaktion 2001-1) anstatt zum Listenpreis von CHF 14.– pro m³ (d.h. mit einem Rabatt von 64 %).[2044]. Wiederum konnten die Aktionärinnen, welche diese Menge nicht erreichen, ihr Bezugsrecht an andere Aktionärinnen verkaufen. Ein Handel mit Dritten wurde jedoch untersagt.[2045] Im September 2001 entschied der VR der KAGA mit einer Stimmenthaltung eine weitere Kiesaktion, wiederum um den Gewinn abzuschwächen (nachfolgend Kiesaktion 2001-2). Sie bestand in der Zuteilung von weiteren 5'000 m³ pro Aktionärin zum Preis von CHF 8.– pro m³ anstatt zum Listenpreis von CHF 14.– pro m³ (d.h. mit einem Rabatt von 43 %).[2046] Der VR wies der Aktion einen Wert von CHF 240'000.– zu. Die Kiesaktion 2001-2 kombinierte der VR der KAGA mit einem Transportkostenausgleich im Wert von CHF 120'000.– zu Gunsten der Aktionärinnen mit einem Kieswerk.[2047] Zudem wurde im VR-Protokoll festgehalten, es sei «zwingend», dass diese 5'000 m³ Kies «in den Werken aufbereitet werden, ein Handel im Markt (Baustellenbelieferung) ist untersagt». Darauffolgend ist festgehalten: Die «beiden Bauunternehmungen [U11] und Marti AG nehmen diese Aktion nicht in Anspruch, ihnen wird je CHF 30'000.– via Bauaufträge zugesprochen».[2048]

[2034] Dokument «Eckwerte Budget 2014» in Budget KAGA 2014, Act. II.E.X.197; VR-Protokoll der KAGA vom 28.11.2013, T. 2.3.5, Act. II.B.X.258.
[2035] Rz 694 f.
[2036] Siehe Fn 1993.
[2037] Act. IV 13, Schreiben S. 2 f., Rz 4 f.
[2038] Act. IV 13, Beilage 3.
[2039] Siehe z.B. Dokument «Preise Aktionäre ab 1.1.2012 Kies ab Wand», Act. II.D.X.66, oder Dokument «Transportkostenausgleich Kiesbezüge 2013: Detail Marti AG», Act. II.B.X.370.
[2040] In Tonnen umgerechnet entspricht dies einem Aktionspreis von CHF 2.50 pro Tonne anstatt dem Listenpreis von CHF 7.– pro Tonne (siehe Tabelle unter Rz 1054).
[2041] VR-Protokoll der KAGA vom 14.9.2000, T. 5, Act. II.C.X.62; der Entscheid wurde durch Zirkularbeschluss gefällt (alle Zustimmungen siehe in Act. II.D.X.6); siehe dazu auch VRA-Protokoll der KAGA vom 25.8.2000, T. 4, Act. II.C.X.61.
[2042] VR-Protokoll der KAGA vom 6.12.2000, T. 2, Act. II.C.X.62; alle Aktionärinnen haben die maximale Menge bezogen (Tabelle in Act. II.B.X.73).
[2043] Rz 694 f.
[2044] In Tonnen umgerechnet entspricht dies einem Aktionspreis von CHF 2.50 pro Tonne anstatt dem Listenpreis von CHF 7.– pro Tonne (siehe Tabelle unter Rz 1054).
[2045] VR-Protokoll der KAGA vom 28.3.2001, T. 11, Act. II.C.X.62. Alle Aktionärinnen bis auf Kiestag und [U11] haben die maximale rabattberechtigte Menge bezogen (Tabelle in Act. II.B.X.112, erste Seite).
[2046] In Tonnen umgerechnet entspricht dies einem Aktionspreis von CHF 4.– pro Tonne anstatt dem Listenpreis von CHF 7.– pro Tonne (siehe Tabelle unter Rz 1054).
[2047] Mit diesem Entscheid führte die KAGA wieder einen Transportkostenausgleich ein, den sie zuvor während mehrerer Jahre nicht mehr angewandt hatte (siehe dazu Rz 1097).
[2048] VR-Protokoll der KAGA vom 20.9.2001, T. 5 f., Act. II.D.X.6. Bei der Kiesaktion2001-2 haben Marti und [U11] wie erwähnt anstatt der Kiesaktion Aufträge erhalten, Kiestag hat die rabattberechtigte Menge teilweise bezogen, die übrigen Aktionärinnen vollständig (Tabelle in Act. II.B.X.112, zweite Seite).

1088. Im September 2006 entschied der VR der KAGA (implizit)[2049] einstimmig, das Gewinnziel der KAGA zu optimieren, weil der Abschluss für das Jahr 2006 voraussichtlich gut ausfallen werde.[2050] Gemäss [...] (Hofstetter) traf der VR der KAGA den folgenden Beschluss: «Der Verwaltungsrat [der KAGA] hat am 21. September in Anbetracht der ausgezeichneten Ertragslage beschlossen, allen Aktionären bis zum Jahresende einen zusätzlichen Transportkostenausgleich von CHF 60'000.– zu finanzieren. Zudem können alle Aktionäre zusätzlich 2'143 m³ Kies unentgeltlich beziehen. (CHF 30'000.–: CHF 14.–) Die KAGA finanziert auch die dafür entstehenden Transportkosten».[2051] Gemäss einem internen Beiblatt zu dieser Sitzung wurde für Marti anstatt einer Gutschrift die Überweisung von CHF 30'000.– «für Maschinenmiete (z.B. Abdeckung Bümberg) + Verrechnung von Zins von Darlehen» vorgesehen.[2052] Aus den Berechnungen zu den «Mengenrabatten»[2053] und den Ausgleichszahlungen für Transportkosten[2054] ergibt sich, dass buchhalterisch der «Mengenrabatt» um CHF 300'000.– und der Transportkostenausgleich um CHF 106'382.– erhöht wurden.[2055] Allerdings waren diese zusätzlichen CHF 300'000.– offenbar nicht an eine bestimmte Bezugsmenge gekoppelt, da auch diejenigen Aktionärinnen in den Genuss der Rückvergütung kommen sollten, die wie Marti die «Mengenrabatt»-Schwelle von 30'000 m³ nicht erreichten.[2056] Insofern ist eine Verbuchung unter dem Titel «Mengenrabatt» nicht ohne weiteres verständlich.

1089. Im April 2008 entschied der VR der KAGA (implizit)[2057] einstimmig, den Aktionärinnen einen Zusatzrabatt von CHF 1.– pro Tonne für Kies ab Wand ab der Abbaustelle Bergacher zu gewähren.[2058] Der VR senkte somit den Aktionärspreis für Wandkies für den Zeitraum vom 1. April bis 31. Dezember 2008 von CHF 7.– auf CHF 6.– pro Tonne oder um 14 %.[2059] Ein Grund für diesen Rabatt wird in den entsprechenden Dokumenten nicht angeführt (im Gegensatz zum Rabatt 2008 ab der Abbaustelle Bümberg, für welchen Qualitätsgründe genannt werden). Naheliegend ist, dass der Zusatzrabatt ab der Abbaustelle Bergacher mit Blick auf das jeweils im selben VR- bzw. FIKO-Protokoll beschriebene «sehr gute Resultat» bzw. den «erfreulichen Jahresabschluss» des vorangehenden Geschäftsjahres gewährt wurde.[2060] In den Jahresrechnungen zum Jahr 2008 wird für diesen Rabatt ein Wert von CHF 415'454.– ausgewiesen.[2061] Der Rabatt galt gemäss VR-Beschluss nur für Aktionärinnen, allerdings für alle Aktionärinnen gleichermassen und zwar auch dann, wenn das Kies *nicht* für die Weiterverarbeitung im Kieswerk bezogen wurde, d.h. er galt auch für Marti.[2062] Aufgrund der Kumulation mit dem Transportkostenausgleich führte diese Vergünstigung dazu, dass Hofstetter von April bis Dezember 2008 pro bezogene Tonne Wandkies CHF –.83 ausbezahlt wurde.[2063]

1090. Im Mai 2009 entschied der VR der KAGA (implizit)[2064] einstimmig Folgendes:[2065] «Aktionärsfirmen der KAGA erhalten für Kies ab Wand (Bezüge für Kieswerke und Baustellen) ab allen Abbaustellen der KAGA rückwirkend ab 1.1.2009 bis 31.12.2009 folgenden Rabatt: CHF –.50 pro Tonne». Der Preis für Aktionärinnen für Wandkies wurde somit von CHF 7.– auf CHF 6.50 gesenkt.[2066] Ein Grund für diesen Rabatt kann den Akten nicht entnommen werden.[2067] Für das Jahr 2009 wird für diesen Rabatt ein Wert von CHF 495'584.– ausgewiesen.[2068] Der Rabatt galt gemäss VR-Beschluss nur für Aktionärinnen, allerdings für alle Aktionärinnen gleichermassen und «für Kieswerke und Baustellen». Der Rabatt galt auch für Marti-Gruppe, allerdings beliefen sich deren Gutschriften aufgrund der geringen Bezugsmenge für das ganze Jahr auf lediglich CHF 167.75 (im Gegensatz z.B. von Daepp, für die Gutschriften von CHF 172'963.– verbucht wurden).[2069] Möglicherweise sind die

[2049] Rz 694 f.

[2050] VR-Protokoll der KAGA vom 21.9.2006, T. 2.2, Act. II.D.X.6; siehe die Auflistung der Gratisbezüge im Dokument «Transportkostenausgleich Kiesbezüge Aktionäre 2006», Act. II.B.X.223.

[2051] GL-Protokoll der Hofstetter vom 24.10.2006, T. 1.4.6, Act. II.B.X.196.

[2052] Beiblatt zu KAGA VR-Sitzung vom 21.9.2006, Act. II.C.X.228.

[2053] Siehe zu diesen Rz 1068 zum Jahr 2006.

[2054] Siehe dazu Rz 1121.

[2055] In den Bemerkungen zu den Erlösminderungen von insgesamt 1'699'384.– im Jahr 2006 wird explizit auf den VR-Beschluss vom 21.9.2006 Bezug genommen, und es werden die Beträge von CHF 300'000.– und CHF 106'392.– genannt (siehe Jahresabschluss per 31.12.2006, Act. II.C.X.212). Diese Beträge ergeben sich auch aus der Rechnung 2006 (gemäss Budget KAGA 2008, Act. II.C.X.224) und den Berechnungen zum Transportkostenausgleich und zum Mengenrabatt im Jahr 2006 (siehe Details Aktionäre mit Transportkostenausgleich 2006, Act. II.B.X.211).

[2056] Siehe auch Kiestag, in Tabelle unter Rz 522.

[2057] Rz 694 f.

[2058] Zur ebenfalls im Jahr 2008 gewährten Preisreduktion von CHF 1.– pro Tonne ab der Abbaustelle Bümberg aus Qualitätsgründen siehe Rz 1075.

[2059] VR-Protokoll der KAGA vom 3.4.2008, T. 3, Act. II.B.X.258; siehe dazu auch FIKO-Protokoll der KAGA vom 17.3.2008, T. 5, Act. II.B.X.463.

[2060] VR-Protokoll der KAGA vom 3.4.2009, T. 2.1 und 3, Act. II.B.X.258; FIKO-Protokoll der KAGA vom 17.3.2008, T. 2.1 und 5, Act. II.B.X.463.

[2061] Budget KAGA 2010, S. 2/6, «VR-Beschluss zusätzlicher Rabatt (mindere Qualität Bümberg)» (Act. II.C.X.226); Jahresabschluss KAGA 2008, S. 1 zu Erlösminderungen («ab April zusätzlicher Rabatt von CHF 2.–/m³») (Act. II.C.X.210). In der Rabattsumme von CHF 415'454.– ist somit auch die oben erwähnte Rabatterhöhung per April 2008 von CHF –.50 pro Tonne ab Bümberg enthalten (siehe Rz 1075).

[2062] Siehe dazu die Kiesrechnung von Marti für das Jahr 2008, Dokument «Transportkostenausgleich Kiesbezüge 2008: Detail Marti AG», Act. II.B.X.257.

[2063] Dokument «Transportkostenausgleich Kiesbezüge 2008: Detail K. + U. Hofstetter AG», Act. II.B.X.257.

[2064] Rz 694 f.

[2065] VR-Protokoll der KAGA vom 14.5.2009, T. 2.3, Act. II.D.X.6; siehe auch FIKO-Protokoll der KAGA vom 27.4.2009, T. 9, Act. II.D.X.28.

[2066] In Bümberg sank der Preis für die Aktionärinnen aufgrund des zusätzlichen Rabatts aufgrund minderer Qualität gar auf CHF 6.– pro Tonne (siehe dazu auch oben Fn 2028).

[2067] Da der gleichentags und in einem separaten Traktandum festgelegte Rabatt von CHF –.50 pro Tonne «ab Grube Bümberg» explizit «aus Qualitätsgründen» erfolgte (siehe dazu Rz 1075), bestehen keine Zweifel daran, dass der hier behandelte Rabatt «ab allen Abbaustellen» nicht ebenfalls aus Qualitätsgründen erfolgte. Denn andernfalls wäre dies entweder ebenfalls explizit vermerkt worden oder die beiden Traktanden wären nicht separiert worden.

[2068] Details Aktionäre mit Transportkostenausgleich 2009 Bergacher + Bümberg, Act. II.B.X.281; Jahresabschluss KAGA 2009, S. 1 zu Erlösminderungen («zusätzlicher Rabatt 2009 Kies ab Wand») (Act. II.C.X.209). In der Rabattsumme von CHF 495'584.– ist auch die Rabattgewährung für mindere Qualität CHF –.50 pro Tonne ab Bümberg enthalten (siehe Rz 1076).

[2069] Siehe dazu die Gutschriften in der Kiesrechnung von Marti für das Jahr 2009, Dokument «Transportkostenausgleich Kiesbezüge 2008: Detail Marti AG», Act. II.B.X.281; für die Gutschriften von Aare-Kies siehe in Dokument «Transportkostenausgleich Kiesbezüge 2008: Detail Aarekies AG», Act. II.B.X.281.

tiefen Bezugszahlen von Marti-Gruppe, die aufgrund der früheren Bezüge bereits zum Zeitpunkt der Rabattgewährung durch den VR bekannt waren, der Grund dafür, dass der VR der KAGA eine «Speziallösung für die Aktionärsfirma Marti AG Bern für das Jahr 2009 im Wert von Fr. 35'000» beschloss.[2070] Diese Speziallösung sah vor, dass Marti KAGA eine Rechnung über CHF 35'000.– stellen kann.[2071] Ob es sich erneut um eine Rechnung für das «Vermieten von Maschinen» handelte, wie dies bereits 2006 der Fall war und gemäss Aussage von Marti auch 2009 der Fall gewesen sei,[2072] lässt sich den Akten nicht entnehmen, braucht aber hier nicht näher geklärt zu werden.

C.7.5.4 Zusammenfassendes Beweisergebnis zu den weiteren Preisvorteilen zugunsten der Aktionärinnen

1091. Alle Aktionärinnen (ausser faktisch Marti)[2073] erhielten von 2003 bis und mit 2014 einen «Mengenrabatt» für Aktionärinnen, der ab der Menge zum Tragen kam, ab welcher der Transportkostenausgleich nicht mehr galt. Zudem erhielten alle Aktionärinnen von 2007 bis und mit 2014 eine Vergünstigung für den Bezug von Wandkies ab der Abbaustelle Bümberg aus Qualitätsgründen. Schliesslich kamen alle Aktionärinnen zwischen 2001 und 2009 in den Genuss von zusätzlichen punktuellen Kiesaktionen und Rückvergütungen.

C.7.6 Transportkostenausgleich für Aktionärinnen beim Bezug von Wandkies

1092. Einleitend sei kurz erläutert, weshalb der sogenannte Transportkostenausgleich zugunsten der Aktionärinnen ebenfalls unter dem Titel der Vorzugskonditionen behandelt wird: Der KAGA-Vertrag sieht nicht nur – wie vorangehend erläutert[2074] – vor, dass die Aktionärinnen Kiesmaterial zu Vorzugspreisen erhalten (Art. 3 KAGA-Vertrag), sondern auch, dass die Transportkosten der Aktionärinnen beim Bezug von Wandkies unter gewissen Umständen ausgeglichen (d.h. einander angenähert) werden (Art. 4 KAGA-Vertrag). Bei den Vorzugspreisen und beim Transportkostenausgleich zu Gunsten der Aktionärinnen handelt es sich zwar um zwei unterschiedliche Instrumente. Beide betreffen aber den Preis für Kiesmaterial und beide sind exklusiv den Aktionärinnen vorbehalten. Deshalb werden sie beide unter dem Titel der Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen abgehandelt. Der Unterschied zwischen den beiden Instrumenten besteht darin, dass sie innerhalb der Gruppe der Aktionärinnen unterschiedliche Kriterien anwenden: Die Vorzugspreise richten sich nach den Kriterien «Aktionärin» und «Peis ab KAGA-Grube». Alle Aktionärinnen erhalten denselben Vorzugspreis ab den KAGA-Gruben. Der Transportkostenausgleich richtet sich nach den Kriterien «Aktionärin mit Kieswerk» und «Preis franko eigenes Werk». Die Vorzugsbehandlung steht somit nur den Aktionärinnen mit Kieswerk zu und unter diesen sollen die Kosten für den Transport in dem Sinne ausgeglichen werden, dass der Wandkies allen Kieswerk-Aktionärinnen ungefähr zum selben Einstandspreis zur Weiterverarbeitung im Kieswerk zur Verfügung steht.

1093. Nachfolgend wird zunächst der Ausgangspunkt des Transportkostenausgleichs im KAGA-Vertrag erläutert (C.7.6.1). Anschliessend wird kurz die erste Phase (1970 bis 1975) dargestellt, in welcher der Transportkostenausgleich von den Aktionärinnen praktiziert wurde (C.7.6.2). Hauptteil bildet die Gewährung des Transportkostenausgleichs in der zweiten Phase (2001 bis 2014): Zu diesem wird erläutert, wie er 2001 seinen Anfang fand (C.7.6.3), wie es zu seiner Institutionalisierung kam (C.7.6.4), wie er gehandhabt wurde und ausgestaltet war (C.7.6.5) sowie für wen er galt (C.7.6.6).

C.7.6.1 Grundlage im KAGA-Vertrag

1094. Wie oben dargestellt,[2075] beinhaltet bereits der KAGA-Vertrag vom 20. März 1970 eine grundsätzliche Einigung auf einen Transportkostenausgleich (Art. 4 KAGA-Vertrag): «Die unterschiedlichen Fuhrkosten ab den Ausbeutungsstellen zu den verarbeitenden Werken sollen durch die Schaffung einer Ausgleichskasse möglichst angenähert werden». Für die Berechnung dieses Ausgleichs sah der KAGA-Vertrag einerseits vor, dass die Aktionärinnen mit Kieswerk untereinander zu einem gewissen Ausgleich der Transportkosten beitragen. Hierfür richteten sie eine Kasse ein, wobei die Ein- und Auszahlungen pro m^3 Kies von der Distanz zwischen dem jeweiligen Aktionärswerk und der KAGA-Kiesgrube abhingen. Andererseits ermächtigte der KAGA-Vertrag den VR, jährlich ein Mindestbezugsquantum sowie Bonuszahlungen vorzusehen für Bezüge über dem Mindestquantum und Abzüge für zu wenig bezogene Mengen. Während die Höhe der Einzahlungen für Bezüge ab der Kiesgrube Jaberg im KAGA-Vertrag festgehalten wurden, wurde der VR von KAGA zuständig dafür erklärt, die Mindestbezugsmengen, den Bonus/Malus sowie die einzuzahlenden Beträge für Bezüge ab anderen Kiesgruben festzusetzen.

1095. Diese Bestimmung über den Transportkostenausgleich (Art. 4 KAGA-Vertrag) wurde, wie ebenfalls oben dargestellt,[2076] nie aufgehoben. Der VR von KAGA, der für die Festlegung der Ausgleichsansätze zuständig war bzw. ist, setzte diese Bestimmung während zweier getrennter Phasen um: Seit der Gründung 1970 bis 1975 und von 2001 bis 2014. In der Phase dazwischen spielte das Kriterium der Distanz zwischen den Kieswerken der Aktionärinnen und den Kiesgruben der KAGA keine Rolle für die Festsetzung des Preises für Wandkies – mit anderen Worten legte der VR von KAGA für diese dazwischenliegende Zeit einen Transportkostenausgleich in der Höhe von CHF 0.– fest. Dieselbe Regelung traf der VR von KAGA auch für die Zeit ab 2015. Die nachfolgenden Feststellungen konzentrieren sich primär auf den Transportkostenausgleich während der zweiten Phase.

[2070] Siehe Tabelle unter Rz 522; VR-Protokoll der KAGA vom 14.5.2009, T. 2.4, Act. II.D.X.6, siehe bereits FIKO-Protokoll der KAGA vom 27.4.2009, T.9, Act. II.D.X.28.
[2071] Dokument «Transportkostenausgleich Kiesbezüge 2009: Detail Marti AG», Act. II.B.X.281.
[2072] Rz 1088 und schriftliche Auskunft von Marti vom 17.3.2017, Act. IV.10, Rz 21.
[2073] Siehe dazu Fn 2236.
[2074] Rz 1032.
[2075] Rz 583.
[2076] Rz 645 ff.

C.7.6.2 Der Transportkostenausgleich in der ersten Phase (1970 bis 1975)

1096. Der Transportkostenausgleich der ersten Phase galt wie bereits gezeigt seit der Gründung der KAGA (Art. 4 KAGA-Vertrag). Der Zweck des Transportkostenausgleichs in der ersten Phase lässt sich ableiten aus dem Zweck, den die Gesellschafter der Vorgängerorganisation der KAGA (d.h. die KWU Uttigen) damit verfolgt haben.[2077] Demnach sollte der Einstandspreis für das Kiesmaterial für alle Kieswerke im Aaretal der Gleiche sein, da so verhindert werden könne, «dass die Werke sich gegenseitig mit Uttigen-Kies konkurrenzieren können. Dieser gleiche Franko-Werkpreis kann durch Erreichen einer Ausgleichskasse für die Transporte, oder auch durch einen unterschiedlichen Abgabepreis ab Uttigen erzielt werden».[2078] Schon nach wenigen Jahren entstand jedoch die Befürchtung, es würde zu viel abgebaut und die von den Aktionärinnen bezogenen Mengen könnten die Konkurrenzverhältnisse in Mitleidenschaft ziehen.[2079] Per Anfang 1976 hob der VR von KAGA die Ausgleichskasse und auch den damit verbundenen Transportkostenausgleich auf.[2080]

C.7.6.3 Beginn der zweiten Phase: Wiedereinführung 2001

1097. Der Transportkostenausgleich der zweiten Phase fand seinen Anfang in einem VR-Beschluss (mit einer einzigen, nicht namentlich bezeichneten Stimmenthaltung) vom 20. September 2001. Der Beschluss wurde im Rahmen der bereits erwähnten Kiesaktion 2001-2[2081] zur Abschwächung des Gewinns gefällt. Der Transportkostenausgleich bezog sich auf das jeweilige Kontingent verbilligten Kieses von je 5'000 m^3 für jede Aktionärin mit Kieswerk. Neben CHF 240'000.– für diese Kiesaktion 2001-2 selbst wurde ein Betrag von pauschal CHF 120'000.– eingesetzt, um die Transportkosten für die insgesamt 30'000 m^3 Kiesbezüge der sechs Aktionärinnen mit Kieswerk zu vergünstigen.[2082] Wichtig war den Aktionärinnen, dass der derartig vergünstigte Kies zwingend in den Werken aufzubereiten ist – ein «Handel im Markt (Baustellenbelieferung)» wurde ausdrücklich untersagt. Der Transportkostenausgleich wurde explizit als «einmalig» und ohne Präjudiz für die sich damals im Prozess befindende Strategieplanung bezeichnet.[2083] Der Anstoss für den Transportkostenausgleich kam von [...] (Hofstetter), da die erste Kiesaktion 2001 aufgrund der «linearen Kiespreisreduktion» «die Aktionäre infolge der Transportdistanz nicht gleich behandelte, (Hofstetter am schlechtesten)».[2084]

1098. Es ging bei diesem Transportkostenausgleich somit um eine Förderung der erwähnten Kiesaktion. Mit der Kiesaktion selbst wurde bezweckt, den Gewinn von KAGA im Jahr 2001 abzuschwächen, was entsprechend auch für den damit verbundenen Transportkostenausgleich im Jahr 2001 gilt.

1099. Der damalige Transportkostenausgleich entsprach gemäss [...] «jedoch noch nicht den objektiven Transportkosten». Für die Zukunft regte [...] an, den Transportkostenausgleich der KAGA «im Zusammenhang mit dem strategischen Ziel, mehr Deponievolumen zu schaffen in die Strategieüberprüfungsübung einzubauen und wenn möglich zu institutionalisieren».[2085]

C.7.6.4 Institutionalisierung des Transportkostenausgleichs in der zweiten Phase und damit verfolgte Zwecke

1100. An der ausserordentlichen VR-Sitzung vom 1. Mai 2002 beschloss der VR der KAGA sodann (implizit)[2086] einstimmig die Einführung eines Transportkostenausgleichs. Er führte dazu aus:[2087]

«Ein Hauptziel der KAGA (auch im Rahmen der z.Zt. laufenden Strategieklausur) ist, ein Gleichgewicht zwischen Kiesabbau und Aushubannahme zu schaffen, d.h. in erster Priorität mehr Kies zu verkaufen und somit mehr Deponievolumen zu schaffen oder allenfalls die Materialannahme einzuschränken. Mit geeigneten Massnahmen soll der Kiesbezug der Aktionäre gefördert werden. Damit für alle Aktionärsfirmen möglichst gleiche Bedingungen bestehen, wird eine Kiesaktion mit Transportkostenausgleich TA beraten und in der Folge folgendes beschlossen:

- *[…]*
- *Der Transportpreis für den TA basiert auf der Grundlage: Hinfahrt zu KAGA leer, Rückfahrt zu KW mit Kies (Schaffung Zusatzvolumen)*
- *Frist: 1.5 – 31.12.2002*
- *Die Aktion gilt nur für die Kieswerke, nicht für die Bauunternehmungen und nicht für Lieferungen auf Baustellen*
- *Mit dem Kies darf kein Handel betrieben werden*

Entgegen dem Vorschlag der Direktion wird keine Menge festgelegt. Die Transportkosten der Firmen K.+U. Hofstetter AG, Kästli AG und Messerli Kieswerk AG werden durch diese Firmen nachberechnet, vom VRA überprüft ([...] amtet als Schiedsrichter) und die Liste anschliessend dem VR zugestellt».

1101. In der Folge wurde eine Tabelle erstellt, in welcher «Schiedsrichter» [...] die Transportkosten für jede Aktionärin mit Kieswerk festlegte.[2088]

[2077] Zur Kontinuität zwischen der KWU Uttigen und der KAGA siehe oben, Rz 577.

[2078] Notiz «Grundgedanken» vom 28.3.1967, Ziff. II. 2., Art. 5, Act. II.C.X.2.

[2079] VRA-Protokoll der KAGA vom 17.8.1973, T. 3, Act. II.C.X.11: «Das seinerzeit festgelegte Pflichtquantum ist in gewissem Sinne überlebt. Es spielt nicht mehr diese Rolle wie am Anfang. Eventuell muss Maximalquantum ins Auge gefasst werden. Es ist eine Verschiebung der Konkurrenzlage eingetreten. Dies muss bei einem neuen Lastenausgleich berücksichtigt werden. Die angestammten Absatzgebiete sollten den einzelnen Werken erhalten bleiben. Andernfalls entstehen Differenzen untern den Aktionären»; siehe auch VRA-Protokoll der KAGA vom 17.10.1973, T. 4, Act. II.C.X.11; VR-Protokoll der KAGA vom 21.2.1974, T. 6, Act. II.C.X.5; Geschäftsbericht der KAGA 1974, Ziff. 4, S. 5, Act. II.C.X.25.

[2080] VR-Protokoll der KAGA vom 8.4.1976, T. 2, Act. II.C.X.5; siehe auch VRA-Protokoll der KAGA vom 18.12.1973, T. 4, Act. II.C.X.11.

[2081] Siehe Rz 1087.

[2082] Siehe Rz 1087.

[2083] VR-Protokoll der KAGA vom 20.9.2001, T. 5 f., Act. II.D.X.6.

[2084] GL-Protokoll der Hofstetter vom 23.10.2001, T. 1.4.7, Act. II.B.X.104.

[2085] GL-Protokoll der Hofstetter vom 23.10.2001, T. 1.4.7, Act. II.B.X.104. Die Transportkostenvergünstigung lag zwischen CHF 1.01 pro m^3 (Daepp; effektiver Kiespreis CHF 6.99 pro m^3) und CHF 7.66 pro m^3 (Hofstetter; effektiver Kiespreis –.34 pro m^3), siehe Tabelle «Aktion Kiespreis vom 1.9. – 31.12.2001» vom 19.9.2001, Act. II.D.X.11 in fine.

[2086] Rz 694 f.

[2087] VR-Protokoll der KAGA vom 1.5.2002, T. 2, Act. II.D.X.6.

[2088] «Transportkostenkalkulation» vom 21.5.2002, Act. II.G.X.319 (S. 8/43).

1102. Am 30. Mai 2002 entschied der VR der KAGA nach «eingehender Diskussion» (implizit)[2089] einstimmig über das anzuwendende Modell.[2090] Dieses sollte dafür sorgen, dass allen Aktionärinnen mit Kieswerk derselbe Wandkiespreis franko Kieswerk entsteht für Wandkies zur Veredelung im Kieswerk. Ausgerichtet wurde das Modell am Wandkiespreis franko Kieswerk von Aare-Kies (Daepp), dem nächstgelegenen Aktionärskieswerk zur KAGA. Dabei kamen die VR-Mitglieder zum Schluss, dass der Aare-Kies das Kies zu einem Preis von CHF 9.525 in ihrem Kieswerk zur Verfügung steht (CHF 7.– für das Kies[2091] und CHF 2.525 für die Transportkosten der Aare-Kies). Für alle Aktionärinnen mit Kieswerk sollte sich deshalb der Preis für bei KAGA bezogener Kies auf CHF 9.525 pro Tonne franko Kieswerk belaufen. Dafür wurde ein Transportkostenausgleich pro Tonne für den Transport für jede Aktionärin abhängig vom Standort ihres Kieswerks festgelegt. Die Aktionärinnen mit Kieswerk konnten somit von der KAGA Wandkies zur Veredelung im eigenen Kieswerk zum Referenzpreis von CHF 9.525 pro Tonne franko Kieswerk beziehen. Der VR der KAGA bestimmte folgende Transportkosten für Juni bis Dezember 2002,[2092] die den jeweiligen Aktionärinnen pro Tonne bezogenen Wandkieses ersetzt werden sollten (die Tabelle wurde von den Wettbewerbsbehörden mit dem sich daraus ergebenden Kiespreis ab Kiesgrube ergänzt):

2002	Referenzpreis	TA	Preis ab
	Preis franko Kieswerk	CHF / t	Kiesgrube
KW Daepp, Oppligen	9.525	2.525	7.000
KW Hofstetter, Hindelbank		9.125	0.400
KW Kästli, Rubigen		5.000	4.525
KW KIESTAG, Steinigand		6.100	3.425
KW Heimberg		3.150	6.375
KW Messerli, Bern		7.800	1.725
Quelle: Weisung vom 12.07.2002, Act. II.G.X.319.			

Tabelle 45: TA ab Juni 2002 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

1103. Soweit aus den Akten ersichtlich, wandte KAGA das System des Transportkostenausgleichs in den ersten Jahren so an, dass sie den Aktionärinnen die Transportkosten bezahlte, indem sie ihnen Gutschriften ausstellte.[2093] Spätestens ab dem Jahr 2005 verrechnete KAGA den Aktionärinnen für die mit TA vergünstigte Menge direkt den Preis ab Kiesgrube.[2094] Konkret bezahlte die Aare-Kies jeweils den Aktionärslistenpreis von CHF 7.–, die übrigen die Differenz zwischen dem Referenzpreis und dem TA CHF / t.

1104. Von der transportkostenabhängigen Reduktion profitierten andere Aktionärinnen als von einer allgemeinen Reduktion des Kiespreises. Dies zeigt sich z.B. deutlich in der Aussage von Aare-Kies ([...]): «Davon [vom Transportkostenausgleich] sind wir nicht betroffen gewesen, da wir das nächst gelegenste Werk sind. Wir wollten diesen Transportausgleich nicht. (…) Als es im VR beschlossen wurde, hat mein Bruder gesagt, dass das nicht gerecht ist». Hofstetter ([...]) hielt auf die Frage, ob es Widerstand gegen die Einführung des Transportkostenausgleichs im VR der KAGA gegeben habe, fest: «Diejenigen, die immer bei KAGA geholt haben, haben natürlich nicht 'Hurra' gerufen».[2095]

1105. Die Aktionärinnen haben das Modell für den Transportkostenausgleich begrenzt auf Wandkies zur Veredelung in Kieswerken von Aktionärinnen bei leerer Anfahrt; für die «Bauunternehmungen», d.h. die Aktionärinnen Marti und [U11], galt der Transportkostenausgleich nicht. Wandkies, dessen Transportkosten von der KAGA «subventioniert» wurden, durfte zudem explizit nicht für die Belieferung von Baustellen oder von anderen Kieswerken verwendet werden. Soweit ersichtlich wurde keine maximale Bezugsmenge pro Aktionärin festgelegt. Aus der Buchhaltung der KAGA ergibt sich, dass im Verlaufe des Jahres 2002 CHF 1'124'000.– für die Vergünstigung des Transports von insgesamt 306'575 Tonnen Kies eingesetzt wurden.[2096]

[2089] Rz 694 f.
[2090] VR-Protokoll der KAGA vom 30.5.2002, T. 5, Act. II.G.X.319.
[2091] Vgl. Tabelle in Rz 1054.
[2092] Der Transportkostenausgleich für Hofstetter und Messerli wurde dabei nachträglich berechnet und durch Schiedsrichter [...] gutgeheissen, vgl. VR-Protokoll der KAGA vom 30.5.2002, T. 5, Act. II.G.X.319.
[2093] Siehe als Beispiel für Rückvergütungs-Gutschriften im Jahr 2002 die Tabellen in Act. II.B.X.121.
[2094] Siehe für das Jahr 2005 die Tabellen «Transportkostenausgleich Kiesbezüge 2005: Detail [Firma Aktionärin]», Act. II.B.X.209; für 2006: Act. II.B.X.211; für 2007: Act. II.B.X.274; für 2008: Act. II.B.X.257; für 2009: Act. II.B.X.281; für 2010: II.B.X.308; für 2011: Act: II.B.X.333; für 2012: Act. II.B.X.364; für 2013: Act. II.B.X.370; für 2014: Act. II.B.X.497.
[2095] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 247–249, Act. III.4; vgl. ferner EV von [...] vom 14.1.2015, Rz 354–365, Act. III.6. Siehe zudem EV von [...] vom 15.1.2015, Rz 443–445 und 452–456, Act. III.7.
[2096] Tabelle «Transportkostenausgleich Kiesbezüge Aktionäre 2002», (153'287.38 m^3 x 2), Act. II.B.X.145; siehe auch Budget der KAGA 2004, Act. II.C.X.220. In zeitlicher Hinsicht daher unzutreffend und widerlegt die Erinnerungen von [...] (KAGA) und [...] (Alluvia), wonach der Transportkostenausgleich 2003 eingeführt worden sein soll (vgl. EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 242–245, 247, 254, Act. III.5; EV von [...] vom 15.1.2015, Rz 338–348 und 405, Act. III.7). Etwas genauer hingegen die Erinnerung von [...] (KAGA), der Transportkostenausgleich sei 2002 oder 2003 eingeführt worden (EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 144, Act. III.8) und diejenige von [...] (Marti), wonach der Transportkostenausgleich sicherlich ab 2003 eingeführt worden sei (EV von [...] vom 29.1.2015, Rz 115 f., Act. III.12).

1106. Zweck dieses Transportkostenausgleichs war gemäss oben zitiertem VR-Protokoll bei der durchzuführenden Kiesaktion die gleichen Bedingungen für alle «Aktionärsfirmen» zu schaffen.[2097] Die Kiesaktion wurde vom VR als geeignete Massnahme bezeichnet, um den Kiesbezug der Aktionärinnen zu fördern. Der Kiesbezug der Aktionärinnen sollte gefördert werden, um Deponievolumen zu schaffen, womit wiederum ein Hauptziel der KAGA (auch gemäss der damals laufenden Strategieklausur), nämlich ein Gleichgewicht zwischen Kiesabbau und Aushubannahme, erreicht werden sollte. Hintergrund dürfte die spätestens seit dem Jahr 2001 innerhalb der KAGA konstatierte Knappheit an Deponievolumen gewesen sein,[2098] die sich daraus ergab, dass in den KAGA-Abbaustellen seit 1994 mehr Deponiematerial angeliefert bzw. angenommen als Kiesmaterial abgebaut wurde.[2099]

1107. Dass der Transportkostenausgleich der zweiten Phase eingeführt wurde, um aufgrund der wahrgenommenen Deponieknappheit zusätzliches Deponievolumen bei KAGA zu schaffen, hielten denn auch zahlreiche befragte Personen anlässlich ihrer Einvernahmen fest:[2100] [...] (Kästli) führte etwa aus, man habe über dieses Mittel versucht, Volumen für Deponien zu gewinnen. Es habe zu wenig Deponievolumen gegeben. Wenn man zu weit weg von der KAGA sei, beziehe man tendenziell weniger Kies bei ihr. Der Transportkostenausgleich diene dazu, die Attraktivität der Kiesbezüge bei der KAGA zu steigern.[2101] [...] (Alluvia) hielt etwa fest, er habe im VR der KAGA vorgeschlagen, dass man Probleme an der Wurzel fassen sollte. Sein Vorschlag sei gewesen, dass alle Aktionärinnen bei KAGA zusätzlich zu ihren normalen Bezügen Kies beziehen sollten, damit dort, wo Deponievolumen am dringendsten benötigt werde, dieses geschaffen werde. Da die Kieswerke der Aktionärinnen unterschiedlich weit von KAGA entfernt seien, habe dieser Vorschlag bedingt, dass KAGA sicherstelle, dass alle Aktionärinnen den Kies an ihren Standorten zum selben Preis, Frankodomizil, erhalten würden.[2102] Oder etwa [...] (KAGA): «Es ist um die Frage gegangen, dass wir ein 'Loch' schaffen müssen, da Deponiebedarf da war. Es gab nur diese Möglichkeit mit dem TA, damit auch die weiter entfernt gelegenen Aktionäre bzw. deren Kieswerke Kies beziehen».[2103] Ferner etwa [...] (Kiestag): «Der TA war das Mittel, damit wir genug 'Loch' zur Verfügung hatten».[2104] Und [...] (Kästli): «Für die Umsetzung der ersten Massnahme [mehr 'Loch' zu schaffen] haben wir den TA eingeführt. Wir wollten attraktiver machen, dass Kies bei der KAGA auch von denjenigen, die weiter weg sind, geholt wird. Der TA wurde also eingeführt, damit mehr 'Loch' entsteht und wir so den Entsorgungsauftrag erfüllen können».[2105]

1108. Der Transportkostenausgleich ab 2002 stand somit in direktem Zusammenhang mit der wahrgenommenen Deponieknappheit, was auch die Strategieklausur des VR von KAGA belegt, die den entsprechenden Beschlüssen vom Mai 2002 vorangegangen ist. Im Rahmen der KAGA-Strategieklausur vom April 2002 präsentierte der externe Moderator dieser Strategieklausur die Ausgangslage, wie er sie nach zuvor mit allen VR-Mitgliedern durchgeführten Einzelinterviews eruiert hatte, wie folgt:[2106]

«Im Deponiemarkt im Aktionskreis der Aktionäre herrscht folgende Situation vor:

Aufgrund der Deponieknappheit im Raum Thun-Bern wird Deponiematerial insbesondere in den Raum Oberaargau exportiert und mit den Rückfuhren Kies in den Markt der Aktionäre und indirekt in den Kiesabsatzmarkt der KAGA importiert.

Nachstehende Ziele sind deshalb im Deponiegeschäft durch die KAGA zu erreichen:

Hauptziel:

Der Deponiemarkt im Aktionskreis der Aktionäre (Raum Thun-Bern) ist in den Griff zu bekommen, d.h. genügend Deponievolumen für die im Markt anfallenden Deponiematerialien (Aushub und Inertstoffe) zu schaffen.

Flankierendes Ziel:

Die KAGA soll mit der Annahme von Deponiematerial Geld verdienen, um mögliche Unterstützung der Aktionäre im Kiesmarkt (Kiesabsatz steigern -> Schaffung von zusätzlichem Deponievolumen) bieten zu können.

Wo bzw. in welchem Marktgebiet ist das definierte Hauptziel (Schaffung von Deponievolumen) zu erreichen?

Primär im Aktionskreis der Aktionäre (Raum Thun-Bern), selbständig betrieben durch die KAGA. Sekundär ausserhalb des Aktionskreises der Aktionäre (Oberaargau, Freiburg, Emmental, Seeland), möglich sowohl selbständig betrieben durch die KAGA, als auch in Kooperation z.B. mit Aktionären».

1109. Als mögliche Massnahmen zur Erreichung dieser Ziele wurden an der KAGA-Strategieklausur folgende Ideen angesprochen: A) «Förderung des eigenen Kiesabbaus der KAGA bzw. der abgesetzten Kiesmenge an die Aktionäre» durch eine Kiesaktion für die Aktionärinnen mit Transportkostenausgleich, B) «Überfüllung bestehender Deponien», C) «Schaffung von Deponievolumen 'auf grüner Wiese'», D) «Lenkungsmassnahme: Export von Deponiematerial in fremde Deponien ausserhalb des Marktgebietes der KAGA bzw. des Aktionskreises der Aktionäre», E) «Kauf von bzw. Beteiligung an bestehendem Deponievolumen anderer Deponiebetreiber».[2107]

1110. Das «Problem» der Kiesrückfuhren von einer Deponie im Oberaargau in den Markt der Aktionärinnen beklagte der VR der KAGA noch 2012: «Die Konkurrenzsituation anderer Deponien wird für die nächsten

[2097] Rz 1100.
[2098] VR-Protokoll der KAGA vom 29.8.2001, T. 2.2, Act. II.C.X.62; siehe auch Protokoll der Strategiesitzung VR KAGA vom 11. und 12.4.2002, T. 7 D, Act. II.D.X.10.
[2099] Geschäftsbericht der KAGA 2000, S. 33, Act. II.C.X.63.
[2100] Nebst den nachfolgend ausdrücklich erwähnten ferner etwa EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 243 f., Act. III.4; EV von [...] vom 14.1.2015, Rz 309–312, Act. III.6; EV von [...] vom 21.1.2015, Rz 101, Act. III.8; EV von [...] vom 29.1.2015, Rz 119–121 und 134, Act. III.12; EV von [...] vom 16.3.2015, Rz 61–68, Act. III.17.
[2101] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 209–213, Act. III.2; vgl. auch Rz 250–252.
[2102] EV von [...] vom 15.1.2015, Rz 327–349, Act. III.7.
[2103] EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 128–131, Act. III.8.
[2104] EV von [...] vom 27.1.2015, Rz 214 f., ferner 200–207, Act. III.11.
[2105] EV von [...] vom 9.2.2015, Rz 581–584, ferner Rz 569–580 und Rz 663–672 sowie Rz 679–685, Act. III.14.
[2106] Protokoll der Strategiesitzung VR KAGA vom 11. und 12.4.2002, T. 7 D, Act. II.D.X.10.
[2107] Protokoll der Strategiesitzung VR KAGA vom 11. und 12.4.2002, T. 7 D, Act. II.D.X.10.

fünf Jahre als gering eingestuft (…). Störend ist die Tatsache, dass Kies mangels genügender Deponiemöglichkeiten im Raum Bern, aus dem Oberaargau mit 'Aushub-Retourfuhren' nach Bern gelangt».[2108] In einer Tabelle zur Strategie 2012+ werden die Kapazitäten anderer Deponien zur möglichen Entlastung der KAGA-Deponie aufgeführt. Dabei ist die einzige Deponie, der für die nächsten fünf Jahre ein Entlastungspotential zugeschrieben wird, die Deponie der [U08] im Oberaargau; zu dieser wird vermerkt: «Kieszufuhr!!!».[2109]

1111. Diese Ausführungen zeigen, dass mit dem Transportkostenausgleich ein Ausgleich von Kiesabbau und Materialannahme angestrebt wurde, um dadurch in Anbetracht der wahrgenommenen Deponieknappheit das zur Verfügung stehende Deponievolumen bei KAGA zu vergrössern. Dieser Zweck war jedoch nicht Selbstzweck, sondern ihm sind umfassendere mit KAGA angestrebte, untereinander verwobene Inhalte und Ziele über- oder zumindest gleichgeordnet:[2110]

1112. Zum einen stehen letztlich nicht eigene Interessen von KAGA im Mittelpunkt, sondern diejenigen ihrer Aktionärinnen. Mit anderen Worten sollen von KAGA getroffene Massnahmen stets den Aktionärinnen von KAGA Vorteile bringen; sie sind auf diese ausgerichtet.[2111] Eindrücklich belegt wird dieser verfolgte Zweck schon nur dadurch, dass KAGA den von ihr angestrebten Ausgleich zwischen Kiesabbau und Materialannahme nicht mit einer allgemeingültigen Kiespreisreduktion (sei es eine allgemeine Kiespreissenkung oder eine transportkostenbezogene Reduktion des Kiespreises oder eine Kombination davon) zu erreichen suchte. Vielmehr gewährte sie die Preisreduktion – hier den Transportkostenausgleich – ausschliesslich den Aktionärinnen, obwohl es für KAGA hinsichtlich des zu schaffenden Deponieraums einerlei wäre, ob Kies nun durch Aktionärinnen oder Dritte bezogen wird. Illustrativ ist etwa die Antwort von [...] von Hofstetter auf die Frage, weshalb der Transportkostenausgleich nicht auch Drittunternehmen gewährt worden sei, wenn es doch darum gegangen sei, Deponievolumen bei KAGA zu schaffen: «Wir haben uns einfach so entschieden, das so zu machen. Der Kies kann ja nur in den Kieswerken in grösseren Mengen eingebaut werden. Es gibt keinen Nichtaktionär, der sehr viel mehr Kies geholt hätte oder hätte holen können bei der KAGA. Aber letztlich war es einfach ein Beschluss des Verwaltungsrats der KAGA, dass der Transportkostenausgleich nur für die Aktionäre gilt. 'Das schläckt ke Geiss weg'».[2112]

1113. Dieselbe Ausrichtung auf die Interessen der Aktionärinnen belegt ferner der VR-Beschluss vom November 2001 hinsichtlich der Deponiepreisgestaltung für das Jahr 2002: «Um die anfallenden Mengen des Deponiematerials zu reduzieren (…)», beschloss der VR von KAGA damals eine Preiserhöhung für die Annahme von Deponiematerial – im gleichen Atemzug beschloss er aber auch, «[D]en Aktionären wird weiterhin ein Rabatt von 20 % gewährt», was wiederum einen Anreiz für das zusätzliche Anliefern von Deponiematerial schuf.[2113] Ein weiteres Beispiel hierfür ist die Gewährung eines reduzierten Transportkostenausgleichs für «Retourfuhren», d.h., für Fuhren, bei welchen auf dem Hinweg Deponiematerial gebracht und auf dem Rückweg Kies mitgenommen wurde, obwohl dadurch das zur Verfügung stehende Deponievolumen nicht vergrössert wurde.[2114] Und schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Aktionärinnen mit dem Bezug von (transportvergünstigtem) Kies bei KAGA im entsprechenden Umfang ihre eigenen Kiesvorräte schonen konnten.[2115] Für Kästli-Gruppe dürfte es im Übrigen von Interesse gewesen sein, dass die KAGA-Deponien stets einigermassen funktionieren, um nicht von den Umständen dazu gedrängt zu werden, ihre eigene Deponie in Rubigen, die Kästli-Gruppe für sich selbst reservierte, für Dritte öffnen zu müssen.[2116]

1114. Zum anderen geht es darum, das Marktgeschehen quasi planerisch selber kontrollieren zu können und in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einzugreifen. Dieser «Marktkontrollzweck» zeigt sich etwa daran, dass es sich der VR von KAGA 2002 zum Ziel setzte, den «Deponiemarkt im Aktionskreis der Aktionäre (Raum Thun-Bern) […] in den Griff zu bekommen». Als störend am Spiel von Angebot und Nachfrage wurde empfunden, dass durch Rückfuhren Kies aus dem Gebiet Oberaargau (wo anscheinend genügend Deponieraum zur Verfügung stand) «in den Markt der Aktionäre» zurückgelangte (dieses «Problem» wurde vom VR der KAGA wie oben gezeigt noch 2012 beklagt).[2117] Zwei der fünf diskutierten Massnahmen, namentlich die «Lenkungsmassnahme» eines Deponiematerialexports in fremde Deponien ausserhalb des Marktgebiets von KAGA bzw. dem Aktionskreis der Aktionärinnen sowie die Beteiligung an «Deponievolumen anderer Deponiebetreiber», beschlagen denn auch unmittelbar die Marktlenkung bzw. die Marktkontrolle durch KAGA resp. ihre Aktionärinnen. Ebenfalls direkt lenkender Natur (wenn auch auf nachgelagerten Marktstufen) ist beim Transportkostenausgleich die Restriktion, dass der Kies nicht zur Belieferung auf Baustellen verwendet werden darf und den «Bauunternehmungen» nicht offensteht. Für

[2108] «Beschluss-Protokoll aus VR Strategietagung der KAGA Strategie 2012+» vom 10.7.2012, T. 5, Act. II.G.X.104.

[2109] Tabelle «Deponien Entlastungen KAGA?», Act. II.G.X.104, S. 17.

[2110] Siehe zu den vielfältigen Gegenständen oben Rz 829 ff., insb. zur KAGA als Dienerin der Aktionärinnen in Rz 871; zum Zweck siehe Rz 942 ff.

[2111] Zur KAGA als Dienerin der Aktionärinnen siehe in Rz 871; vgl. auch etwa EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 191–194, Act. III.8. Auf die Frage, ob sich KAGA in Bezug auf den Kiespreis bewusst für die Ungleichbehandlung zwischen Aktionären der KAGA und anderen Unternehmen entschieden habe: «Das war seit Anbeginn der KAGA so, seitdem wurde dies so gehandhabt. Die KAGA wurde ja für die Kiessicherung der Kieswerke gegründet».

[2112] EV von [...] vom 15.1.2015, Rz 502–510, Act. III.7. Diese – geradezu automatische – Fokussierung auf die Aktionärinnen belegt auch etwa die in Rz 1132 wiedergegebene Aussage des VRP von KAGA.

[2113] VR-Protokoll der KAGA vom 29.11.2001, T. 4.1, Act. II.C.X.62. Siehe auch Rz 743.

[2114] Siehe dazu Rz 1116 und Rz 1023.

[2115] Diesen Punkt erwähnend EV von [...] vom 29.1.2015, Rz 122–124 und 134, Act. III.12; EV von [...] vom 15.1.2015, Rz 437–440 und 458 f., Act. III.7, der allerdings hinzufügt, Alluvia hätte für «eine Verlängerung von unserem Kieshorizont» überhaupt keinen Grund gehabt. Ferner Zeugeneinvernahme von [...] vom 5.2.2015, Rz 140–142, Act. III.13: «Kästli hat aber auch bei der KAGA Kies bezogen, um bei sich in Rubigen die Kiesvorräte zu schonen. Das ist eigentlich eine gute Sache».

[2116] Oben Rz 432 und Rz 1394.

[2117] Siehe die zitierte Aussage der Strategiesitzung VR KAGA vom 11. und 12.4.2002, Rz 1108; zur Einschätzung im Jahr 2012 siehe die Aussagen zur «Strategie 2012+», Rz 1110.

KAGA wäre es hinsichtlich des zu schaffenden Deponieraums nämlich belanglos, wofür das Kies letztlich verwendet wird. Teilweise empfinden die befragten Personen diese «Marktkontrolle» durch sie gar als einen ihnen vom Kanton erteilten Auftrag. So führte etwa [...] (Alluvia) aus, KAGA habe die Massnahmen (bezüglich Deponievolumen bei KAGA) schliesslich nicht aus Freude beschlossen. «Sondern aufgrund des Auftrags vom Kanton, welcher uns die Verantwortung für die Entsorgung für bestimmte Gebiete überträgt. Hofstetter hat die Verantwortung im Raum Bern-Nord, Messerli im Raum Bern-West und KAGA im Oberland. Das bedeutet, wir sind in einem vom Kanton vorgegebenen Raum verantwortlich. Diese Verantwortung nehmen wir sehr ernst. Wenn KAGA einen Strich gezogen hat zum Thema Gebietsbeschränkung, dann hat sie nichts anderes getan, als für das Gebiet, welches sie vom Kanton zugewiesen bekommen hat, ein Bollwerk zu machen. Die Karte ist also nichts Besonderes. Der Kanton erwartet von uns, dass wir in dem Gebiet unsere Hausaufgaben machen».[2118] An einer zweiten Einvernahme führte derselbe aus: «Es gab einen Überhang an Aushubmaterialanlieferungen im Vergleich zum Kiesabbau. Aus der Statistik heraus brauchte es einen massiven Eingriff, um am Markt das Deponievolumen bei der KAGA zur Verfügung zu stellen, damit sich der Markt nicht selber organisieren muss. Es gab dann verschiedenste Massnahmen, die ich bereits letztes Mal erläutert habe. Wir haben dann beschlossen, den Kiesbezug mit TA für die sechs Aktionäre auf 25'000m^3 zu begrenzen, da wir glaubten, so das Problem zu lösen. Durch diese Massnahme erhofften wir substantiell mehr Deponievolumen zu schaffen. Wir wollten das Problem für die Kunden lösen und nicht die Kunden sich selbst überlassen».[2119] Oder [...] (Kiestag): «KAGA hat vom Regulator, d.h. von der Bewilligungsbehörde, den Entsorgungsauftrag für die Region erhalten, d.h., dass sie Deponievolumen zur Verfügung stellt. Diesem muss KAGA nachkommen. Mit dem TA hat man versucht die Aktionäre mit einzubinden, damit sie helfen, Deponievolumen zu schaffen, damit dieses der Region zur Verfügung gestellt werden kann». Und weiter: «Der Hauptauftrag der KAGA gegenüber dem Regulator war, Deponievolumen für die Region zur Verfügung zu stellen».[2120] Oder [...] (Kästli): «Vom Gesetzgeber haben wir einen Auftrag für die Versorgung und Entsorgung der Region, diese hat die KAGA sicher zu stellen».[2121]

1115. Die vorangehenden Ausführungen zu den im Jahr 2002 mit dem Transportkostenausgleich verfolgten Zwecken treffen ebenso für den Transportkostenausgleich während den nachfolgenden Jahren (2003–2014) zu.

C.7.6.5 Handhabung und Ausgestaltung des Transportkostenausgleichs in der zweiten Phase

1116. Am 27. März 2003 diskutierte der VR der KAGA das Traktandum «Transportkostenausgleich TA» «eingehend» und hielt fest, dass die «Grundidee» sei, «dass alle das Kies zum gleichen Preis im Werk haben». Er beschloss (implizit)[2122] einstimmig einen Transportkostenausgleich limitiert auf 25'000 m^3 Wandkies pro Aktionärin «zur Aufbereitung in Kieswerken».[2123] Der VR legte die nachfolgenden, im Vergleich zu 2002 etwas tieferen auszugleichenden Transportkosten fest.[2124] Anders noch als 2002 galt dieser Transportkostenausgleich nicht mehr nur bei «leerer Anfahrt».[2125] Vielmehr wurde bei der Berechnung des Transportkostenausgleichs davon ausgegangen, dass es sich bei Hofstetter, Messerli, Kästli-Gruppe und Kiestag in 33 %, bei Heimberg in 15 % und bei Daepp in 0 % aller Fahrten um «Retourfuhren» handelt, d.h., dass die Anfahrt nicht leer erfolgt, sondern beladen mit abzulagerndem Deponiematerial.[2126] Obwohl solche «Retourfuhren» regelmässig keinen zusätzlichen Deponieraum schaffen[2127] und damit von vornherein nicht dem Zweck dienen können, den die Aktionärinnen für den Transportkostenausgleich anführen,[2128] wurden sie gleichwohl mit einem reduzierten Transportkostenausgleich von 67 % der gesamten Fuhrkosten (also Hin- und Rückfahrt) seitens KAGA subventioniert.[2129] Mehr noch: damit leistete KAGA letztlich sogar einen Transportkostenbeitrag an die Deponierung von Deponiematerial durch die Aktionärinnen bei «Retourfuhren».[2130] Mit anderen Worten unterstützte der Transportkostenausgleich durch die Abgeltung von 67 % der Fuhrkosten bei «Retourfuhren» gar die Deponierung bei KAGA, obwohl er gemäss Angaben der Aktionärinnen eigentlich dem Gegenteil dienen sollte, nämlich zusätzliches Deponievolumen schaffen.

[2118] EV von [...] vom 15.1.2015, Rz 557–569, Act. III.7; ferner Rz 674–691.
[2119] EV von [...] vom 16.3.2015, Rz 61–68, Act. III.17.
[2120] EV von [...] vom 27.1.2015, Rz 191–193, Act. III.11; siehe weiter auch Rz 378–380.
[2121] EV von [...] vom 9.2.2015, Rz 573–575, Act. III.14.
[2122] Rz 694 f.
[2123] VR-Protokoll der KAGA vom 27.3.2003, T. 5, Act. II.G.X.319.
[2124] VR-Protokoll der KAGA vom 27.3.2003, T. 5 und Anhang, Act. II.G.X.319. Anlässlich der VR-Sitzung vom 28.11.2002 stellten zwei VR noch in Aussicht, dem Transportkostenausgleich in der bisherigen Form 2003 nicht mehr zustimmen zu können, da der Substanzwert stark strapaziert werde (Daepp) resp. weil die Bauunternehmungen nicht davon profitieren könnten (Marti) (VR-Protokoll der KAGA vom 28.11.2002, T. 4, Act. II.G.X.319). Ob diese Voten Grund für die 2003 im Vergleich zu 2002 etwas tieferen auszugleichenden Transportkosten waren, ist nicht weiter relevant und braucht daher nicht abgeklärt zu werden.
[2125] Rz 1112; siehe dazu auch Rz 1023.
[2126] VR-Protokoll der KAGA vom 27.3.2003, T. 5 und Anhang, Act. II.G.X.319.
[2127] Es könnte nur, aber immerhin, dahingehend argumentiert werden, dass dank der Rückfuhr von Kies Materialablagerung und -bezug bei dieser Fuhre wenigstens ausgeglichen seien, was bei ausschliesslicher Deponierung mit leerer Rückfahrt nicht der Fall wäre. Mit einer solchen Argumentation würde aber übergangen, dass die deponierenden Aktionärinnen zur Optimierung der Transportkosten grundsätzlich ohnehin an einer (mit Kies) beladenen Rückfahrt interessiert sind und eine leere Rückfahrt zu vermeiden suchen (siehe Rz 275 und 413 f.) – eines zusätzlichen Anreizes durch einen Transportkostenausgleich für die Vermeidung einer leeren Rückfahrt bedarf es nicht. Dass dem so ist, belegt schon nur das Verhalten von deponierenden Aktionärinnen, wie es etwa im VR-Protokoll der KAGA vom 29.11.2012, T. 4.1, Act. II.D.X.6, geschildert ist: «So mussten auch KAGA Aktionärsfirmen Aushub bis nach Niederbipp fahren und aus Kostenüberlegungen Kies in den Raum Bern zurückfahren». Oder im VR-Protokoll der KAGA vom 13.9.2012, T. 6, Act. II.D.X.6: «Der Präsident [von KAGA] stellt fest, dass u.a. seine Firma [gemeint: Kästli-Gruppe] infolge der Gebietsbegrenzung mit Aushubmaterial in den Oberaargau fährt und entsprechend Kies und Sand zurück in den Raum Bern führt».
[2128] Siehe Rz 1106.
[2129] Vgl. die Berechnung im Anhang zum VR-Protokoll der KAGA vom 27.3.2003, Act. II.G.X.319, wonach die Retourfuhren «mit um 33 % reduzierten Fuhrkosten» berücksichtigt wurden, was umgekehrt heisst, dass der Transportkostenausgleich 67 % der Kosten der Retourfuhren (Hin- und Rückfahrt) abdeckte.
[2130] Siehe dazu Rz 1017 ff.

1117. Gemäss Buchhaltung wurde 2003 mit insgesamt CHF 1'061'705.– der Transport von total 272'494 Tonnen Wandkies vergünstigt.[2131] In der nachfolgenden Tabelle sind der für das Jahr 2003 gültige Referenzpreis, der für jede Aktionärin berechnete Ausgleich für die Transportkosten und der sich daraus ergebende, effektiv von jeder Aktionärin an KAGA zu bezahlende Wandkiespreis ab Kiesgrube ersichtlich.

2003	Referenzpreis	TA	Preis ab
	Preis franko Kieswerk	CHF / t	Kiesgrube
KW Daepp, Oppligen	8.675	1.675	7.000
KW Hofstetter, Hindelbank		6.650	2.025
KW Kästli, Rubigen		3.250	5.425
KW KIESTAG, Steinigand		4.025	4.650
KW Heimberg		2.200	6.475
KW Messerli, Bern		5.575	3.100
Quelle: Transportkostenausgleich, Act. II.C.X.82.			

Tabelle 46: TA 2003 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

1118. Im Jahr 2004 wurde der Transportkostenausgleich weitergeführt. [...], Vorsitzender des VRA der KAGA, teilte diesbezüglich im VR der KAGA mit, «dass der strategische Entscheid bezüglich Transportkostenausgleich TA grundsätzlich richtig war, ohne TA wären im 2004 ca. 66'000 m^3 Kies weniger verkauft worden und er empfiehlt, die TA in Zukunft beizubehalten».[2132] Gemäss Buchhaltung wurde 2004 mit insgesamt CHF 1'038'887.– der Transport von total 267'762 Tonnen Wandkies vergünstigt.[2133]

1119. Für das Jahr 2005 wurde das TA-Modell überarbeitet. Neu sollten die reinen Fahrzeugkosten, die Lohn- und Treibstoffkosten (Diesel) einzeln berechnet werden. Der VR genehmigte das TA-Modell 2005, wobei sich der Vertreter der Marti der Stimme enthielt, weil Marti nicht vom Transportkostenausgleich profitiere.[2134] Das neue Modell wurde erneut ausgerichtet am Wandkiespreis franko Kieswerk von Aare-Kies (nächstgelegenes Aktionärskieswerk zur KAGA). Dieser Preis wurde neu auf CHF 8.325 pro Tonne berechnet (CHF 7.– für den Kies[2135] und CHF 1.325 für die Transportkosten), wobei die Berechnung für «Retourfuhren»[2136] unverändert beibehalten wurde. Alle Aktionärinnen mit Kieswerk konnten somit von KAGA Wandkies zur Veredelung im eigenen Kieswerk zum Preis von CHF 8.325 pro Tonne franko Kieswerk beziehen. Neu sollten die Aktionärinnen zudem nur noch den Preis ab Kiesgrube bezahlen und somit keine Rückzahlungen mehr erhalten. Der Transportkostenausgleich wurde wiederum auf 25'000 m^3 pro Aktionärin «zur Aufbereitung im Kieswerk» beschränkt.[2137] Gemäss Buchhaltung wurde 2005 mit insgesamt CHF 1'029'751.– der Transport von total 250'200 Tonnen Wandkies vergünstigt.[2138]

2005	Referenzpreis	TA	Preis ab
	Preis franko Kieswerk	CHF / t	Kiesgrube
KW Daepp, Oppligen	8.325	1.325	7.000
KW Hofstetter, Hindelbank		7.425	0.900
KW Kästli, Rubigen		3.350	4.975
KW KIESTAG, Steinigand		4.475	3.850
KW Heimberg		2.100	6.225
KW Messerli, Bern		6.325	2.000
Quelle: Transportkostenausgleich (Modell 2005, Entwurf), Act. II.A.X.94.			

Tabelle 47: TA 2005 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

[2131] Tabelle «Kiesbezüge – Details Aktionäre mit Transportkostenausgleich 2003», Act. II.B.X.237.
[2132] VR-Protokoll der KAGA vom 2.6.2005, T. 2.1, Act. II.D.X.6.
[2133] Tabelle «Kiesbezüge – Details Aktionäre mit Transportkostenausgleich 2004», Act. II.B.X.237.
[2134] VR-Protokoll der KAGA vom 2.12.2004, T. 2.2.1, Act. II.D.X.6.
[2135] Siehe Tabelle in Rz 1054.
[2136] Siehe Rz 1116.
[2137] Weisung vom 6.12.2004, Act. II.D.X.18.
[2138] Tabelle «Details Aktionäre mit Transportkostenausgleich 2005», Act. II.B.X.209.

1120. Für das Jahr 2006 wurde das Transportkostenmodell leicht angepasst (wegen höheren Lohnkosten) und vom VR der KAGA (explizit) einstimmig[2139] verabschiedet, wobei die Berechnung für «Retourfuhren»[2140] unverändert beibehalten wurde.[2141] Die transportkostenausgleichs-berechtigte Menge Wandkies wurde auf 30'000 m³ pro Aktionärin mit Kieswerk erhöht, wobei gemäss «Umfrage bei den Verantwortlichen in den Kieswerken»[2142] davon ausgegangen wurde, Kiestag (Vigier) werde – anders als die übrigen berechtigten Aktionärinnen – ihr Kontingent bloss teilweise ausschöpfen, namentlich im Umfang von 12'000 m³. Am 21. September 2006 hatte der VR der KAGA den «erfreulich[en]» Zwischenabschluss zur Kenntnis genommen und beschlossen, «das Gewinnziel [der KAGA] zu optimieren», weil der Abschluss per Ende Jahr voraussichtlich ebenfalls gut ausfallen werde. Konkrete Vorschläge sollte die FIKO ausarbeiten.[2143] Dem GL-Protokoll der Hofstetter lässt sich entnehmen, welche Massnahmen der VR von KAGA zur Optimierung des Gewinnziels beschlossen hat:[2144] Bezüglich Transportkostenausgleich hat er «in Anbetracht der ausgezeichneten Ertragslage entschieden, allen Aktionären bis zum Jahresende einen zusätzlichen Transportkostenausgleich von CHF 60'000.– zu finanzieren». Darüber hinaus räumte er allen Aktionärinnen einen Gratis-Bezug von zusätzlichen 2'143 m³ Kies ein (ausmachend CHF 30'000.– pro Aktionärin), wofür KAGA ausserdem die Transportkosten übernahm.[2145] Im Rückblick auf das Jahr 2006 hielt [...] (Präsident der FIKO der KAGA) in der Geschäftsleitung der «HM Gruppe» (Alluvia) fest, «dass sich die Position Transportkostenausgleich mit dem daraus entstehenden Mehrerlös aus dem grösseren Kiesabbau die Waage hält. Unter Berücksichtigung der Tatsache, das[s] wir damit jährlich zusätzlich fast 150'000 m³ Deponievolumen zur Verfügung haben, beeinflusst dieser strategische Entscheid das objektive Jahresergebnis sogar positiv».[2146] Gemäss Buchhaltung wurde 2006 mit insgesamt CHF 1'327'817.– der Transport von total 300'250 Tonnen Wandkies vergünstigt.[2147]

2006	Referenzpreis	TA	Preis ab
	Preis franko Kieswerk	CHF / t	Kiesgrube
KW Daepp, Oppligen	8.375	1.375	7.000
KW Hofstetter, Hindelbank		7.325	1.050
KW Kästli, Rubigen		3.250	5.125
KW KIESTAG, Steinigand		4.400	3.975
KW Heimberg		1.975	6.400
KW Messerli, Bern		6.425	1.950
Quelle: Transportkostenausgleich (Modell 2006), Act. II.D.X.19.			

Tabelle 48: TA 2006 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

1121. Für das Jahr 2007 wurden im VR von KAGA (implizit)[2148] einstimmig[2149] die von KAGA zu bezahlenden Transportkosten erneut angepasst (Löhne Chauffeure und Distanzen/Zeiten) und die transportkostenausgleichs-berechtigte Bezugsmenge auf 35'000 m³ pro Aktionärin mit Kieswerk erhöht.[2150] Die Berechnung für «Retourfuhren»[2151] wurde auch dieses Jahr unverändert beibehalten.[2152] Gemäss VR-Protokoll der HM Holding AG (später Alluvia AG) erfolgte die Erhöhung der berechtigten Bezugsmenge «im Zusammenhang mit dem 'Deponienotstand'».[2153] Mit Nachtrag vom 29. März 2007 entschied der VR der KAGA, Daepp für die Veredelung in ihrem Kieswerk Liechti H.U. AG in Schüpbach einen Transportkostenausgleich von CHF 12.80 pro Kubikmeter [recte: CHF 12.30][2154] zu gewähren, und dass Kiestag bei einem Transport nach Lützelflüh denselben Transportkostenausgleich erhält wie bei einem Bezug für ihr Kieswerk in Wimmis.[2155] Die Aktionärinnen meldeten dabei die mutmasslichen Kiesbezüge (auch solche nicht zur Veredelung in einem Kieswerk) im Jahr 2007 vorgängig an KAGA.[2156] In der nachfolgenden Tabelle ist die Liechti H.U. AG allerdings noch nicht vermerkt, da das Transportkostenmodell für ein bestimmtes Jahr jeweils vor dessen Beginn festgelegt wurde (d.h. für das

[2139] Wobei Marti zu dieser Zeit nicht mehr im VR der KAGA vertreten war (siehe Rz 679–682).
[2140] Siehe Rz 1116.
[2141] VR-Protokoll der KAGA vom 30.11.2005, T. 2.4.1, Act. II.D.X.6; Modell 2006, Act. II.D.X.19.
[2142] Modell 2006, Act. II.D.X.19, S. 2.
[2143] VR-Protokoll der KAGA vom 21.9.2006, T. 2, Act. II.D.X.6.
[2144] GL-Protokoll der Hofstetter vom 24.10.2006, T. 1.4.6, Act. II.B.X.196.
[2145] Siehe dazu auch Rz 1088.
[2146] GL-Protokoll der «HM Gruppe» (Alluvia) vom 24.5.2007, T. 1.4.6, Act. II.B.X.212.
[2147] Budget 2008 (Act. II.C.X.224); Tabelle «Kiesbezüge – Details Aktionäre mit Transportkostenausgleich 2006», Act. II.B.X.237.
[2148] Rz 694 f.
[2149] Wobei Marti zu dieser Zeit nicht mehr im VR der KAGA vertreten war (siehe Rz 679–682).
[2150] VR-Protokoll der KAGA vom 6.12.2006, T. 2.4.2, Act. II.B.X.258; Modell 2007, Act. II.C.X.106.
[2151] Siehe Rz 1116.
[2152] Vgl. den vom VR der KAGA am 29.3.2007 genehmigten Nachtrag Act. II.G.X.319.
[2153] VR-Protokoll der HM Holding AG (später Alluvia AG) vom 21.11.2006, T. 1.6, Act. II.B.X.197.
[2154] Gemäss den detaillierten Berechnungen der KAGA beträgt der Transportkostenausgleich CHF 12.30 (vgl. den vom VR der KAGA am 29.3.2007 genehmigten Nachtrag Act. II.G.X.319) und nicht CHF 12.80 wie in T. 3 VR-Protokoll der KAGA vom 29.3.2007 aufgeführt (vgl. Act. II.D.X.6).
[2155] VR-Protokoll der KAGA vom 29.3.2007, T. 3, Act. II.D.X.6; siehe auch Tabelle im Nachtrag vom 29.3.2007, Act. II.G.X.319.
[2156] Vgl. den vom VR der KAGA am 29.3.2007 genehmigten Nachtrag Act. II.G.X.319.

Jahr 2007 am 6. Dezember 2006)[2157]. Gemäss Buchhaltung wurde 2007 mit insgesamt CHF 1'625'476.– der Transport von total 394’190 Tonnen Wandkies vergünstigt.[2158]

2007	Referenzpreis	TA	Preis ab
	Preis franko Kieswerk	CHF / t	Kiesgrube
KW Daepp, Oppligen	8.400	1.400	7.000
KW Hofstetter, Hindelbank		7.475	0.925
KW Kästli, Rubigen		3.300	5.100
KW KIESTAG, Steinigand		4.425	3.975
KW Heimberg		1.900	6.500
KW Messerli, Bern		6.300	2.100
Quelle: Transportkostenausgleich (Modell 2007), Act. II.C.X.106.			

Tabelle 49: TA 2007 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

1122. Für das Jahr 2008 passte der VR der KAGA die Berechnung des Transportkostenausgleichs erneut an und beschloss (explizit) einstimmig[2159] «Guthaben TA je Aktionärsfirma» von 35'000 m^3 wie im Vorjahr.[2160] Die FIKO hatte die Grundlagen des Transportkostenausgleichs als transparent und korrekt beurteilt, schlug aber wegen höheren Löhnen der Chauffeure, der Teuerung und des Dieselpreises Korrekturen bei der Berechnung vor. Die Berechnung für «Retourfuhren»[2161] war dabei kein Thema, weshalb davon auszugehen ist, dass diese auch im Jahr 2008 unverändert weitergeführt worden ist. Gemäss Buchhaltung wurde 2008 mit insgesamt CHF 1'639'356.– der Transport von total 335’198 Tonnen Wandkies vergünstigt.[2162]

2008	Referenzpreis	TA	Preis ab
	Preis franko Kieswerk	CHF / t	Kiesgrube
KW Daepp, Oppligen	8.625	1.625	7.000
p.A. Daepp, KW Liechti		6.650	1.975
KW Hofstetter, Hindelbank		8.450	0.175
KW Kästli, Rubigen		3.525	5.100
KW KIESTAG, Steinigand		4.850	3.775
KW Heimberg		2.150	6.475
KW Messerli, Bern		6.900	1.725
Quelle: Nachtrag Transportkostenausgleich (Modell 2008), Act. II.C.X.116.			

Tabelle 50: TA 2008 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

[2157] Transportkostenausgleich TA für Wandkiesbezüge bei der KAGA zur Aufbereitung im Kieswerk für das Jahr 2007, genehmigt vom Verwaltungsrat am 6.12.2006, Act. II.C.X.6.
[2158] Budget 2009 (Act. II.C.X.225); Tabelle «Kiesbezüge – Details Aktionäre mit Transportkostenausgleich 2007 Bergacher + Bümberg», Act. II.B.X.274.
[2159] Marti war zu dieser Zeit übrigens wieder im VR der KAGA vertreten (siehe Rz 682).
[2160] VR-Protokoll der KAGA vom 6.12.2007, T. 2.3.2 und 2.3.5 bezüglich des Beschlusses, Act. II.D.X.6.
[2161] Siehe Rz 1116.
[2162] Budget 2010 (Act. II.C.X.226); Tabelle «Details Aktionäre mit Transportkostenausgleich 2008 Bergacher + Bümberg», Act. II.B.X.257.

1123. Für das Jahr 2009 passte der VR der KAGA die Berechnung des Transportkostenausgleichs erneut an (als Begründung werden die höheren Löhne der Chauffeure, die Teuerung und ein höherer Dieselpreis genannt) und beschloss (explizit) einstimmig «Guthaben TA je Aktionärsfirma» von 35'000 m³ wie im Vorjahr. Neu wurde beschlossen, dass die FIKO den Transportkostenausgleich bei Dieselpreisänderungen von mehr als 5 % automatisch anpassen soll.[2163] Die Berechnung für «Retourfuhren»[2164] war dabei wiederum kein Thema, weshalb davon auszugehen ist, dass diese auch im Jahr 2009 unverändert weitergeführt worden ist. Gemäss Buchhaltung wurde 2009 mit insgesamt CHF 949'720.– der Transport von total 213’765 Tonnen Wandkies vergünstigt.[2165]

2009	Referenzpreis	TA	Preis ab
	Preis franko Kieswerk	CHF / t	Kiesgrube
KW Daepp, Oppligen	8.650	1.650	7.000
p.A. Daepp, KW Liechti		6.750	1.900
KW Hofstetter, Hindelbank		8.575	0.075
KW Kästli, Rubigen		3.575	5.075
KW KIESTAG, Steinigand		4.900	3.750
KW Heimberg		2.175	6.475
KW Messerli, Bern		7.000	1.650
Quelle: Nachtrag Transportkostenausgleich (Modell 2009), Act. II.C.X.124.			

Tabelle 51: TA 2009 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

1124. Für das Jahr 2010 passte der VR der KAGA die Berechnung des Transportkostenausgleichs an der Sitzung vom 2. Dezember 2009 erneut an, wobei er die bezugsberechtigte Menge wie im Vorjahr auf 35'000 m³ festsetzte (siehe nachfolgend Tabelle 2010/1). Schon zu diesem Zeitpunkt plante der VR allerdings (gestützt auf eine Strategiesitzung des VR vom November 2009) eine tiefgreifendere Anpassung des Transportkostenausgleichs. Namentlich beschloss der VR (implizit)[2166] einstimmig, dass der VR «jährlich die TA-berechtigte Kiesmenge pro Aktionär» festlegen soll, dass «alle Kieswerke TA-berechtigt» sein sollen, «die zu mindestens 80 % im Besitze einer oder mehrere Aktionärsfirmen der KAGA sind», und dass jährlich ein Maximalbetrag (TAmax) festgelegt werden soll, der für den Transportkostenausgleich eingesetzt wird. Der TAmax soll so berechnet werden, «dass die direkten, effektiven Kosten der KAGA gedeckt sind und kein eigentlicher Geldabfluss resultiert (TAmax = Erlös Kies abz. eff. Kosten + Erlös Deponie abz. eff. Kosten). Die TA und der TAmax werden jährlich vom VR festgelegt». Es wurde sodann eine Kommission «bestehend aus den Mitgliedern der FIKO ([...], [...], [...]), [...] und [...]» eingesetzt, die eine Anpassung des Transportkostenausgleichs und einen Vorschlag für den TAmax für die VR-Sitzung vom 25. März 2010 ausarbeiten soll.[2167] Der VR fällte alsdann an der Sitzung März 2010 (implizit)[2168] einstimmig den entsprechenden Entscheid (siehe nachfolgend Tabelle 2010/2). Er legte einerseits einen «realistischen, fairen Transportpreis» fest und fixierte andererseits den TAmax so, dass er (leicht unter dem errechneten «Cap» liegend) dem Referenzpreis entsprach, damit keine Gutschriften erfolgen müssten.[2169] Hintergrund des Beschlusses, den Transportkostenausgleich auf weitere Kieswerke auszudehnen, die zu mindestens 80 % im Besitze eines oder mehrerer Aktionärinnen sind, dürfte die Anfrage von [...], delegierter VR der Kiestag, im Mai 2009 gewesen sein, den Transportkostenausgleich auch für die Emme Kies+Beton AG (Grünenmatt) gelten zu lassen, die sich im Besitze der Kiestag und Daepp Beton AG (Daepp) befinde.[2170] In der Begründung des Antrags, den [...] (Kiestag) «im Namen der Emme Kies+Beton AG» an [...] (Kästli) schrieb, wurde darauf hingewiesen, dass aufgrund der Besitzverhältnisse der Emme Kies+Beton AG sichergestellt sei, dass «durch den Transportkostenausgleich also kein Mitbewerber unterstützt» werde. Hinsichtlich der Berechnung des Transportkostenausgleichs für die Emme Kies+Beton AG sei zu beachten, dass «keine Rückfuhren stattfinden».[2171] Da allerdings im Beschluss des VR wiederum nirgends erwähnt ist, dass die Berechnung für «Retourfuhren»[2172] Änderungen erfahren hätte, ist – auch mit Blick auf den Hinweis von [...] betreffend «keine Rückfuhren» – davon auszugehen, dass diese auch im Jahr 2010 und mit Geltung des TAmax unverändert weitergeführt worden ist. Gemäss Buchhaltung wurde 2010 mit insgesamt CHF 1'837’228.– der Transport von total 361’996 Tonnen Wandkies vergünstigt.[2173]

[2163] VR-Protokoll der KAGA vom 3.12.2008, T. 2.3.3 und T. 2.3.6 bezüglich Beschluss, Act. II.D.X.6.
[2164] Siehe Rz 1116.
[2165] Tabelle «Details Aktionäre mit Transportkostenausgleich 2009 Bergacher + Bümberg», Act. II.B.X.262.
[2166] Rz 694 f.
[2167] VR-Protokoll der KAGA vom 2.12.2009 T. 2.4.3, Act. II.D.X.6; siehe auch Beschluss-Protokoll aus der VR Strategietagung der KAGA vom 30.11.2009, Act. II.G.X.319.
[2168] Rz 694 f.
[2169] VR-Protokoll der KAGA vom 25.3.2010, T. 3, Act. II.A.X.179.
[2170] VR-Protokoll der KAGA vom 14.5.2009, T. 8, Act. II.A.X.142. Vgl. zur Behandlung anlässlich der VR Strategietagung der KAGA VR-Protokoll der KAGA vom 10.9.2009, T. 3, Act. II.D.X.6.
[2171] E-Mail vom 19.5.2009 von [...] (Kiestag) an [...], Act. II.A.X.140.
[2172] Siehe Rz 1116.
[2173] Tabelle «Details Aktionäre mit Transportkostenausgleich 2010 Bergacher + Bümberg», Act. II.B.X.308; Budget KAGA 2012, Act. II.D.X.55.

2010/1	Referenzpreis Preis franko Kieswerk	TA CHF / t	Preis ab Kiesgrube
KW Daepp, Oppligen	8.769	1.769	7.000
p.A. Daepp, KW Liechti		6.667	2.103
KW Hofstetter, Hindelbank		8.333	0.436
KW Kästli, Rubigen		3.564	5.205
Kästli Schwarzenburg		8.333	0.436
KW KIESTAG, Wimmis		4.846	3.923
KIESTAG, Grünematt		8.333	0.436
KW Heimberg		2.308	6.462
KW Messerli, Bern		6.821	1.949
Quelle: Nachtrag Transportkostenausgleich (Modell 2010), Act. II.D.X.37.			
seit 2010 1m^3 = 1.95 t (z.B. Preise Aktionäre ab 01.03.2010, Act. II.B.X.280).			

Tabelle 52: TA 2010 gemäss VR-Sitzung vom 2.12.2009 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

2010/2	Referenzpreis Preis franko Kieswerk	TA CHF / t	Preis ab Kiesgrube
KW Daepp, Oppligen	8.744	1.744	7.000
p.A. Daepp, KW Liechti		6.590	2.154
KW Hofstetter, Hindelbank		8.256	0.487
KW Kästli, Rubigen		3.538	5.205
Kästli Schwarzenburg		8.744	0.000
KW KIESTAG, Wimmis		4.769	3.974
KIESTAG, Grünematt		8.744	0.000
KW Heimberg		2.282	6.462
KW Messerli, Bern		6.744	2.000
Quelle: Nachtrag TA (Modell 2010), mit TA MAX, Act. II.C.X.134.			
seit 2010 1m^3 = 1.95 t (z.B. Preise Aktionäre ab 01.03.2010, Act. II.B.X.280).			

Tabelle 53: TA 2010 gemäss VR-Sitzung vom 25.3.2010 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

1125. Für das Jahr 2011 passte der VR der KAGA (implizit)[2174] einstimmig die Berechnung des Transportkostenausgleichs erneut an (als Begründung werden höhere Dieselpreise und Lohnkosten genannt).[2175] Da keine anderslautenden Beschlüsse ersichtlich sind, ist davon auszugehen, dass die bezugsberechtigte Menge mit 35'000 m^3 und die Berechnung bezüglich «Retourfuhren»[2176] unverändert wie im Vorjahr beibehalten worden sind. Bei der Präsentation der Betriebsbuchhaltung 2011 an der FIKO der KAGA wurde dazu festgehalten: «Erfreulich ist dabei, dass das Gesamtresultat wiederum sehr hoch, ja historisch mit einem Betriebsergebnis von Fr. 4'310'311.89 (Vorjahr: Fr. 3'714'862.86) ausgefallen ist. Ohne Transportkostenausgleich wäre das Resultat, geschätzt auf ca. Fr. 2'841'265.57 ausgefallen».[2177] Gemäss Buchhaltung wurde 2011 mit insgesamt CHF 2'051'169.– der Transport von total 387'049 Tonnen Wandkies vergünstigt.[2178]

1126. Für das Jahr 2012 passte der VR der KAGA die Berechnung des Transportkostenausgleichs erneut an (als Begründung werden höhere Dieselpreise und Lohnkosten genannt). Das Gesamtbudget 2012 und damit auch der Transportkostenausgleich wurden vom VR von KAGA mit zwei Stimmenthaltungen namentlich nicht genannter VR-Mitglieder genehmigt (wobei zumindest die eine Stimmenthaltung mutmasslich einen anderen Hintergrund haben dürfte, führte ein VR-Mitglied anlässlich der Diskussion doch an, «das Budget sei zu wenig ambitiös»).[2179] An der Strategietagung vom 10. Juli 2012 entschied der VR der KAGA ausdrücklich, keine Änderungen am Transportkostenausgleich ausser eine Aktualisierung des TAmax vorzunehmen.[2180] Unverändert gegenüber dem Vorjahr blieben damit unter anderem die

[2174] Rz 694 f.
[2175] VR-Protokoll der KAGA vom 24.11.2010, T. 2.3.3, Act. II.D.X.6.
[2176] Siehe Rz 1116.
[2177] FIKO der KAGA vom 20.8.2012, T. 3.1, Act. II.A.X.313.
[2178] Tabelle «Details Aktionäre mit Transportkostenausgleich 2011 Bergacher + Bümberg», Act. II.B.X.342; Jahresabschluss 2011, Act. II.D.X.80.
[2179] VR-Protokoll der KAGA vom 30.11.2011, T. 2.3.2, Act. II.A.X.252.
[2180] Beschluss-Protokoll aus VR Strategietagung der KAGA vom 10.7.2012, T. 2, Act. II.D.X.76.

bezugsberechtigte Menge mit 35'000 m^3 und die Berechnung bezüglich «Retourfuhren»[2181]. Gemäss Buchhaltung wurde 2012 mit insgesamt CHF 1'898'119.– der Transport von total 358’550 Tonnen Wandkies vergünstigt.[2182]

2012	Referenzpreis	TA	Preis ab
	Preis franko Kieswerk	CHF / t	Kiesgrube
KW Daepp, Oppligen	8.846	1.846	7.000
p.A. Daepp, KW Liechti		6.974	1.872
KW Hofstetter, Hindelbank		8.718	0.128
KW Kästli, Rubigen		3.744	5.103
Kästli Schwarzenburg		8.718	0.128
KW KIESTAG, Wimmis		5.051	3.795
KIESTAG, Grünematt		8.718	0.128
KW Heimberg		2.410	6.436
KW Messerli, Bern		7.154	1.692
Quelle: Nachtrag Transportkostenausgleich (Modell 2012), Act. II.E.X.110.			
seit 2010 1m^3 = 1.95 t (z.B. Preise Aktionäre ab 01.03.2010, Act. II.B.X.280).			

Tabelle 54: TA 2012 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

1127. Für das Jahr 2013 passte der VR die Berechnung des Transportkostenausgleichs der Teuerung an und genehmigte diesen im Rahmen des Budgets (explizit) einstimmig. Zudem kündigte die FIKO an, den Transportkostenausgleich im laufenden Jahr generell zu überarbeiten.[2183] Da wiederum keine anderslautenden Beschlüsse ersichtlich sind, ist davon auszugehen, dass die bezugsberechtigte Menge mit 35'000 m^3 und die Berechnung bezüglich «Retourfuhren»[2184] unverändert wie im Vorjahr beibehalten worden sind. Gemäss Buchhaltung wurde 2013 mit insgesamt CHF 2'117'598.– der Transport von total 380’822 Tonnen Wandkies vergünstigt.[2185]

2013	Referenzpreis	TA	Preis ab
	Preis franko Kieswerk	CHF / t	Kiesgrube
KW Daepp, Oppligen	8.872	1.872	7.000
p.A. Daepp, KW Liechti		7.026	1.846
KW Hofstetter, Hindelbank		8.821	0.051
KW Kästli, Rubigen		3.769	5.103
Kästli Schwarzenburg		8.821	0.051
KW KIESTAG, Wimmis		5.103	3.769
KIESTAG, Grünematt		8.821	0.051
KW Heimberg		2.436	6.436
KW Messerli, Bern		7.231	1.641
Quelle: Nachtrag Transportkostenausgleich (Modell 2013), Act. II.D.X.90.			
seit 2010 1m^3 = 1.95 t (z.B. Preise Aktionäre ab 01.03.2010, Act. II.B.X.280).			

Tabelle 55: TA 2013 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

1128. Für das Jahr 2014 beliess der VR den Transportkostenausgleich explizit gleich wie im Vorjahr, ausser für Messerli wurde eine Korrektur der Kalkulation für ihr neues Werk in Oberwangen vorgenommen und Vigier Romandie ergänzt. Der Transportkostenausgleich wurde im Rahmen des Budgets (explizit) einstimmig genehmigt.[2186] Unverändert gegenüber dem Vorjahr blieben

[2181] Siehe Rz 1116.
[2182] Tabelle «Details Aktionäre mit Transportkostenausgleich 2012 Bergacher + Bümberg», Act. II.B.X.364; Jahresabschluss 2012, Act. II.A.X.360.
[2183] VR-Protokoll der KAGA vom 29.11.2012, T. 2.3.2, Act. II.A.X.338.
[2184] Siehe Rz 1116.
[2185] Tabelle «Details Aktionäre mit Transportkostenausgleich 2013 Bergacher + Bümberg», Act. II.B.X.370; Jahresabschluss 2013, Act. II.A.X.393.
[2186] VR-Protokoll der KAGA vom 28.11.2013, T. 2.3.2, Act. II.D.X.6; siehe auch GL-Protokoll der Alluvia, T. 1.4.6, Act. II.B.X.433.

damit auch die bezugsberechtigte Menge mit 35'000 m³ und die Berechnung bezüglich «Retourfuhren»[2187]. Die Aktionärinnen meldeten dabei die mutmasslichen Kiesbezüge (auch solche nicht zur Veredelung in einem Kieswerk) im Jahr 2014 vorgängig an KAGA.[2188] Gemäss Buchhaltung wurde 2014 mit insgesamt CHF 2'214'237.– der Transport von total 374'377 Tonnen Wandkies vergünstigt.[2189]

2014	Referenzpreis	TA	Preis ab
	Preis franko Kieswerk	CHF / t	Kiesgrube
KW Daepp, Oppligen	8.872	1.825	7.000
p.A. Daepp, KW Liechti		7.026	1.846
KW Hofstetter, Hindelbank		8.821	0.051
KW Kästli, Rubigen		3.769	5.103
Kästli Schwarzenburg		8.821	0.051
KW KIESTAG, Wimmis		5.103	3.769
KIESTAG, Grünematt		8.821	0.051
KW Heimberg		2.436	6.436
KW Messerli, Oberwangen		8.179	0.692
Vigier Romandie		8.821	0.051
Quelle: Nachtrag Transportkostenausgleich (Modell 2014), Act. II.D.X.127.			
seit 2010 1m³ = 1.95 t (z.B. Preise Aktionäre ab 01.03.2010, Act. II.B.X.280).			

Tabelle 56: TA 2014 (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

1129. Für das Jahr 2015 liegt ein KAGA-internes Mail vom 4. November 2014 vor, dem der Entwurf für den Transportkostenausgleich 2015 mit aktualisierten Zahlen angehängt ist.[2190] Am 11. November 2014 beriet die FIKO die Eckwerte des Transportkostenausgleichs. Sie kam zu folgendem Schluss: «Der TA wird auf 25'000m³ pro KW [Kieswerk] nach unten korrigiert, dies weil angenommen werden muss, das der TA in Zukunft möglicherweise ganz wegfallen könnte, da nicht mehr nötig, weil wieder mehr Deponien zur Verfügung stehen werden und die KAGA damit vom enormen Aushubanfall 'entlastet' wird und somit nicht dringend mehr Deponievolumen mittel schnellerem Kiesabbau generieren muss».[2191] Am 3. Dezember 2014 beschloss der VR von KAGA alsdann (implizit)[2192] einstimmig u.a. den Transportkostenausgleich auf Kiesbezügen der Aktionärinnen mit Kieswerken gänzlich aufzuheben.[2193] Im Entwurf dieses «(heikle[n]) VR-Protokoll[s]»[2194] ist dazu unter «5.3 Weiteres Vorgehen» festgehalten, dass der VR «in der Folge» ohne weitere Begründung unter anderem beschloss: «ab 1.1.2015 fällt der Transportkostenausgleich TA für Wandkiesbezüge weg».[2195] In der definitiven, unterzeichneten Fassung dieses VR-Protokolls ist der entsprechende Beschluss unter Ziffer 5.3 noch näher begründet und wie folgt gefasst: «ab 1.1.2015 kann infolge des Rückganges der angelieferten Deponiemengen auf den Transportkostenausgleich TA für Wandkiesbezüge verzichtet werden. Er fällt in Zukunft weg».[2196] Bei der Genehmigung dieses Protokolls im April 2015 wurde die Begründung zur Aufhebung des Transportkostenausgleichs sodann noch weiter ergänzt mit «dem Erreichen eines Gleichgewichts zwischen Kiesabbau- und Auffüllmenge im Sinne des Strategiezieles 2002».[2197]

1130. Mehrere befragte Personen bestätigten an ihren Einvernahmen denn auch, dass der Transportkostenausgleich ab dem Jahr 2015 nicht mehr zur Anwendung gelangte.[2198] Zahlreiche befragte Personen hielten zudem fest, die Aufhebung sei beschlossen worden, da der Deponieengpass weggefallen sei und dies auch in den nächsten Jahren so bleiben werde.[2199] Teilweise wurde auch eine erhaltene rechtliche Auskunft als mit ein Grund genannt, wobei die FIKO bei ihrem Beschluss,

[2187] Siehe Rz 1116.
[2188] Vgl. den vom VR der KAGA am 28.11.2013 genehmigten Nachtrag Act. II.G.X.319.
[2189] Tabelle «Details Aktionäre mit Transportkostenausgleich 2014 Bergacher + Bümberg», Act. II.B.X.497.
[2190] Act. II.D.X.154.
[2191] VRA-Protokoll vom 11.11.2014, T. 4.2, Act. II.B.X.463.
[2192] Rz 694 f.
[2193] VR-Protokoll der KAGA vom 3.12.2014, T. 5.3, Act. IV.13, S. 1014–1020.
[2194] So der Absender des Entwurfs in seiner Mail vom 9.12.2014, vgl. Act. II.A.X.571.
[2195] Entwurf des VR-Protokolls der KAGA vom 3.12.2014, T. 5.2 f., Act. II.A.X.571.
[2196] VR-Protokoll der KAGA vom 3.12.2014, T. 5.3, Act. IV.13, S. 1014–1020. Die vorangehenden Ziffern dieses VR-Protokolls wurden den Wettbewerbsbehörden geschwärzt eingereicht, weshalb nicht eruiert werden kann, ob auch dort noch Änderungen oder Ergänzungen vorgenommen worden sind.
[2197] VR-Protokoll der KAGA vom 1.4.2015, T. 1.1, Act. IV.13, S. 1021–1026.
[2198] EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 217–222, Act. III.2; EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 241–243, Act. III.4; EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 244 f., Act. III.5; EV von [...] vom 14.1.2015, Rz 326–328, Act. III.6; EV von [...] vom 15.1.2015, Rz 393 f., Act. III.7; EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 145 f. und 289, Act. III.8; EV von [...] vom 29.1.2015, Rz 155 f., Act. III.12.
[2199] EV von [...] vom 14.1.2015, Rz 331 f., 351–353, Act. III.6; EV von [...] vom 15.1.2015, Rz 388–398, 521–533 und 552–556, Act. III.7; EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 146–151 und 289, Act. III.8; EV von [...] vom 21.1.2015, Rz 101–104 und 113–117, Act. III.8; EV von [...] vom 22.1.2015, Rz 327–333, Act. III.10; EV von [...] vom 27.1.2015, Rz 366–370, Act. III.11; EV von [...] vom 29.1.2015, Rz 157 f., Act. III.12.

eine stufenweise Abschaffung vorzuschlagen, noch keine Kenntnis von dieser Auskunft gehabt habe.[2200] Uneinigkeit bestand bei den befragten Personen, ob auch die Zeitungsberichte mit ein Grund für die Aufhebung gewesen seien.[2201] Dass eine Aufhebung des Transportkostenausgleichs bereits «im August oder September 2013» im VR von KAGA diskutiert worden wäre, wie eine Person auf die Frage ihres Rechtsvertreters hin bestätigte,[2202] hat sich jedoch nicht erhärtet.[2203] Jedenfalls lässt sich weder den Protokollen der VR-Sitzungen noch den Protokollen der FIKO-Sitzungen aus dem Jahre 2013 etwas Dahingehendes entnehmen. Vielmehr ist im FIKO-Protokoll vom November 2013 festgehalten: «Der TA wurde neu berechnet und schlägt vor, dass dieser etwas angehoben werden soll, dies bedingt durch die Anrechnung des Qualitätsminderpreises für das Kies ab der Abbaustelle Bümberg» und «Der TA ist für 2014 zu berechnen wie für 2013. Also keine Änderung»[2204] und der VR von KAGA beschloss dies denn auch so.[2205]

1131. In Würdigung dieser Beweismittel kommen die Wettbewerbsbehörden zur Überzeugung, dass eine Reduktion und schrittweise Aufhebung des Transportkostenausgleichs von der FIKO resp. dem VR der KAGA aufgrund der sich entspannenden Situation im Deponiebereich 2014 eingeleitet wurde. Gleichzeitig sind sie aber davon überzeugt, dass für die abrupte vollständige Aufhebung des Transportkostenausgleichs per 2015 die Zeitungsberichte und die eingeholte Rechtsberatung ebenfalls mitentscheidend waren, indem sie den Aufhebungsprozess beschleunigt haben. Wesentlich ist aber vor allem, dass erwiesen ist, dass der Transportkostenausgleich vom VR der KAGA noch im Dezember 2014 per 1. Januar 2015 gänzlich aufgehoben wurde und seither kein Transportkostenausgleich mehr gewährt wird.

C.7.6.6 Für wen der Transportkostenausgleich in der zweiten Phase galt und welche Auflagen damit verbunden waren

1132. Den Transportkostenausgleich der zweiten Phase hat KAGA stets nur ihren Aktionärinnen angeboten, nicht auch Dritten. Ab dem Jahr 2010 wurde die Gewährung des Transportkostenausgleichs auf Kieswerke ausgeweitet, die zu mindestens 80 % einer oder mehreren Aktionärinnen gehören.[2206] Unabhängige Dritte – und zwar auch solche, die ein Kieswerk betreiben – kamen hingegen nie in den Genuss eines Transportkostenausgleichs. Dass KAGA unabhängigen Dritten keinen Transportkostenausgleich gewährte, bestätigen denn auch mehrere befragte Personen anlässlich ihrer Einvernahmen.[2207] [...] (bis 2015 Geschäftsführer der KAGA) sagte beispielsweise auf die Frage, ob auch die [U02] in Linden, das nach seiner Einschätzung rund 15–20 Minuten von der KAGA-Abbaustelle in Jaberg entfernt liegt, einen Transportkostenausgleich für den Bezug von Kies erhielt: «Nein. Diese ist keine Aktionärin der KAGA». Auf die Frage, ob [...] also anerkenne, dass es bei der KAGA in Bezug auf den Kiespreis eine Ungleichbehandlung zwischen Aktionärinnen der KAGA und anderen Unternehmen gab, sagte [...]: «Ja, das ist so. Bis 2014 war das so».[2208] Der aktuelle VRP der KAGA ([...]) sieht dennoch keine Ungleichbehandlung zwischen Aktionärinnen und anderen Unternehmen: «Wir haben sehr bewusst geschaut, dass es keine Ungleichbehandlung auf dem Markt gibt. Der TA hat lediglich für die Lieferungen zum Kieswerk gedient, also für die Veredelung des Kieses im Werk. Die KAGA hat das Kies nicht direkt auf den Markt gebracht. Der Preis für Kies mit dem TA ist nicht günstiger. Wenn beispielsweise einer direkt vor Ort abbauen kann, dann kann er das vielleicht günstiger machen können, als mit dem TA. Wir wollten keine Verzerrung oder Diskriminierung von Dritten. Der TA hatte für Dritte keine Nachteile zur Folge. Wenn der TA direkt für die Baustellenlieferungen gegolten hätte, dann wäre dies sicher eine Diskriminierung für Dritte gewesen. Aber das haben wir nicht getan».[2209] Intuitiv ausgeblendet wird bei dieser Aussage, dass es auch unabhängige Dritte gibt, die ebenfalls Kieswerke betreiben.

1133. Der Transportkostenausgleich der zweiten Phase wurde stets an die Bedingung geknüpft, dass der transportkostenausgleichs-berechtigte Kies einzig zur «Aufbereitung in Kieswerken» der Aktionärinnen verwendet wird.[2210] Der Transportkostenausgleich berechnete sich entsprechend nach der Fahrdistanz und -zeit zwischen den Kiesgruben von KAGA und den Standorten der Kieswerke der Aktionärinnen. Baustellen wurden nicht mit transportkostenausgleichs-berechtigtem Kies beliefert und es durfte kein Handel mit solchem Kies betrieben werden. Im Einklang damit galt der Transportkostenausgleich denn auch nicht für die «Bauunternehmungen», womit die Aktionärinnen Marti und – bis zu ihrem Ausscheiden aus der KAGA im Jahr 2004 – [U11] gemeint waren.[2211] Diese zwei Aktionärinnen kamen daher ebenso wenig wie unabhängige Dritte in den Genuss des Transportkostenausgleichs.[2212] Ab etwa 2011 bis zur

[2200] EV von [...] vom 22.1.2015, Rz 324–328 und 423–426, Act. III.10; zum ersten Halbsatz auch EV von [...] vom 29.1.2015, Rz 160 f., Act. III.12.

[2201] Bejahende Tendenz bei EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 220–222 und 225–229, Act. III.4; EV von [...] vom 29.1.2015, Rz 158–165, Act. III.12; verneinend EV von [...] vom 14.1.2015, Rz 339–341, Act. III.6; EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 324, Act. III.8; implizit verneinend EV von [...] vom 15.1.2015, Rz 583–585, Act. III.7.

[2202] EV von [...] vom 9.2.2015, Rz 673–677, Act. III.14.

[2203] Treffend EV von [...] vom 15.1.2015, Rz 573–582, Act. III.7.

[2204] VRA-Protokoll vom 12.11.2013, T. 6.1 und 6.2, Act. II.B.X.463.

[2205] Rz 1128.

[2206] Siehe Rz 1124.

[2207] Deutlich und bestimmt EV von [...] vom 15.1.2015, Rz 469–473 und 494–510, Act. III.7; EV von [...] vom 21.1.2015, Rz 88–96, Act. III.8; EV von [...] vom 9.2.2015, Rz 602–604, Act. III.14. Ohne dies mit Sicherheit sagen zu können dahingehend auch EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 253–256, Act. III.2; EV von [...] vom 27.1.2015, Rz 191–193, Act. III.11 (wenig aufschlussreich Rz 198–207); EV von [...] vom 29.1.2015, Rz 149–151, Act. III.12. Siehe ferner auch Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 419–437, Act. III.26.

[2208] EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 173–175 und 185–190, Act. III.8.

[2209] EV von [...] vom 9.2.2015, Rz 605–615, Act. III.14. Ferner auch Rz 617 f.: «Ich sehe keine Diskriminierung und keine Wettbewerbsverzerrung» durch den Transportkostenausgleich.

[2210] Statt vieler EV von [...] vom 9.2.2015, Rz 608 f., Act. III.14.

[2211] Siehe zum Vorangehenden etwa Rz 1100, 1103, 1116 und 1119. Ferner etwa EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 134–139, Act. III.8. Marti verfügt zwar über Kieswerke, allerdings weiter weg von der KAGA als die übrigen Aktionärinnen. Sie wurde deshalb von der KAGA stets als reines «Bauunternehmen» behandelt. Soweit ersichtlich, hat sich Marti nie darum bemüht, für eines ihrer Kieswerke ebenfalls einen Transportkostenausgleich zu erhalten.

[2212] EV von [...] vom 15.1.2015, Rz 474 f., Act. III.7; EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 132–139, Act. III.8.

Aufhebung des Transportkostenausgleichs Ende 2014 wurde immerhin eine «indirekte Möglichkeit» gefunden, «die Firma Marti partizipieren zu lassen, nämlich über die Maschinenvermietung an die KAGA».[2213]

1134. Während zu Beginn, namentlich im Jahr 2002, noch keine mengenmässige Beschränkung des transportkostenausgleichs-berechtigten Kieses erfolgte,[2214] änderte sich dies in den Folgejahren. Der VR von KAGA legte von da an jedes Jahr die Menge Kies fest, die jede Aktionärin mit Kieswerk unter Vergünstigung mit dem Transportkostenausgleich beziehen konnte. Für die Jahre 2003–2005 belief sich diese transportkostenausgleichs-berechtigte Menge Kies pro Aktionärin mit Kieswerk auf 25'000 m^3, im Jahr 2006 auf 30'000 m^3 und von da an für die Jahre 2007–2014 schliesslich auf 35'000 m^3.[2215] Dass die transportkostenausgleichs-berechtigte Kiesmenge pro Aktionärin beschränkt war, bestätigen im Übrigen auch mehrere Personen anlässlich ihrer Einvernahme.[2216] In welchem Umfang die einzelnen Aktionärinnen diese transportkostenausgleichs-berechtigte Menge in den einzelnen Jahren ausschöpften, lässt sich der Tabelle in Rz 1024 entnehmen.

1135. Es liegt im Wesen eines von der Transportzeit und -distanz abhängigen Transportkostenausgleichs, dass dieser aufgrund der unterschiedlichen Standorte der Kieswerke der Aktionärinnen nicht für alle in gleicher absoluter Höhe ausfällt. Da das zu den Kiesgruben von KAGA nächstgelegene Kieswerk, dasjenige von Aare-Kies, Basis der Berechnung des Transportkostenausgleichs war,[2217] erhielt Daepp für seinen dortigen Kiesbezug keinen Transportkostenausgleich.[2218] Erst durch den 2007 erfolgten Einbezug des Kieswerks Liechti in Schüpbach, das zu Daepp gehört, kam auch Daepp teilweise in den Genuss des Transportkostenausgleichs.[2219] Auf welche absolute Höhe sich der Transportkostenausgleich resp. der Kiespreis ab Kiesgrube von KAGA für die einzelnen Aktionärinnen in den Jahren 2002 bis 2014 belief, ist den hiervor abgebildeten Tabellen zu entnehmen.

1136. Die Ausführungen von oben[2220] zeigen, dass die Gewährung des Transportkostenausgleichs – ebenso wie die Gewährung der übrigen Vorzugskonditionen[2221] – nicht nur ein Verhalten der KAGA darstellt, sondern – da sie auf entsprechenden Beschlüssen der Verwaltungsräte der KAGA beruhen – im hier vorliegenden Fall[2222] zugleich auch diesbezügliche Konsense zwischen den Aktionärinnen sind. Gegenstand dieser mehrfach getroffenen Konsense war stets, gewisse Vorzugskonditionen beim Bezug von Wandkies nur an gewisse Aktionärinnen und darüber hinaus nur für gewisse Verwendungszwecke (Weiterverarbeitung im Kieswerk) zu gewähren.

1137. Diese Konsense über die Gewährung dieser Vorzugskonditionen an bestimmte Aktionärinnen beinhalten implizit die Konsense darüber, dass die bevorzugten Aktionärinnen ihre Vorteile nicht an Nichtbegünstigte, insbesondere Dritte weitergeben dürfen (und auch nicht an die nicht bevorzugten Aktionärinnen wie namentlich Marti). Andernfalls wäre die Einschränkung, dass KAGA den Transportkostenausgleich nur bestimmten Aktionärinnen und nicht allen ihren Kundinnen gewährt, ausgehöhlt und letztlich bezüglich der begünstigten Kundinnen inhaltsleer. Weiterführend kann diesbezüglich auf die an anderer Stelle gemachten Ausführungen verwiesen werden,[2223] die hier mutatis mutandis ebenfalls zutreffen. Beim Transportkostenausgleich zeigen sich diese impliziten und teilweise auch expliziten Konsense bezüglich Nichtweitergabe der Vorteile zudem aus der Verwendungsbeschränkung, wonach das Kies nur zur Aufbereitung in den Kieswerken der Aktionärinnen verwendet werden darf, was eine Weitergabe an Dritte ausschliesst. So hielt der VR der KAGA in seinem strategischen Entscheid im Jahr 2002 zur Anwendung eines Transportkostenausgleichs (implizit) einstimmig fest, dass dieser «nur für die Kieswerke, nicht für die Bauunternehmungen und nicht für Lieferungen auf Baustellen» gilt. Zur Klarstellung enthält die Einigung im VR diese unmissverständliche Anordnung: «Mit dem Kies darf kein Handel betrieben werden».[2224]

C.7.6.7 Zusammenfassendes Beweisergebnis zum Transportkostenausgleich

1138. Nach dem Vorangehenden ist erwiesen, dass die Aktionärinnen der KAGA, die über ein Kieswerk in nicht allzu weiter Distanz von der KAGA verfügen (d.h. alle ausser Marti), von 2001 bis und mit 2014 bis zu einer bestimmten Maximalmenge bezogenen Kieses einen Ausgleich für die Kosten des Transports erhielten. Die Höhe der Kostenübernahme hing von der Distanz zwischen den KAGA-Abbaustellen und dem Kieswerk der jeweiligen Aktionärin ab: Jede Aktionärin sollte das KAGA-Kies zum selben Einstandspreis in ihrem Kieswerk haben.[2225] Gemäss den Beteiligten ging es ihnen bei der Ausrichtung des Transportkostenausgleichs darum, das Schaffen von Deponievolumen zu fördern, um der wahrgenommenen Deponieknappheit zu begegnen.[2226]

[2213] EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 140 f., Act. III.8; zu den zeitlichen Angaben vgl. Antworten auf die Fragen 19 und 20 in Act. IV.10. Siehe ferner Rz 1087 und 1090 bezüglich der Jahre 2001 und 2009, in welchen im Gegenzug zu den Rabatten auf den Kiespreisen eine «Spezial-lösung» für Marti gefunden wurde.
[2214] Rz 1100.
[2215] Rz 1116–1119 resp. 1120 resp. 1121–1128.
[2216] So etwa EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 200 f., Act. III.2; EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 168–172, Act. III.8; EV von [...] vom 21.1.2015, Rz 81 und 85–87, Act. III.8; EV von [...] vom 16.3.2015, Rz 54–58, Act. III.17.
[2217] Rz 1102.
[2218] Siehe Rz 1100 ff. So auch EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 245–247, Act. III.4.
[2219] Hiervor Rz 1121.
[2220] Für den Grundsatzentscheid Rz 1032, für den VR-Entscheid, der die Institutionalisierung einläutete, Rz 1100, und für die Entscheide über die jährliche Weiterführung und Handhabung Rz 1116 ff.
[2221] Rz 1035.
[2222] Siehe zu dieser Thematik Rz 672 ff.
[2223] Rz 1035 ff.
[2224] VR-Protokoll der KAGA vom 1.5.2002, T. 2, Act. II.D.X.6 (dazu auch Rz 1100); siehe bereits den VR-Entscheid zur Wiedereinführung des Transportkostenausgleichs im Jahr 2001 (dazu auch Rz 1097): «(…) ein Handel im Markt (Baustellenbelieferung) ist untersagt» (VR-Protokoll der KAGA vom 20.9.2001, T. 6, Act. II.D.X.6).
[2225] Rz 1102 ff.
[2226] Rz 1106 ff.

C.7.7 Zusammenfassendes Beweisergebnis und Übersicht zu allen Vorzugskonditionen

1139. Aus dem Vorangehenden ergibt sich, dass KAGA allen oder gewissen Aktionärinnen folgende Vorzugskonditionen gewährte (und entsprechend Dritten nicht gewährte):

- **Aktionärslistenpreis**: Die KAGA setzte für alle Aktionärinnen bessere Listenpreise für sämtliche Kiesmaterialien (C.7.4, Rz 1031 ff.). Eine Übersicht über die Aktionärs-Listenpreise des KAGA-Hauptprodukts Wandkies während der Jahre 2000 bis 2014 ist in der Tabelle zur Rz 1054 enthalten. Die KAGA setzte von 1970 bis und mit 2014 Vorzugs-Listenpreise für Aktionärinnen fest.[2227]
- **«Mengenrabatt» für Aktionärinnen**: Alle Aktionärinnen (ausser faktisch Marti)[2228] erhielten von 2003 bis und mit 2014 einen «Mengenrabatt» für Aktionärinnen, der ab der Menge zum Tragen kam, ab welcher der Transportkostenausgleich nicht mehr galt (C.7.5.1, Rz 1067 ff.).[2229]
- **Preisreduktion ab Abbaustelle Bümberg** aus Qualitätsgründen: Alle Aktionärinnen erhielten von 2007 bis und mit 2014 eine Vergünstigung für den Bezug von Wandkies ab der Abbaustelle Bümberg aus Qualitätsgründen (C.7.5.2 Rz 1072 ff.).
- **Zusätzliche Kiesaktionen**: Alle Aktionärinnen kamen zwischen 2001 und 2009 in unregelmässigen Abständen zu zusätzlichen Vergünstigungen und Rückvergütungen (C.7.5.3, Rz 1085 ff.).
- **Transportkostenausgleich**: Die Aktionärinnen der KAGA, die über ein Kieswerk in nicht allzu weiter Distanz von der KAGA verfügen (alle ausser Marti), erhielten von 2001 bis und mit 2014 bis zu einer bestimmten Maximalmenge bezogenen Kieses einen Ausgleich für die Kosten des Transports (C.7.6, Rz 1092 ff.). Gemäss den Beteiligten ging es ihnen bei der Ausrichtung des Transportkostenausgleichs darum, das Schaffen von Deponievolumen zu fördern, um der wahrgenommenen Deponieknappheit zu begegnen.[2230] Die Übernahme der Transportkosten führte teilweise auch zu einer indirekten Vergünstigung des Transports von Deponiematerial.[2231]

1140. In der nachfolgenden Tabelle wird zusammenfassend aufgelistet, welche verschiedensten Vorzugskonditionen sich die Aktionärinnen der KAGA gewährten und für welche Aktionärinnen und für welche Verwendungszwecke sie galten. Der Aktionärslistenpreis wurde seit der Gründung der KAGA im Jahr 1970 bis Ende 2014 angewandt und galt stets für alle Aktionärinnen.[2232] Der «Mengenrabatt» für Aktionärinnen wurde zusammen mit dem Transportkostenausgleich eingeführt (quasi als transportkostenunabhängige Vergünstigung für die Menge, die nicht mehr vom Transportkostenausgleich erfasst war).[2233] Der Transportkostenausgleich der zweiten Phase wurde von 2001 bis Ende 2014 angewandt, der Mengenrabatt von 2003 bis Ende 2014.[2234] Die Reduktion Bümberg galt von 2007 bis Ende 2014 und die zusätzlichen Kiesaktionen punktuell in den Jahren 2000 bis 2009.[2235]

	Dritte	Aktionärin		
		ohne Kieswerk	mit Kieswerk	
		d.h. Marti	auch für Baustellen	für Kieswerk
Aktionärspreis	nein	ja	ja	ja
Mengenrabatt	nein	(ja)*)	ja	ja
Reduktion Bümberg aus Qualitätsgründen	nein	ja	ja	ja
zusätzliche Kiesaktionen	nein	ja	ja	ja
Transportkostenausgleich	nein	nein	nein	ja

Tabelle 57: Übersicht der KAGA-Vorzugskonditionen und für wen sie galten; Erklärung für *) siehe in Fussnote[2236] (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

[2227] Rz 1041.
[2228] Siehe dazu Fn 2236.
[2229] Nicht ersichtlich wird aus den Akten, dass und inwiefern effektive Kosteneinsparungen, die von der bezogenen Menge abhängig sein könnten, für die Beteiligten relevant gewesen wären, als sie die rabattberechtigte Menge sowie die Höhe des «Mengenrabatts» für Aktionärinnen festlegten, siehe dazu Rz 1071.
[2230] Rz 1106 ff.
[2231] Rz 1017 ff.
[2232] Rz 1041.
[2233] Rz 1067 f.
[2234] Rz 1097 ff. und 1067 f.
[2235] Rz 1072 und Rz 1086 ff.
[2236] Der «Mengenrabatt» für Aktionärinnen galt zwar formell für alle Aktionärinnen. Faktisch kam er für Marti aber nicht zum Tragen, da der «Mengenrabatt» für Aktionärinnen erst ab der bezogenen Kiesmenge zum Tragen kam, für die der Transportkostenausgleich nicht mehr galt. Da der Transportkostenausgleich für Marti nicht galt (kein Kieswerk in genügender Nähe zur KAGA; siehe Rz 1133), erreichte die Marti auch nie die Mengen, die nötig waren, um in den Genuss des «Mengenrabatts» für Aktionärinnen zu kommen (siehe Rz 1049).

1141. In der nachfolgenden Tabelle sind die durchschnittlichen Preise aufgelistet, welche KAGA in den Jahren 2000 bis 2014 für Wandkies von ihren Aktionärinnen effektiv verlangt hat. Dabei ist zu beachten, dass es sich um Durchschnittspreise handelt. Dies bedeutet, dass darin einerseits unterschiedliche Aktionärspreise enthalten sind (z.B. die unterschiedlichen Preise, die Marti bezahlen musste, und die unterschiedlichen Transportkostenausgleiche, welche die Aktionärinnen erhielten). Andererseits handelt es sich bei diesen Durchschnittspreisen zum Teil um Preise ab Abbaustelle der KAGA (z.B. für die «normalen» Aktionärspreise) und zum Teil um Preise franko Kieswerk der Aktionärinnen. Die effektiven Preise der Aktionärinnen werden den durchschnittlichen Preisen gegenübergestellt, die KAGA von Dritten verlangt hat. Auch bei diesen handelt es sich um Durchschnittspreise. Insgesamt zeigt die Tabelle, wie hoch die von KAGA und ihren Aktionärinnen angewandten Preisunterschiede im Ergebnis waren.

Listenpreise		Umsatz mit Wandkies unsortiert in CHF[a)]		verkaufte Mengen Wandkies unsortiert in Tonnen		Durchschnittspreis CHF / Tonne		Preis-unter-schied	Quellen für Vergleich mit Umsatzzahlen Wandkies unsortiert gemäss Jahresabschlüssen
		mit A°	mit Dritten	an A°	an Dritte	für A°	für Dritte		
	2015								
10.30	2014	2'065'375	246'343	550'061	28'231	**3.75**	**8.73**	**132%**	
10.30	2013	2'268'284	378'123	569'978	42'769	**3.98**	**8.84**	**122%**	Abschluss 2013, Act. II.D.X.150
10.30	2012	2'203'343	296'552	535'737	32'342	**4.11**	**9.17**	**123%**	Abschluss 2012, Act. II.A.X.360
10.30	2011	3'107'891	85'715	703'379	9'266	**4.42**	**9.25**	**109%**	Abschluss 2011, Act. II.D.X.80
10.30	2010	2'834'204	73'457	638'021	7'132	**4.44**	**10.30**	**132%**	Budget 2012, Act. II.D.X.55
10.30	2009	2'876'334	58'843	587'753	5'728	**4.89**	**10.27**	**110%**	Abschluss 2009 (Act. II.C.X.209) f)
10.10	2008	2'193'562	48'685	536'993	4'870	**4.08**	**10.00**	**145%**	Budget 2010 (Act. II.X.226)
9.80	2007 b)	2'525'795	249'169	576'455	25'804	**4.38**	**9.66**	**120%**	Budget 2009 (Act. II.X.225)
9.80	2006 c)	3'826'265	442'241	700'322	47'120	**5.46**	**9.39**	**72%**	Budget 2008 (Act. II.X.224)
9.80	2005	2'736'174	242'812	498'068	28'653	**5.49**	**8.47** e)	**54%**	Budget 2007 (Act. II.X.223)
9.80	2004	2'208'109	107'890	402'829	11'237	**5.48**	**9.60**	**75%**	Budget 2006 (Act. II.X.222)
9.80	2003	2'075'462	148'971	385'418	15'210	**5.38**	**9.79**	**82%**	Budget 2005 (Act. II.X.221)
9.80	2002 d)	*2'628'378*	196'073	536'075	20'021	**4.90**	**9.79**	**100%**	Budget 2004 (Act. II.X.220)
9.75	2001	3'137'295	164'628	536'101	16'885	**5.85**	**9.75**	**67%**	Budget 2003 (Act. II.X.219)
9.50	2000	2'256'654	244'841	373'823	25'773	**6.04**	**9.50**	**57%**	Budget 2002 (Act. II.X.218)

Tabelle 58: Übersicht effektive Durchschnittspreise für Wandkies der Jahre 2000 bis 2014. Die Erläuterungen zu den Hinweisen sind in folgenden Fn enthalten: a)[2237] b)[2238] c)[2239] d)[2240] e)[2241]) f)[2242] (erstellt durch Wettbewerbsbehörde).

[2237] Die Zahlen der Spalten "Umsatz mit Wandkies unsortiert" und "verkaufte Mengen Wandkies unsortiert" stammen aus den Dokumenten "Kiesverkäufe" (siehe Quellenangaben in Tabelle in Rz 526). Eine Besonderheit gilt für 2002 (siehe dazu Fn 2240).

[2238] Für das Jahr 2007 ist unklar, weshalb die Umsatzsumme in der Tabelle Kiesverkäufe 2007 (2'831'573; Act. II.B.X.246) nicht wie in den übrigen Jahren mit dem Umsatz abzüglich TA und weiteren Rabatten in der Jahresrechnung 2007 (4'389'901 - 1'625'476 - 91'116; Budget 2009, Act. II.C.X.225) übereinstimmt. Allenfalls fehlen wie im Jahr 2006 (siehe dazu nachfolgende Fn) die Gratisbezüge gemäss Kiesbezüge 2003–2007 , Act. II.B.X.239 (siehe dazu auch Rz 1088).

[2239] Im Umsatz gemäss "Kiesverkäufe 2006" (3'826'265, Act. II.B.X.206) sind allenfalls noch die aufgrund des guten Jahresresultats an die Aktionärinnen geschenkten Transportkosten von ca. CHF 106'000.– für die im Jahr 2006 ebenfalls geschenkten zusätzlichen 4'286 t (2'143 m^3) Wandkies enthalten (siehe dazu auch Rz 1088 und Act. II.B.X.239). Würden diese von der Umsatzsumme in der Tabelle Kiesverkäufe 2006 abgezogen, ergäbe dies einen Umsatz von 3'896'878.– (4'002'957.– - 106'079.–), welcher ziemlich genau dem Wandkiesumsatz gemäss Jahresrechnung entspricht (3'896'627.–), wie in den übrigen Jahren.

[2240] Im Jahr 2002 ist im Umsatz der Aktionärinnen in der Tabelle "Kiesverkäufe" (CHF 4'526'626.–; Act. II.B.X.139) auch der gesamte Transportkostenausgleich von CHF 1'898'247.– (Act. II.B.X.145) enthalten, der aber richtigerweise nicht im Vergleichsumsatz der Rechnung 2002 enthalten ist. In der vom Sekretariat erstellten Tabelle wurde deshalb von den CHF 4'526'626.– der gesamte TA abgezogen. So entspricht der Betrag den Tabellen "Kiesverkäufe" der übrigen Jahre, in welchen der TA nicht im Umsatz der Aktionärinnen enthalten ist.

[2241] Im Jahr 2005 gewährte KAGA der Nicht-Aktionärin [U01] einen Spezialpreis von CHF 7.93, der die Preisdifferenz zwischen dem "Nicht-Aktionärs-Durchschnittspreis" und dem Nicht-Aktionärs-Listenpreis von CHF 9.80 weitgehend erklärt ("Spez. Preis für [U01]", Act. II.B.X.210).

[2242] Für das Jahr 2009 ist zusätzlich die Tabelle "Eigenverbrauch 2009" zu beachten, aus welcher sich die relevanten Erlösminderungen ergeben (Act. II.B.X.278).

C.8 Kiesbezugspflicht: Wer deponieren will, muss auch Kies beziehen

C.8.1 Gegenstand dieses Kapitels

1142. In diesem Kapitel wird untersucht, ob KAGA den Verkauf von Deponievolumen an die Bedingung geknüpft hat, dass die deponierwillige Kundin im Gegenzug Wandkies (oder andere Materialien) bezieht, und falls ja, wie lange sie dies tat und welches Ziel sie damit verfolgte (Unterkapitel C.8.2). Weiter wird untersucht, welche Produkte von der Bezugspflicht betroffen waren (Unterkapitel C.8.3), für welche Akteure die Bezugspflicht galt (Unterkapitel C.8.4) und wie die KAGA die Nichteinhaltung der Kiesbezugspflicht sanktionierte (Unterkapitel C.8.5). Abgeschlossen wird das Kapitel mit einem zusammenfassenden Beweisergebnis (Unterkapitel C.8.6). Wie im Überblick ausgeführt,[2243] ist dieses Kapitel von besonderer Bedeutung für die Beurteilung, ob hierin eine missbräuchliche Verhaltensweise von KAGA zu erblicken ist sowie für die diesbezüglich erforderlichen Massnahmen.

C.8.2 Pflicht zum Kiesbezug bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub: Deren Dauer, die daran Beteiligten sowie das damit subjektiv angestrebte Ziel

C.8.2.1 Hintergrund der Pflicht und erste diesbezügliche Diskussionen

1143. An anderer Stelle wurde festgestellt, dass zumindest in bestimmten Regionen des Kantons Bern während etlichen Jahren Engpässe von Deponievolumen für unverschmutzten Aushub bestanden haben und teilweise weiterhin bestehen.[2244] Bezüglich der Deponien von KAGA ist erstellt, dass die Situation zumindest seit Beginn der 2000er-Jahre angespannt war und sich im Laufe der Jahre verschärfte. Ihren Höhepunkt erreichte die Situation etwa in den Jahren 2012 bis 2014 und seither entschärft sie sich nach und nach wieder.[2245] Wie mit dieser Situation umzugehen ist und welche Massnahmen ergriffen werden könnten, war denn auch Gegenstand von Diskussionen im VR von KAGA. Soweit die hier behandelte Pflicht zum Kiesbezug bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub betreffend, ist nachfolgend der Werdegang dieser Diskussionen und der diesbezüglichen Beschlüsse darzustellen:

1144. Eine «Brainstorming-Gruppenarbeit» im Mai 2001 führte zum Ergebnis, dass generell «ein Gleichgewicht zwischen Kiesabbau und Aushub/Inertstoffannahme» angestrebt werden soll, «d.h. z.B. Kiespreis herabsetzen, spez. Angebot mit Retourfuhren, Preis für Aushub erhöhen etc».[2246] Im November 2001 beschloss der VR von KAGA alsdann, um «die anfallenden Mengen des Deponiematerials zu reduzieren», den Preis für die Deponierung von Aushub von CHF 6.– auf CHF 8.– pro Kubikmeter anzuheben[2247] und für «Aushubereignisse[n] > 3'000 m^3» eine Anmeldung und Zulassungsfreigabe durch KAGA einzuführen – gleichzeitig behielt er den Rabatt von 20 % zu Gunsten der Aktionärinnen bei.[2248] Der VR von KAGA diskutierte auch noch weitere Massnahmen. Beschlüsse dazu traf er nicht, hielt aber fest, die Direktion solle mit Grossanlieferern Gespräche führen und das Jahresziel besprechen. Dass er hinsichtlich einer Pflicht zum Kiesbezug bewusst von einem Beschluss absah, hielt der VR von KAGA damals sogar ausdrücklich fest: «Eine Abhängigkeit von Kiesbezügen/Recyclingproduktbezügen und/oder Anlieferungen von rezyklierbarem Bauschutt wird z.Zt. bewusst nicht ausdrücklich beschlossen».[2249] Im März 2002 beschloss der VR von KAGA sodann eine Anmeldepflicht für sämtliches Aushubmaterial. Mit weiteren Massnahmen, u.a. «Koppelungen mit Kiesbezügen/Recyclingproduktanlieferungen», die intensiv diskutiert worden seien, wartete er vorerst aber zu.[2250] An der Strategiesitzung des VR von KAGA vom 11./12. April 2002 wurden sodann diverse Massnahmen zur Schaffung von Deponievolumen besprochen;[2251] nicht thematisiert wurden dabei Einschränkungen bei der Annahme. Am 6. Mai 2002 erteilte der VRA von KAGA – bestehend aus [...] (Kästli), [...] (Alluvia, damals noch Messerli), [...] (Heimberg) und [...] (KAGA) sowie dem für dieses Traktandum beigezogen [...] (Marti) – dem Geschäftsführer von KAGA «die Kompetenz zu handeln», und u.a. folgendes in Angriff zu nehmen: «mit den Lieferanten das Gespräch suchen, Retourfuhren mit Kies als Bedingung einbringen».[2252] Am 30. Mai 2002 beschloss der VR von KAGA sodann das anwendbare Modell für den Transportkostenausgleich[2253] und hielt unter Verweis auf die Beilage «Massnahmen Konzept Reduktion Schuttannahme bei der KAGA / Phase 2» fest, dass zusätzliche Massnahmen eingeleitet worden seien. Der Entwurf dieses Konzepts führte als «Evtl. Massnahme ab Anfang 2003 (1. Januar)» die Möglichkeit auf: «Anlieferungen gekoppelt mit Kiesbezügen / Recyclingproduktanlieferungen».[2254] In der Folge traf der VR von KAGA allerdings keinen entsprechenden Beschluss, diese Massnahme per Anfang 2003 in Kraft zu setzen. Vielmehr wurde eine mögliche Koppelung der Deponierung von unverschmutztem Aushub mit Kiesbezügen während den nächsten Jahren im VR von KAGA nicht mehr thematisiert.

1145. Zu erwähnen sind an dieser Stelle die bestehenden Anzeichen dafür, dass der Geschäftsführer von KAGA die ihm eingeräumte «Kompetenz zu handeln» später teilweise ausübte und «bei grösseren Anliefermengen» im Gegenzug zum Kiesbezug verpflichtete.[2255] Diesen eher punktuell angeordneten, situativen Kiesbezugspflichten wird nachfolgend aus Opportunitätsgründen aber nicht weiter nachgegangen.

[2243] Rz 225.
[2244] Rz 426 ff.
[2245] Zusammenfassend Rz 431.
[2246] VR-Protokoll der KAGA vom 30.5.2001, T. 10, Act. II.D.X.6.
[2247] Siehe VR-Protokoll der KAGA vom 21.3.2002, T. 5, Act. II.D.X.6.
[2248] Siehe dazu oben Rz 1013 f.
[2249] VR-Protokoll der KAGA vom 29.11.2001, T. 4.1 und 4.2, Act. II.D.X.6.
[2250] VR-Protokoll der KAGA vom 21.3.2002, T. 5, Act. II.D.X.6.
[2251] Protokoll der Strategiesitzung VR KAGA vom 11./12.4.2002, T. 7, Act. II.D.X.10.
[2252] Protokoll des VRA von KAGA vom 6.5.2002, T. 5, Act. II.D.X.7.
[2253] Ausführlich dazu hiervor Rz 1100 ff.
[2254] VR-Protokoll der KAGA vom 30.5.2002, T. 6, Act. II.D.X.6, der Entwurf der Beilage findet sich in Act. II.C.X.70.
[2255] So führte etwa KAGA selber in ihrem Schreiben vom 6.3.2012 bei den von ihr bereits ergriffenen Massnahmen eine «Pflicht zum Kiesbezug bei grösseren Anliefermengen» auf (Act. II.C.X.150). Vgl. ferner das VR-Protokoll der KAGA vom 2.6.2005, T. 7, Act. II.D.X.6, wonach der Geschäftsführer von KAGA berichtete, dass die beschlossenen Massnahmen gelebt würden, wobei er «Kiesbezüge 10 – 15 % der Schuttlieferungen» als Beispiel dafür aufzählt.

C.8.2.2 Einführung der Pflicht zum Kiesbezug bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub im Jahr 2012

C.8.2.2.1 Die abrupte Einführung im März 2012

1146. Ungefähr zehn Jahre später, genauer am 6. März 2012, sandte die KAGA ein Schreiben mit dem Titel «Mengenmässige Begrenzung von Anlieferungen von sauberem Aushubmaterial ab 2012 in der Kiesgrube 'Bümberg' (Gemeinden Kiesen/Heimberg)» an die «Geschäftspartner der KAGA». Dieses Schreiben ist vom VRP von KAGA, [...], und dem Geschäftsführer von KAGA, [...], unterzeichnet. Zu Beginn des Schreibens wird die Entwicklung des Deponievolumens und insbesondere die Abnahme der Deponiereserven geschildert, bevor die ab 2012 getroffenen «Massnahmen und Regelungen» aufgeführt sind:

- Die Anlieferungen von sauberem Aushubmaterial pro Jahr dürfen die Menge von abgebautem Kies im gleichen Zeitraum nicht überschreiten. Das bedeutet, dass die Anliefermengen auf ca. 60 % der durchschnittlichen Vorjahresmengen begrenzt werden müssen.
- Mit Kunden, die über 5'000 m³ Aushub pro Jahr anliefern, wird eine Vereinbarung mit Verpflichtung zum Kiesbezug (Kompensation) getroffen.
- Und/oder eine Vereinbarung pro Objekt ab 2'000 m³ mit Verpflichtung zum Kiesbezug (Kompensation).

Abbildung 47: Auszug aus dem Schreiben von KAGA vom 6. März 2012 u.a. an die «Geschäftspartner von KAGA (Quelle: Act. II.C.X.150; Hervorhebung bereits im Original).

1147. An der VR-Sitzung vom 28. März 2012 erläuterte der Geschäftsführer von KAGA den vorstehenden Brief, den die VR-Mitglieder am 7. März 2012 (also nach Versand des Briefes an die Kundschaft) per Mail erhalten haben, woraufhin dieser im VR[2256] diskutiert wurde. Im VR-Protokoll ist dazu festgehalten: «Der Geschäftsführer [...] erhält den Vorwurf über mangelndes Controlling, dass er zu spät gehandelt, und den Brief ohne Einverständnis des gesamten VR verschickt habe. [...] entlastet den GF, er persönlich habe vom Brief Kenntnis gehabt und diesen nach inhaltlicher Prüfung infolge der Dringlichkeit abgesegnet und mitunterzeichnet». Über das weitere Vorgehen wurde nicht an dieser VR-Sitzung entschieden, sondern das Thema für die nächste Sitzung am 10. Mai 2012 traktandiert.[2257]

1148. An der vorangegangenen VR-Sitzung vom 30. November 2011, an der im VR von KAGA das Budget 2012 behandelt worden war, waren weitere Annahmerestriktionen und insbesondere eine Kiesbezugspflicht in der Tat noch nicht thematisiert worden. Einzig im Zusammenhang mit dem Gesamtbudget 2012 kam die zu erwartende Menge Deponiematerial zur Sprache: «In der geführten Diskussion äussert sich [...], das Budget sei zu wenig ambitiös, im Deponiebetrieb werde bestimmt ein höheres Ergebnis erzielt. [...] und der Vorsitzende [...] geben zu bedenken, dass gerade im Deponiebereich Zurückhaltung der Mengen gefordert ist (zu schneller Verbrauch der Deponiereserven) und in der Strategie KAGA im Zusammenhang mit dem Kiesabbau steht».[2258] Dass dafür Einschränkungen bei der Annahme von unverschmutztem Aushub erforderlich werden könnten, wurde aber nicht angesprochen oder gar diskutiert. Dass mehrere Mitglieder des VR von KAGA vom Schreiben vom 6. März 2012 überrascht worden sind, erscheint daher nachvollziehbar.

1149. In der FIKO von KAGA, bestehend aus dem Vorsitzenden [...] (Vertreter von Alluvia), [...] (Vertreter von Kästli) und [...] (KAGA), kam die Deponierung von Aushub bei KAGA im Jahr 2011 zweimal zur Sprache. Anlässlich der Sitzung vom 24. August 2011 ist dazu Folgendes festgehalten:

9. **Verschiedenes**
Der FIKO-Vorsitzende [redacted] ist besorgt über die Aktivitäten der Fa. U04 im Raum Bern. Diese unterbietet die Mitbewerber mit Tiefstpreisen! Die Frage ist, wie viel Aushubmaterial bringt die Firma aus dem Raum Bern zur KAGA und wie sind die Veränderungen der Mengen in den letzten Jahren?
Der GF wird dieser Frage nachgehen und über unsere Statistiken aufzeigen können.

Abbildung 48: Auszug aus dem Protokoll der FIKO von KAGA vom 24.8.2011, T. 9, Act. II.B.X.463.

[2256] Gegenüber dem VR-Mitglied [...], Vorsitzender der FIKO, erläuterte VRP [...] die «unumgänglichen Massnahmen der Aushubannahme Einschränkungen und Bedingungen für die Lieferanten» bereits anlässlich der FIKO-Sitzung vom 19. März 2012 (Protokoll der FIKO von KAGA vom 19.3.2012, T. 4.1.5, Act. II.B.X.463).
[2257] VR-Protokoll der KAGA vom 28.3.2012, T. 9.1, Act. II.D.X.6.
[2258] VR-Protokoll der KAGA vom 30.11.2011, T. 2.3.5, Act. II.D.X.6.

1150. In späteren FIKO-Sitzungen finden die vom Geschäftsführer von KAGA in Aussicht gestellten Abklärungen und gegebenenfalls Statistiken allerdings keinen Niederschlag. Hingegen wurden an der darauffolgenden FIKO-Sitzung vom 10. November 2011 die Budgetzahlen 2012 vorbesprochen und dabei u.a. der «Deponieanfall» behandelt. Im Protokoll ist dazu festgehalten: «Der Deponieanfall wurde gegenüber der Vergangenheit zurückgenommen. Jedoch wird angenommen, dass dieser noch über dem Ausstoss zu liegen kommt. Die Tendenz zeigt aber, dass sich der Anfall etwas beruhigen wird».[2259] Dass die alsdann im März 2012 eingeführten Annahmerestriktionen und insbesondere eine Kiesbezugspflicht in der FIKO von KAGA vorbesprochen worden wären, ist somit ebenfalls nicht ersichtlich.

1151. Wie die beschlagnahmten Akten belegen, entstand das Schreiben vom 6. März 2012 allerdings keineswegs über Nacht. Bereits am 11. Januar 2012 sandte [...], Geschäftsführer von KAGA, im Hinblick auf eine Sitzung mit [U04] am nächsten Tag eine E-Mail an [...], VRP von KAGA. Angehängt waren einerseits ein «Konzept KAGA betr. Den Annahmerestriktionen für Deponiematerial», datiert «im Januar 2012», und andererseits zwei Vereinbarungsentwürfe für die Verhandlungen mit [U04], die beide eine Kiesbezugspflicht vorsahen. Die E-Mail schloss mit: «Wie Du bemerkst, habe ich erst die Ausgangslage und die nun einzuleitenden Massnahmen in einem generellen[2260] Konzept festgehalten, das wir dann auch in der FIKO und ev. im VR der KAGA beschliessen könnten».[2261] Das Konzept sah vor, dass jede Kundin ein Kontingent von ca. 75 % der in den Vorjahren angelieferten Menge unverschmutzten Aushubs erhalten würde. Bis zu einer gewissen, nicht näher bezeichneten Menge sollte unverschmutzter Aushub ohne Kiesbezugspflicht deponiert werden können. Über dieser freien Menge bis zur Erreichung des Kontingents sollte eine Kiesbezugspflicht im Umfang von 50 % bestehen und über das Kontingent hinaus eine solche von 100 %. Als Alternative zur 100 %-Kiesbezugspflicht sollten die Kundinnen auch die Möglichkeit haben, der KAGA als Gegenleistung Deponievolumen im selben Umfang in einer Deponie der Kundin zuzusichern.[2262] Die zwei Vereinbarungsentwürfe für [U04] unterschieden sich nur hinsichtlich der Anliefergrenzen: der eine Entwurf sah für die ersten 60'000 m^3 eine Kiesbezugspflicht von 50 % vor und darüber von 100 %. Der andere Entwurf sah ein «Freivolumen» von 20'000 m^3 vor, gefolgt von einer Kiesbezugspflicht von 50 % für die nächsten 40'000 m^3 und darüber von 100 %. Anstatt der Kiesbezugspflicht von 100 % nachzukommen, sollte [U04] gemäss beiden Entwürfen auch im entsprechenden Umfang Deponievolumen «in Grube Thierachern Eymatt» freigeben können.[2263] Die im März 2012 eingeführte Kiesbezugspflicht, die «infolge der Dringlichkeit» nicht vorgängig dem VR zur Diskussion und zum Beschluss unterbreitet wurde, war demnach in ihren Grundzügen spätestens am 11. Januar 2012 vorgezeichnet, d.h. rund zwei Monate vor der erwähnten Information an die Kundschaft der KAGA. Und spätestens ab diesem Zeitpunkt war auch der VRP von KAGA, [...], darüber im Bilde. Kurz darauf, am 17. Januar 2012, scheint [...] dieses Wissen denn auch schon in den VR von Kästli getragen zu haben, ist im Protokoll dieser Sitzung doch zu KAGA festgehalten: «Topergebnis 2011. Das Ungleichgewicht zwischen Kiesabbau und Auffüllung muss aber korrigiert werden».[2264] Aktualisierte Entwürfe des Konzepts und der Vereinbarung mit [U04] sowie ein Entwurf für das Schreiben an die Kundinnen wurden KAGA-intern am 16. Februar 2012 an den Geschäftsführer gesandt.[2265] Darin sind die später eingeführten Limiten – «Freivolumen» bis 5'000 m^3, Kiesbezugspflicht von 50 % bis 50'000 m^3 und darüber hinausgehend von 100 % – vorgesehen.

C.8.2.2.2 Die Beibehaltung für das gesamte Jahr 2012

1152. An der Sitzung vom 10. Mai 2012 stellte der Geschäftsführer zunächst auch anhand ausgehändigter Statistiken und Folien die Entwicklung von Kiesabbau und Deponiematerialannahme der letzten zehn Jahre dar und schloss diese Ausführungen mit «Ohne spezielle Massnahmen kommen wir in den nächsten drei Jahren an die Kapazitätsgrenzen». Unter dem Titel «Annahmemassnahmen» stellte der VR anschliessend Fragen dazu und diskutierte das Thema. Festgehalten ist diesbezüglich: «Der Präsident erläutert die kurzfristig eingeleiteten Massnahmen (Auffüllung ab einer bestimmten Menge nur bei entsprechendem Kiesbezug)». Aufgrund der Komplexität und Tragweite des Themas verschob der VR dessen vertiefte Behandlung – wie vom Präsidenten (entsprechend dem Beschluss der FIKO)[2266] vorgeschlagen – erneut, und zwar auf die Strategiesitzung vom 10. Juli 2012.[2267]

1153. Im Vorfeld dieser Strategiesitzung erhielten die VR-Mitglieder von KAGA den «Ordner Strategie 2012+ mit genehmigter Strategie 2010+ und diversen Unterlagen» zugestellt, um sich vorzubereiten.[2268] Dem Beschlussprotokoll der Strategiesitzung[2269] lässt sich entnehmen, dass der VR von KAGA (implizit)[2270] einstimmig die Strategie 2012+ gegenüber der Strategie 2010+ im Deponiebereich um gewisse Punkte erweiterte:[2271] Neu eingefügt wurde folgende Passage: «Die KAGA beschränkt bis auf weiteres (ca. 5 Jahre) die Annahme von Liefermengen von Aushub und Inertstoffen im KAGA-Einzugsgebiet zwischen Thun und Bern (Ausgleich Kiesabbau und Auffüllung unter Berücksichtigung der Betriebsflächen und der Mehrauffüllungen infolge der Geländeerhöhungen)». Als Bemerkung wurde zu diesem

[2259] Protokoll der FIKO von KAGA vom 10.11.2011, T. 5.1, Act. II.B.X.463.
[2260] Das Original enthält einen Tippfehler, der hier korrigiert wurde.
[2261] Act. II.A.X.256.
[2262] Act. II.A.X.256, Anhang Konzept.
[2263] Act. II.A.X.256, Anhang Vereinbarungen.
[2264] Act. II.A.X.258.
[2265] Act. II.D.X.67.
[2266] Protokoll der FIKO von KAGA vom 18.4.2012, T. 3.4, Act. II.B.X.463.
[2267] VR-Protokoll der KAGA vom 10.5.2012, T. 3.2, 3.3 und 3.4, Act. II.D.X.6.
[2268] Vgl. das Einladungsschreiben vom 26.6.2012 (Act. II.G.X.104). Der entsprechende Ordner wurde denn auch bei mehreren Hausdurchsuchungen beschlagnahmt (so etwa Act. II.B.X.344, II.C.X.158, II.E.X.141 und II.G.X.104).
[2269] Act. II.C.X.160.
[2270] Rz 694 f.
[2271] Siehe zur Genehmigung der entsprechend aktualisierten Strategie 2012+ vom 30.7.2012 durch den VR von KAGA sowie des Beschlussprotokolls der Strategiesitzung VR-Protokoll der KAGA vom 13.9.2012, T. 1.2, Act. II.D.X.6.

Punkt festgehalten «Der Perimeter für die Annahme von Aushub und Inertstoffen im KAGA-Einzugsgebiet zwischen Thun und Bern und die Liefermengen werden jährlich (während ca. 5 Jahre) mit der Budgetvorlage im VR KAGA beraten und für das Folgejahr festgelegt». Gegenüber den früheren Strategien wurde die Ausrichtung der KAGA im Auffüllungsgeschäft mit einem Einschub – nachfolgend fett hervorgehoben – ergänzt: «Den Zugang zu ihren Auffüllungen und Deponien für die Kunden jederzeit, unter Bedingungen, gewährleistet».[2272]

1154. An der VR-Sitzung vom September 2012 wurde zum «Betrieb KAGA» festgehalten «Die mengenmässige Begrenzung von Anlieferungen von sauberem Aushubmaterial im 2012 greift, einzelne Aushublieferanten, die die Bedingungen nicht einhalten können, mussten bereits gesperrt werden. Die neue Praxis ist weiterhin zu kontrollieren und durchzusetzen».[2273]

1155. An der VR-Sitzung vom November 2012 fasste der VRP von KAGA die Ist-Situation zusammen: «Ab Mai 2012 waren die eingeleiteten Massnahmen wirksam und es zeigte sich, dass diese auch greifen. (…) Die in den Vereinbarungen festgelegten Anliefermengen mit Kiesbezugsverpflichtungen können eingehalten werden, mit Ausnahme der grössten Aushublieferantin, der [U04]. Im Weiteren können die als Kompensation vereinbarten Deponie-Ersatzguthaben zur Gunsten der KAGA in der geplanten Deponie Thierachern nicht realisiert werden, da das Projekt von der Bevölkerung abgelehnt wurde».[2274]

1156. Für das Jahr 2012 galt ein «Freivolumen» von 5'000 m^3, d.h., bis zu dieser Menge konnten Kundinnen der KAGA unverschmutzten Aushubablagern, ohne dass sie im Gegenzug Kies beziehen mussten.[2275] Ab einer Deponiemenge von mehr als 5'000 m^3 und bis zu einer Deponiemenge von 50'000 m^3 musste im Umfang von 50 % der Mehrmenge Kies bezogen werden, während ab einer Deponiemenge von mehr als 50'000 m^3 für 100 % der Mehrmenge Kies bezogen werden musste.[2276]

1157. Mit vier Nicht-Aktionärinnen – [U04], [U01], [U40] und [U43][2277] – schloss KAGA spezifische Vereinbarungen ab, in welchen rückwirkend per 1. März 2012 Einzelheiten zu dieser Kiesbezugspflicht geregelt wurden. In diesen Verträgen wurde erstens das erwähnte «Freivolumen» von 5'000 m^3 und die Bezugspflicht im Umfang von 50 % für Deponiemengen ab 5'000 m^3 bis 50'000 m^3 sowie von 100 % für darüberhinausgehende Deponiemengen festgehalten. Zweitens «gewährt[e]» KAGA diesen Nicht-Aktionärskundinnen einen mengenmässig gestaffelten «Spezialpreis» für «Wandkies unsortiert», der – wie an anderer Stelle dargelegt[2278] – aber selbst auf der höchsten, von keinem dieser Dritten erreichten Stufe noch ca. 15 % höher war als der Aktionärs-Listenpreis (auf welchen die Aktionärinnen im Übrigen noch weitere Vergünstigungen erhielten, wie z.B. den Transportkostenausgleich). Und drittens wurde mit [U04] und [U01] eine «Kompensation von nicht eingehaltenen Kiesbezugsmengen» durch Zurverfügungstellung von Auffüllvolumen in deren Deponien vorgesehen,[2279] worauf an späterer Stelle noch einzugehen sein wird.[2280]

C.8.2.3 Geltung der Pflicht zum Kiesbezug bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub während den Jahren 2013 und 2014 und deren Aufhebung per 2015

1158. Für das Jahr 2013 legte der VR von KAGA «Randbedingungen für die Deponie-Anlieferung 2013 fest». Unter anderem beschloss er (implizit)[2281] einstimmig Folgendes: «Anlieferer mit Kiesbezugsmöglichkeiten sollen bei entsprechendem Kiesbezug mehr als 5'000 m^3 pro Jahr anliefern können (50 % Kies bis 50'000m3, darüber 100 %)».[2282] In Umsetzung dieses Beschlusses wird denn auch in der externen Preisliste 2013 von KAGA unter dem Titel «Spezielle Bedingungen für sauberes Aushubmaterial» festgehalten: «Anlieferungen über 5'000 m^3 pro Jahr sind nur mit Kiesbezugsverpflichtungen möglich. Bitte verlangen Sie unsere Bedingungen».[2283] Zum Zwischenabschluss per Ende September 2013 berichtete die FIKO im VR von KAGA, dass der Erlös Deponie kleiner sei «infolge Restriktionen bei der Aushubannahme».[2284]

1159. Für das Jahr 2014 beschloss der VR von KAGA (implizit)[2285] einstimmig, die Annahmerestriktionen per 1. Januar 2014 zu lockern. Namentlich beschloss er, «die Anliefermenge ohne Gegenbezug von Kies von 5'000 m^3 auf 10'000 m^3 zu erhöhen. Somit 10'000 m^3 bis 50'000 m^3 50 %, ab 50'000 m^3 100 % Kiesbezug».[2286] Diese Lockerung wurde vom Geschäftsführer von KAGA als Vorschlag in der FIKO eingebracht und unter anderem mit dem zu erkennenden Rückgang im Deponieerlös begründet.[2287] Bei der Hochrechnung des Monats März 2014 stellte der Geschäftsführer der KAGA fest, dass das Budget bei der Aushubannahme nur zu ca. 75 % erreicht worden sei. Der VRP von KAGA zog daraufhin in Erwägung, «das Lieferrayon zu überprüfen und evtl. anzupassen».[2288] Bei der Hochrechnung 2014 erläuterte

[2272] Siehe zu alledem VR-Protokoll der Strategietagung der KAGA vom 10.7.2012, T. 3, Act. II.C.X.160. Für die Änderungen in der Strategie 2012+ gegenüber derjenigen von 2010+ vgl. Act. II.G.X.104, S. 10–16 (Strategie 2012+ wie vom VR von KAGA genehmigt) und S. 43–49 (Strategie 2010+).
[2273] VR-Protokoll der KAGA vom 13.9.2012, T. 6, Act. II.D.X.6.
[2274] VR-Protokoll der KAGA vom 29.11.2012, T. 4.1, Act. II.D.X.6.
[2275] Act. II.C.X.150; Act. II.A.X.345.
[2276] Act. II.A.X.345. Diese Präzisierungen sind dort unter dem Stichwort «Bezugsauflagen Kiesmaterial» festgehalten.
[2277] Vgl. die entsprechenden Hervorhebungen in Act. II.A.X.345, II.A.X.453 und II.A.X.563.
[2278] Rz 1059.
[2279] Siehe Ziffer 1.3 der Vereinbarungen in Act. II.E.X.136 und VI.38, Anhang.
[2280] Rz 1228 ff.
[2281] Rz 694 f.
[2282] VR-Protokoll der KAGA vom 29.11.2012, T. 4.2, Act. II.D.X.6. Ferner Act. II.A.X.453 unter dem Stichwort «Bezugsauflagen Kiesmaterial».
[2283] Act. II.C.X.167.
[2284] VR-Protokoll der KAGA vom 28.11.2013, T. 2.1, Act. II.D.X.6.
[2285] Rz 694 f.
[2286] VR-Protokoll der KAGA vom 28.11.2013, T. 8.3, Act. II.D.X.6. Ferner Act. II.A.X.563 unter dem Stichwort «Bezugsauflagen Kiesmaterial».
[2287] Protokoll der FIKO von KAGA vom 12.11.2013, T. 7.2 und T. 3.1, Act. II.B.X.463.
[2288] VR-Protokoll der KAGA vom 27.3.2014, T. 8, Act. II.D.X.6.

der Geschäftsführer der KAGA die wesentlichen Differenzen zu den budgetierten Zahlen. Den grössten Rückgang stellte er dabei beim Erlös Deponie fest.[2289]

1160. Für das Jahr 2015 hob der VR von KAGA (implizit)[2290] einstimmig die Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub auf: «Der VR beschliesst: (…) ebenfalls werden die Bedingungen der Anliefermengen mit Kiesbezügen zu kompensieren, aufgehoben».[2291] Während dieser Beschluss im Entwurf des VR-Protokolls nicht weiter begründet ist,[2292] ist im definitiven, unterzeichneten VR-Protokoll als Begründung noch angeführt, «da das stark zurückgegangene Annahmevolumen» dies zulasse.[2293]

C.8.2.4 Beweisergebnis bezüglich Dauer der Pflicht zum Kiesbezug bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub, der daran Beteiligten sowie dem damit angestrebten Ziel

1161. Am 6. März 2012 führte KAGA für Kundinnen, die innerhalb eines Jahres mehr als 5'000 m³ unverschmutzten Aushub deponieren, die Pflicht ein, im Gegenzug bei ihr Kies zu beziehen. Sie stellte in Aussicht, die Einzelheiten in Vereinbarungen mit den betroffenen Kundinnen zu regeln. Dabei galt, dass für Deponievolumen von 5'000 m³ bis 50'000 m³ im Umfang von 50 % davon Kies bezogen werden musste, für Deponievolumen über 50'000 m³ im Umfang von 100 %. Für das Jahr 2013 legte sie die Kiesbezugspflicht wie folgt fest: Für Deponievolumen von 5'000 m³ bis 50'000 m³ muss im Umfang von 50 % davon Kies bezogen werden, für Deponievolumen über 50'000 m³ muss im Umfang von 100 % bezogen werden. Für das Jahr 2014 erhöhte sie die Maximalmenge ohne Kiesbezugspflicht auf 10'000 m³ und behielt im Übrigen die 2013 geltende Regelung bei. Per 2015 hob sie die Kiesbezugspflicht wieder auf. Die Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub ab einer gewissen jährlichen Deponiemenge galt demnach während fast drei Jahren, genauer vom 6. März 2012 bis Dezember 2014.

1162. Die Kiesbezugspflicht führte der Geschäftsführer von KAGA im Einverständnis mit dem VRP von KAGA, dem Vertreter von Kästli, am 6. März 2012 ein. An der VR-Sitzung vom 28. März 2012 wurde beanstandet, dass die Pflicht ohne vorgängiges Einverständnis des gesamten VR eingeführt worden sei. Der VR von KAGA erachtete dies demnach als ein Geschäft, über das er befinden sollte. An dieser Sitzung beanstandete der VR zwar den Ablauf (unterbliebene vorgängige Zustimmung), die eingeführte Pflicht als solche stellte er aber nicht in Frage. Indem der VR von KAGA die Kiesbezugspflicht weder an dieser Sitzung noch an den zwei darauffolgenden, dieses Thema vertieft behandelnden Sitzungen wieder aufhob, obwohl er dies ja als Geschäft des VR erachtete, genehmigte er damit implizit die am 6. März 2012 eingeführte Kiesbezugspflicht. Die Weiterführung der Kiesbezugspflicht in den Jahren 2013 und 2014 beschloss der VR von KAGA sodann ausdrücklich vorgängig, ebenso deren Aufhebung per 2015. KAGA führte die Kiesbezugspflicht also im März 2012 ein und behielt diese bis Dezember 2014 aufrecht. Der Vertreter von Kästli war von Anfang an in diesen Entscheid involviert und trug ihn während der gesamten Zeitdauer mit. Die Vertreter der übrigen Aktionärinnen im VR von KAGA genehmigten diesen Entscheid etwas später implizit, nämlich am 28. März 2012, und trugen ihn von da an ebenfalls bis zur Aufhebung mit.

1163. Die Beteiligten strebten mit der Pflicht zum Kiesbezug bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub an, ein ausgeglicheneres Verhältnis zwischen Kiesabbau (Schaffung von Deponievolumen) und Deponierung (Nutzung von Deponievolumen) zu erreichen. Hintergrund war die wahrgenommene Knappheit von zur Verfügung stehendem Deponievolumen. Ein ausgeglicheneres Verhältnis zwischen Kiesabbau und Deponierung kann sich durch die Kiesbezugspflicht auf zwei Wegen ergeben: Einerseits naheliegenderweise durch den Kiesbezug bei einer Deponierung. Wird Kies bezogen, der ohne Pflicht nicht bezogen worden wäre, wird dadurch das zur Verfügung stehende Deponievolumen vergrössert. Andererseits dadurch, dass aufgrund der Kiesbezugspflicht auf eine Deponierung bei KAGA verzichtet und stattdessen in anderen Deponien abgelagert wird.[2294] Diesfalls wird zwar kein zusätzliches Deponievolumen bei KAGA geschaffen, jedoch wird das dort vorhandene Volumen nicht weiter aufgebraucht, da auf andere Deponien ausgewichen wird.

C.8.3 Von der Bezugspflicht betroffene Produkte

C.8.3.1 Auf der Deponieseite

1164. KAGA betreibt sowohl Aushubdeponien für die Ablagerung von unverschmutztem Aushub (insbesondere Bümberg) als auch Deponien des Typs B für die Ablagerung von verschmutztem Aushub, Inertstoffen und mineralischen Abfällen (insbesondere Bergacher).[2295] Die Deponierung von unverschmutztem Aushub ist auf Deponien des Typs B zwar rechtlich zulässig, aber soweit möglich zu vermeiden und zudem preislich unattraktiv.[2296]

1165. Wie zuvor festgestellt, knüpfte die Kiesbezugspflicht an unverschmutzten Aushub an, der über einem jährlichen «Freivolumen» deponiert wurde. Die Deponierung von verschmutztem Aushub, Inertstoffen und mineralischen Abfällen, die auf Deponien des Typs B abzulagern sind,[2297] war von der Bezugspflicht hingegen nicht betroffen. Dass es nahezu unvermeidbar ist, dass auch auf Deponien des Typs B gewisse Mengen unverschmutzten Aushubs abgelagert werden, wurde bereits festgestellt.[2298] Dies bestätigen auch die von KAGA eingereichten Lieferscheinstatistiken, wobei auffällt, dass es

[2289] VR-Protokoll der KAGA vom 3.12.2014, T. 2.2, Act. IV.13, S. 1014–1020.
[2290] Rz 694 f.
[2291] VR-Protokoll der KAGA vom 3.12.2014, T. 3.2, Act. IV.13, S. 1014–1020.
[2292] Entwurf des VR-Protokolls der KAGA vom 3.12.2014, T. 3.2, Act. II.A.X.571.
[2293] VR-Protokoll der KAGA vom 3.12.2014, T. 3.2 i.V.m. T. 3.1, Act. IV.13, S. 1014–1020.
[2294] EV von [...] vom 21.1.2015 Rz 182–184, Act. III.9: «Nach dem wir es [die Massnahme der «Kopplung»] besprochen haben, haben es eigentlich immer alle verstanden. Was sie sagten ist, dass sie keinen Kies brauchen, aber dass sie weiter schauen den Aushub anderswo zu entsorgen».
[2295] Rz 422 und 520; vgl. zu den Deponietypen sodann Rz 310 ff. und zu den Abfallarten Rz 314 ff.
[2296] Rz 420.
[2297] Siehe dazu Rz 310 und 316.
[2298] Rz 420.

sich dabei um geringe Mengen handelt.[2299] Die Berechnungen von KAGA zum «Freivolumen» bzw. zur Einhaltung der Bezugspflicht zeigen nun, dass KAGA diese geringen Mengen unverschmutzten Aushubs, die in der Deponie Bergacher abgelagert wurden, bei ihren Berechnungen nicht mit einbezogen hat.[2300] Mit anderen Worten berücksichtigte KAGA bei ihren diesbezüglichen Berechnungen einzig den unverschmutzten Aushub, der in der Aushubdeponie Bümberg deponiert wurde.

1166. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Bezugspflicht an die Deponierung von unverschmutztem Aushub – und zwar einzig in der Aushubdeponie Bümberg – anknüpfte.[2301] Demgegenüber war mit der Deponierung von Material auf der Deponie des Typs B Bergacher keine Bezugspflicht verbunden; und zwar selbst dann nicht, wenn es sich beim abgelagerten Material um Aushub handelte. Aus den Beweismitteln ergibt sich allerdings nicht, dass KAGA diese Handhabung der Deponierung von unverschmutztem Aushub in der Deponie Bergacher auch so gegen aussen, insbesondere gegenüber Kundinnen, kommuniziert hätte. Zumindest ist dem Schreiben vom 6. März 2012 nichts Dahingehendes zu entnehmen; ebenso wenig der externen Preisliste 2013.[2302] Zudem sind keine Anzeichen dafür ersichtlich, dass KAGA daran interessiert gewesen wäre, reine Anlieferungen von unverschmutztem Aushub in die Deponie des Typs B Bergacher zu lenken. Ob sie solche Anlieferungen – zumindest in grösseren Mengen – dort überhaupt angenommen hätte und diese nicht vielmehr an die Aushubdeponie Bümberg verwiesen hätte, erscheint fraglich. Jedenfalls belegen die geringen Mengen von Aushub, die dort abgelagert wurden, dass eine dortige Deponierung von unverschmutztem Aushub in grösseren Mengen entweder seitens der Kundinnen gar nicht erst versucht wurde oder seitens KAGA nicht zugelassen wurde. Dass die geringen Mengen von Aushub, die in der Deponie des Typs B Bergacher abgelagert wurden, bei der Berechnung des «Freivolumens» bzw. zur Einhaltung der Bezugspflicht nicht berücksichtigt worden sind, dürfte nach dem Gesagten primär pragmatische und prozessoptimierende Gründe haben. Dieses Vorgehen erscheint gerade in Anbetracht der geringen Mengen durchaus nachvollziehbar und braucht nicht weiter vertieft zu werden.

C.8.3.2 Auf der Gesteinskörnungsseite

1167. Wie ausgeführt,[2303] bezweckten die Beteiligten mit der Bezugspflicht ein ausgeglicheneres Verhältnis zwischen Kiesabbau und Deponierung zu erreichen. In den Schreiben an die Kundinnen, den Preislisten sowie den Beschlüssen des VR von KAGA ist etwa die Rede von einer Verpflichtung zum Bezug von Kies oder einem Kiesbezug. Was dabei mit «Kies» genau gemeint ist, wird dabei nicht näher präzisiert.

1168. Die Berechnungen von KAGA zum «Freivolumen» bzw. zur Einhaltung der Bezugspflicht zeigen, dass KAGA unter «Kies», das bei Überschreitung des «Freivolumens» von deponiertem unverschmutztem Aushub bezogen werden musste, während den nahezu drei Jahren des Bestehens der Bezugspflicht nicht dasselbe verstanden hat. Was KAGA unter «Kies» verstanden hat, das im Gegenzug zur Deponierung über dem «Freivolumen» bezogen werden musste, ergibt sich in ihren diesbezüglichen Berechnungen aus der Spalte «Für Kontingent Aushub anzurechnen» resp. aus den einzelnen Produkten, die in die Berechnung der dort aufgeführten Menge eingeflossen sind. Im Einzelnen galt Folgendes:

- 2012: Vollumfänglich als «Kies» für das «Kontingent Aushub» angerechnet wurde einzig «Kies ab Wand unsortiert». «Kies ab Wand sortiert» wurde hingegen nur zu 50 % angerechnet. Um die Bezugspflicht im Falle eines Bezugs von «Kies ab Wand sortiert» zu erfüllen, musste entsprechend die doppelte Menge bezogen werden. Der Bezug anderer Produkte als «Kies ab Wand» wurde nicht angerechnet. Mit anderen Worten konnte der Bezugspflicht nicht durch den Bezug anderer Produkte von KAGA nachgekommen werden.[2304]
- 2013: «Kies ab Wand unsortiert» wurde weiterhin vollumfänglich angerechnet. Nunmehr ebenfalls vollumfänglich angerechnet wurde der Bezug von «Kies ab Wand sortiert», der im Jahr zuvor erst mit 50 % berücksichtigt wurde. Gänzlich neu war 2013, dass auch der Bezug von weiteren Produkten Berücksichtigung fand, nämlich von «RC Produkte» und «Spez. Material». Die Bezugspflicht konnte 2013 also auch durch den Bezug solcher Produkte erfüllt werden, wobei diese ebenso wie «Kies ab Wand» vollumfänglich angerechnet wurden.[2305]
- 2014: Im Jahr 2014 galt dasselbe wie im Jahr 2013. Ebenso vollumfänglich wie «Kies ab Wand unsortiert» und «Kies ab Wand sortiert» wurden auch die Produkte «RC Produkte» und «Spez. Material» angerechnet.[2306]

[2299] Siehe etwa die Beilagen 13 und 14 von Act. IV.13.

[2300] Vgl. etwa die Berechnungen für das Jahr 2013 in Act. II.A.X.453 – die Spalte «Über- / Unterschreitung Grundkontingent 5'000 m^3» entspricht der Spalte «abgelagert Bümberg» abzüglich des «Freivolumens», nicht etwa den Spalten «Liefermenge gesamt» oder «Gesamt abgelagert». Dass die Ablagerungen in der Deponie Bergacher (Spalte «abgelagert ISD Jaberg / Bergacher») in geringem Umfang auch Aushub umfassten, zeigt die Lieferscheinstatistik in Act. IV.13 (exemplarisch Beilagen 13 und 14 u.a. für das Jahr 2013).

[2301] Vgl. auch Act. II.A.X.345, II.A.X.453 und II.A.X.563, in denen beim «Lieferguthaben» jeweils das «Freivolumen» angegeben ist, und zwar mit «Bümberg Grundkontingent».

[2302] Act. II.A.X.345, II.A.X.453 und II.A.X.563, aus denen dies ersichtlich wäre, waren der Öffentlichkeit nicht zugänglich und auch nicht dafür gedacht, tragen sie doch den Hinweis «Vertraulich nur für internen Gebrauch».

[2303] Zusammenfassend Rz 1163.

[2304] Siehe die Berechnungen «Materialbezüge 2012» in Act. II.A.X.345, insbesondere die Berechnungen in den Spalten «Bezug ab 1.3.12» mit den Unterspalten «Kies unsortiert» und «Kies sortiert 50%» sowie die Spalte «Für Kontingent Aushub anzurechnen».

[2305] Siehe die Berechnungen «Materialbezüge 2013» in Act. II.A.X.453, insbesondere die Berechnungen in den Spalten «Bezug ab 1.1.13» mit den Unterspalten «Kies unsortiert» und «Kies sort., RC, spez» sowie die Spalte «Für Kontingent Aushub anzurechnen». Die in der letztgenannten Spalte aufgeführte Menge ist denn auch identisch mit der Menge gemäss Spalte «Bezug gesamt».

[2306] Siehe die Berechnungen «Materialbezüge 2014» in Act. II.A.X.563, insbesondere die Berechnungen in den Spalten «Bezug ab 1.1.14» mit den Unterspalten «Kies unsortiert» und «Kies sort., RC, spez» sowie die Spalte «Für Kontingent Aushub anzurechnen». Die in der letztgenannten Spalte aufgeführte Menge ist denn auch identisch mit der Menge gemäss Spalte «Bezug gesamt».

1169. Die Deponierung von unverschmutztem Aushub in Bümberg, die über das «Freivolumen» hinausging, wurde im Jahr 2012 also wahlweise an den Bezug von «Kies ab Wand unsortiert» (z.B. musste über der Deponiemenge von 50'000 m³ pro 1 m³ weiterem Deponievolumen 1 m³ Kies ab Wand unsortiert bezogen werden) oder einen doppelt so grossen Bezug von «Kies ab Wand sortiert» (z.B. musste über der Deponiemenge von 50'000 m³ pro 1 m³ weiterem Deponievolumen 2 m³ Kies ab Wand sortiert bezogen werden) gebunden. In den Jahren 2013 und 2014 wurde eine solche Deponierung hingegen wahlweise an den Bezug von «Kies ab Wand unsortiert», «Kies ab Wand sortiert», «RC Produkte» oder «Spez. Material» geknüpft.

1170. Um «RC Produkte» herzustellen, braucht kein Kies abgebaut zu werden, handelt es sich dabei doch um Rezyklingprodukte.[2307] Der Bezug von «RC Produkte[n]» führt demnach nicht dazu, dass der Kiesabbau bei KAGA gestärkt und so das dort vorhandene Deponievolumen vergrössert wird. Soweit in den Jahren 2013 und 2014 die Bezugspflicht mit dem Bezug von «RC Produkte[n]»[2308] erfüllt wurde, war somit von vornherein ausgeschlossen, dass die so ausgestaltete Bezugspflicht den Zweck überhaupt erreichen konnte, den die Beteiligten mit der Bezugspflicht subjektiv anstrebten, nämlich den Kiesabbau zu fördern.

C.8.4 Von der Kiesbezugspflicht betroffene Akteure

C.8.4.1 Für wen die Kiesbezugspflicht galt

1171. Die Pflicht, ab einer bestimmten jährlichen Menge deponierten unverschmutzten Aushubs im Gegenzug Kies beziehen zu müssen, galt gleichermassen für alle, die bei KAGA unverschmutzten Aushub deponierten. Namentlich galt diese Pflicht sowohl für Dritte als auch für die Aktionärinnen von KAGA.

1172. Mehrere Beweismittel belegen dies: In den hiervor dargestellten Beschlüssen wird nicht zwischen verschiedenen Kundengruppen differenziert; die Pflicht trifft vielmehr ganz allgemein die «Kundinnen».[2309] Übereinstimmend damit hielten etliche befragte Personen glaubhaft fest, diese Kiesbezugspflicht habe für alle Kundinnen gegolten.[2310] Deutlich etwa [...] (KAGA): «Ja, diese [die Massnahme der «Kopplung»] galt für alle Kunden, die zu uns Aushub gebracht haben».[2311] Und auf die Frage des anwesenden Rechtsvertreters, ob die «Kopplung» auch für die Aktionärinnen der KAGA gegolten habe, präzisierte er: «Ja, auch für die Aktionäre. Einfach für alle Kunden».[2312]

1173. Dass die Kiesbezugspflicht für alle Kundinnen – Dritte und Aktionärinnen – gleichermassen galt, betonte KAGA denn auch in ihrer Kommunikation. So hielt sie dies etwa in ihrer Kommunikation gegenüber den Ende 2014 in Zeitungsberichten erhobenen Kartellvorwürfen ausdrücklich fest.[2313] Und auch in ihrem Schreiben an [U04] vom 13. März 2014 betonte sie, dass sie die Anliefermengen «<u>für sämtliche Kunden</u>» limitiert habe. Durch entsprechende Kiesbezüge könne die Liefermenge angehoben werden, wobei diese «für alle Kunden gleichermassen geltende Regelung (…) per Anfang 2012 eingeführt» worden sei.[2314]

1174. Zu präzisieren bleibt, dass KAGA bei einer Anlieferung von unverschmutztem Aushub durch ein Transportunternehmen grundsätzlich nicht das Transportunternehmen als Kundin erachtete, sondern vielmehr dessen Auftraggeber, also diejenige Person, für welche das Transportunternehmen den Transport durchführte (z.B. ein Bauunternehmen). Im Einklang damit stellte KAGA ihre Deponiegebühren diesfalls direkt dem Auftraggeber in Rechnung und nicht etwa dem Transportunternehmen. Möglich war aber auch, dass ein Transportunternehmen bei einer Aushubanlieferung selber Kundin war, nämlich dann, wenn es bei dieser Anlieferung nicht für eine andere Person fuhr, sondern selbst mit der Entsorgung des Aushubs (und nicht nur dessen Transports) betraut war.[2315]

C.8.4.2 Wen die Kiesbezugspflicht faktisch betraf

1175. Die Kiesbezugspflicht galt formell für alle Kundinnen gleichermassen. Faktisch betraf sie jedoch nicht alle Kundinnen, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

1176. Die Kiesbezugspflicht griff erst ab einer jährlichen Mindestmenge deponierten unverschmutzten Aushubs. Mit anderen Worten stand jeder Kundin ein «Freivolumen» zur Deponierung unverschmutzten Aushubs zur Verfügung, das nicht von der Kiesbezugspflicht betroffen war. Das Freivolumen belief sich dabei in den Jahren 2012 und 2013 auf 5'000 m³ und im Jahr 2014 auf 10'000 m³. Die Kiesbezugspflicht betraf daher faktisch von vornherein all diejenigen Kundinnen nicht, die jährlich ohnehin weniger als 5'000 m³ (resp. im Jahr 2014 10'000 m³) unverschmutzten Aushubs deponierten. Für sie änderte sich durch die Einführung und Geltung der Kiesbezugspflicht nichts.

1177. Welche Kundinnen in den vorangegangenen Jahren welche Mengen an unverschmutztem Aushub bei KAGA deponiert haben, war dieser aufgrund der Lieferscheinstatistiken bekannt. Vorbehältlich sprunghafter Entwicklungen war daher bei Einführung der Kiesbezugspflicht und insbesondere bei der Festsetzung des «Freivolumens» abschätzbar, welche Kundinnen von der Kiesbezugspflicht faktisch betroffen sein dürften und welche nicht. Die nachfolgende Tabelle führt diejenigen Kundinnen auf, die zumindest in einem der Jahre 2009, 2010 oder 2011 mehr als 5'000 Kubikmeter unverschmutzten Aushub in Bümberg deponiert haben (Tabelle absteigend geordnet nach dem Durchschnitt des deponierten Volumens in den Jahren 2009–2011; hellgrau hinterlegt sind Aktionärinnen von KAGA; fett hervorgehoben sind die 5'000 m³ übersteigenden Mengen):

[2307] Rz 293 ff.
[2308] Das Produkt «Spez. Material» wird nachfolgend nicht mehr erwähnt, da gemäss den Berechnungen von KAGA zu den Materialbezügen in den Jahren 2012, 2013 und 2014 einzig Kästli-Gruppe und KAGA dieses bezogen haben, hingegen keine Dritten (vgl. Act. II.A.X.345, II.A.X.453 und II.A.X.563).
[2309] Rz 1146 ff.
[2310] EV von [...] vom 13.1.2015 Rz 319, 322 f., Act. III.5; EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 361 f., Act. III.7; EV von [...] vom 21.1.2015 Rz 186–198 und 285 f., Act. III.9. Dahingehend auch die Wahrnehmung eines Dritten, vgl. Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 246–248, Act. III.26.
[2311] EV von [...] vom 21.1.2015 Rz 186, Act. III.9.
[2312] EV von [...] vom 21.1.2015 Rz 285 f., Act. III.9.
[2313] Siehe etwa Act. II.A.X.546, II.A.X.547 oder II.A.X.559.
[2314] Act. II.E.X.221, Anhang (Hervorhebung im Original).
[2315] EV von [...] vom 21.1.2015 Rz 186–198, Act. III.9.

	2009	2010	2011
Kästli-Gruppe	**124’924**	**101’937**	**138’667**
[U04]	**49’886**	**53’474**	**67’161**
[U01]	**24’238**	**48’662**	**58’335**
[U39]	**17’502**	**21’793**	**28’349**
[U43][2316]	4’943	**26’773**	**5’824**
[U41][2317]	**7’209**	**18’166**	2’892
Hofstetter/Lehmann[2318]	**14’783**	4’075	2’547
[U40]	**8’185**	4’695	**8’364**
Heimberg	**6’693**	**5’853**	**8’640**
Messerli	3’076	**7’338**	336

Tabelle 59: Kundinnen von KAGA, die in mindestens einem der Jahre 2009, 2010 oder 2011 mehr als 5'000 m³ unverschmutzten Aushub in Bümberg deponiert haben (Quelle: Auswertung der Beilagen 13–16 von Act. IV.13 für die Jahre 2009–2011).

1178. Die Berechnungen von KAGA bezüglich Überschreitung des «Freivolumens» und Einhaltung der Kiesbezugspflicht für die Jahre 2012, 2013 und 2014 zeigen sodann, welche Kundinnen faktisch von der Kiesbezugspflicht betroffen waren. Wie zu erwarten war, überschritten primär diejenigen Kundinnen das «Freivolumen», die auch schon in den vorangegangenen Jahren grössere Mengen unverschmutzten Aushubs in Bümberg deponiert haben. Bezeichnend hinsichtlich der von KAGA «erwarteten Kundinnen» erscheint, dass gemäss Lieferscheinstatistik ein zusätzliches Unternehmen im Jahr 2013 das «Freivolumen» überschritten hat,[2319] dieses aber gleichwohl in den Berechnungen von KAGA zur Einhaltung der Bezugspflicht im Jahr 2013 nicht aufgeführt wird (in die Berechnung 2014 wurde es alsdann aufgenommen). Die nachfolgende Tabelle listet die Kundinnen auf, welche gemäss Berechnungen von KAGA das «Freivolumen» in mindestens einem der Jahre 2012, 2013 oder 2014 überschritten haben. Ergänzt wird die Tabelle durch zwei zusätzliche Angaben: erstens mit dem Unternehmen, das gemäss Lieferscheinstatistik das «Freivolumen» im Jahr 2013 ebenfalls überschritten hat, aber in den Berechnungen von KAGA nicht aufgeführt wird. Zweitens mit der im gesamten Jahr 2012 deponierten Menge unverschmutzten Aushubs, wie sie sich aus den Lieferscheinstatistiken ergibt. Im Einklang mit dem Einführungszeitpunkt der Kiesbezugspflicht[2320] legte KAGA ihren Berechnungen für das Jahr 2012 nämlich die Zeit vom 1. März bis Ende des Jahres zu Grunde (Tabelle absteigend geordnet nach dem Durchschnitt des deponierten Volumens gemäss Berechnungen von KAGA in den Jahren 2012–2014; hellgrau hinterlegt sind Aktionärinnen von KAGA; dunkelgrau hinterlegt ist die Kundin, die trotz Überschreitung des «Freivolumens» in den Berechnungen von KAGA zur Bezugspflicht nicht aufgeführt ist; fett hervorgehoben sind die das «Freivolumen» übersteigenden Mengen).

[2316] Für die vollständige Firma siehe Fn 992.
[2317] Für die vollständige Firma siehe Fn 992.
[2318] KAGA ordnete Lehmann bezüglich der Bezugspflicht während allen drei Jahren, in der die Bezugspflicht bestand, Hofstetter zu (vgl. die Berechnungen von KAGA in Act. II.A.X.345, II.A.X.453 und II.A.X.563), weshalb das hier ebenso gemacht wird. Präzisierend ist zu Lehmann Folgendes anzufügen: Bis November 2010 waren […] die Aktionäre von Lehmann. Im November 2010 übernahmen Kästli, Vigier und Hofstetter je [20–30] % der Aktien an Lehmann. Bereits im Februar 2011 erwarben Vigier und Hofstetter den Aktienanteil von Kästli je zur Hälfte. Von da an verfügten also Vigier und Hofstetter über je [30–45] % Aktienanteil, […] hielten weiterhin die restlichen [10–40] % Aktien. Im Januar 2014 übernahm Hofstetter sodann den Aktienanteil von Vigier, wodurch sie von da an [60–90] % an Lehmann hielt (siehe zu alledem EV von [...] vom 26.4.2016, Act. III.23, Rz 323–375.
[2319] Das Deponievolumen eines zweiten Unternehmens, [U51], belief sich im gesamten Jahr 2012 auf 5'421 m³ und damit etwas mehr als 5'000 m³ (vgl. Act. IV.13 Beilage 16 für das Jahr 2012). Allerdings berücksichtigte KAGA in Übereinstimmung mit dem Einführungszeitpunkt der Bezugspflicht einzig die Deponierungen von März bis Dezember 2012 (siehe Act. II.A.X.345). In welchen Monaten dieses Unternehmen wie viel deponierte, ergibt sich aus den eingereichten Lieferscheinstatistiken nicht. Hat es in den Monaten Januar und Februar zusammen schon nur einen Zwölftel der Jahresmenge deponiert, überschritt es das «Freivolumen» nicht. Zu Gunsten der Parteien wird deshalb davon ausgegangen, dass dieses Unternehmen das «Freivolumen» nicht überschritten hat und folglich von der Bezugspflicht faktisch nicht betroffen war.
[2320] Siehe Rz 1146.

	1.1.–31.12. 2012	1.3.–31.12. 2012	1.1.–31.12. 2013	1.1.–30.11. 2014
Kästli-Gruppe	94’828	**83’442**	**37’848**	**20’990**
[U04]	106’759	**93’791**	**29’789**	0
Hofstetter/Lehmann	42’388	**41’060**	**43’329**	**34’283**
[U01]	22’775	**18’629**	**39’093**	**30’539**
[U39]	7’587	**6’831**	**14’808**	4’198
[U41]	6’234	**5’445**	**12’653**	7’060
Heimberg	2’708	2’370	**7’631**	8’808
[U40]	6’522	**5’794**	**7’848**	3’629
[U43]	13’477	**5’679**	**6’984**	4’103
[U36]	6’299[2321]	k.A.	k.A. **(9’735)**	8’787
«Freivolumen»		5'000	5'000	10'000

Tabelle 60: Kundinnen von KAGA, die in mindestens einem der Jahre 2012, 2013 oder 2014 mehr als das «Freivolumen» unverschmutzten Aushub in Bümberg deponiert haben (Quellen: Spalte 2: Auswertungen der Beilagen 13–16 von Act. IV.13 für die Jahre 2012–2014; Spalten 3, 4 und 5: Berechnungen von KAGA zur Bezugspflicht, Act. II.A.X.345, II.A.X.453 und II.A.X.563; ergänzt durch Auswertung der Beilage 14 von Act. IV.13 für das Jahr 2013 hinsichtlich [U36]).

1179. Folgende Aktionärinnen überschritten demnach in einem oder mehreren Jahren das «Freivolumen» zur Deponierung unverschmutzten Aushubs in Bümberg. Sie waren daher als Kundinnen von der Bezugspflicht von Kiesmaterial im Umfang von 50 % der das «Freivolumen» übersteigenden Deponiemenge faktisch betroffen:

- Kästli-Gruppe
- Hofstetter / Lehmann
- Heimberg

1180. Folgende Dritte überschritten in einem oder mehreren Jahren das «Freivolumen» zur Deponierung unverschmutzten Aushubs in Bümberg. Sie waren daher als Kundinnen von der Bezugspflicht von Kiesmaterial im Umfang von 50 % der das «Freivolumen» übersteigenden Deponiemenge faktisch betroffen:

- [U04]
- [U01]
- [U39]
- [U41]
- [U40]
- [U43]
- [U36]

C.8.4.3 Wen die doppelte Kiesbezugspflicht faktisch betraf

1181. Deponierte eine Kundin mehr als 50'000 m³ unverschmutzten Aushub, verdoppelte sich ihre Bezugspflicht für das Kiesmaterial. Im Gegenzug zu der die 50'000 m³ übersteigenden Deponiemenge musste sie 100 % Kiesmaterial beziehen und nicht mehr «bloss» 50 % wie bei einer Deponiemenge zwischen 5'000 m³ und 50'000 m³.[2322]

1182. Noch mehr als schon hinsichtlich der «einfachen» Bezugspflicht war aufgrund der Anlieferungen in den vorangegangenen Jahren bereits im Voraus abschätzbar, welche Kundinnen von dieser doppelten Bezugspflicht betroffen sein dürften. Von drei Kundinnen wurde in je mindestens einem der drei Vorjahre die Grenze von 50'000 m³ überschritten. Dabei übertraf einzig die Aktionärin Kästli-Gruppe diese Menge in allen drei Vorjahren – und zwar jeweils um mindestens das Doppelte. Eine Tendenz, sei sie steigend oder sinkend, lässt sich bei den Deponiemengen von Kästli-Gruppe nicht erkennen. Demgegenüber zeichnete sich bei den zwei weiteren Kundinnen, den Dritten [U04] und [U01], in den drei Vorjahren eine steigende Tendenz ab. Lag [U04] im Jahr 2009 noch knapp unter 50'000 m³, überschritt sie diese Menge in den Jahren 2010 und 2011. Bei [U01] verdoppelte sich die deponierte Menge vom Jahr 2009 auf das Jahr 2010. Die 50'000 m³ überschritt sie nach einem weiteren Anstieg erstmals im Jahr 2011. Ausser bei diesen drei Kundinnen beliefen sich die Deponiemengen aller weiteren Kundinnen von KAGA in den drei Vorjahren hingegen auf deutlich weniger als 50'000 m³. Gerade einmal zwei weitere Kundinnen deponierten auch nur in

[2321] Vgl. die Ausführungen in Fn 2319 zur Begründung, weshalb für die Zeit von März bis Dezember 2012 nicht ohne Weiteres von einer Überschreitung des «Freivolumens» von 5'000 m³ ausgegangen werden kann. Die dortigen Ausführungen treffen hier grundsätzlich ebenfalls zu, auch wenn sich die Situation aufgrund des grösseren Jahresvolumens nicht gleich deutlich präsentiert.

[2322] Zusammenfassend Rz 1161.

je einem der drei Vorjahre überhaupt mehr als 25'000 m³, also mehr als die Hälfte der Deponiemenge, die eine doppelte Bezugspflicht auslöste.[2323] Die nachfolgende Tabelle führt die drei Kundinnen auf, die zumindest in einem der Jahre 2009, 2010 oder 2011 mehr als 50'000 Kubikmeter unverschmutzten Aushub in Bümberg deponiert haben, sowie die Kundin mit der nächstgrössten Deponiemenge in einem dieser Jahre (Tabelle absteigend geordnet nach dem Durchschnitt des deponierten Volumens in den Jahren 2009–2011; hellgrau hinterlegt ist die Aktionärin von KAGA; fett hervorgehoben sind die 50'000 m³ übersteigenden Mengen):

	2009	2010	2011
Kästli-Gruppe	**124’924**	**101’937**	**138’667**
[U04]	49’886	**53’474**	**67’161**
[U01]	24’238	48’662	**58’335**
[U39]	17’502	21’793	28’349

Tabelle 61: Kundinnen von KAGA, die in mindestens einem der Jahre 2009, 2010 oder 2011 mehr als 50'000 m³ unverschmutzten Aushub in Bümberg deponiert haben, und Kundin mit der nächstgrössten Deponiemenge (Quelle: Auswertung der Beilagen 13–16 von Act. IV.13 für die Jahre 2009–2011).

1183. Die Berechnungen von KAGA bezüglich Überschreitung des «Freivolumens» und Einhaltung der Kiesbezugspflicht für die Jahre 2012, 2013 und 2014 zeigen sodann, welche Kundinnen in diesen Jahren die Menge von Grenze von 50'000 m³ überschritten haben. Die nachfolgende Tabelle listet die vier Kundinnen auf, welche gemäss Berechnungen von KAGA in den Jahren 2012, 2013 oder 2014 die grössten Mengen deponiert haben (Tabelle absteigend geordnet nach dem Durchschnitt des deponierten Volumens gemäss Berechnungen von KAGA in den Jahren 2012–2014; hellgrau hinterlegt sind Aktionärinnen von KAGA; fett hervorgehoben sind die 50'000 m³ übersteigenden Mengen).

	1.3.–31.12. 2012	1.1.–31.12. 2013	1.1.–30.11. 2014
Kästli-Gruppe	**83’442**	37’848	20’990
[U04]	**93’791**	29’789	0
Hofstetter/Lehmann	41’060	43’329	34’283
[U01]	18’629	39’093	30’539

Tabelle 62: Die vier Kundinnen von KAGA, die gemäss den Berechnungen von KAGA während der Geltung der Bezugspflicht am meisten unverschmutzten Aushub in Bümberg deponiert haben (Quelle: Berechnungen von KAGA zur Kiesbezugspflicht, Act. II.A.X.345, II.A.X.453 und II.A.X.563).

1184. Die Tabelle zeigt, dass zwei Kundinnen von KAGA, Kästli-Gruppe und [U04], die Grenze von 50'000 m³ überschritten haben, und zwar jeweils im Jahr 2012. Für diese beiden Kundinnen griff demnach die doppelte Kiesbezugspflicht für diejenige Menge unverschmutzten Aushubs, die sie über die Grenze von 50'000 m³ hinaus deponierten. Bei [U01] zeigt sich demgegenüber im Jahr 2012 eine markante Reduktion der deponierten Menge im Vergleich zu den drei Vorjahren. In den Jahren 2013 und 2014 war die von [U01] deponierte Menge wieder grösser. Sodann fällt auf, dass sich die von der Aktionärin Hofstetter deponierte Menge gegenüber den Vorjahren wesentlich erhöhte – war Hofstetter in den Jahren 2009, 2010 und 2011 noch die siebtgrösste Deponiekundin, wurde sie in den Jahren 2012, 2013 und 2014 zur drittgrössten Deponiekundin. Die Grenze von 50'000 m³ überschritt Hofstetter aber in keinem der Jahre.

C.8.4.4 Die Kiesbezugspflicht beschränkte effektiv nur Dritte in ihrem Verhaltensspielraum

1185. Wie gezeigt, galt die Kiesbezugspflicht zwar formell für alle Kundinnen, aber sie betraf faktisch von vornherein nur einzelne Kundinnen, was erst recht für die doppelte Kiesbezugspflicht galt. Für alle Kundinnen, die von der Kiesbezugspflicht faktisch betroffen waren, war diese inhaltlich – auf dem Papier – gleich ausgestaltet. In Tat und Wahrheit aber war die Kiesbezugspflicht – wie die nachfolgenden Feststellungen zeigen werden – für einige Kundinnen und deren Verhalten bedeutungslos, während andere Kundinnen ihr Verhalten wegen der Kiesbezugspflicht ändern mussten.

[2323] Siehe die Tabelle in Rz 1177.

C.8.4.4.1 Für das Verhalten der Aktionärinnen von KAGA war die Kiesbezugspflicht bedeutungslos

1186.Es wurde festgestellt, dass Rohkies, wie er von KAGA angeboten wird, fast nur von Kieswerken nachgefragt wird.[2324] Ferner wurde festgestellt, dass alle Aktionärinnen von KAGA – wenn auch in unterschiedlicher Entfernung zu dieser – eigene Kieswerke betreiben.[2325] Festgestellt wurde sodann, dass KAGA von 1983 bis 2013 etwa 90 % ihres Rohkieses an ihre Aktionärinnen abgesetzt hat.[2326] Kommt hinzu, dass die Aktionärinnen von KAGA auch in den Jahren 2012, 2013 und 2014 den Rohkies bei KAGA zu einem gegenüber dem Drittpreis deutlich vorteilhafteren Aktionärslistenpreis beziehen konnten, dass sie in den Genuss weiterer Vergünstigungen kamen, die Dritte nicht erhielten, und dass sie zusätzlich für eine bestimmte Kiesbezugsmenge von einem Transportkostenausgleich profitierten, der Dritten nicht gewährt wurde.[2327]

1187. Die vier Aktionärinnen, die zumindest in einem der drei Vorjahre das «Freivolumen» von 5'000 m³ übertroffen haben, bezogen in diesen Vorjahren denn auch allesamt zugleich Rohkies von KAGA. Wird ihr Kiesbezug dem Volumen des von ihnen deponierten unverschmutzten Aushubs gegenübergestellt, ergibt dies folgendes Bild (Tabelle absteigend geordnet nach dem Durchschnitt des deponierten Volumens in den Jahren 2009–2011):

		2009	2010	2011
Kästli-Gruppe	Deponierung	124’924	101’937	138’667
	Kiesbezug	57’311	98’921	113’590
Hofstetter/Lehmann	Deponierung	14’783	4’075	2’547
	Kiesbezug	40’889	35’223	37’459
Heimberg	Deponierung	6’693	5’853	8’640
	Kiesbezug	47’618	51’980	68’174
Messerli	Deponierung	3’076	7’338	336
	Kiesbezug	35’009	35’238	35’000

Tabelle 63: Gegenüberstellung von Deponierung und Kiesbezug der vier Aktionärinnen von KAGA, die in mindestens einem der Jahre 2009, 2010 oder 2011 mehr als 5'000 m³ unverschmutzten Aushub in Bümberg deponiert haben (Quelle: Auswertung der Beilage 13 von Act. IV.13 für die Jahre 2009–2011; Rz 522).

1188. Die Aktionärinnen Hofstetter, Heimberg und Messerli bezogen in den drei Vorjahren weitaus mehr Kies bei KAGA als sie unverschmutzten Aushub deponiert haben. Die Einführung der Kiesbezugspflicht führte deshalb nicht dazu, dass diese drei Aktionärinnen ihr Kiesbezugsverhalten hätten ändern müssen, namentlich ihren Kiesbezug erhöhen, um auch weiterhin im bisherigen Umfang unverschmutzten Aushub deponieren zu können. Die Aktionärin Kästli-Gruppe deponierte demgegenüber in allen drei Vorjahren mehr unverschmutzten Aushub als sie Kies bezogen hat. Auf den ersten Blick scheint die Einführung der Kiesbezugspflicht daher das bisherige Verhalten von Kästli-Gruppe tangiert zu haben. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass dem nicht so war. Denn auch Kästli-Gruppe hätte mit ihrem Bezugs- und Deponieverhalten in den Jahren 2010 und 2011 die später eingeführte, sich bei einem Deponievolumen von 50'000 m³ verdoppelnde Kiesbezugspflicht eingehalten.[2328] Bloss im Jahr 2009 hätte die von Kästli-Gruppe bezogene Kiesmenge nicht ausgereicht, um der später eingeführten Kiesbezugspflicht vollumfänglich nachzukommen. Allerdings fällt auf, dass es sich bei der in diesem Jahr bezogenen Kiesmenge von Kästli-Gruppe eher um einen «Ausreisser» gegen unten gehandelt haben dürfte, bezog doch Kästli-Gruppe in den drei vorangegangenen Jahren je über 80'000 m³ [2329] und stieg ihr Kiesbezug auch danach wieder an.

1189. Die nachfolgende Tabelle stellt den Kiesbezug dieser vier Aktionärinnen der von ihnen deponierten Menge unverschmutzten Aushubs während der Geltungsdauer der Kiesbezugspflicht gemäss den Berechnungen von KAGA gegenüber (Tabelle absteigend geordnet nach dem Durchschnitt des deponierten Volumens in den Jahren 2012–2014; fett hervorgehoben sind die das «Freivolumen» übersteigenden Mengen):

[2324] Rz 273, siehe auch Rz 409.
[2325] Rz 408.
[2326] Rz 410 f.
[2327] Ausführlich dazu Rz 1032 ff.
[2328] Berechnung der Kiesbezugspflicht bei Deponiemenge über 50'000 m³: Kiesbezugspflicht = 22'500 m³ plus die 50'000 m³ übersteigende Deponiemenge. Bei Kästli-Gruppe ergibt dies für das Jahr 2010 also 74'437 m³ und für das Jahr 2011 somit 111'167 m³. Der Kiesbezug war in beiden Jahren höher.
[2329] Rz 522.

		1.3.–31.12. 2012	1.1.–31.12. 2013	1.1.–30.11. 2014
Kästli-Gruppe	Deponierung	**83’442**	**37’848**	**20’990**
	Kiesbezug	76’227	68’910	56’038
Hofstetter/Lehmann	Deponierung	**41’060**	**43’329**	**34’283**
	Kiesbezug	38’919	42’379	43’016
Heimberg	Deponierung	2’370	**7’631**	8’808
	Kiesbezug	35’615	69’050	69’636
Messerli	Deponierung	2’785	34	0
	Kiesbezug	33’357	35’054	28’685

Tabelle 64: Gegenüberstellung von Deponierung und Kiesbezug der Aktionärinnen Kästli-Gruppe, Hofstetter, Heimberg und Messerli während der Geltung der Kiesbezugspflicht gemäss Berechnungen von KAGA (Quelle: Act. II.A.X.345, II.A.X.453 und II.A.X.563).

1190. So sie denn überhaupt das «Freivolumen» überschritten, erreichten alle vier Aktionärinnen die sich aus dem von ihnen jeweils deponierten unverschmutzten Aushub ergebenden Kiesbezugspflichtmengen. Die Daten belegen jedoch noch ein weiteres, nämlich dass die Kiesbezugspflicht weder einen Einfluss auf die von den Aktionärinnen bezogenen Kiesmengen hatte noch sie zu einer Deponierung von unverschmutztem Aushub in anderen Deponien als Bümberg veranlasste. Denn alle vier Aktionärinnen bezogen Kiesmengen, die ihre jeweiligen Kiesbezugspflichtmengen sehr deutlich überstiegen.[2330] Das bedeutet einerseits, dass es nicht die Kiesbezugspflicht war, welche diese Aktionärinnen dazu veranlasste, Kies in der bezogenen Menge zu beziehen, sondern dass es sich hierbei um einen freien Geschäftsentscheid von ihnen handelte. Und andererseits bedeutet das, dass diese Aktionärinnen ihr «Deponievolumen» bei KAGA nicht ausschöpften. Sie hätten noch mehr unverschmutzten Aushub bei KAGA deponieren können, ohne im Gegenzug zusätzlichen Kies über die von ihnen ohnehin bezogene Kiesmenge beziehen zu müssen. Folglich konnte es nicht die Kiesbezugspflicht gewesen sein, die sie dazu bewogen haben könnte, unverschmutzten Aushub auf anderen Deponien als denjenigen von KAGA zu deponieren, sofern sie dies denn überhaupt gemacht haben. Sofern diese Aktionärinnen von KAGA unverschmutzten Aushub in anderen Deponien als Bümberg deponiert haben sollten, beruhte diese demnach auf einem freien Geschäftsentscheid von ihnen.

1191. Zusammenfassend ist damit erwiesen, dass die Kiesbezugspflicht zwar einige Aktionärinnen von KAGA faktisch betraf (dazu Rz 1175 ff.). Dennoch tangierte die Kiesbezugspflicht diese Aktionärinnen in ihrem Verhalten nicht. Weder führte die Kiesbezugspflicht dazu, dass diese Aktionärinnen mehr Kies bei KAGA bezogen als sie es ohnehin getan hätten, noch lenkte sie deren Deponievolumen auf andere Deponien um. Kurzum: Die Kiesbezugspflicht war für die Aktionärinnen ohne Bedeutung und sie schränkte diese in ihrem Verhalten nicht ein. Zudem war die Folgenlosigkeit der Kiesbezugspflicht für die Aktionärinnen in Anbetracht des in den Vorjahren erfolgten Kiesbezugs durch ebendiese Aktionärinnen bereits bei der Einführung der Kiesbezugspflicht vorhersehbar. Selbst für Dritte war evident, dass die eingeführte Kiesbezugspflicht für die faktisch davon betroffenen Aktionärinnen von KAGA bedeutungslos ist, wie die folgende Aussage zeigt: «Aber die Aktionärsfirmen beziehen so viel Kies bei der KAGA für ihre Kieswerke, dass eine solche Verpflichtung für sie gar nicht ins Gewicht fällt».[2331] Erst recht musste dies dementsprechend KAGA und ihren Aktionärinnen selbst bewusst gewesen sein (vgl. etwa den Vergleich zwischen Anlieferungen und Bezügen von 2002 bis 2007 für die Aktionärinnen, den die VR-Mitglieder von KAGA für die Sitzung vom 13. Mai 2008 erhielten)[2332].

C.8.4.4.2 Hingegen beschränkte die Kiesbezugspflicht den Verhaltensspielraum Dritter effektiv

1192. Die Kehrseite der in Rz 1186 aufgeführten Feststellungen trifft auf die Dritten zu: In den Jahren 1983 bis 2013 setzte KAGA bloss etwa 10 % ihres Rohkieses an Dritte ab.[2333] Nachgefragt wird Rohkies, wie er von KAGA angeboten wird, fast nur von Kieswerken.[2334] Die Deponierung von unverschmutztem Aushub wird von unterschiedlichen Unternehmen nachgefragt, etwa Bauunternehmen, Aushub- und Rückbauunternehmen oder Transportunternehmen, die für ihre Auftraggeber die Entsorgung übernommen haben.[2335] Bei denjenigen Aktionärinnen von KAGA, die unverschmutzten Aushub

[2330] Am «engsten» war es bei Kästli-Gruppe und Hofstetter im Jahr 2012. Aber selbst in diesen zwei Fällen bezogen die Aktionärinnen 20'889 m^3 (Hofstetter) resp. 20’284 m^3 (Kästli-Gruppe) mehr Kies als sie aufgrund der Kiesbezugspflicht hätten beziehen müssen.
[2331] Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 248 f., Act. III.26.
[2332] Act. II.C.X.122, S. 12.
[2333] Rz 410 f.
[2334] Rz 273, siehe auch Rz 409.
[2335] Rz 317.

bei KAGA deponierten und die daher auch als Nachfragerinnen in diesem Geschäftsbereich tätig sind, ist – da alle Aktionärinnen von KAGA zumindest ein Kieswerk haben – sichergestellt, dass sie zugleich ein Kieswerk betreiben. Demgegenüber ist bei Dritten, welche die Deponierung von unverschmutztem Aushub bei KAGA nachfragten, eine solche Kombination mit einem Kieswerk die Ausnahme. Hinzu kommt, dass die Dritten für den Kiesbezug einen deutlich höheren Preis zahlen mussten als die Aktionärinnen (selbst die vier Dritten, denen KAGA einen «Spezialpreis» «gewährt[e]»[2336]), dass sie – anders als die Aktionärinnen – keine weiteren Vergünstigungen erhielten und dass sie auch nicht in den Genuss von einem Transportkostenausgleich für eine bestimmte Kiesbezugsmenge kamen.[2337]

1193. Die Tätigkeitsbereiche der von der Kiesbezugspflicht faktisch betroffenen Dritten[2338] lassen sich ganz grob wie folgt umreissen:

- [U04]: Aushub, Aufbereitung, Abbrucharbeiten, Transport
- [U01]: Kiesgrube, Kieswerk, Aufbereitung, Transport
- [U39]: Aufbereitung, Transport
- [U41]: Aushub, Aufbereitung, Transport
- [U40]: Aushub, Transport
- [U43]: Aufbereitung, Transport, Logistik
- [U36]: Tief- und Strassenbau, Abbrucharbeiten, Transport

1194. Einzig [U01] ist zugleich Nachfragerin von Deponievolumen für unverschmutzten Aushub und Betreiberin eines Kieswerks; bei den anderen von der Kiesbezugspflicht faktisch betroffenen Dritten ist dies nicht der Fall. Hinsichtlich des Interesses, Rohkies bei KAGA zu beziehen, befand sich daher von vornherein einzig [U01] in einer Ausgangssituation, die im Grundsatz mit derjenigen der Aktionärinnen von KAGA verglichen werden könnte,[2339] zumal ihr Kieswerk in unmittelbarer Nähe der Abbaustellen von KAGA liegt. Anders als den Aktionärinnen von KAGA waren [U01] aber die Aktionärslistenpreise, die weiteren Vergünstigungen sowie der Transportkostenausgleich nicht zugänglich; nur, aber immerhin, «gewährt[e]» KAGA ihr ab März 2012 einen – allerdings stets über dem Aktionärslistenpreis liegenden – mengenmässig gestaffelten «Spezialpreis».[2340] In welchem Ausmass [U01] in den der Einführung der Kiesbezugspflicht vorangegangenen Jahren Rohkies bei KAGA bezogen hat, zeigt die folgende Tabelle, in der zugleich die von ihr deponierten Mengen unverschmutzten Aushubs aufgeführt sind (fett hervorgehoben sind die das «Freivolumen» übersteigenden Mengen):

		2009	2010	2011
[U01]	Deponierung	**24’238**	**48’662**	**58’335**
	Kiesbezug	2'523	1'518	2'308

Tabelle 65: Gegenüberstellung von Deponierung und Kiesbezug von [U01] in den Jahren 2009–2011 (Quellen: Act. II.D.X.135, S. 10; Rz 1182).

1195. Offenkundig ist damit, dass selbst [U01], die selber ein Kieswerk betreibt, in den drei Jahren, die der Einführung der Kiesbezugspflicht vorangingen, mit ihrem Kiesbezug die ab März 2012 geltenden Pflichtbezugsmengen jeweils bei weitem nicht erreicht hätte, um im bisherigen Umfang unverschmutzten Aushub deponieren zu können.

1196. Die anderen von der Kiesbezugspflicht faktisch betroffenen Dritten hatten in Anbetracht ihrer Tätigkeitsbereiche ein noch viel geringeres Interesse als [U01], bei KAGA Rohkies zu beziehen. Illustrativ diesbezüglich die schlüssigen Ausführungen des Geschäftsführers von [U04], also der Dritten, die in der interessierenden Periode am meisten unverschmutzten Aushub bei KAGA deponierte: «Für uns als [U04] macht das [ein Kiesbezug bei KAGA] aber keinen Sinn. Im Raum Thun kommt aus jedem Aushub auch Wandkies. Daher haben wir ausreichend Kiesreserven. Für uns reichen diese aus. (…) Wir konnten die Vereinbarung [mit der Kiesbezugspflicht] aber nicht erfüllen, da wir das Kies bzw. die Menge nicht brauchen konnten».[2341] Und weiter: «Auf der anderen Seite, und das ist die Ansicht von [U04], ist die Verpflichtung zum Kiesbezug für uns an die Existenz gegangen. Für [U04] war diese Verpflichtung ein Knebelvertrag. Die KAGA wusste genau, dass uns der Kiesbezug das Genick brechen würde. Sie wusste, dass wir bspw. keinen Strassenbau machen, um das Kies zu verwenden. Wir machen reinen Tiefbau, da brauchen wir nur Betonrecycling. Das Kies aus Bümberg ist eher für den Strassenbau oder für die Kieswerke selber zum Veredeln bestimmt und nicht zum Aufschütten auf der Baustelle».[2342] Dass [U04] höchstens interessiert sein konnte, in bescheidenem Ausmass Rohkies bei KAGA zu beziehen, bestätigte denn auch die für die Aktionärin Heimberg aussagende Person. Auf die Frage, ob es für ein

[2336] Rz 1059 und 1157.
[2337] Ausführlich dazu Rz 1032 ff.
[2338] Siehe Rz 1179.
[2339] Bezeichnend ist denn auch, dass KAGA in ihrer «Übersicht Kiesbezüge ab 1982», die Teil der Dokumentation «Die KAGA in Zahlen» ist, [U01] als einzige «Dritte» namentlich erwähnt und separat aufführt, wohingegen sie alle weiteren «Dritte» unter dem Titel «Übrige Dritte» zusammenfasst (vgl. etwa Act. II.D.X.135, S. 10).
[2340] Rz 1059 und 1157.
[2341] Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 130-132, 136 f., Act. III.26.
[2342] Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 214-220, Act. III.26.

Aushubunternehmen wie [U04] Sinn mache, Kies zu beziehen, antwortete sie: «Bspw. bei solchen Liegenschaften oder Baustellen, wo die Firma [U04] Aushub macht, kann Sie diese Baustellen mit Kies auffüllen. Dafür kann [U04] zum Beispiel Wandkies verwenden. (Auf Anmerkung beim Verlesen: [U04] hat einen gewissen Bedarf an Kies, da bspw. bei Baustellen nachher Kies zum Auffüllen gebraucht wird. Aber ihr Bedarf an Kies liegt nicht im Bereich der Menge, welche sie von KAGA beziehen muss)».[2343]

1197. Wie die von der Kiesbezugspflicht faktisch betroffenen Dritten auf die Einführung der Kiesbezugspflicht reagierten, lässt sich mit ausreichender Überzeugungskraft[2344] aus der Entwicklung ihrer Deponievolumina von unverschmutztem Aushub sowie der von ihnen bezogenen Kiesmengen schliessen. Die nachfolgende Tabelle zeigt die Berechnungen von KAGA zur Einhaltung der Kiesbezugspflicht, ergänzt mit der gesamten im Jahr 2012 deponierten Menge unverschmutzten Aushubs (dunkelgrau hinterlegt ist die Kundin, die trotz Überschreitung des «Freivolumens» im Jahr 2013 in den Berechnungen von KAGA zur Bezugspflicht in diesem Jahr nicht aufgeführt ist; fett hervorgehoben sind die das «Freivolumen» übersteigenden Mengen).

		1.1.–31.12. 2012	1.3.–31.12. 2012	1.1.–31.12. 2013	1.1.–30.11. 2014
[U04]	Deponierung	106’759	**93’791**	**29’789**	0
	Kiesbezug	7’778	7’435	4’516	1’265
[U01]	Deponierung	22’775	**18’629**	**39’093**	**30’539**
	Kiesbezug	6’862	6’496	14’181	8’369
[U39]	Deponierung	7’587	**6’831**	**14’808**	4’198
	Kiesbezug	435	370	512	442
[U41]	Deponierung	6’234	**5’445**	**12’653**	7’060
	Kiesbezug	111	111	1’721	565
[U40]	Deponierung	6’522	**5’794**	**7’848**	3’629
	Kiesbezug	642	542	1’861	463
[U43]	Deponierung	13’477	**5’679**	**6’984**	4’103
	Kiesbezug	1’548	882	0	72
[U36]	Deponierung		k.A.	k.A. **(9’735)**	8’787

Tabelle 66: Dritte, die in mindestens einem der Jahre 2012, 2013 oder 2014 mehr als das «Freivolumen» unverschmutzten Aushub in Bümberg deponiert haben (Quellen: Spalte 3: Auswertungen der Beilagen 13–16 von Act. IV.13 für die Jahre 2012–2014; Spalten 4, 5 und 6: Berechnungen von KAGA zur Bezugspflicht, Act. II.A.X.345, II.A.X.453 und II.A.X.563; ergänzt durch Auswertung der Beilage 14 von Act. IV.13 für das Jahr 2013 hinsichtlich [U36]).

1198. Die von der Kiesbezugspflicht faktisch betroffenen Dritten reagierten unterschiedlich auf die Einführung der Kiesbezugspflicht. Im Einzelnen:

1199. **[U01]** – Erhöhung des Kiesbezugs: [U01] bezog in den Jahren 2009–2011 jährlich zwischen rund 1'500 und 2'500 m³ Rohkies bei KAGA. In dieser Grössenordnung liegen auch ihre Bezugsmengen in den ersten zwei Monaten im Jahr 2012, die – hochgerechnet auf das gesamte Jahr – einem Bezug von ca. 2'200 m³ entsprachen. Nach Einführung der Kiesbezugspflicht per 1. März 2012 vervielfachte [U01] ihren Kiesbezug bei KAGA: von März bis Dezember bezog sie 6'496 m³, was hochgerechnet auf das gesamte Jahr einer Menge von rund 7'800 m³ entspricht. Im Jahr 2013 bezog sie rund 14'200 m³ und im Jahr 2014 rund 8'400 m³. Die gesteigerten Kiesbezugsmengen stehen zudem in Relation zum im jeweiligen Jahr deponierten Volumen von unverschmutztem Aushub sowie dem erhöhten «Freivolumen» im Jahr 2014. Trotz des beachtlichen Volumens des von [U01] deponierten unverschmutzten Aushubs gelang es ihr durch die Steigerung der von ihr bezogenen Kiesmenge, die Kiesbezugspflicht im Jahr 2012 fast vollständig und in den Jahren 2013 und 2014 zumindest in wesentlichem Umfang einzuhalten. Mehr Kies bezogen als es die Kiesbezugspflicht von ihr verlangte, hat [U01] aber in keinem der Jahre.

1200. **[U04]** – (versuchte) Erhöhung des Kiesbezugs. Nachfolgend wird festgestellt, dass [U04] einerseits ihren Kiesbezug bei KAGA erhöhte und andererseits versuchte, diesen noch weiter zu erhöhen, was ihr jedoch nicht gelang. Im Einzelnen:

[2343] EV von [...] vom 14.1.2015, Rz 281–287, Act. III.6.
[2344] Siehe dazu Rz 229.

- [U04] bezog im gesamten Jahr 2012 7'778 m³ Rohkies bei KAGA. Davon entfielen 7'435 m³ auf die zehn Monate ab Einführung der Kiesbezugspflicht, was einem monatlichen Durchschnitt von 744 m³ entspricht bzw. – auf ein Jahr hochgerechnet – einem Bezug von rund 8'900 m³. Demgegenüber hat sie in den ersten zwei Monaten des Jahres 343 m³ Rohkies bezogen, was einem monatlichen Durchschnitt von 172 m³ entspricht bzw. – auf ein Jahr hochgerechnet – einem Bezug von rund 2'050 m³. In den Monaten Januar und Februar 2012, also vor Einführung der Kiesbezugspflicht, war die Bezugsmenge von [U04] demnach fast viereinhalb Mal geringer als in den restlichen Monaten des Jahres 2012, also nach Einführung der Kiesbezugspflicht. Im Jahr 2014 wiederum deponierte [U04] keinen unverschmutzten Aushub mehr in Bümberg, nachdem KAGA ab 2. September 2013 die Annahme von unverschmutztem Aushub von [U04] verweigerte (auf die Gründe dafür wird an späterer Stelle noch einzugehen sein)[2345]. Zugleich schrumpfte die Menge Rohkies, die sie bei KAGA in diesem Jahr bezog, auf 1'265 m³. [U04] steigerte demnach die von ihr bei KAGA bezogene Kiesmenge deutlich, um so die Kiesbezugspflicht zumindest zu einem gewissen Teil einzuhalten.

- [U04] versuchte zudem, die Kiesbezugspflicht zu erfüllen, indem sie das Rohkies an die nahegelegenen Kieswerke der Aktionärinnen Heimberg und Aare-Kies (Daepp) verkaufen wollte. Der Geschäftsführer von [U04] schilderte dies wie folgt: «Ich wollte den Vertrag mit der KAGA ja erfüllen, also habe ich geschaut, wie ich das bei der KAGA bezogene Kies loswerden kann. Ich habe dann bei den Kieswerken der Firmen Heimberg und Daepp angefragt, ob ich ihnen das Kies bringen kann. Ich habe ihnen sogar die Fuhren gratis angeboten. Aber im Jahr 2013 wurde dies sofort vom Verwaltungsrat der KAGA unterbunden. Dies, da die Firmen Heimberg und Daepp ja auch Mitglied im Verwaltungsrat der KAGA sind».[2346] Daepp habe ihm gesagt, «dass es einfach nicht geht. Fertig und Schluss. Es sei ja nicht der Sinn, da die Firma Daepp sonst zu wenig Kies bei der KAGA beziehen würde. In unserem Vertrag mit der KAGA hiess es aber einfach, dass wir Kies beziehen müssen».[2347] Daepp wäre nach Angaben von [U04] bereit gewesen, von ihr den KAGA-Kies entgegenzunehmen, aber dies sei vom VR der KAGA untersagt worden. Im Jahr 2015 habe [U04] dann wieder Kies zu Daepp bringen dürfen.[2348] An anderer Stelle hielt der Geschäftsführer von [U04] ferner fest: «Hätten wir eine Vergünstigung wie die Aktionäre von KAGA für den Kiesbezug erhalten, dann hätten wir das mit dem Kiesbezug vielleicht hinbekommen. Aber da wir das Kies zum Listenpreis beziehen mussten, gab es für uns keine Möglichkeit, das Kies auch in der Region zu verteilen bzw. weiterzuveräussern. Der Preis, welcher sich aus dem Einkaufspreis bei der KAGA und dem Transport für Kies zusammensetzte, war nicht mehr konkurrenzfähig».[2349] Auf Nachfrage des Rechtsvertreters von KAGA bezüglich Kiesbezug zum Listenpreis relativierte er seine diesbezügliche Aussage und gab an, im Vertrag habe es einen Staffelrabatt gegeben.[2350]

- Wenn auch etwas verklausuliert, bestätigte die für die Aktionärin Heimberg aussagende Person, dass Heimberg kein Kies von [U04] entgegengenommen hätte, welches diese zuvor bei KAGA bezogen hat. Konkret sagte [...] aus: «Die Firma [U04] muss Kies beziehen. Das Kies würde [U04] im Raum Thun auf den Markt bringen, daher ist mir dies in Erinnerung. Wir sind dort auf dem Markt tätig und würden das Kies entgegen nehmen. Die Firma [U04] ist ja ein Aushubunternehmen. (Auf Anmerkung bei Verlesen: Wir würden das Kies der Firma [U04] nicht entgegennehmen. [U04] würde selber in den Verkauf von Kies im Raum Thun einsteigen, wo wir auch im Verkauf von Kies tätig sind.)».[2351] Und weiter: «Wir kaufen Kies von der Firma [U04], wenn sie guten Aushub bei einer Baustelle macht. Es ist nie ein Thema gewesen, das Kies, welches [U04] von der KAGA bezieht, von [U04] zu kaufen».[2352]

- Dass die Aktionärinnen von KAGA keinen Rohkies von [U04] entgegennehmen sollten, den diese (zur Einhaltung der Kiesbezugspflicht) bei KAGA erworben hat, war denn auch die Meinung im VR von KAGA. Das ist dem Protokoll[2353] einer Sitzung des VR von KAGA zu entnehmen, anlässlich welcher die bisherigen, letztlich fruchtlosen Verhandlungen mit [U04] sowie die anschliessende Aushubannahmeverweigerung bis zur Erfüllung des Kiesbezugsrückstands rekapituliert wurden[2354]. In diesem Protokoll ist Folgendes festgehalten:[2355]

  «Der VR der KAGA kommt nach eingehender Diskussion zu folgendem Schluss:

  - Es ist richtig, dass für [U04] dieselben Bedingungen für die Aushubannahme gelten wie für sämtliche anderen Kunden der KAGA (keine Sonderbehandlung mehr).

  - Für den direkten Umgang der KAGA-Aktionäre mit [U04], z.B. was die Annahme von Kies ab Baustellen betrifft, sind wie bisher allein die Aktionäre zuständig».

- Diese Passage heisst im Umkehrschluss nichts anderes, als dass für den «indirekten» Umgang der Aktionärinnen mit [U04] eben nicht die Aktionärinnen zuständig sind, sondern KAGA. Was mit «direktem Umgang» gemeint ist, zeigt das dafür gegebene Beispiel «Kies ab Baustellen»; beim «direkten Umgang» sind einzig die jeweilige Aktionärin und [U04], die den rohkieshaltigen Aushub durch ihre Tätigkeit auf Baustellen erlangt hat, involviert. Mit dem «indirekten Umgang» zwischen den Aktionärinnen und der [U04]

[2345] Siehe Rz 1228 ff.
[2346] Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 250-255, Act. III.26.
[2347] Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 261-264, Act. III.26.
[2348] Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 250-272, Act. III.26.
[2349] Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 139-143, Act. III.26.
[2350] Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 450-465, Act. III.26. Siehe ausführlicher zu diesem vertraglichen «Spezialpreis» Rz 1059 und 1157.
[2351] EV von [...] vom 14.1.2015, Rz 270–276, Act. III.6.
[2352] EV von [...] vom 14.1.2015, Rz 292–294, Act. III.6.
[2353] VR-Protokoll der KAGA vom 12.9.2013, T. 3.1, Act. II.D.X.6.
[2354] Ausführlich dazu Rz 1228 ff.
[2355] VR-Protokoll der KAGA vom 12.9.2013, T. 3.1, Act. II.D.X.6.

muss daher der Bezug von Wandkies gemeint sein, das [U04] von KAGA bezogen hat. Für solche Bezüge (die es [U04] letztlich ermöglicht hätten, die Kiesbezugspflicht zu erfüllen, indem sie KAGA-Wandkies an Aktionärinnen mit Kieswerk weitergeliefert hätte) sind die Aktionärinnen nicht zuständig. Das bedeutet, dass die Aktionärinnen nicht ohne Zustimmung der KAGA Wandkies von [U04] beziehen durften, das [U04] zuvor von der KAGA bezogen hat. Derartige Kiesbezüge von [U04] waren somit – mangels «Freigabe» durch KAGA – verpönt.[2356]

- Diese Haltung steht an sich im Einklang damit, dass die Pflicht zum Kiesbezug ihren Ursprung darin hat, den Kiesabsatz bei KAGA steigern zu wollen. Würde [U04] die Aktionärinnen Heimberg und Aare-Kies (Daepp) mit Kies ab KAGA beliefern, dürfte sich im Gleichlauf damit deren eigener, direkter Kiesbezug bei KAGA im entsprechenden Umfang reduzieren. Der Kiesabsatz bei KAGA bliebe so unter dem Strich unverändert, die mit der Pflicht zum Kiesbezug verfolgte Absicht unerreicht. Diese Haltung des VR von KAGA ist insofern nachvollziehbar und in sich stimmig. Sie beisst sich allerdings mit der Handhabung gegenüber den Aktionärinnen, bei welchen der VR von KAGA gerade nicht sicherstellte, dass durch die Kiesbezugspflicht effektiv mehr Kies bezogen wurde resp. werden musste[2357] (beispielsweise indem für die Einhaltung der Kiesbezugspflicht erst Kiesbezüge beachtet worden wären, die über die in den Vorjahren gemachten Kiesbezüge hinausgingen).

1201. Zusammengefasst ist festzustellen, dass [U04] einerseits ihren Kiesbezug bei KAGA erhöhte, was aber zur Einhaltung der Kiesbezugspflicht noch bei Weitem nicht ausreichte. Andererseits wollte [U04] Rohkies, den sie bei KAGA aufgrund der Kiesbezugspflicht erworben hätte, an Kieswerke in der Nähe weiterveräussern. Dafür kamen primär die Aktionärinnen Heimberg und Aare-Kies (Daepp) in Frage ([U01], die ebenfalls in der Nähe ein Kieswerk betreibt, erhöhte bereits aufgrund der sie treffenden Kiesbezugspflicht ihren Kiesbezug bei KAGA,[2358] weshalb sie naheliegenderweise kein Interesse an einer zusätzlichen Belieferung durch [U04] gehabt haben dürfte). Dieses Ansinnen von [U04] wurde allerdings vereitelt. Ebenso wenig war es [U04] gemäss eigenen Angaben möglich, das Rohkies anderweitig zu veräussern, da sie einen höheren Einstandspreis bei KAGA hatte als deren Aktionärinnen, weshalb sie nicht konkurrenzfähig war.

1202. **[U43]** – Suche nach anderen Deponien: [U43] deponierte im gesamten Jahr 2012 13'477 m^3 unverschmutzten Aushub bei KAGA. Davon entfielen 5'679 m^3 auf die zehn Monate ab Einführung der Kiesbezugspflicht, was einem monatlichen Durchschnitt von 568 m^3 entspricht. Demgegenüber hat sie in den ersten zwei Monaten des Jahres noch 7'798 m^3 deponiert, was einem monatlichen Durchschnitt von 3'900 m^3 entspricht. Die durchschnittliche Deponiemenge in den Monaten Januar und Februar war damit fast sieben Mal höher als die durchschnittliche Deponiemenge in den zehn Monaten nach Einführung der Kiesbezugspflicht. [U43] erreichte durch diese drastische Reduktion der bei KAGA deponierten Menge unverschmutzten Aushubs, dass sie das «Freivolumen» im Jahr 2012 nur noch knapp überschritt und primär durch den Bezug von «Kies ab Wand sortiert»[2359] die Kiesbezugspflicht einhalten konnte.

1203. **[U41]** – Erhöhung des Bezugs von «Kies ab Wand sortiert» und «RC Produkte» ab 2013: Ab dem Jahr 2013 wurde für die Einhaltung der Kiesbezugspflicht der Bezug von «Kies ab Wand sortiert» neu zu 100 % angerechnet und neu auch der Bezug von «RC Produkte» zu 100 % berücksichtigt.[2360] Die angerechnete Kiesbezugsmenge im Jahr 2013 war in der Folge sowohl bei [U40] als auch bei [U41] wesentlich höher als im Jahr 2012. Bei [U40] ist diese Steigerung nicht auf ein verändertes Bezugsverhalten zurückzuführen, sondern «nur» auf die geänderte Berechnung, bezog doch [U40] auch schon im Jahr 2012 in vergleichbarem Umfang «RC Produkte».[2361] Demgegenüber änderte sich das Bezugsverhalten von [U41] im Nachgang zu dieser Berechnungsänderung. Während sie im Jahr 2012 kein «Kies ab Wand sortiert» und ca. 33 m^3 «RC Produkte» bezogen hat, bezog sie im Jahr 2013 je mehr als 800 m^3 von beiden diesen Produkten. Durch diese Erhöhung des Bezugs anrechenbarer Materialien konnte [U41] die Kiesbezugspflicht im Jahr 2013 zumindest teilweise einhalten.

1204. **[U39]** – Suche nach anderen Deponien oder unbeeinflusste Entwicklung? Anders als bei [U43] lässt sich bei [U39] zwischen den ersten zwei Monaten im Jahr 2012 und den weiteren zehn Monaten kein markanter Rückgang des in Bümberg deponierten unverschmutzten Aushubs feststellen. [U39] war in den vorangegangenen Jahren 2009, 2010 und 2011 aber immerhin die viertgrösste Kundin in diesem Bereich mit einer durchschnittlichen jährlichen Anliefermenge von rund 22'550 m^3.[2362] In den Jahren 2012, 2013 und 2014 als die Kiesbezugspflicht galt, belief sich ihre durchschnittliche jährliche Anliefermenge demgegenüber noch auf rund 9'500 m^3.[2363] Allerdings belief sich ihre durchschnittliche Anliefermenge in den Jahren 2015, 2016 und 2017, als die Kiesbezugspflicht nicht mehr galt, auf noch weniger, nämlich auf gut 7'800 m^3.[2364] Diese Entwicklung kann nun unterschiedliche Gründe haben. Denkbar ist etwa, dass sich [U39] aufgrund der Kiesbezugspflicht in den Jahren 2012 bis 2014 anders orientierte und diese Neuorientierung auch nach Aufhebung der Kiesbezugspflicht beibehielt. Mit ein Grund für die Beibehaltung der Neuorientierung könnte für [U39] die ab dem Jahr 2015 wieder geöffnete Deponie von Alluvia in Oberwangen[2365] gewesen sein. Denkbar wäre aber auch ein genereller

[2356] Nicht durchschlagend daher die Ausführungen von KAGA in ihrer Stellungnahme zur Zeugeneinvernahme von [...] in Act. IV.4 Rz 37 zweites Lemma.
[2357] Ausführlicher dazu Rz 1186 ff.
[2358] Siehe vorangehende Rz.
[2359] Vgl. Act. II.A.X.345.
[2360] Rz 1169.
[2361] Vgl. den Bezug von [U40] gemäss Act. II.A.X.345 mit Act. II.A.X.453.
[2362] Rz 1182.
[2363] Auswertung der Beilage 14 von Act. IV.13 zu [U39] für die Jahre 2012, 2013 und 2014.
[2364] Auswertung der Beilage 14 von Act. IV.13 zu [U39] für die Jahre 2015, 2016 und 2017.
[2365] Siehe dazu Rz 473 m.w.H.

Rückgang der Nachfrage von [U39] nach Deponievolumen für unverschmutzten Aushub. Was Ursache für das veränderte Nachfrageverhalten von [U39] war, lässt sich letztlich nicht mit ausreichender Bestimmtheit feststellen.

1205. **[U40]** – Keine Reaktion erforderlich: Bei [U40] ist nicht ersichtlich, dass diese durch eine Erhöhung ihres Kiesbezugs bei KAGA, eine Reduktion der dort deponierten Menge unverschmutzten Aushubs oder anderweitig auf die Einführung der Kiesbezugspflicht reagiert hätte. Allerdings war das für [U40] auch nicht erforderlich, da sie durch Beibehaltung ihres bisherigen Verhaltens die Kiesbezugspflicht erfüllte. Einerseits überschritt sie das «Freivolumen» im Jahr 2012 bloss eher geringfügig und glich die Überschreitung durch ihren Rohkiesbezug im bisherigen Umfang aus. Im Jahr 2013 überschritt sie das «Freivolumen» hingegen deutlicher, doch glich sich diese Überschreitung dank der geänderten Berechnung von KAGA durch ihren Materialbezug im bisherigen Umfang aus.[2366] [U40] wurde durch die Kiesbezugspflicht in ihrem Verhalten daher effektiv nicht beschränkt.

1206. **[U36]** – Aussitzen: [U36] deponierte erstmals im Jahr 2013 über dem «Freivolumen» bei KAGA, wurde von KAGA aber im entsprechenden Jahr gleichwohl nicht auf ihrer Auswertung bezüglich Einhaltung der Kiesbezugspflicht aufgeführt.

1207. Zusammenfassend ist demnach bewiesen, dass [U01], [U04], [U43] und [U41] ihr Verhalten aufgrund der Kiesbezugspflicht geändert haben. Bei [U39] lässt sich demgegenüber nicht mit genügender Bestimmtheit feststellen, dass ihre Verhaltensänderung auf die Kiesbezugspflicht zurückzuführen ist, wobei dies auch nicht ausgeschlossen werden kann. [U40] brauchte ihr Verhalten insbesondere aufgrund der Anpassung der Berechnung seitens KAGA im Jahr 2013 nicht anzupassen, während das bei [U36] aufgrund der Nichterfassung der KAGA nicht erforderlich war.

C.8.4.4.3 Besonders starke effektive Beschränkung von [U01] und [U04]

1208. Wie ausgeführt, war die Kiesbezugspflicht so ausgestaltet, dass sie sich ab einem bestimmten Volumen verdoppelte. Als Dritte von dieser Verdoppelung faktisch betroffen waren [U04] und [U01],[2367] weshalb die Kiesbezugspflicht deren Verhaltensspielraum effektiv noch wesentlich stärker beschränkte als denjenigen der übrigen Dritten. Bei [U04] und [U01] handelt es sich nun nicht um «irgendwelche» Dritte. Im Einzelnen:

1209. Diese zwei Unternehmen wurden bereits in der «Branchen-Analyse Kies- und Deponiegeschäft» aus dem Jahr 2002, die ein Beratungsunternehmen für KAGA erstellte, namentlich aufgeführt, was deren Relevanz für das Geschäft von KAGA unterstreicht. Bei «Arten von Kiesförderern» unterscheidet die Analyse zwischen «Im direkten Marktgebiet KAGA» tätigen Unternehmen und solchen «Ausserhalb Marktgebiet KAGA». «Im direkten Marktgebiet KAGA» führt die Analyse einzig einerseits die «Aktionäre (Kieswerke)» und andererseits die «Kieshändler (Lehmann, [U04], [U01] etc.)» auf.[2368] Von den drei namentlich bezeichneten «Kieshändlern» blieben nach der Übernahme von Lehmann durch Aktionärinnen von KAGA ab November 2010[2369] bloss noch [U04] und [U01] übrig.

1210. Ebenfalls im Rahmen der Strategietagung des VR von KAGA im Jahr 2002 erfolgte eine «Auswertung Aktivitätsfelder für KAGA». Als «[M]ögliche neue Leistungen der KAGA» wurde unter anderem das Feld der «Alternative[n] Materialgewinnung, Substitution, Recycling» aufgeführt und dazu Folgendes festgehalten: «Die KAGA macht dies bereits zu einem Teil, müsste evtl. ausgebaut werden. Hauptkonkurrenten im Marktgebiet der KAGA sind [U04] und [U01]».[2370] Weiter wurde an der Strategietagung «die mögliche zukünftige Situation bei [U01] […] als Hauptkonkurrent im Kies- und insbesondere Deponiemarkt der KAGA» diskutiert. «Es besteht die Gefahr, dass Kiesgrube und Transportgeschäft von [U01] von anderen Marktteilnehmern wie z.B. [U04], Lehmann oder Anderen übernommen werden könnten». Der VR von KAGA war daher (explizit) einstimmig der Meinung, «dass in einer solchen Situation die Kiesgrube von der KAGA übernommen werden müsste, um nicht der Gefahr anderer Konkurrenten, welche diese Grube in Besitz nehmen würden, ausgesetzt zu sein».[2371]

1211. Bereits an anderer Stelle wurde festgestellt, dass in den Planungsregionen Bern-Mittelland und Thun-Oberland West Rohkies primär von KAGA und einigen ihrer Aktionärinnen gewonnen wurde und wird. Dritte sind bloss wenige vorhanden, die zudem nur einen geringen Anteil der gewonnenen Rohkiesmenge auf sich vereinigen.[2372] Dabei ist [U01] diejenige Dritte, die in der Planungsregion Bern-Mittelland noch am meisten Rohkies gewonnen hat,[2373] und auch im Umkreis von ca. 20 Fahrminuten um die Kiesabbaustellen von KAGA ist sie die Dritte mit der grössten gewonnenen Rohkiesmenge.[2374] Mit anderen Worten ist [U01] im Bereich der Rohkiesgewinnung die grösste unabhängige Dritte, die in räumlicher Nähe zu den Kiesabbaustellen von KAGA tätig ist.

1212. Wie ebenfalls an anderer Stelle festgestellt, wurde und wird unverschmutzter Aushub, der in der Planungsregion Bern-Mittelland und den Teilregionen Entwicklungsraum Thun und Kandertal deponiert wird, primär in Deponien von KAGA und einigen ihrer Aktionärinnen deponiert. Auch in diesem Bereich sind bloss wenige Dritte vorhanden, die zudem nur einen geringen Anteil des Volumens des dort deponierten unverschmutzten Aushubs auf sich vereinigen.[2375] Und wiederum ist [U01] diejenige Dritte, deren Deponie in der Planungsregion Bern-Mittelland in den Jahren 2004 bis 2015 das grösste Volumen unverschmutzten Aushubs aufnahm.[2376]

[2366] Siehe die vorangegangene Rz.
[2367] Rz 1182.
[2368] Act. II.G.X.12 S. 2; vgl. dazu ferner Rz 389.
[2369] Fn 2318.
[2370] Act. II.G.X.32 S. 16, Ziff. 2.1.
[2371] Protokoll des VRA von KAGA vom 5.9.2002, T. 6, Act. II.D.X.7. Siehe ferner auch Rz 771.
[2372] Rz 376.
[2373] Rz 379.
[2374] Rz 385, vgl. ferner Rz 405.
[2375] Rz 457 ff.
[2376] Rz 462.

1213. Seit 2018 betreibt auch [U04] eine Deponie für unverschmutzten Aushub, und zwar eine Deponie «auf grüner Wiese». Für die auf etwa knapp neun Jahre beschränkte Dauer ihrer Existenz gehört diese Deponie zu den 14 grössten Deponien für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern.[2377] Im regionalen Teilrichtplan aus dem Jahr 2006 war diese Deponie bereits aufgenommen, jedoch stand deren Eröffnung während längerer Zeit in der Schwebe und verzögerte sich, weil im September 2012 die Stimmbevölkerung der Gemeinde Thierachern den Erlass einer kommunalen Überbauungsordnung ablehnte.[2378] Dass [U04] beabsichtigte, eine Deponie «auf grüner Wiese» zu eröffnen, war KAGA bei Einführung der Kiesbezugspflicht durchaus bekannt und sie trug dem auch im Vorfeld in einem gewissen Masse Rechnung. So hielt etwa der Geschäftsführer von KAGA im September 2010 auf die Frage, ob im Deponiebereich weitere Massnahmen zu ergreifen seien, fest, es sei «etwas Luft» entstanden durch die Bewilligung zur Überhöhung in Bümberg, was einen «etwas lockereren Umgang bei der Annahme von Deponiematerial» erlaube. KAGA reagiere damit auch auf die «vermehrte Konkurrenzsituation in der Region und die damit zu pflegende Kundentreue. [U52] betreibt ebenfalls eine Deponie. [U04] plant eine Deponie in Thierachern».[2379]

1214. Bei den Deponien für unverschmutzten Aushub von [U01] und [U04] handelt es sich seit der Eröffnung der Deponie von [U04] um die zwei mit deutlichem Abstand grössten Deponien für unverschmutzten Aushub, die sich in einer Fahrdistanz von bis zu 20 Kilometern und einer Fahrzeit von bis zu 20 Minuten zu der Deponie Bümberg befinden und die von unabhängigen Dritten betrieben werden.[2380]

1215. Hinzu kommt, dass insbesondere [U04] nicht nur gegenüber KAGA, sondern auch gegenüber einzelnen ihrer Aktionärinnen eine Konkurrentin ist. Befragt danach, welche Aktionärinnen von KAGA Konkurrentinnen von [U04] seien, antwortete die für [U04] aussagende Person: «Im Bereich Rückbau und Aushub ist die Firma Kästli unser Konkurrent. Dann die Firma Hofstetter im Bereich Deponien. Dann die Firma Marti, die machen dasselbe wie wir, also Rückbau und Tiefbau. Dann noch die Firma Vigier, welche ein Konkurrent im Bereich Aushub, Rückbau und Deponien ist».[2381]

1216. Aber mehr noch – [U04] scheint nicht bloss eine Konkurrentin unter anderen gegenüber den Aktionärinnen von KAGA zu sein, sondern eine besonders wahrgenommene, entsprechend harte Konkurrentin. So zeigte sich der Vorsitzende der FIKO von KAGA, [...] (Alluvia), im August 2011, also im Jahr vor der Einführung der Kiesbezugspflicht, «besorgt über die Aktivitäten der Fa. [U04] im Raum Bern». «Diese unterbietet die Mitbewerber mit Tiefstpreisen!», weshalb er wissen wollte, wie viel Aushubmaterial [U04] aus dem Raum Bern bei KAGA deponiere und wie sich die Mengen in den letzten Jahren verändert hätten; der Geschäftsführer von KAGA stellte in Aussicht, dem nachzugehen und dies anhand ihrer Statistiken aufzeigen zu können.[2382] Auch ein Jahr später war die starke Präsenz von [U04], «die sich, nicht zur Freude der Berner Unternehmungen, in der Stadt Bern stark macht», erneut ein Thema im VR von KAGA – und zwar spezifisch bei der Diskussion darüber, wie sich KAGA gegenüber [U04] bezüglich der Deponiebewirtschaftung verhalten soll.[2383] Offenbar war man sich bei KAGA bewusst, dass diese thematische Verknüpfung – starke Präsenz von [U04] im Raum Bern einerseits, Verhalten von KAGA gegenüber [U04] bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub andererseits – heikel ist, wurde diese Passage im finalen VR-Protokoll doch gestrichen und durch die unverfänglichere Aussage ersetzt, diskutiert worden sei das Verhalten gegenüber [U04], welche die Vereinbarung 2012 nicht eingehalten habe.[2384]

1217. Zusammenfassend ist demnach festzustellen, dass es sich bei [U01] und [U04], die von der Kiesbezugspflicht besonders stark effektiv beschränkt wurden, um die zwei grössten Konkurrentinnen von KAGA in deren näherem Umfeld handelte, wobei bei [U04] der Einstieg als Deponiebetreiberin bei Einführung der Kiesbezugspflicht erst bevorstand. Zudem handelte es sich bei [U04] um eine – offenbar harte – Konkurrentin derjenigen Aktionärinnen von KAGA, die im Raume Bern im Bereich der Aushubentsorgung für Kundinnen aktiv waren, also von Alluvia und Kästli-Gruppe.

C.8.4.5 Zusammenfassendes Beweisergebnis dazu, wessen Verhaltensspielraum die Kiesbezugspflicht effektiv beschränkte

1218. Die von KAGA eingeführte Kiesbezugspflicht war so ausgestaltet, dass sie für die Aktionärinnen von KAGA, die dort unverschmutzten Aushub deponierten, bedeutungslos war. Sie bestand zwar auf dem Papier, effektiv beschränkte sie den Verhaltensspielraum der Aktionärinnen von KAGA aber nicht. Mit anderen Worten tangierte die Kiesbezugspflicht die Aktionärinnen von KAGA in deren Verhalten nicht. Dass die Kiesbezugspflicht für die Aktionärinnen von KAGA bedeutungslos sein wird und deren Verhaltensspielraum effektiv nicht beschränken wird, war zudem von vornherein, also noch vor der Einführung, offenkundig.

1219. Anders verhielt es sich hingegen für die Dritten, die von der Kiesbezugspflicht faktisch betroffen waren. Die Kiesbezugspflicht beschränkte deren Verhaltensspielraum effektiv und sie mussten nolens volens ihr Verhalten darauf ausrichten. Auch dies war von vornherein offenkundig.

1220. Die Kiesbezugspflicht war zudem so ausgestaltet, dass sie den Verhaltensspielraum der Dritten [U01] und [U04] besonders stark effektiv beschränkte. Dabei handelt es sich um die zwei grössten Konkurrentinnen von KAGA in deren näherem Umfeld. [U04] ist zudem eine Konkurrentin derjenigen Aktionärinnen von KAGA, die im Raume Bern im Bereich der Aushubentsorgung für Kundinnen aktiv waren, also von Alluvia und Kästli-Gruppe.

[2377] Rz 453 f.
[2378] Rz 359.
[2379] VR-Protokoll der KAGA vom 16.9.2010, T. 2.1, Act. II.D.X.6.
[2380] Rz 474 und 476.
[2381] Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 102–107, Act. III.26.
[2382] Siehe Rz 2249.
[2383] Rz 784.
[2384] Rz 784, Fn 1414.

1221. KAGA führte mit der Kiesbezugspflicht demnach bewusst und gewollt eine Regel ein, die vordergründig alle Kundinnen gleichbehandelte, wobei sie diese Gleichbehandlung in ihrer Kommunikation auch gerne hervorhob. Formell mag dies zutreffen, materiell handelt es sich dabei allerdings um Augenwischerei. Denn in Tat und Wahrheit gestaltete KAGA die Kiesbezugspflicht so aus, dass sie die Aktionärinnen von KAGA in deren Verhalten nicht einschränkte, die faktisch betroffenen Dritten hingegen sehr wohl – was sich KAGA von Anfang an bewusst war oder bewusst sein musste[2385]. Mehr noch: die Kiesbezugspflicht war inhaltlich so ausgestaltet, dass sie den Verhaltensspielraum der zwei grössten Konkurrentinnen von KAGA in deren näherem Umfeld, [U01] und [U04], besonders stark effektiv beschränkte.

C.8.5 Wie KAGA eine Nichteinhaltung der Kiesbezugspflicht sanktionierte

C.8.5.1 Einleitung

1222. KAGA wertete jeweils Ende eines Jahres aus, welche Kundinnen ihrer Kiesbezugspflicht nachgekommen waren und welche nicht. Ihre Auswertungen weisen folgende Kundinnen auf, die einen «Bezugs – rückstand» ausweisen:

	2012	2013	2014
[U04]	58’855.43	66'734.20	
[U01]	317.91	3'183.45	1'900.85
[U39]	545.30	4'937.63	
[U41]	111.52	2'216.82	
[U43]		991.99	

Tabelle 67: Kundinnen mit Rückstand bezüglich ihrer Kiesbezugspflicht gemäss Auswertungen von KAGA (Quellen: Act. II.A.X.345, II.A.X.453 und II.A.X.563).

1223. Die Auswertungen für das Jahr 2013 zeigen, dass KAGA den Rückstand aus dem Vorjahr auf dieses Jahr übertrug. Beim Rückstand, der für das Jahr 2013 ausgewiesen ist, handelt es sich demnach um den kumulierten Rückstand der Jahre 2012 und 2013. Bei der Auswertung für das Jahr 2014 fehlt demgegenüber eine Berücksichtigung des in den Vorjahren akkumulierten Rückstandes. Mit anderen Worten wird in dieser Auswertung einzig der Rückstand aus dem Jahr 2014 ausgewiesen, in dem ein «Freivolumen» von 10'000 Kubikmetern galt. Nicht erfasst in den Auswertungen von KAGA wurde [U36], die im Jahr 2013 das «Freivolumen» ebenfalls überschritten hat.[2386]

C.8.5.2 Keine Sanktionen gegenüber allen Kundinnen mit Ausnahme von [U04]

1224. Im Jahr 2012 wiesen [U39], [U01] und [U41] – in dieser Reihenfolge – je einen Rückstand im dreistelligen Kubikmeterbereich aus. Diesen Rückstand übertrug KAGA auf das Folgejahr 2013. Es bestehen keine Anzeichen dafür, dass KAGA gegenüber diesen Kundinnen noch anderweitig als durch diese Übertragung auf den Rückstand reagiert hätte.

1225. Im Jahr 2013 wiesen [U39], [U01] und [U41] – wiederum in dieser Reihenfolge – je einen Rückstand im vierstelligen Kubikmeterbereich aus, [U43] einen solchen von knapp 1'000 Kubikmetern, während der Rückstand von [U36] in der Auswertung von KAGA gar nicht erst erfasst wurde. Soweit ersichtlich übertrug KAGA diese Rückstände nicht auf das Folgejahr 2014. Es bestehen aber auch keine Anzeichen dafür, dass KAGA anderweitig gegenüber diesen Kundinnen auf den Rückstand reagiert oder sie dafür gar sanktioniert hätte.

1226. Im Jahr 2014 wies – auch mangels Übertrags aus dem Vorjahr – einzig [U01] einen Rückstand im vierstelligen Kubikmeterbereich aus. Es bestehen keine Anzeichen dafür, dass KAGA gegenüber [U01] in irgendeiner Form auf diesen Rückstand reagiert oder sie dafür gar sanktioniert hätte, zumal KAGA die Kiesbezugspflicht auf Anfang des Jahres 2015 aufgehoben hat.

1227. Demnach beschränkte sich die Reaktion von KAGA auf einen Rückstand beim Kiesbezug dieser Kundinnen darauf, ebendiesen Rückstand auf das Folgejahr zu übertragen; und auch dies nur vom Jahr 2012 auf das Jahr 2013. Nicht bewiesen ist, dass KAGA gegenüber diesen Kundinnen anderweitig auf deren Rückstand beim Kiesbezug reagiert oder diese Kundinnen dafür gar sanktioniert hätte. Dass KAGA so reagieren bzw. nicht reagieren wird, konnten diese Kundinnen jedoch nicht antizipieren oder gar schon im Voraus wissen. Daher mussten sie im Nachgang zur Einführung der Kiesbezugspflicht ihr eigenes Verhalten – wie zuvor beschrieben[2387] – anpassen. Dass KAGA nicht weiter auf die Rückstände dieser Kundinnen reagierte, könnte denn auch gerade daran liegen, dass diese Kundinnen, insbesondere [U01] und [U43], ihr Verhalten angepasst haben, um die Kiesbezugspflicht so gut wie möglich einzuhalten.

[2385] Unmissverständlich die diesbezüglichen Statistiken (die auf Anfrage des Vertreters von Vigier vom Geschäftsführer von KAGA erstellt wurden, vgl. VR-Protokoll der KAGA vom 3.4.2008, T. 1, und VR-Protokoll der KAGA vom 13.5.2008, T. 3; beide Act. II.D.X.6), welche die Differenz zwischen Anlieferung und Bezug für die Jahre 2002 bis 2007 für die Aktionärinnen von KAGA und fünf namentlich bezeichnete Hauptkundinnen von KAGA ausweisen, und dem VR von KAGA für die Sitzung vom 13.5.2008 vorlagen, Act. II.C.X.122, S. 12 f.

[2386] Rz 1197.

[2387] Rz 1197 ff.

C.8.5.3 Sanktion gegenüber [U04]: «Einbindungsversuch» und Sperrung der Deponie

1228. Die Vereinbarung zwischen KAGA und [U04] (wie auch diejenige zwischen KAGA und [U01], dort aber ohne Mehrtransportkostenreduktion)[2388] vom 4. Mai 2012 sah unter dem Titel «Kompensation von nicht eingehaltenen Kiesbezugsmengen» Folgendes vor: «Für nicht eingehaltene Kiesbezüge stellt die [U04] der KAGA in der Deponie Thierachern Eymatt ein Auffüllvolumen im gleichen Umfang zur Verfügung. Diese Deponie kann von der KAGA oder ihren Kunden frei angefahren werden. Der Preis pro m^3 abgekipptem Aushubmaterial, den die KAGA der [U04] vergütet ist derselbe wie bei der KAGA (Tonnenpreis x Raumgewicht 1,7), abzüglich Mehrtransportkosten (für 2012 ca. Fr. –.48/km und m^3) ab Ausfahrt A6 Heimberg bis Thierachern Eymatt retour. P.S. Die Mehrtransportkosten basieren auf dem TA (Transportkostenausgleichsberechnung) der KAGA)».[2389]

1229. Am 23. September 2012 lehnten die Stimmberechtigten der Gemeinde Thierachern das Deponieprojekt von [U04] ab.[2390] [U04] wandte sich daraufhin gegen Ende Oktober 2012 an den Kanton und ersuchte diesen, den Erlass einer kantonalen Überbauungsordnung einzuleiten. In ihrem Schreiben stellte [U04] unter anderem die Annahmerestriktionen bei der Deponie von KAGA in Bümberg aus ihrer Sicht dar und legte die Vereinbarung zwischen ihr und KAGA bei.[2391]

1230. Auch KAGA reagierte auf das negative Abstimmungsergebnis in Thierachern. Mit Schreiben vom 29. Oktober 2012 hielt sie gegenüber [U04] zunächst fest, deren «Anliefermengen 2012 in die Aushubdeponie Bümberg [seien] bis heute sehr hoch». Weiter führte sie aus, sie müsse zum heutigen Zeitpunkt davon ausgehen, dass [U04] die «abgemachte Bezugspflicht von Kies bzw. Kompensation von Deponievolumen in der geplanten Aushubdeponie Eyacher, Thierachern nicht [werde] erfüllen können». KAGA teilte [U04] anschliessend mit, sie werde im Jahr 2012 von einer spezifischen Baustelle keinen weiteren Aushub mehr annehmen, ebenso wenig von «nicht angemeldete[n] Aushub-Objekte[n] von über 1000 m^3» sowie von Gebieten ausserhalb der Region Thun. Für das Jahr 2013 werde KAGA [U04] noch vor Ende des Jahres 2012 ihre Annahmemöglichkeiten mitteilen.[2392] An der Sitzung der FIKO von KAGA vom 13. November 2012 schlug der Geschäftsführer von KAGA vor, «die Annahmebedingungen zu überdenken und allenfalls mit Kontingentierungen für die grösseren Anlieferer zu regeln. Auffallend ist ja, dass die Fa. [U04] in Thun zu grosse Mengen von innerhalb des Annahmegebietes gebracht hat, die Kiesbezüge aber wahrscheinlich nicht erfüllen wird». Die Diskussion der FIKO-Mitglieder [...] (Alluvia), [...] (Kästli) und [...] (KAGA) ergab, «dass eine Kontingentierung wahrscheinlich nicht ganz befriedigen wird und der eigentliche 'Problemfall' die [U04] ist, welche infolge der Absage für eine Deponie in Thierachern (Gemeindeabstimmung) das ev. Kompensationsvolumen zugunsten KAGA (…) nicht mehr erfüllen kann, die Kiesbezüge wohl nicht realisieren wird, jedoch gleichzeitig zu grosse Aushubmengen gegenüber den Vorjahren anliefert. Da heute noch mit dieser Unternehmung ein Gespräch abgemacht ist, wird dieses Resultat abgewartet und nachträglich von [...] und [...] ein Vorschlag zu Handen des VR KAGA ausgearbeitet».[2393] In der VR-Sitzung vom 29. November 2012 fasste der VRP die «Ist-Situation» wie folgt zusammen: «Die in den Vereinbarungen festgelegten Anliefermengen mit Kiesbezugsverpflichtungen können eingehalten werden, mit Ausnahme der grössten Aushublieferantin, der [U04]. Im Weiteren können die als Kompensation vereinbarten Deponie-Ersatzguthaben zur Gunsten der KAGA in der geplanten Deponie Thierachern nicht realisiert werden, da das Projekt von der Bevölkerung abgelehnt wurde». Der VR diskutierte anschliessend das Thema, «insbesondere das zukünftige Verhalten gegenüber der Firma [U04], die die Vereinbarung 2012 nicht eingehalten hat. Hier braucht es Lösungen, die einerseits der speziellen Situation von [U04] gerecht werden, andererseits die übrigen KAGA-Kunden nicht benachteiligen und keine Marktverzerrung ergeben». Der VR beschloss daraufhin (implizit)[2394] einstimmig u.a., dass mit [U04] eine gegenüber den übrigen KAGA-Kundinnen vertretbare Lösung zu finden sei. «Das weitere Vorgehen gegenüber der Firma [U04] wird dem Geschäftsführer und dem Präsidenten, sowie der FIKO in Auftrag gegeben, mit folgenden Rahmenbedingungen: Einbinden (Deponie Thierachern), Sicherheiten, Fairness, Gleichbehandlung».[2395]

1231. In der Folge kam es zu Gesprächen zwischen KAGA und [U04], an denen sich die Beteiligten – zumindest aus Sicht von KAGA – «über die Eckpunkte der Zusammenarbeit» geeinigt haben.[2396] An der Geschäftsleitungssitzung von Alluvia vom 17. Januar 2013 wurde diesbezüglich denn auch wie folgt informiert: «Die [U04] ist bereit, mit der KAGA zu kooperieren. (Deponie Thierachern). Damit ist auch die Schuttannahme in Oberwangen (Europaplatz) freigegeben. (läuft seit 15. Januar)».[2397] Vertragsentwürfe, die der VRP von KAGA an den Geschäftsführer von KAGA sandte,[2398] zeigen auf, welche Lösung damals – jedenfalls seitens KAGA – angestrebt wurde: In der Präambel wird die Ausgangslage geschildert, wonach «der vertraglich vereinbarte Ausgleich» aufgrund der derzeitigen Nichtrealisierbarkeit der Deponie Eyacher durch [U04] «momentan nicht erfüllbar» sei. Mit der Vereinbarung würden die Beteiligten KAGA und [U04] «ihre längerfristige Zusammenarbeit für den dereinstigen gemeinsamen Betrieb der Deponie

[2388] Act. VI.38 Anhang.
[2389] Act. II.E.X.136, Ziffer 1.3. Zu den vorangegangenen Entwürfen Rz 1151 und die dortigen Hinweise.
[2390] Vgl. BGer, 1C_23/2017 vom 3.10.2017, Sachverhalt Bst. A.
[2391] Act. II.E.X.151.
[2392] Anhang 2 der Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Act. III.26.
[2393] Zu dieser FIKO-Sitzung und insbesondere den Zitaten daraus siehe Protokoll der FIKO von KAGA vom 13.11.2012, T. 6.2 f., Act. II.B.X.463.
[2394] Rz 694 f.
[2395] Zu dieser VR-Sitzung und den Zitaten daraus siehe VR-Protokoll der KAGA vom 29.11.2012, T. 4, Act. II.D.X.6; siehe dazu auch Rz 784.
[2396] Vgl. Anhang «Geschichtliche Abfolge» zum Schreiben von KAGA an [U04] vom 13.3.2014 (Act. II.E.X.221 resp. – identisch II.G.X.247).
[2397] Protokoll der Geschäftsleitungssitzung von Alluvia vom 17.1.2013, T. 1.4.6, Act. II.G.X.176.
[2398] Act. II.D.X.111. Die nachfolgenden Zitate stammen aus diesen Vertragsentwürfen.

Eyacher verbindlich festlegen» wollen. «Um das Bewilligungsverfahren nicht zu erschweren», werde zum jetzigen Zeitpunkt «noch kein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen». Gemäss Ziffer 1 des Vertrags sollten sich die Beteiligten zum Abschluss eines Gesellschaftsvertrags nach Vorliegen der rechtskräftigen Bewilligung für die Deponie Eyacher verpflichten. Ziffer 2 sah insbesondere bei Nichterfüllung von Ziffer 1 eine Konventionalstrafe zu Lasten von [U04] vor. Der bereits ausgearbeitete Gesellschaftsvertrag sah vor, dass KAGA und [U04] eine einfache Gesellschaft bilden (Art. 1). Deren Zweck sollte sein, «die Auffüllung und Rekultivierung der Deponie Eyacher» zu realisieren und zu betreiben (Art. 2). Die Beteiligungsverhältnisse sollten sich «nach der Grössenordnung der voraussichtlich durch die Partner beanspruchten Deponiemengen» richten (Art. 3), wobei ein Verhältnis von 75 % ([U04]) zu 25 % (KAGA) vorgesehen war (Art. 4.1). Die Vorleistungen von [U04] für die Deponie Eyacher wie etwa Verträge, Planung etc. sollten «als Kompensation und Risikoanteil in Bezug auf die Vereinbarung mit der KAGA unentgeltlich» in die einfache Gesellschaft eingebracht werden (Art. 4.2). Für wichtige Beschlüsse war sodann eine Einstimmigkeit der Gesellschafter vorgesehen (Art. 6). In anderen Dokumenten wird das beabsichtigte Beteiligungsverhältnis etwas anders angegeben, einmal mit 80 % zu 20 %[2399], einmal mit 70 % zu 30 %[2400].

1232. Am 3. Juli 2013 fand sodann eine Besprechung dieser Vertragsentwürfe zwischen [U04] und KAGA, handelnd durch ihren VRP und den Geschäftsführer, in den Räumlichkeiten von Kästli statt. Zum Gesprächsgang ist zu lesen: «Wichtig ist [...] nun, dass nun Nägel mit Köpfen gemacht werden, dies nachdem von KAGA mehrere Anläufe und Vorschläge gemacht wurden». [U04] stellte in Aussicht, die Verträge nach Überprüfung durch ihren (damals ferienabwesenden) Anwalt eingehen und unterzeichnen zu wollen. Sie hatte Frist bis zum 9. August 2013 für eine Rückmeldung, wobei die Vertragsunterzeichnung für den 30. August 2013 beabsichtigt war.[2401] Am 26. August 2013 orientierte [...] die FIKO der KAGA darüber, dass [U04] «wahrscheinlich nicht auf die Vorschläge der KAGA eintreten» wolle.[2402] Diese Einschätzung sollte sich kurz darauf bestätigen: Mit Schreiben vom 29. August 2013 teilte [U04] mit, sie sei «zum Entschluss gekommen, dass die Firma [U04] auch in Zukunft unabhängig und eigenständig bleiben will. Das bedeutet, dass wir keinen Gesellschaftsvertrag zwischen der KAGA AG und unserer Firma unterzeichnen werden». Die Vereinbarung vom 4. Mai 2012 werde sie aber erfüllen. Sobald die Deponie Eyacher eröffnet werden könne, werde sie ihren Verpflichtungen nachkommen und sich an ihre Zusagen halten. Diesen Entschluss zur Selbstständigkeit habe sich [U04] nicht leicht gemacht, werde aber vom VR und der Geschäftsleitung einstimmig getragen.[2403]

1233. KAGA antwortete gleichentags mit einem von [...] aufgesetzten[2404] Schreiben.[2405] Darin äusserte sie ihren Unmut zum Verhandlungsverhalten von [U04], für welche «mündliche Vereinbarungen und gegenseitige Abmachungen offensichtlich keine Bedeutung» besässen. In den Grundzügen sei die Zusammenarbeit bezüglich der Deponie Eyacher im November 2012 mündlich vereinbart worden. Nur deshalb sei KAGA damals bereit gewesen, die Sonderregelung vom Mai 2012 für [U04] weiterzuführen. Seither werde sie von [U04] aber bloss hingehalten und nunmehr wolle [U04] nichts mehr von einer solchen Zusammenarbeit wissen. Folglich gebe es für [U04] ab sofort auch keine Sonderregelung mehr. Ab 2. September 2013 gälten für [U04] daher dieselben Annahmebedingungen wie für alle anderen Kundinnen. Solange [U04] ihren Kiesbezugsrückstand nicht ausgeglichen habe, werde KAGA kein Aushubmaterial mehr von ihr annehmen. Schliesslich hielt KAGA fest, dass eine Zusammenarbeit bei der Deponie Eyacher in keiner Art und Weise bedeutet hätte, dass [U04] nicht mehr als unabhängige und eigenständige Unternehmung tätig wäre.

1234. [U04] wiederum informierte ihre Mitarbeitenden am 30. August 2013 wie folgt: «Da die [U04] der Firma KAGA AG eine Mitbeteiligung an der zukünftigen Grube Eyacher, Thierachern verweigert, werden wir durch die KAGA mit einer Annahmesperre für 'Aushubmaterial sauber' in Bümberg unter Druck gesetzt». Aus diesem Grund sei ab 2. September 2013 die Deponie Bümberg für [U04] geschlossen.[2406] Am 12. September 2013 schilderte der VRP von KAGA im VR von KAGA die Hintergründe, insbesondere auch zum Verhandlungsverlauf, und schloss damit, dass [U04] ab sofort wie alle anderen Kundinnen behandelt werde und bis zur Erfüllung der Annahmebedingungen kein Aushubmaterial bei KAGA anliefern könne.[2407] Gegen aussen stelle [U04] den Sachverhalt nun anders dar, nämlich so wie gegenüber ihren Mitarbeitenden. Es sei davon auszugehen, dass [U04] auch gegenüber Behörden und anderen Dritten Falschaussagen verbreite und die KAGA verunglimpfe. Nach «eingehender Diskussion» kam der VR von KAGA (implizit)[2408] einstimmig zu mehreren Schlüssen. Unter anderem kam der VR zum Schluss, dass es richtig sei, wenn für [U04] dieselben Bedingungen für die Aushubannahme gälten wie für sämtliche anderen Kundinnen der KAGA «(keine Sonderbehandlung mehr)». Weiter kam er zum Schluss, dass anzunehmen sei, dass [U04] dem Kanton und weiteren Dritten falsche Signale sende, welche es gälte, richtig zu stellen «(Image KAGA)». Weiter wurde vermutet, dass auch innerhalb von [U04] nicht alles transparent kommuniziert worden sei, weshalb ein Gespräch mit den Verantwortlichen im VR von [U04] sinnvoll erscheine. Daraufhin beschloss der VR von KAGA, einerseits ein Gespräch und Erläuterung mit Kantonsvertretern durchzuführen, andererseits ein Gespräch mit dem VR von [U04] zu führen.

[2399] So in Act. II.D.X.112.
[2400] So in Anhang «Geschichtliche Abfolge» zum Schreiben von KAGA an [U04] vom 13.3.2014 (Act. II.E.X.221).
[2401] Act. II.D.X.112.
[2402] Protokoll der FIKO von KAGA vom 26.8.2013, T. 9, II.B.X.463.
[2403] Act. II.A.X.394.
[2404] Der VRP von KAGA liess das Schreiben per Mail dem Geschäftsführer von KAGA zukommen, verbunden mit der Aufforderung «Bitte per Mail und als Brief an [U04]», vgl. Act. II.D.X.114.
[2405] Act. II.E.X.185.
[2406] Act. II.C.X. 174 sowie Act. II.E.X.187.
[2407] Hierzu sowie zu den nachfolgenden Ausführungen zu dieser Sitzung des VR von KAGA vgl. VR-Protokoll der KAGA vom 12.9.2013, T. 3, Act. II.D.X.6.
[2408] Rz 694 f.

1235. Am 10. Oktober 2013 fand sodann das Gespräch zwischen [U04] und KAGA, handelnd durch den VRP [...] (Kästli), VR [...] (Heimberg) und Geschäftsführer [...], statt. Beabsichtigt wurde nunmehr, dass [U04] bis Ende 2015 (resp. gemäss Vertragsentwurf bis Ende 2016) insgesamt 120'000 m^3 unverschmutzten Aushub soll anliefern können (unter Anrechnung der 2012 und 2013 bereits erfolgten Anlieferungen), der an sich von der Kiesbezugspflicht betroffen wäre, ohne aber dafür die Kiesbezugspflicht einhalten zu müssen. Im Gegenzug sollte [U04] KAGA dasselbe Deponievolumen in der noch nicht bewilligten Deponie Eyacher gemäss Vereinbarung vom 4. Mai 2012 zur Verfügung stellen.[2409] Der seitens KAGA ausgearbeitete Entwurf vom 8. November 2013[2410] regelte dies noch eingehender. Hervorzuheben ist, dass nebst der «Deponieplatzkompensation» als solcher insbesondere auch deren Preis geregelt werden sollte. KAGA hätte bei [U04] «zu den KAGA-Bedingungen abzüglich der Transportkostendifferenz von CHF 6.–/m3» sollen deponieren können (Ziffer 1). Bei den künftigen Deponierungen von [U04] bei KAGA in den Jahren 2014–2016 sollte diese Transportkostendifferenz «direkt über eine Zusatzdeponiegebühr beglichen» werden, ausmachend pro Kubikmeter Fr. 2.63 bzw. bei einer «Überlieferung von 17'500 m3» pro Jahr einen jährlichen Zusatzbetrag von Fr. 105'000.– (Ziffer 2). Die «Sicherstellung des Transportkostenausgleichs z.G. KAGA» sollte zum für in der Vergangenheit liegendem Teil über eine Bankgarantie über Fr. 420'000.– sichergestellt werden und «für die 'Überlieferung' ab 2014 direkt über eine Zusatzdeponiegebühr (…) endgültig abgegolten» werden (Ziffer 5). VR [...] (Heimberg) informierte den VR von KAGA über dieses Gepräch an der Sitzung vom 28. November 2013. Der VR genehmigte im Anschluss (implizit)[2411] einstimmig den verteilten Vereinbarungsentwurf[2412] im Grundsatz.[2413] VR [...] (Kiestag) informierte an derselben Sitzung über das Gespräch mit Regierungsrat [...]. Positiv sei gewesen, dass die Situation habe dargestellt werden können. Negativ, dass der Eindruck entstanden sei, die Massnahme sei als Angelegenheit wegen [U04] «als Auseinandersetzung zwischen den 'Unternehmern' ausgelöst worden».[2414]

1236. [U04] sagte in der Folge den für die Vertragsunterzeichnung anberaumten Termin kurzfristig ab. Der Geschäftsführer von KAGA setzte als Reaktion ein Antwortschreiben auf.[2415] VRP [...] (Kästli) entwarf daraufhin selbst ein Schreiben, welches bei den VR [...] (Kiestag) und [...] (Heimberg) zur Stellungnahme zirkulierte.[2416] VR [...] gab für die Abfassung des Schreibens zu bedenken: «Wir müssen darauf achten, dass wir einen Brief verfassen der für uns nicht verfänglich sein kann sollte er bei den Behörden oder der WEKO auftauchen».[2417] Nach geringfügigen Änderungen[2418] wurde das Schreiben sodann am 13. März 2014 an [U04] versandt mit zwei Anhängen, einerseits einer Darstellung der «Geschichtliche[n] Abfolge», andererseits dem Vertragsentwurf.[2419] Im Schreiben (und vor allem auch im Anhang) wird zunächst die Ausgangslage rekapituliert. Im Widerspruch zum Vertragstext, wonach mit der künftigen «Zusatzdeponiegebühr» die Transportkostendifferenz beglichen werden soll (Ziffer 2 und 5 des Vertrags), wird diese «Zusatzdeponiegebühr» im Schreiben nunmehr mit Mehrkosten erklärt, die für das von [U04] gewünschte jährliche Ablagerungsvolumen von 40'000 m^3 entstehen würden. Schliesslich wird eine Frist gesetzt für die Annahme des Vertrags und die Frage aufgeworfen, wie [U04] gedenke, ihren Verpflichtungen aufgrund der «massiven Überlieferungen in den Jahren 2012 und 2013» nachzukommen. An der FIKO vom 17. März 2014 erläuterte [...] das Schreiben und hielt unter anderem fest: «Der Brief wurde sehr sachlich gehalten […] da dieser ev. noch anderweitig (kantonale Behörden) verwendet werden muss, weil KAGA den Eindruck nicht los wird, dass sie von [U04] wahrscheinlich schlecht gemacht wird».[2420] Der VR von KAGA wurde anlässlich der Sitzung vom 27. März 2014 über das Schreiben und die Entwicklung informiert.[2421] Darüber, dass [U04] bislang noch nicht reagiert hat, wurden in der Folge sowohl die FIKO (am 29. April 2014)[2422] als auch der VR von KAGA (am 15. Mai 2014)[2423] informiert. Mit Schreiben vom 10. Juni 2014 teilte [U04] KAGA schliesslich mit, sie sei momentan «nicht gewillt, weiter mit der KAGA (betr. Materialdeponie Aushub in Bümberg und Kiesbezug) zusammen zu Arbeiten». Eine weitere Zusammenarbeit erachte sie nur dann als zielführend, wenn die Vereinbarung vom 2012 «als nichtig erklärt und zu den Akten gelegt» werde. Sie würde nur noch «Deponiegebühren nach der KAGA-Preisliste des aktuellen Jahres ohne jegliche Verpflichtung zum Bezug von Kies oder einen Mehrpreis bei Nichtbezug von Kiesmaterial» akzeptieren.[2424] Ein sich in den Akten befindlicher Entwurf eines Antwortschreibens legt nahe, dass KAGA darauf reagierte, indem sie einerseits an der Vereinbarung vom 4. Mai 2012 festhielt und andererseits [U04] die Anlieferung von sauberem Aushub weiterhin verweigerte.[2425] Dass gegenüber [U04] Einschränkungen bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub bei KAGA auch nach dem 1. Januar 2015 noch aufrecht erhalten blieben, belegt eine entsprechende Information durch VR [...] anlässlich einer Sitzung des VR der Alluvia Holding AG vom 12. Dezember 2014: «[...] informiert, dass (…) bei der Auffüllung ab 1.1.2015 alle Einschränkungen aufgehoben werden, (Ausnahme: [U04])»[2426].

1237. Gemäss den Berechnungen von KAGA belief sich der Kiesbezugsrückstand von [U04] per 31. Dezember 2015 noch auf 35'995 Kubikmeter.[2427]

[2409] Act. II.E.X.190.
[2410] Act. II.A.X.418, auch bezüglich der nachfolgenden Zitate aus diesem Vertragsentwurf.
[2411] Rz 694 f.
[2412] Siehe Act. II.E.X.197.
[2413] VR-Protokoll der KAGA vom 28.11.2013, T. 8.1 und 8.2, Act. II.D.X.6.
[2414] VR-Protokoll der KAGA vom 28.11.2013, T. 6, Act. II.D.X.6.
[2415] Act. II.A.X.477.
[2416] Act. II.E.X.220 und II.A.X.479.
[2417] Act. II.A.X.479.
[2418] Act. II.A.X.480 und II.A.X.484.
[2419] Act. II.E.X.221, auch bezüglich der nachfolgenden Ausführungen zum Inhalt des Schreibens.
[2420] Protokoll der FIKO von KAGA vom 17.3.2014, T. 8, Act. II.B.X.463.
[2421] VR-Protokoll von KAGA vom 27.3.2014, T. 7, Act. II.D.X.6.
[2422] Protokoll der FIKO von KAGA vom 29.4.2014, T. 6, Act. II.B.X.463.
[2423] VR-Protokoll von KAGA vom 15.5.2014, T. 4, Act. II.D.X.6.
[2424] Act. II.E.X.224.
[2425] Act. II.D.X.151.
[2426] Act. II.B.X.484.
[2427] Schreiben von KAGA an [U04] vom 4. März 2016, Anhang 1 zum Protokoll in Act. III.26. Vgl. auch Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 230–234, Act. III.26.

1238. Soweit sich befragte Personen an den Einvernahmen zu dieser Thematik äusserten, stehen ihre (freilich weniger in die Einzelheiten gehenden) Ausführungen im Kerngeschehen mit den zuvor gemachten Feststellungen im Einklang:

- So führte [...] (Daepp) aus, dass mit [U04] Gespräche geführt worden seien und eine Vereinbarung abgeschlossen worden sei.[2428]
- [...] (Heimberg) hielt fest, mit [U04] habe es bei KAGA Sonderregelungen gegeben, «da sie als einzige extrem viel Material angeliefert» habe. Gemäss Vereinbarung hätte [U04] für das Mehrdeponiematerial einen gewissen Teil Kies beziehen müssen. Er habe sich mehrmals bei KAGA für [U04] eingesetzt. [U04] habe aber leider nicht kooperiert und sei nicht zu Sitzungen erschienen. Dies habe KAGA dazu bewogen, die Stellung zu halten.[2429]
- [...] (Alluvia) bestätigte, dass [U04] als einziges Unternehmen bei KAGA nicht habe deponieren können.[2430]
- [...] (Alluvia) äusserte sich am Ausführlichsten dazu. Er hielt fest, als Massnahme wegen des Deponienotstands sei eine Beschränkung der anlieferbaren Deponievolumina beschlossen worden. Jede Kundin habe noch einen Prozentsatz ihrer bisherigen Anlieferungsmengen bringen können. Als weitere Massnahme habe KAGA dann den grösseren Kundinnen angeboten, dass sie auch wieder mehr deponieren könnten, wenn sie durch entsprechende Kiesbezüge helfen würden, Deponievolumen zu schaffen. Diese Bedingungen hätten genau gleich für alle Kundinnen gegolten. «Alle ausser [U04] mussten und konnten damit leben». Sie hätten gewusst, dass [U04] eine Deponie eröffnen wolle. «KAGA hat [U04] daraufhin ein Geschäft vorgeschlagen. Die Idee war, dass [U04] sein ganzes Aufkommen in der KAGA-Deponie deponieren kann unter der Bedingung, dass [U04] der KAGA zusagt, in seiner eigenen Deponie, und wir gingen davon aus, dass er die Bewilligung erhält, uns eine Kompensation anbietet. D.h., dass er uns das Volumen, was wir ihn mehr als die Aktionäre haben auffüllen lassen, zurück gibt. Diese aus meiner Marktsicht wieder spezielle Vereinbarung war gedacht, das Problem vor Ort bei KAGA zu lösen. Wir haben uns nicht gefragt, ob das mit dem Kartellgesetz vereinbar ist. Diese 6. Stufe war nur für [U04]. Daraufhin hat die KAGA der [U04] über dieses Geschäft einen Vertrag erstellt. Man war sich einig, dass dies eine gute Idee ist. Insbesondere musste [U04] mit seinem vor Ort aufgeladenen Deponiematerial nicht mehr nach Bern, es war also vor allem für ihn eine Lösung. Das Risiko bestand ja, dass die Deponie hätte nicht bewilligt werden können. KAGA hat dieses Risiko voll übernommen. Die Bevölkerung hat das Projekt abgelehnt, nicht zur Freude der KAGA. Jetzt hat KAGA ein Problem. Sie hat [U04] nach einem Treffen gefragt. [U04] hat den Vertrag zerrissen. Seitdem herrscht absolute Funkstille und es ist für den Verwaltungsrat der KAGA nicht möglich, mit [U04] in Kontakt zu treten, da diese angeblich 'nichts mehr von dem Vertrag weiss'. Daraufhin blieb der KAGA nichts anderes übrig, als der [U04] ein Verbot für die Deponie auszusprechen. Mit diesem Verbot gelangte [U04] dann natürlich an den Kanton und löste mit diese Geschichte aus. Es ist eine ernste Angelegenheit für die KAGA. Er löste mit seinem einseitigen Entscheid vom Vertrag zurückzutreten die Reaktion bei der KAGA aus».[2431]
- [...] ([U04]) hielt fest, keine andere Möglichkeit gehabt zu haben, als die Vereinbarung mit der Kiesbezugspflicht einzugehen. [U04] habe sie aber nicht erfüllen können, da sie keinen Rohkies in dieser Menge benötige. Auf Nachfrage des Rechtsvertreters von KAGA bestätigte er, die Kiesbezugspflicht auch durch Kompensation mit Deponievolumen in der Deponie Eyacher erfüllen zu können, sobald diese aufgeht. Weiter hielt er auch fest, dass KAGA die Deponie am 1. September 2013 für [U04] gesperrt habe.[2432]

1239. Weitgehend und insbesondere bezüglich dem Kerngeschehen in Einklang mit den zuvor gemachten Feststellungen stehen ferner auch die Ausführungen von KAGA. Im Nachgang zur Zeugeneinvernahme von [...] ([U04]) reichte KAGA am 8. Juli 2016 eine ausführliche Stellungnahme ein, in der sie den Verhandlungsablauf schilderte.[2433]

C.8.5.4 Zusammenfassendes Beweisergebnis zur versuchten «Einbindung» und Sperrung von [U04]

1240. Dass [U04] keine Verwendung für Rohkies in dem Ausmass hat, in dem sie es bei Beibehaltung ihrer bisherigen Deponiemenge aufgrund der Kiesbezugspflicht beziehen müsste, war für alle Beteiligten von vornherein ersichtlich.[2434] Bereits in der Vereinbarung vom 4. Mai 2012 war daher vorgesehen, dass [U04], anstatt Kies zu beziehen, KAGA auch im selben Umfang Deponievolumen in ihrer erst noch zu eröffnenden Deponie Eyacher zur Kompensation zur Verfügung stellen kann. Als Preis für das Kompensationsvolumen sollte der von [U04] bei KAGA bezahlte Preis abzüglich der Mehrtransportkosten (gemäss späteren Berechnungen mit Fr. 6.– pro Kubikmeter angegeben)[2435] gelten. Die Möglichkeit einer Kompensation in der Deponie Eyacher wurde unwahrscheinlicher resp. rückte zumindest in fernere Zukunft, nachdem das Projekt von den Stimmberechtigten der Gemeinde Thierachern abgelehnt worden war. In der Folge verhandelten KAGA und [U04] über die Bildung einer einfachen Gesellschaft bezüglich der Deponie Eyacher. Die diskutierten Beteiligungsverhältnisse beliefen sich zwischen 20–30 % für KAGA und 70–80 % für [U04], wobei u.a. [U04] ihre Vorleistungen unentgeltlich hätten einbringen sollen. Während den Verhandlungen, die sich – primär durch das Verhalten von [U04] – in die

[2428] EV von [...] vom 13.1.2015 Rz 141–157, Act. III.4.
[2429] EV von [...] vom 14.1.2015 Rz 243–263, Act. III.6.
[2430] EV von [...] vom 13.1.2015 Rz 122–124 und 131 f., Act. III.3.
[2431] EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 351–387, Act. III.7.
[2432] Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 125–138, 481–486, Act. III.26.
[2433] Act. IV.4 Rz 16–33.
[2434] Siehe insbesondere Rz 1196.
[2435] Rz 1235.

Länge zogen, konnte [U04] weiterhin auf der Deponie von KAGA unverschmutzten Aushub deponieren, wobei sie deutlich weniger dort deponierte als in den Vorjahren[2436]. [U04] lehnte Ende August 2013 die Bildung einer einfachen Gesellschaft mit KAGA bezüglich der Deponie Eyacher ab, da sie auch künftig unabhängig bleiben wolle. Umgehend sperrte KAGA daraufhin die Deponie Bümberg für [U04]. Ab 2. September 2013 konnte [U04] dort keinen unverschmutzten Aushub mehr deponieren. KAGA und [U04] verhandelten in der Folge erneut über eine Kompensation des Deponievolumens in der zukünftigen Deponie von [U04]. Auch diese Gespräche zogen sich – primär durch das Verhalten von [U04] – in die Länge und scheiterten letztlich an deren Widerstand. Die Deponie Bümberg blieb für [U04] in der Folge weiterhin gesperrt, so lange diese ihren Kiesbezugsrückstand nicht aufgeholt hat.

C.8.6 Zusammenfassendes Beweisergebnis zur Kiesbezugspflicht

1241. Aus dem Vorangehenden ergibt sich, dass bei der KAGA während fast drei Jahren (März 2012 bis Dezember 2014) eine Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub galt, die ab einer gewissen jährlichen Deponiemenge zum Tragen kam. Mit dieser Pflicht zum Kiesbezug wurde angestrebt, ein ausgeglicheneres Verhältnis zwischen Kiesabbau (Schaffung von Deponievolumen) und Deponierung (Nutzung von Deponievolumen) zu erreichen.

1242. Die Bezugspflicht knüpfte an die Deponierung von unverschmutztem Aushub – und zwar einzig in der Aushubdeponie Bümberg – an. Die Bezugspflicht galt erst über der Grenze eines Freivolumens. Die Produkte, die im Gegenzug bezogen werden mussten, waren nicht in allen Jahren dieselben: 2012 musste Kies ab Wand unsortiert oder sortiert bezogen werden, in den Jahren 2013 und 2014 kam als zusätzliche Möglichkeit insbesondere der Bezug von RC-Produkten dazu (obwohl dieser Bezug kein zusätzliches Deponievolumen schafft).

1243. Formell galt die Bezugspflicht für alle Kundinnen gleichermassen, die bei KAGA unverschmutzten Aushub deponierten. Namentlich galt diese Pflicht sowohl für Dritte als auch für die Aktionärinnen von KAGA. Faktisch betraf sie jedoch nicht alle Kundinnen: Die von KAGA eingeführte Kiesbezugspflicht war so ausgestaltet, dass sie für die Aktionärinnen von KAGA, die dort unverschmutzten Aushub deponierten, bedeutungslos war. Sie bestand zwar auf dem Papier, effektiv beschränkte sie den Verhaltensspielraum der Aktionärinnen von KAGA aber nicht. Mit anderen Worten tangierte die Kiesbezugspflicht die Aktionärinnen von KAGA in deren Verhalten nicht. Anders verhielt es sich hingegen für die Dritten, die von der Kiesbezugspflicht faktisch betroffen waren. Die Kiesbezugspflicht beschränkte deren Verhaltensspielraum effektiv und sie mussten nolens volens ihr Verhalten darauf ausrichten. Die Kiesbezugspflicht war zudem – wissentlich – so ausgestaltet, dass sie den Verhaltensspielraum der Dritten [U01] und [U04] (die zwei grössten Konkurrentinnen von KAGA in deren näherem Umfeld) besonders stark effektiv beschränkte.

1244. Soweit eine Kundin bei KAGA Deponiematerial ablud, ohne dabei die gemäss Bezugspflicht geltende Menge Kies zu beziehen, beschränkte sich KAGA gegenüber allen Kundinnen ausser einer darauf, diese «Fehlmenge» beim Kiesbezug auf das Folgejahr zu übertragen; und auch dies nur vom Jahr 2012 auf das Jahr 2013. Dass KAGA so reagieren bzw. nicht reagieren wird, konnten diese Kundinnen jedoch nicht antizipieren oder gar schon im Voraus wissen. Bei der Festlegung ihres Verhaltens mussten sie also davon ausgehen, dass KAGA die Kiesbezugspflicht durchsetzen würde. Gegenüber der Kundin [U04], die ihrer Kiesbezugspflicht nicht nachkam, versuchte KAGA demgegenüber als Gegenleistung entsprechendes Kompensationsvolumen in der von [U04] geplanten Deponie zu bekommen bzw. mit [U04] eine einfache Gesellschaft bezüglich dieser geplanten Deponie zu bilden. Als [U04] das schliesslich verweigerte, nachdem sie zuvor die Verhandlungen hinauszögerte, sperrte KAGA umgehend die Deponie Bümberg für [U04], bis diese den «Rückstand» beim Kiesbezug aufgeholt hat. Diese Sperre gegenüber [U04] hielt KAGA auch noch aufrecht, nachdem sie Ende 2014 die Kiesbezugspflicht aufgehoben hat.

C.9 Einschränkung des Gebiets, aus dem KAGA unverschmutzten Aushub entgegennahm

C.9.1 Gegenstand dieses Kapitels

1245. In diesem Kapitel wird untersucht, ob KAGA das Gebiet eingeschränkt hat, aus dem sie unverschmutzten Aushub annahm. Hierzu wird zunächst der Hintergrund einer solchen Gebietsbeschränkung behandelt (Unterkapitel C.9.2). In der Folge wird die Einführung, die Umsetzung und die Aufhebung der Einschränkung dargestellt (Unterkapitel C.9.3). Sodann wird darauf eingegangen, für welche Kundinnen die Beschränkung galt (Unterkapitel C.9.4). Abschliessend wird der Frage nachgegangen, ob politische Gründe hinter der Festlegung des Einzugsgebiets stehen könnten (Unterkapitel C.9.5), und ein zusammenfassendes Beweisergebnis präsentiert (Unterkapitel C.9.6). Wie im Überblick ausgeführt,[2437] ist dieses Kapitel von besonderer Bedeutung für die Beurteilung, ob hierin eine missbräuchliche Verhaltensweise von KAGA zu erblicken ist.

C.9.2 Hintergrund der Einschränkung des Gebiets, aus dem unverschmutzter Aushub entgegengenommen wurde

1246. Die Einschränkung des Gebiets, aus dem unverschmutzter Aushub entgegengenommen wurde (nachfolgend verkürzt als Einschränkung des Einzugsgebiets bezeichnet), hat denselben Hintergrund wie die zuvor behandelte[2438] Pflicht zum Kiesbezug. Der einfacheren Nachvollziehbarkeit werden die dortigen Feststellungen nachfolgend nochmals in Erinnerung gerufen, auch wenn damit eine gewisse Redundanz verbunden ist.

[2436] Siehe dazu Rz 1182 und 1197.
[2437] Rz 226.
[2438] Rz 1143 ff.

1247. Festgestellt wurde, dass zumindest in bestimmten Regionen des Kantons Bern während etlichen Jahren Engpässe von Deponievolumen für unverschmutzten Aushub bestanden und teilweise weiterhin bestehen.[2439] Bezüglich der Deponien von KAGA ist erstellt, dass die Situation zumindest seit Beginn der 2000er-Jahre angespannt war und sich im Laufe der Jahre verschärfte. Ihren Höhepunkt erreichte die Situation etwa in den Jahren 2012 bis 2014 und seither entschärft sie sich nach und nach wieder.[2440] Wie mit dieser Situation umzugehen ist und welche Massnahmen ergriffen werden könnten, war denn auch Gegenstand von Diskussionen im VR von KAGA. Soweit die hier behandelte Einschränkung des Einzugsgebiets betreffend, ist nachfolgend der Werdegang dieser Diskussionen und der diesbezüglichen Beschlüsse darzustellen:

1248. Eine «Brainstorming-Gruppenarbeit» im Mai 2001 führte zum Ergebnis, dass generell «ein Gleichgewicht zwischen Kiesabbau und Aushub/Inertstoffannahme» angestrebt werden soll. Exemplarisch werden im Protokoll einige mögliche Massnahmen aufgeführt, mit denen dies erreicht werden könnte – die Einschränkung des Einzugsgebiets wird dabei nicht aufgeführt.[2441] Um «die anfallenden Mengen des Deponiematerials zu reduzieren», beschloss der VR von KAGA im November 2001 alsdann den Preis für die Deponierung von Aushub zu erhöhen und für «Aushubereignisse[n] > 3'000 m^3» eine Anmeldung und Zulassungsfreigabe durch KAGA einzuführen – gleichzeitig behielt er den Rabatt von 20 % zu Gunsten der Aktionärinnen bei. Der VR von KAGA diskutierte auch noch weitere Massnahmen. Beschlüsse dazu traf er nicht, hielt aber fest, die Direktion solle mit Grossanlieferern Gespräche führen und das Jahresziel besprechen.[2442] Im März 2002 beschloss der VR von KAGA sodann eine Anmeldepflicht für sämtliches Aushubmaterial (Menge und Herkunft). Mit weiteren Massnahmen, u.a. einer «Gebietseinschränkung», die intensiv diskutiert worden seien, wartete er vorerst aber zu.[2443] An der Strategiesitzung des VR von KAGA vom 11./12. April 2002 wurden sodann diverse Massnahmen zur Schaffung von Deponievolumen besprochen;[2444] nicht thematisiert wurden dabei Einschränkungen bei der Annahme.

C.9.3 Einführung, Umsetzung und Aufhebung

C.9.3.1 Einführung der Einschränkung des Einzugsgebiets im Jahr 2002

1249. Am 6. Mai 2002 erteilte der VRA von KAGA – bestehend aus [...] (Kästli), [...] (Alluvia, damals noch Messerli), [...] (Heimberg) und [...] (KAGA) sowie dem für dieses Traktandum beigezogen [...] (Marti) – dem Geschäftsführer von KAGA «die Kompetenz zu handeln» und erlaubte ihm u.a. Folgendes: «Anlieferungen stoppen von ausserhalb 'KAGA-Region', z.B. von Interlaken, Krattigen».[2445] Am 30. Mai 2002 wurde im VR von KAGA unter Verweis auf die Beilage «Massnahmen Konzept Reduktion Schuttannahme bei der KAGA / Phase 2» festgehalten, dass zusätzliche Massnahmen eingeleitet worden seien. Als «Zusätzliche Massnahmen ab Frühjahr 2002 (1. Mai)» wird im Entwurf dieses Konzepts die «Gebietseinschränkung (innerhalb/ausserhalb KAGA-Gebiet)» genannt.[2446]

1250. Das «Einzugsgebiet der KAGA zur Annahme von Aushub ab 1.6.2002 gem. Grundsatzentscheid VRA vom 6.5.02 / VR vom 30.5.02» wurde von KAGA denn auch auf einem Plan eingezeichnet:

[2439] Rz 426 ff.
[2440] Zusammenfassend Rz 431.
[2441] VR-Protokoll der KAGA vom 30.5.2001, T. 10, Act. II.D.X.6.
[2442] VR-Protokoll der KAGA vom 29.11.2001, T. 4.1 und 4.2, Act. II.D.X.6.
[2443] VR-Protokoll der KAGA vom 21.3.2002, T. 5, Act. II.D.X.6.
[2444] Protokoll der Strategiesitzung VR KAGA vom 11./12.4.2002, T. 7, Act. II.D.X.10.
[2445] Protokoll des VRA von KAGA vom 6.5.2002, T. 5, Act. II.D.X.7.
[2446] VR-Protokoll der KAGA vom 30.5.2002, T. 6, Act. II.D.X.6, der Entwurf der Beilage findet sich in Act. II.C.X.70.

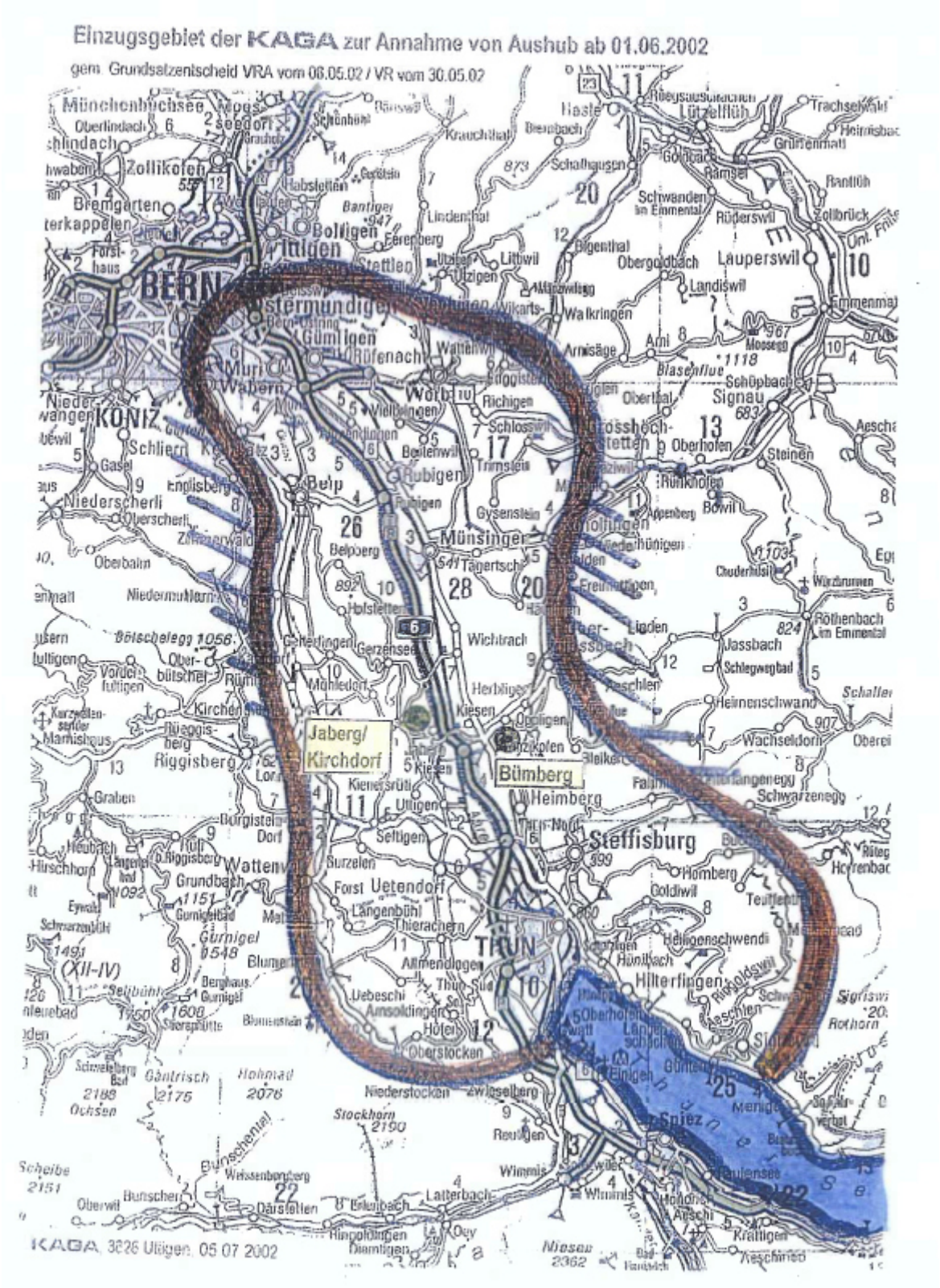


Abbildung 49: Karte «Einzugsgebiet der KAGA zur Annahme von Aushub ab 1.6.2002» (Quelle: Anhang 2 der Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Act. III.26).

C.9.3.2 Umsetzung der Einschränkung des Einzugsgebiets von 2002 bis 2014

C.9.3.2.1 Milde Umsetzung der Einschränkung des Einzugsgebiets bis 2012

1251. An der VRA-Sitzung vom 20. Juni 2002 erläuterte der Leiter Betrieb von KAGA den Stand der eingeleiteten Massnahmen und hielt fest, dass diese seit Mitte Mai 2002 langsam zu greifen begonnen hätten. Weiter ist festgehalten: «Die auf einer Karte eingezeichneten Grenzen der Regionen, aus welchen die KAGA Schuttanlieferungen zulässt, wurde präzisiert bzw. eingeschränkt (insb. Raum Bern sowie Berner Oberland) und die entsprechenden Massnahmen werden im Betrieb umgesetzt».[2447] Der Geschäftsführer von KAGA orientierte am selben Tag auch den VR von KAGA über den Stand der eingeleiteten Massnahmen im Deponiegeschäft (Reduktion der Schuttannahme).[2448]

1252. An der VR-Sitzung vom Juni 2005 erkundigte sich ein VR-Mitglied bezüglich der eingeleiteten Massnahmen, woraufhin der Geschäftsführer von KAGA festhielt, «dass die beschlossenen Massnahmen gelebt werden: Regioneneinschränkung 'KAGA-Region'».[2449]

1253. An der VR-Sitzung vom März 2006 wurde der Geschäftsführer alsdann vom VR «ersucht, zurückhaltend zu sein bezüglich Materialannahme von ausserhalb der 'KAGA-Region'»[2450]

1254. An der VR-Sitzung vom September 2010 erkundigte sich ein VR-Mitglied, ob bezüglich Deponieraum Massnahmen zu ergreifen seien. Der Geschäftsführer von KAGA antwortete, dies sei zur Zeit nicht nötig, da durch die Bewilligung Bümberg «etwas Luft» entstanden sei und sich KAGA deshalb einen etwas lockereren Umgang mit der Annahme von Deponiematerial erlauben könne.[2451]

1255. An der VR-Sitzung vom November 2010 erkundigte sich dasselbe VR-Mitglied, «wie lange die KAGA in der Lage sei, solche Mengen Deponiematerial anzunehmen und weist darauf hin, dass grundsätzlich in der Strategie festgelegt sei, das Verhältnis Abbau zu Annahme 1: 1 anzustreben». Der Geschäftsführer von KAGA erläuterte daraufhin, dass 2014 ein Engpass entstehe, wenn gleiche Mengen wie in den vergangenen drei Jahren angenommen würden. Dies werde noch verschärft, da ab 2012 der Kiesabbau in Uttigen vorgesehen sei und daher in Bümberg kein Volumen mehr entstehe. Nach eingehender Diskussion erhielt der Geschäftsführer (implizit)[2452] einstimmig unter anderem den Auftrag: «Annahmemengen überwachen (Herkunft, Region etc.) um evtl. Massnahmen vorzunehmen».[2453]

C.9.3.2.2 Strikte Umsetzung der Einschränkung des Einzugsgebiets von 2012 bis 2014

1256. Im Schreiben vom 6. März 2012, mit dem den Kundinnen von KAGA die Pflicht zum Kiesbezug kommuniziert wurde,[2454] wurden einleitend diverse Massnahmen aufgezählt, die KAGA bereits ergriffen habe, darunter «Anlieferungs-Stopp aus Gemeinden, die ausserhalb der in den Regionalen Richtplänen vorgesehenen Gebieten liegen».[2455]

1257. Mit Mail vom 12. März 2012 informierte ein Mitarbeiter von KAGA eine Kundin von KAGA, die zur Aktionärin Kästli-Gruppe gehört resp. dieser zumindest nahesteht, dass sie angehalten seien, «die 'Grenzen' für Anlieferungen von sauberem Aushubmaterial strikte einzuhalten». Alsdann zählte er mehrere aktuelle Baustellen der Kundin auf, die davon betroffen seien. Gleichzeitig sandte er im Anhang «die Karte aus dem Jahr 2002 welche das Einzugsgebiet KAGA definiert» mit und stellte in Aussicht, dass eine genauere Karte insbesondere für das Gebiet Bern Süd in Kürze folgen werde.[2456]

1258. An der VR-Sitzung von KAGA vom 13. September 2012 hielt der VRP von KAGA fest, «dass u.a. seine Firma [gemeint: Kästli-Gruppe] infolge der Gebietsbegrenzung mit Aushubmaterial in den Oberaargau fährt und entsprechend Kies und Sand zurück in den Raum Bern führt. Er ist der Ansicht, dass diese Situation weder für die Transportfirma, noch für die KAGA interessant ist (es gehen sowohl Kiesverkauf, als auch Deponieeinnahmen 'verloren') und regt an, diese Praxis anlässlich der Dezembersitzung für das Folgejahr zu überdenken».[2457]

1259. Gegenüber der Kundin [U04] teilte wiederum ein Mitarbeiter von KAGA mit Mail vom 22. Oktober 2012 mit, dass «seit Anfang 2012 die Annahme von Aushubmaterial nur noch aus der vom Verwaltungsrat festgelegten Region (beiliegende Karte) aus dem Jahr 2002 entgegengenommen» werde.[2458] Mit Schreiben vom 29. Oktober 2012 wiederholte KAGA dies erneut gegenüber [U04]. Sie müsse ihr mitteilen, dass KAGA «aus Gebieten ausserhalb der Region Thun (siehe beiliegende Karte) grundsätzlich keinen Aushub entgegennehmen (z.B. Spiez)» werde.[2459]

1260. An der FIKO-Sitzung der KAGA vom 13. November 2012 schlug der Geschäftsführer von KAGA vor, das Anliefergebiet mit «kleinen Präzisierungen zwecks besserer Handhabung, zu belassen».[2460]

[2447] Protokoll des VRA von KAGA vom 20.6.2002, T. 5.1, Act. II.D.X.7.
[2448] Protokoll der Strategiesitzung VR KAGA vom 20.6.2002, T. 4, Act. II.D.X.10.
[2449] VR-Protokoll der KAGA vom 2.6.2005, T. 7, Act. II.D.X.6.
[2450] VR-Protokoll der KAGA vom 23.3.2006, T. 7, Act. II.D.X.6.
[2451] VR-Protokoll der KAGA vom 16.9.2010, T. 2.1, Act. II.D.X.6.
[2452] Rz 694 f.
[2453] VR-Protokoll der KAGA vom 24.11.2010, T. 2.1, Act. II.D.X.6.
[2454] Ausführlich dazu Rz 1146 ff.
[2455] Act. II.C.X.150.
[2456] Act. II.D.X.69.
[2457] VR-Protokoll der KAGA vom 13.9.2012, T. 6, Act. II.D.X.6.
[2458] Act. II.D.X.81.
[2459] Anhang 2 der Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Act. III.26.
[2460] Protokoll der FIKO von KAGA vom 13.11.2012, T. 6.1, Act. II.B.X.463.

1261. An der VR-Sitzung von KAGA vom 29. November 2012 wurde Folgendes festgehalten: «Das 'KAGA-Anliefergebiet' wurde konsequent durchgesetzt, was einige Schwierigkeiten für die Betroffenen bedeutete. So mussten auch KAGA Aktionärsfirmen Aushub bis nach Niederbipp fahren und aus Kostenüberlegungen Kies in den Raum Bern zurückfahren, was letztlich auch zu weniger Kiesbezügen bei der KAGA führte».[2461] Der VR beschloss an dieser Sitzung (implizit)[2462] einstimmig: «Das 'KAGA'-Anliefergebiet bleibt wie in den Vorjahren».[2463]

1262. In einer Mail vom 18. März 2013 verwies ein Mitarbeiter von KAGA eine Kundin, die kleinere Mengen aus der Region Rüeggisberg bei KAGA deponieren wollte, an eine andere Deponie weiter. Zudem sandte er ihr die präzisierte Karte als Anhang mit.[2464] Dieselbe Karte mailte er im Zeitraum vom 13. bis 21. März 2013 auch noch an drei weitere Kundinnen von KAGA.[2465]

1263. An der VR-Sitzung von KAGA vom 28. November 2013 beschloss der VR eine Lockerung der Annahmerestriktionen ab 1. Januar 2014, namentlich erhöhte er das «Freivolumen». Hingegen lässt sich dem Protokoll nicht entnehmen, dass der VR von KAGA an der Einschränkung des Einzugsgebiets etwas geändert hätte.[2466]

C.9.3.3 Aufhebung der Einschränkung des Einzugsgebiets ab 2015

1264. Für das Jahr 2015 hob der VR von KAGA (implizit)[2467] einstimmig die Einschränkung des Einzugsgebiets auf: «Der VR beschliesst: ab 2015 wird auf eine Einschränkung einer 'KAGA-Region' verzichtet (…): das Annahmegebiet ist frei»[2468] Während dieser Beschluss im Entwurf des VR-Protokolls nicht weiter begründet ist,[2469] ist im definitiven, unterzeichneten VR-Protokoll als Begründung noch eingefügt, «da das stark zurückgegangene Annahmevolumen dies zulässt»[2470]

C.9.3.4 Zusammenfassendes Beweisergebnis zur Dauer und Umsetzung der Einschränkung des Einzugsgebiets

1265. Fest steht damit, dass die Einschränkung des Einzugsgebiets von KAGA im März 2002 zunächst vom VRA von KAGA eingeführt und im Mai 2002 vom VR von KAGA genehmigt wurde. Das Einzugsgebiet wurde dabei auf einer Karte festgehalten. Diverse Beweismittel belegen aber auch, dass diese Einschränkung des Einzugsgebiets bis im März 2012 nicht streng gehandhabt wurde und KAGA auch weiterhin noch Aushubmaterial von ausserhalb des Einzugsgebiets entgegennahm.[2471] Ab März 2012 bis Ende 2014 wurde die Einschränkung des Einzugsgebiets hingegen strikte durchgesetzt und KAGA nahm kein Aushubmaterial mehr von ausserhalb dieses Gebiets an. Auf Anfang 2015 hob der VR von KAGA die Einschränkung des Einzugsgebiets wieder auf.

1266. Im Kerngeschehen wird dieses Beweisergebnis auch durch Aussagen von befragten Personen bestätigt: Mit Unsicherheiten bezüglich des genauen Einführungszeitpunkts und ohne Erwähnung der bis 2012 grosszügigen Handhabung der Einschränkung stimmen die Ausführungen von [...] (Alluvia) mit den gemachten Feststellungen überein.[2472] Die lockere Handhabung der Einschränkung bis 2012 sowie die strikte Einhaltung ab 2012 wiederum werden durch die Ausführungen von [...] ([U04]) bestätigt.[2473]

C.9.4 Geltung der Einschränkung des Einzugsgebiets für alle Kundinnen von KAGA

1267. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Einschränkung des Einzugsgebiets für alle Kundinnen der KAGA gleichermassen galt oder ob sie verschiedene Kundinnen unterschiedlich behandelte.

1268. [...] ([U04]) führte anlässlich der Einvernahme aus, bei einer Baustelle von [U04], die ausserhalb des KAGA-Einzugsgebiets gelegen sei, habe 2012 Lehmann den Transport ausgeführt. Diese habe bei KAGA deponieren dürfen, sie selber aber nicht.[2474] Dazu, ob andere Kundinnen von KAGA von ausserhalb des Einzugsgebiets Aushub deponieren konnten, konnte die befragte Person jedoch nichts sagen: «Aber ob die KAGA bei anderen Unternehmen mal ein Auge zugedrückt hat, dass weiss ich nicht. Wir können ja nicht jedem Lastwagen hinterher fahren».[2475] Weiter mutmasste die befragte Person, dass sie beispielsweise gegenüber den Aktionärinnen von KAGA benachteiligt worden sei: «Die Aktionäre der KAGA brauchen ja Wandkies in ihren Werken. Sie fuhren sicher nicht leer zur KAGA, wenn sie dort Kies holten, sondern nahmen Aushubmaterial aus der Region Bern mit und deponierten dieses in Bümberg bei der KAGA».[2476]

1269. Um welche konkrete Baustelle es sich handelte, bei der Lehmann und [U04] ungleich behandelt worden sein sollen, konnte der Befragte an der Einvernahme allerdings nicht sagen.[2477] Er wurde gebeten, in seinen Unterlagen nachzuschauen, um welche Baustelle es sich handelte, und allfällige Dokumente dazu einzureichen.[2478] Die befragte Person stellte in Aussicht, dies

[2461] VR-Protokoll der KAGA vom 29.11.2012, T. 4.1, Act. II.D.X.6.
[2462] Rz 694 f.
[2463] VR-Protokoll der KAGA vom 29.11.2012, T. 4.2, Act. II.D.X.6.
[2464] Act. II.D.X.102.
[2465] Act. II.D.X.101, II.D.X.103 und II.D.X.104.
[2466] VR-Protokoll der KAGA vom 28.11.2013, insbesondere T. 8.3 e contrario, Act. II.D.X.6.
[2467] Rz 694 f.
[2468] VR-Protokoll der KAGA vom 3.12.2014, T. 3.1, Act. IV.13, S. 1014–1020.
[2469] Entwurf des VR-Protokolls der KAGA vom 3.12.2014, T. 3.1, Act. II.A.X.571.
[2470] VR-Protokoll der KAGA vom 3.12.2014, T. 3.2 i.V.m. T. 3.1, Act. IV.13, S. 1014–1020.
[2471] So etwa Rz 1253–1255, Rz 1257 («strikte einzuhalten» und die Tatsache, dass mehrere aktuelle Baustellen ausserhalb des Einzugsgebiets lagen) und Rz 1259 («ab Anfang 2012»), ferner Rz 1258 und Rz 1260 (in den vorangegangenen Jahren sah sich Kästli-Gruppe durch die Einschränkung des Einzugsgebiets noch nicht tangiert, jedenfalls brachte er diesen Punkt zuvor nicht im VR von KAGA auf). Deutlich ferner Act. IV.4 Rz 11 erstes Lemma.
[2472] EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 316–329 und 399–426, Act. III.7.
[2473] Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016 Rz 297–299 und 332–335, Act. III.26.
[2474] Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016 Rz 306 f. und 310–314, Act. III.26.
[2475] Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016 Rz 336–344, Act. III.26.
[2476] Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016 Rz 345–350, Act. III.26.
[2477] Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016 Rz 315–318, Act. III.26.
[2478] Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016 Rz 360–362 und 365, Act. III.26.

zu tun und die gewünschten Informationen nachzureichen.[2479] Bis dato hat das Sekretariat allerdings keine weiterführenden Unterlagen dazu erhalten. Eine Prüfung dieses angeblichen Vorfalls ist daher nicht möglich. Dass KAGA Lehmann und [U04] bei einer konkreten, nicht näher bezeichneten Baustelle bezüglich der Einschränkung des Einzugsgebiets unterschiedlich behandelt hätte, ist demnach nicht erstellt.[2480]

1270. In genereller Hinsicht bestehen keine Anzeichen dafür, dass KAGA die Einschränkung des Einzugsgebiets ab 2012 gegenüber einzelnen Kundinnen unterschiedlich strikt gehandhabt hätte. In keinem der Beschlüsse des VR von KAGA wird hinsichtlich der Einschränkung des Einzugsgebiets zwischen verschiedenen Kundinnen oder Kundengruppen differenziert, was eine Gleichbehandlung aller Kundinnen zumindest nahelegt. Dass die Einschränkung des Einzugsgebiets für alle Kundinnen gleichermassen galt, hielt [...] (Alluvia) anlässlich der Einvernahme ausdrücklich fest.[2481] Auch die für Lehmann aussagende Person hielt an ihrer Einvernahme fest, dass «sie nicht von überall hin zur KAGA zum Deponieren fahren» durfte.[2482] Vor allem aber zeigen interne Dokumente, dass KAGA diese Einschränkung des Einzugsgebiets sowohl gegenüber Dritten als auch gegenüber Aktionärinnen gleichermassen zur Anwendung brachte. So teilte KAGA etwa bereits am 12. März 2012 einer Kundin, die zur Aktionärin Kästli-Gruppe gehört oder zumindest eng mit dieser verbunden ist, mit, dass mehrere von deren Baustellen fortan von der Einschränkung des Einzugsgebiets betroffen seien.[2483] Weiter monierte der Vertreter von Kästli im VR von KAGA mehrmals an Sitzungen des VR von KAGA, dass diese Einschränkung des Einzugsgebiets auch Kästli-Gruppe betreffe und sie deshalb andere Deponien habe anfahren müssen und aus Kostenüberlegungen auf der Rückfahrt Kies mitgenommen habe, weshalb er (erfolglos) eine Überdenkung dieser Einschränkung anregte.[2484] Festzustellen ist denn auch, dass Kästli-Gruppe in jedem der drei vorangegangenen Jahre 2009, 2010 und 2011 jeweils deutlich mehr bei KAGA deponierte als in den Jahren 2012, 2013 und 2014.[2485]

1271. In Anbetracht dieser Beweismittel kann davon ausgegangen werden, dass die Einschränkung des Einzugsgebiets für alle Kundinnen von KAGA gleichermassen galt und während der Zeit, als sie von KAGA strikt angewandt wurde (2012 bis 2014), gegenüber allen Kundinnen (Aktionärinnen und Dritte) gleich gehandhabt wurde. Bei den anderslautenden Ausführungen von [...] ([U04]) handelt es sich um blosse Mutmassungen, die nicht auf eigenen Wahrnehmungen beruhen, und die sich nach dem Vorangehenden nicht bestätigt haben. Eine ungleiche Handhabung durch KAGA ist jedenfalls nicht nachgewiesen.

1272. Bloss der Vollständigkeit halber sei ergänzt, dass die Einschränkung des Einzugsgebiets alle Kundinnen, für die sie galt, betraf und – anders als die Pflicht zum Kiesbezug[2486] – auch effektiv beschränkte. Mit anderen Worten wurden bei der Einschränkung des Einzugsgebiets alle Kundinnen nicht bloss auf dem Papier gleichbehandelt, sondern dies war gemäss den beschriebenen Beweismitteln auch faktisch so. Die Nachteile dieser Einschränkung trafen nicht nur eine Kundengruppe, die Dritten, nicht aber die andere, die Aktionärinnen, sondern alle Kundengruppen gleichermassen.

C.9.5 Festlegung des Einzugsgebiets, um politischen Druck auszulösen?

1273. [...] ([U04]) führte an seiner Einvernahme aus, in Spiez habe es damals noch keine Deponie gegeben. «Die KAGA hätte gerne in Spiez eine Deponie aufgemacht. Die KAGA hat dann das Einzugsgebiet beschränkt, so dass Spiez nicht mehr erfasst ist». Und weiter: «Aber ab 2012 war die KAGA dann in Gesprächen mit dem Gemeinderat in Spiez. Die KAGA hat dann die Beschränkung als Druckmittel gegenüber dem Gemeinderat Spiez verwenden wollen, da KAGA in Spiez eine Deponie betreiben möchte».[2487] Und schliesslich: «Damals gab es dort [in Spiez] noch keine Deponie, wie jetzt die von Vigier. Die Bauherrschaft kann ja nichts dafür, wenn die KAGA mit dem Gemeinderat in Spiez Differenzen hat betreffend die Eröffnung einer Deponie. Dieses Druckmittel der KAGA erachte ich als falsch».[2488]

1274. In Anbetracht dieser Aussagen ist daher nachfolgend in der gebotenen Kürze zu prüfen, ob KAGA das Einzugsgebiet gezielt so festlegte, um dadurch Druck auf den Gemeinderat von Spiez ausüben zu können.

1275. In ihrer schriftlichen Stellungnahme zur Zeugeneinvernahme von [...] führte KAGA aus, es treffe nicht zu, dass sie in Spiez eine Deponie habe eröffnen wollen. Sie habe zu keinem Zeitpunkt solche Absichten gehabt. Ebenfalls falsch sei, dass Spiez deswegen bewusst aus dem Einzugsgebiet ausgenommen worden sei.[2489]

1276. An keiner Stelle wird in den Protokollen der FIKO von KAGA aus dem Jahr 2012 oder in denjenigen des VR von KAGA aus demselben Jahr erwähnt, dass KAGA mit dem Gemeinderat von Spiez in Verhandlungen wäre. Ebenso wenig findet sich in einem dieser Protokolle ein Hinweis darauf, dass KAGA zum damaligen Zeitpunkt die Eröffnung einer Deponie in Spiez beabsichtigt hätte. Aufgrund der Relevanz, die ein solches Projekt für KAGA hätte, wäre jedoch davon auszugehen, dass es in einem, wenn nicht in beiden dieser Gremien behandelt worden wäre. Dies lässt den Rückschluss zu, dass ein solches Projekt damals kein Thema gewesen war, wie dies auch von KAGA geltend gemacht wird.

[2479] Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016 Rz 363 f. und 366 f., Act. III.26.
[2480] Vgl. ergänzend Act. IV.4 Rz 37 viertes Lemma, wonach KAGA eine Ungleichbehandlung bestreitet.
[2481] EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 422–424, Act. III.7.
[2482] EV von [...] vom 26.4.2016 Rz 200–219, insbesondere Rz 209, Act. III.23.
[2483] Rz 1257.
[2484] Rz 1258 und 1260.
[2485] Für die Zahlen 2009–2011 Rz 1184 und für die Zahlen 2012–2014 Rz 1186.
[2486] Rz 1171 ff., insbesondere Rz 1185 ff.
[2487] Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016 Rz 294–301, Act. III.26.
[2488] Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016 Rz 326–331, Act. III.26.
[2489] Act. IV.4 Rz 37 drittes Lemma.

1277. Sodann spricht noch ein weiterer Punkt (auf den KAGA ebenfalls aufmerksam macht)[2490] dagegen, dass das Einzugsgebiet bewusst so gewählt wurde, um politischen Druck auf den Gemeinderat von Spiez ausüben zu können. Die Karte des Einzugsgebiets stammt, wie dargelegt,[2491] aus dem Jahr 2002. Die Verhandlungen mit dem Gemeinderat Spiez sollen demgegenüber zehn Jahre später, im Jahr 2012, stattgefunden haben. KAGA hätte daher bereits bei der Erstellung der Karte im Jahr 2002 den Nutzen eines politischen Druckmittels zehn Jahre später genau gegenüber dem Gemeinderat Spiez antizipieren müssen, was vom zeitlichen Ablauf her unwahrscheinlich erscheint. Der Entschluss, die Einschränkung des Einzugsgebiets ab 2012 strikt umzusetzen, fällt sodann zeitlich mit der Verschärfung der Annahmebedingungen zusammen, insbesondere der Einführung der Pflicht zum Kiesbezug. Dafür, dass angebliche Verhandlungen mit dem Gemeinderat Spiez der Auslöser für die strikte Umsetzung gewesen wären, bestehen keine Anzeichen.

1278. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass keine Anzeichen dafür bestehen, dass KAGA das Einzugsgebiet bewusst so festgelegt hat, um damit ein politisches Druckmittel – insbesondere gegenüber dem Gemeinderat Spiez – in der Hand zu haben.

C.9.6 Zusammenfassendes Beweisergebnis zur Einschränkung des Gebiets, aus dem KAGA unverschmutzten Aushub entgegennahm

1279. Von März 2002 (ab Mai 2002 vom VR von KAGA genehmigt) bis Dezember 2014 schränkte KAGA das Gebiet ein, aus dem sie unverschmutzten Aushub zur Deponierung entgegennahm. Das Einzugsgebiet legte sie in einer Karte fest. KAGA handhabte diese Einschränkung von März 2002 bis März 2012 nicht streng und nahm in dieser Zeit auch noch Aushub von ausserhalb des Einzugsgebiets entgegen. Ab März 2012 bis zur Aufhebung Ende 2014 wandte sie diese Einschränkung jedoch strikt an und nahm Aushub von ausserhalb des Einzugsgebiets nicht mehr entgegen. Jedenfalls in dieser Phase behandelte KAGA alle ihre Kundinnen diesbezüglich gleich und setzte das Einzugsgebiet sowohl gegenüber Dritten als auch gegenüber Aktionärinnen strikt durch. Auch faktisch waren alle Kundinnen von der Einschränkung des Einzugsgebiets gleichermassen betroffen. Nicht erstellt ist schliesslich, dass KAGA das Einzugsgebiet bewusst so gewählt hätte, um dadurch ein politisches Druckmittel gegenüber bestimmten Gemeinden in der Hand zu halten.

D Rechtliche Beurteilung

D.1 Geltungsbereich

D.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

D.1.1.1 Rechtliche Grundlagen

1280. Das KG gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten als auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG).

1281. Das Kartellrecht bestimmt das Kartellrechtssubjekt durch eine eigenständige Regelung in Art. 2 Abs. 1bis KG, deren Anwendung am Zweck des Kartellrechts auszurichten ist.[2492] Der Zweck des Kartellrechts besteht darin, schädliche Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern (Art. 1 KG). Zur Erreichung dieses Ziels hat der Gesetzgeber den Geltungsbereich einerseits weit umschrieben.[2493] Andererseits soll der Unternehmensbegriff die Anzahl Akteure und ihr Potenzial, auf die Impulse des Spieles von Angebot und Nachfrage zu reagieren, richtig erfassen, damit Wettbewerbsbeschränkungen aufgrund von Abreden (Art. 5 KG), Missbräuchen von marktbeherrschenden Stellungen (Art. 7 KG) und Zusammenschlüsse (Art. 9 KG) identifiziert werden können. Die Betrachtung ist somit wirtschaftlich und funktional.[2494] Das Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes ist als wirtschaftliche Einheit zu verstehen, etwa als Zusammenfassung von personellen, sachlichen und finanziellen Ressourcen, mit denen sich die Einheit als Anbieterin oder Nachfragerin von Gütern oder Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligt.[2495] Entsprechend stellt die wirtschaftliche Selbstständigkeit in Anwendung von Art. 2 Abs. 1bis KG eine ungeschriebene, konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs dar.[2496] Das heisst, dass Gebilde, die sich nicht autonom am Wirtschaftsprozess beteiligen, auch nicht autonom als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind. Nachfrager oder Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen beteiligen sich dann nicht selbstständig am Wirtschaftsprozess, wenn sie von einem Dritten kontrolliert werden. Denn die Kontrolle führt dazu, dass die Teilnahme am Spiel von Angebot und Nachfrage nicht als eigenständig gewertet werden kann. Der kontrollierte Nachfrager oder Anbieter ist in diesem Fall als Teil eines grösseren Ganzen zu betrachten, als zugehörig zu einem einzigen Gebilde,[2497] das in seiner Gesamtheit als Unternehmen zu qualifizieren ist. Keine Voraussetzung für ein Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes ist hingegen, dass dieses Unternehmen selber über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt.[2498]

1282. Mit Blick auf die weite Umschreibung des Unternehmensbegriffs und dem untersuchten Anbieten von Kiesprodukten und Deponievolumen liegt ohne Weiteres mindestens ein Unternehmen vor und der persönliche Geltungsbereich des KG ist eröffnet. Praxisgemäss wird aber bereits an dieser Stelle die für die Anwendung der

[2490] Act. IV.4 Rz 37 drittes Lemma.
[2491] Rz 1250.
[2492] BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 Rz 36, DCC.
[2493] BBl 1995 I 468, 533 Ziff. 222.
[2494] VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILIAS, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet et al. (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. 2 N 21 f.
[2495] RPW 2019/2, 467 Rz 748, *Engadin I*.
[2496] Siehe dazu insb. BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 7.2.3, DCC: «Entscheidend ist der Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1bis KG (v.a. wirtschaftliche Selbständigkeit)».
[2497] RPW 2016/4, 955 f. Rz 309, *Sport im Pay-TV*.
[2498] Siehe nebst dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 1bis KG statt anderer etwa DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 1698), Art. 2 N 17 f.

materiellrechtlichen Bestimmungen relevante Frage beantwortet, welche Akteure als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind. Relevant ist insofern vor allem, ob mehrere betrachtete Akteure Teile desselben Unternehmens sind oder ob sie verschiedenen Unternehmen angehören.

1283. Soweit erforderlich, ist daher hier der Begriff des Unternehmens i.S.d. KG zu vertiefen: Innerhalb des Kartellrechts wird grundsätzlich[2499] von einem einheitlichen Unternehmensbegriff ausgegangen.[2500] Für das Verständnis des kartellrechtlichen Begriffs «Unternehmen» gemäss Art. 2 Abs. 1bis KG ist es daher angezeigt, auch Art. 4 KG und dessen drei Absätze im Auge zu behalten und mit zu berücksichtigen.[2501] Zwischen diesen zwei Artikeln besteht eine gewisse Wechselwirkung. Von der Einheitlichkeit des Unternehmensbegriffs könnte im Verhältnis dieser zwei Normen nur, aber immerhin, in eine Richtung abgewichen werden, nämlich indem der Unternehmensbegriff des Geltungsbereichs weiter verstanden würde als jener einer materiellen Norm.[2502] Würde hingegen der Unternehmensbegriff des Geltungsbereichs enger definiert als jener einer materiellen Norm, würde die entsprechende materiell-kartellrechtliche Regel eine Situation resp. ein «Unternehmen» zu regeln versuchen, für welche resp. für welches das Kartellgesetz gemäss seinem persönlichen Geltungsbereich gar nicht gilt.[2503] Widersprüche und Ungereimtheiten innerhalb des KG lassen sich daher vermeiden, indem der Gehalt dieser Normen bei Art. 2 Abs. 1bis KG mitbedacht wird. Zu beachten ist ausserdem, dass der funktionale Unternehmensbegriff auf die jeweilige Tätigkeit fokussiert,[2504] nicht generell auf das Gebilde als solches.[2505] Und schliesslich ist die hier behandelte Frage nach dem Unternehmen i.S.d. KG, die den persönlichen Geltungsbereich des KG betrifft, von der Frage zu unterscheiden, welche Gesellschaft(en) eines Unternehmens, das sich aus mehreren Gesellschaften zusammensetzt, für eine allfällige Kartellrechtsverletzung zur Verantwortung gezogen werden kann resp. können.[2506]

1284. Alle unter dem Titel «Verfahrensparteien» (oben Rz 66 ff.) genannten operativen Gesellschaften sind Nachfragerinnen oder Anbieterinnen von Gütern oder Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess. Fraglich kann einzig sein, ob sie auch wirtschaftlich selbstständig sind (und daher je selbst ein Unternehmen bilden, allenfalls zusammen mit von ihnen kontrollierten Gesellschaften) oder ob über sie eine Kontrolle besteht (und sie daher zusammen mit der sie kontrollierenden Gesellschaft und allenfalls weiteren kontrollierten Gesellschaften ein Unternehmen sind). Auf den Begriff der Kontrolle ist daher näher einzugehen.

1285. Zunächst ist festzuhalten, in welcher Hinsicht eine Kontrolle bestehen muss, damit die wirtschaftliche Selbstständigkeit entfällt. Dies ist kartellrechtsspezifisch festzulegen, wobei Art. 4 KG aus systematischen Gründen, wie zuvor ausgeführt, mit zu berücksichtigen ist. Art. 4 Abs. 3 KG definiert den Unternehmenszusammenschluss; ein Vorgang, bei dem zumindest ein vormals unabhängiges Unternehmen oder Teile davon in einem anderen Unternehmen aufgeht. In diesem Zusammenhang verwendet Bst. b dieser Bestimmung ausdrücklich den Begriff der «Kontrolle». Art. 1 VKU[2507] umschreibt diese Kontrolle näher als «bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit» des bisher unabhängigen Unternehmens ausüben zu können. Dazu, was bei Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG mit Kontrolle gemeint ist und in welcher Hinsicht diese bestehen muss, existiert eine reichhaltige Fallpraxis und Literatur. Darauf kann auch im Kontext von Art. 2 Abs. 1bis KG zurückgegriffen werden. Demnach reicht es grundsätzlich aus, wenn sich die Kontrolle auf strategische Entscheidungen bezieht, den operativen Bereich braucht sie nicht einzubeziehen.[2508]

1286. Hieran anschliessend stellt sich die Frage, ob diese Kontrolle auch tatsächlich ausgeübt werden muss oder ob es ausreicht, dass eine entsprechende Kontrollmöglichkeit besteht, damit die wirtschaftliche Selbstständigkeit entfällt. Diesbezüglich wird regelmässig auf die punktuellen zivilrechtlichen Bestimmungen zu Konzernen zurückgegriffen, wobei dort im Rahmen des Rechnungslegungsrecht ein Wechsel vom Leitungs- auf das Kontrollprinzip erfolgte.[2509] Allerdings bestehen auch weiterhin zivilrechtliche Normen, die auf das Leitungsprinzip abstellen, nicht auf das Kontrollprinzip.[2510] Eine

[2499] Vorbehalten bleibt die Möglichkeit, dass die Auslegung einer spezifischen Norm zur Erkenntnis führt, dass dem Begriff im Rahmen dieser Bestimmung eine besondere Bedeutung zukommt. So hat sich gezeigt, dass die Definition des «beteiligten Unternehmens» in Art. 3 VKU nur eine Qualifikation im Sinne der VKU darstellt und sich vorab auf die Berechnung der Grenzbeträge nach Art. 9 Abs. 1–3 KG bezieht, weshalb der Begriff des «beteiligten Unternehmens» i.S.v. Art. 3 VKU nicht notwendigerweise deckungsgleich mit dem Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1 und Abs. 1bis KG zu sein hat, was sich auch an Art. 3 Abs. 2 VKU zeigt (RPW 2019/3a, 603 Rz 8, Beratung zur Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG; RPW 2015/3, 510 f. Rz 55, JobCloud/JobScout24; RPW 2015/1, 81 Rz 6, *Beratungsanfrage zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bei einem Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen*; RPW 2006/2, 293 Rz 24 f., *Swisscom Eurospot AG/Core Communications Corporation)*.

[2500] BSK KG-AMSTUTZ/GOHARI (Fn 1220), Art. 2 N 91 ff. m.w.H. in Fn 279; DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 1698), Art. 2 N 8.

[2501] So bereits RPW 2015/1, 82 Rz 10, *Beratungsanfrage zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bei einem Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen*; RPW 2015/3, 511 Rz 57, *JobCloud/JobScout24*.

[2502] In dem Sinne auch PHILIPP CANDREIA, Konzerne als marktbeherrschende Unternehmen nach Art. 7 KG, 2007, Rz 141. Eine ähnliche Überlegung dürfte, jedenfalls im Ergebnis, auch E. 2.3.1 von BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, Ascopa, bezüglich des sachlichen Geltungsbereichs des KG zu Grunde liegen.

[2503] Dieser Gedanke findet sich bereits bei Candreia (vorangehende Fn), Rz 141, wenn auch nur, so doch immerhin, bezüglich des Verhältnisses von Art. 2 und Art. 7 KG.

[2504] Deutlich RPW 2013/4, 483 Rz 43, *Costa Kreuzfahrten*.

[2505] DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 1698), Art. 2 N 22 m.w.H.

[2506] Zur zweiten Frage nachfolgend Rz 2252 ff. Auf diese Unterscheidung abstellend auch BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 Rz 38 und 55, DCC, in Bezug auf die Nicht-Berücksichtigung der EU-Rechtsprechung zur zweiten Frage hinsichtlich der ersten Frage. Die Frage des Unternehmensbegriffs nach Art. 2 Abs. 1bis KG mit derjenigen des «Haftungsdurchgriffs» vermengend hingegen BVGer, B-6483/2018 vom 3.12.2019 E. 4.4.2.2 und 4.4.2.7, *Vorladung als Zeugin*, das allerdings mit BGer, 2C_87/2020 und 2C_88/2020 vom 8.3.2021, *Vorladung als Zeugin*, bereits aus anderen Gründen aufgehoben wurde.

[2507] Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

[2508] Statt anderer RPW 2015/1, 82 Rz 8 f., *Beratungsanfrage zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bei einem Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen*. BSK KG-REINERT/VISCHER (Fn 1220), Art. 4 Abs. 3 N 119 f.; DIKE KG-SÜSLU (Fn 1698), Art. 4 Abs. 3 N 82.

[2509] So vorgehend etwa RPW 2016/4, 956 Rz 310, *Sport im Pay-TV*; DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 1698), Art. 2 N 32. Vgl. ferner BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 Rz 44 f., *DCC*.

[2510] Etwa Art. 728 Abs. 6 OR, vgl. ferner Art. 963 Abs. 4 OR.

vollkommen einheitliche Ausgangslage besteht im Zivilrecht demnach nicht. Aus systematischen Gründen erscheint es allerdings ohnehin naheliegender, auch diese Frage kartellrechtsspezifisch zu beantworten. Das KG verwendet den Begriff des Konzerns gar nicht erst, sondern definiert vielmehr eigenständig einen kartellrechtspezifisch einschlägigen Begriff, eben denjenigen des Unternehmens i.S.v. Art. 2 Abs. 1bis KG.[2511] Bei diesem kann die erforderliche «Kontrolle» in inhaltlicher Hinsicht ohne Weiteres eine andere sein, als sie in einzelnen zivilrechtlichen Bestimmungen bezüglich eines Konzerns verlangt wird. Aufschlussreich für das kartellrechtsbezogene Verständnis, ob eine Kontrolle auch ausgeübt werden muss oder ob die Möglichkeit dazu ausreicht, ist wiederum Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG. Erforderlich ist gemäss dem Wortlaut dieser Norm nur, aber immerhin, dass Kontrolle erlangt wird – die Möglichkeit zur Kontrolle genügt also.[2512] Übereinstimmend damit wird in Art. 1 VKU festgehalten, Kontrolle erlange, wer «die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben». Dass im Kartellrecht die Kontrollmöglichkeit bereits ausreicht, wird weiter bekräftigt durch Art. 9 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 VKU. Art. 5 VKU legt hinsichtlich der Berechnung der Umsätze der an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen fest, der Umsatz welcher Gesellschaften[2513] jeweils mit einbezogen wird. Dabei genügt es, dass jemand mehr als die Hälfte des Kapitals oder der Stimmrechte «besitzt», mehr als die Hälfte der Mitglieder des Exekutivorgans «bestellen kann» oder auf andere Weise «das Recht hat», die Geschäfte zu führen (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. a VKU). In den weiteren Bst. von Art. 5 Abs. 1 VKU wird hierauf Bezug genommen und diese alternativen Situationen werden zusammengefasst als «Einflussmöglichkeiten» bezeichnet. Dass eine einheitliche Leitung auch tatsächlich gelebt und durchgesetzt wird, ist nicht vorausgesetzt. Bei Art. 2 Abs. 1bis KG reicht demnach die Kontrollmöglichkeit aus.[2514]

1287. Die Kontrollmöglichkeit kann wiederum verschiedene Formen annehmen. So stellt sich einerseits die Frage, ob eine blockierende Kontrolle genügt (negative Kontrolle vs. positive Kontrolle). Andererseits ist die Frage zu behandeln, ob nur *ein* Dritter die Kontrollmöglichkeit haben kann oder ob mehreren Dritten gleichzeitig die Möglichkeit der Kontrolle zukommen kann (alleinige Kontrolle vs. gemeinsame Kontrolle).

1288. Schon nur aus Gründen der Kohärenz sind diese Fragen kartellrechtsspezifisch zu beantworten, wobei wiederum die Praxis und Literatur zu Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG aufschlussreich sind und herangezogen werden können. Demnach kann die Kontrolle positiv oder negativ sein. Positiv ist sie, wenn die kontrollierende Einheit ihre Vorstellungen über die Strategie der kontrollierten Einheit nach ihren Wünschen bzw. ohne Zustimmung anderer durchsetzen kann (sie kann sagen, was gemacht wird). Typische Beispiele für die positive Kontrolle sind das Halten der Mehrheit der GV-Stimmrechte oder Vertragsbestimmungen, die einen Akteur berechtigen, die Mehrheit der Leitungsgremien oder sonstwie die strategische Ausrichtung zu bestimmen.[2515] Negativ ist die Kontrolle, wenn die kontrollierende Einheit ihre Wünsche zwar nicht alleine durchsetzen kann, aber die wichtigen strategischen Entscheide der kontrollierten Einheit durch ihr Veto verhindern kann (sie kann sagen, was nicht gemacht wird). Typische Beispiele für negative Kontrolle sind das Halten von je der Hälfte der GV-Stimmrechte durch zwei Aktionärinnen oder Vetorechte zu strategischen Entscheiden oder zur Besetzung der Unternehmensleitung (wobei das Recht, ein Mitglied in den VR zu entsenden – jedenfalls bei einem VR, der aus mehr als zwei Personen besteht –, noch keine negative Kontrolle verleiht).[2516]

1289. Alleinige Kontrolle bedeutet, dass ein *einzelner* Dritter entweder positiv oder negativ die Geschäftsstrategie eines wirtschaftlichen Akteurs bestimmen kann.

1290. Gemeinsame Kontrolle bedeutet, dass *mehrere* Dritte zugleich Kontrolle über einen wirtschaftlichen Akteur (Gemeinschaftsunternehmen) ausüben. Diese Form der Kontrolle liegt vor, wenn mehrere Dritte jeweils alleine die Möglichkeit haben, einen wirtschaftlichen Akteur zu kontrollieren. Eine mehrfache positive Kontrolle ist dabei nicht möglich; kann ein Akteur positiv bestimmen, was gemacht wird, schliesst dies aus, dass ein anderer Akteur das gleichzeitig ebenfalls tun kann. Eine mehrfache negative Kontrolle ist hingegen möglich und auch die Kombination einer positiven Kontrolle mit (einer oder mehreren) negativen Kontrollen. Erforderlich ist jeweils eine Kontrolle im vorgenannten Sinne. Wird ein wirtschaftlicher Akteur, z.B. aufgrund von Beteiligungsrechten und Mitsprachemöglichkeiten, hingegen bloss durch mehrere andere Akteure zusammen gelenkt, von denen aber keiner über Kontrolle im vorgenannten Sinne verfügt, liegt weder alleinige noch gemeinsame Kontrolle vor.

1291. Verfügen zwei (oder mehr) Gesellschaften über die Kontrolle über ein Gemeinschaftsunternehmen, ist das Gemeinschaftsunternehmen zugleich Teil von zwei

[2511] Diesen Punkt als entscheidend erachtend auch BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 7.2.3, *DCC*.

[2512] Hierauf hinweisend auch BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 Rz 46, *DCC*.

[2513] Terminologisch missglückt ist freilich, dass in Art. 5 VKU die Rede von Unternehmen ist – gemeint sind damit offensichtlich Gesellschaften.

[2514] Im Ergebnis ebenso BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 Rz 44 m.w.H., DCC; offengelassen hat das BGer diese Frage in BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 7.2.3, DCC. In Bezug auf Gemeinschaftsunternehmen anders aber BVGer, B-6483/2018 vom 3.12.2019 E. 4.4.2.2 und 4.4.2.7, *Vorladung als Zeugin*, in dem jedoch die Frage des Unternehmensbegriffs nach Art. 2 Abs. 1bis KG mit derjenigen des «Haftungsdurchgriffs» vermischt wird und der (aus anderen Gründen) vom BGer aufgehoben wurde. Ebenfalls noch anders BVGer, B-2977/2007 vom 27.4.2010 E. 4.2, *Publigroupe SA* und die frühere Praxis der WEKO, wobei in jüngeren Entscheiden eine mögliche Praxisänderung zumindest angedeutet wird, vgl. etwa RPW 2014/1, 82 Rz 9, *Eignerstrategie Energie Wasser Bern (ewb)*; RPW 2016/4, 956 Rz 310, *Sport im Pay-TV*. Aus der Lehre wie hier etwa CHRISTOPH LANG/RETO JENNY, Keine Wettbewerbsabreden im Konzern, sic! 2007, 299–309, 307 f.; BSK KG-AMSTUTZ/GOHARI (Fn 1220), Art. 2 N 115 ff.

[2515] Bei den in Art. 963 Abs. 2 OR für die Pflicht zum Erstellen einer Konzernrechnung genannten Kontrollmöglichkeiten dürfte es sich primär um solch positive Kontrollmöglichkeiten handeln.

[2516] Siehe zum Ganzen: BSK KG-REINERT/VISCHER (Fn 1220), Art. 4 Abs. 3 N 122 ff., 144 ff. und .v.a. N 227 ff.

(oder mehreren) Unternehmen: Es ist beiden (bzw. allen) Unternehmen zuzurechnen, welche über die Kontrolle verfügen. Es bestehen dann also mehrere Unternehmen, zu welchen jeweils der gemeinsam kontrollierte Akteur (d.h. das «Gemeinschaftsunternehmen») gehört.[2517]

D.1.1.2 Anwendung im konkreten Fall

1292. Die Aktionärinnen der KAGA sind operativ tätige Gesellschaften, die offenkundig Güter und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess nachfragen und anbieten. Sie sind entweder für sich selbst ein Unternehmen oder sie gehören aufgrund bestehender Kontrollmöglichkeiten durch Dritte (oder Kontrollmöglichkeiten von ihnen über Dritte) zu einem Unternehmen, das aus mehreren Gesellschaften besteht. Das Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes bildet in diesem Fall jeweils die Gruppe. Gestützt auf die Sachverhaltsfeststellungen handelt es sich um die nachfolgend genannten Unternehmen, zu denen die Aktionärinnen der KAGA jeweils gehören (setzt sich das Unternehmen aus einer Mehrzahl von Gesellschaften zusammen, wird in der Klammer jeweils zumindest eine die Aktionärin kontrollierende Gesellschaft genannt).

- Hofstetter und Messerli (Alluvia AG); Unternehmen: Alluvia (siehe vorne B.2.1)
- Aare-Kies (Kieswerk Daepp A.G., Daepp Holding AG); Unternehmen: Daepp (siehe vorne B.2.2)
- Kästli (Kästli-Beteiligungen AG); Unternehmen: Kästli-Gruppe (siehe vorne B.2.3)
- Heimberg (vorne B.2.4)
- Marti (Marti Holding AG); Unternehmen: Marti-Gruppe (siehe vorne B.2.5)
- Kiestag (Vigier Holding AG); Unternehmen: Vigier (siehe vorne B.2.6)

1293. Nach dem Gesagten gehören die Aktionärinnen Hofstetter und Messerli demselben Unternehmen i.S.d. KG an, der Alluvia. Alle weiteren Aktionärinnen sind demgegenüber jeweils unterschiedlichen Unternehmen zuzuordnen. Die sieben Aktionärinnen der KAGA gehören demnach zu sechs unterschiedlichen Unternehmen i.S.d. KG.

1294. Näher zu prüfen ist, wie es sich mit KAGA verhält (siehe oben B.2.7). Zum einen stellt sich die Frage, ob KAGA als Nachfragerin oder Anbieterin von Gütern oder Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess auftritt. Zum anderen stellt sich die Frage, ob KAGA wirtschaftlich selbstständig ist oder ob ein oder mehrere Dritte Kontrolle über sie haben.

1295. KAGA bietet zum einen Rohkies an,[2518] zum anderen Deponievolumen sowohl für die Ablagerung von unverschmutztem Aushub[2519] als auch von Inertstoffen[2520]. Im Zusammenhang damit fragt sie auch Abbaurechte nach.[2521] Abgesehen davon geht KAGA noch weiteren Tätigkeiten nach (z.B. Recycling), bei denen sie als Anbieterin oder Nachfragerin auftritt.[2522] Die Hauptkundinnen von KAGA im Bereich Rohkies sind ganz überwiegend ihre Aktionärinnen, deren Anteil sich während 32 ausgewerteten Jahren im Median auf 91,9 % und im Durchschnitt auf 89.4 % belief.[2523] Im verbleibenden Umfang setzte KAGA den Rohkies jedoch bei Dritten ab, tritt insofern also als Anbieterin im Wirtschaftsprozess auf. Demgegenüber sind im Bereich Deponievolumen die Hauptkundinnen von KAGA Dritte. In den Jahren von 2002 bis 2013 schwankte der Anteil der Dritten am Deponievolumen zwischen 59,5 % und 93 %.[2524] Ohne auch noch auf die weiteren Tätigkeiten von KAGA einzugehen, steht damit bereits fest, dass KAGA als Anbieterin von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess aktiv ist. Abbaurechte fragt KAGA bei Dritten nach, wodurch sie auch als Nachfragerin von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess aktiv ist. Die erste Frage ist zu bejahen.

1296. Zu prüfen ist weiter, ob es KAGA an der wirtschaftlichen Selbstständigkeit fehlt, weil ein oder mehrere Dritte Kontrolle über sie haben. Dabei ist zunächst zu beurteilen, ob ein Dritter positive Kontrolle innehat, um anschliessend darauf einzugehen, ob negative Kontrolle durch einen oder mehrere Dritte besteht.

1297. **Zur positiven Kontrolle:** Jede Aktionärin hat einen Aktienanteil von 1/7, wodurch das Unternehmen Alluvia, das zwei Aktionärinnen umfasst, auf einen Aktienanteil von 2/7 kommt.[2525] Kein Unternehmen verfügt demnach über eine Mehrheit an Stimmen. Da regelmässig alle oder zumindest die meisten der 7 Aktionärinnen an den GV teilnahmen, erreichte die Alluvia mit ihrem grösseren Aktienanteil auch faktisch keine Stimmenmehrheit (etwa aufgrund regelmässiger Abwesenheit eine Vielzahl anderer Aktionärinnen oder deutlichem Streubesitz). Gemäss Art. 5 des KAGA-Vertrags hat sodann jede Aktionärin das Recht, jeweils ein VR-Mitglied abzuordern.[2526] Kein Unternehmen kann eine Mehrheit der Leitungsgremien bestellen. Auch anderweitig bestehen keine Vereinbarungen oder wurden Gegebenheiten festgestellt, die einem Unternehmen das Recht oder die faktische Möglichkeit einräumen würden, die strategische Ausrichtung von KAGA eigenmächtig zu bestimmen. Keine Aktionärin hat demnach die positive Kontrolle über KAGA.

1298. Es bestand sogar ein starkes Bestreben bei den Aktionärinnen von KAGA, das «Gleichgewicht» zwischen den Aktionärinnen auch für die Zukunft in Stein zu meisseln und sicherzustellen, dass «nicht ein einzelner KAGA-Aktionär die anderen majorisieren kann», etwa durch Fusionen und Übernahmen von Aktionärinnen.[2527] Zwar kam diese angestrebte Änderung des KAGA-Vertrags aufgrund der Ablehnung von Marti letztlich nicht zustande. Zumindest die übrigen sechs Aktionärinnen

[2517] RPW 2016/4, 956 Rz 311, *Sport im Pay-TV*; RPW 2015/3, 511 Rz 57, *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/1, 82 Rz 10 f., *Beratungsanfrage zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG bei einem Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen*.
[2518] Rz 362 und 365.
[2519] Rz 422 und 442.
[2520] Rz 520.
[2521] Vgl. Rz 392 f. i.V.m. Rz 281, 340 und 352 3 Lemma.
[2522] Rz 531 und 533.
[2523] Rz 410 f. und 522.
[2524] Rz 524.
[2525] Rz 70, 74, 77, 80, 83 und 86.
[2526] Rz 583.
[2527] Siehe dazu die Sachverhaltsfeststellungen in Rz 607–613.

belegen damit aber mit aller Deutlichkeit, dass sie sich zum Gleichgewicht zwischen den Aktionärinnen bekennen. Dass keine Aktionärin positive Kontrolle über KAGA hat, ist von den Aktionärinnen also bewusst gewollt.

1299. **Zur negativen Kontrolle**: Zu erinnern sei zunächst daran,[2528] dass hier nicht zu beurteilen ist, ob die Aktionärinnen die KAGA durch ihre Mitsprachemöglichkeiten zusammen lenken (was sie nach den oben gemachten Feststellungen tun).[2529] Denn eine Möglichkeit zur Mitsprache heisst noch nicht, dass eine Möglichkeit zur Kontrolle besteht, wobei in vorliegendem Kontext nur Zweites interessiert. Hier ist daher zu beurteilen, ob eine oder mehrere Aktionärinnen je alleine die Möglichkeit hat resp. haben, wichtigen strategischen Entscheide der KAGA durch ihr Veto zu verhindern.[2530]

1300. Die Stimmrechtsanteile von je 1/7 resp. im Falle der Alluvia von 2/7 sind zu bescheiden, um damit eigenständig GV-Entscheide blockieren zu können, zumal die Aktien nicht im Streubesitz sind und regelmässig alle oder zumindest die meisten der sieben Aktionärinnen an der GV teilnahmen. In den Statuten von KAGA sind die Beschlussquoren gegenüber der gesetzlichen Regelung (absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen gemäss Art. 703 OR; für wichtige Beschlüsse vgl. Art. 704 OR) nicht erhöht worden,[2531] eine Sperrmöglichkeit bei einem Stimmrechtsanteil von 1/7 resp. 2/7 ergibt sich also auch nicht aus statutarisch erhöhten Beschlussquoren. Ebenso wenig besteht eine Patt-Situation in Bezug auf die Besetzung der Entscheidgremien resp. eine Blockademöglichkeit innerhalb des Verwaltungsrates, können doch mit einem resp. (bei der Alluvia) zwei abgeordneten VR-Mitgliedern bei einem VR, der aus sieben Personen besteht, Entscheide nicht blockiert werden (Beschlussquorum ist die absolute Mehrheit der abgegebenen Stimmen[2532]). Möglichkeiten zur negativen Kontrolle aufgrund des Stimmrechtsanteils, der Besetzung von Entscheidgremien oder innerhalb des VR ergeben sich demnach für keines der Unternehmen.

1301. Zu prüfen ist weiter, ob einzelnen oder allen Aktionärinnen Vetorechte bezüglich strategischer Entscheidungen eingeräumt worden sind, die ihnen je eine negative Kontrolle ermöglichen.[2533] Aus den Statuten[2534] ergeben sich keine solchen, insbesondere wurden dort keine Beschlussquoren dergestalt erhöht, dass sich daraus faktisch Vetorechte für die einzelnen Aktionärinnen ergeben würden. Näher zu betrachten ist der KAGA-Vertrag.[2535] Der letzte Artikel des KAGA-Vertrags, Art. 11, hält nämlich fest, dass zu dessen Änderung Einstimmigkeit zwischen den Vertragspartnern erforderlich ist. Zudem wird auch für Anpassungen gemäss Art. 2 des KAGA-Vertrags ein Einstimmigkeitserfordernis statuiert. Ist Einstimmigkeit erforderlich, hat jede Aktionärin ein Vetorecht. Nicht jedes Vetorecht bezüglich irgendwelcher Entscheide begründet aber eine negative Kontrolle – vielmehr muss sich dieses Vetorecht auf strategische Entscheidungen beziehen, die von ihrem Gehalt her für das strategische Wirtschaftsverhalten wesentlich sind.[2536] In der Literatur werden diesbezüglich etwa die Besetzung der Unternehmensleitung, die Finanzplanung, der Geschäftsplan, Investitionen oder marktspezifische Rechte aufgezählt, wobei präzisiert wird, dass Vetorechte nicht bezüglich aller Punkte bestehen müssen, um eine negative Kontrolle zu begründen.[2537]

1302. Der Inhalt des KAGA-Vertrags ist somit unter diesem Blickwinkel näher zu betrachten: Art. 1, teilweise Art. 3 und teilweise Art. 4 sowie Art. 5 bis Art. 10 des KAGA-Vertrags betreffen Pflichten für die Aktionärinnen, räumen also keine Vetorechte bei KAGA ein. Art. 3 sieht Vorzugspreise für Aktionärinnen bei Rohkieseinkäufen bei KAGA sowie die Festlegung der Verkaufspreise an Dritte vor, während sich Art. 4 zu einem System der Transportkostenausgleiche, einem Bonus-/Malussystem sowie Mindestbezugsmengen äussert. Es kann jedoch offenbleiben, ob diese Punkte an sich wesentliche strategische Entscheidungen beschlagen würden. Denn in beiden Artikeln wird festgelegt, dass der VR von KAGA die konkreten Preise bzw. Mengen oder Beträge bei diesen Punkten festlegt, wobei keine Minima vorgeschrieben sind. Im Ergebnis ist es somit der VR, der darüber befindet, ob die in diesen Artikeln geregelten Punkte überhaupt zum Tragen kommen. Denn es steht ihm frei, beispielsweise den Preis für den Rohkiesbezug für Aktionärinnen gleich hoch anzusetzen wie denjenigen für Dritte[2538] oder auf Transportkostenausgleiche zu verzichten[2539] und diese Punkte damit faktisch ausser Kraft zu setzen. Im VR von KAGA verfügt wie gesehen[2540] kein Unternehmen über eine Blockademöglichkeit. Ergo vermögen diese zwei Artikel des KAGA-Vertrags keine Vetorechte zu Gunsten einzelner Aktionärinnen zu begründen. Um ein echtes Vetorecht bezüglich Entscheidungen der KAGA handelt es sich deshalb einzig bei Art. 2 des KAGA-Vertrags. Dieser Artikel regelt den Tätigkeitsbereich von KAGA in sachlicher und räumlicher Hinsicht und hält fest, dass KAGA die Aktionärinnen nicht konkurrenzieren soll – eine Ausweitung des Tätigkeitsbereichs von KAGA erfordert ausdrücklich die Zustimmung aller Aktionärinnen. Die in Art. 2 des KAGA-Vertrags gewählte Umschreibung des Tätigkeitsbereichs von KAGA kann so verstanden werden, dass

[2528] Rz 1290.
[2529] Dies zeigt sich insbesondere daran, dass die Aktionärinnen sich gegenseitig das Recht eingeräumt haben, je einen Vertreter in den VR von KAGA zu entsenden, in dem auch für die Aktionärinnen relevante Entscheide getroffen werden wie namentlich die Festsetzung der Preise, siehe Rz 896 ff. und Rz 676 ff.
[2530] Rz 1288.
[2531] Rz 536.
[2532] Art. 713 Abs. 1 OR, vgl. auch Rz 537.
[2533] Zu dieser Form der negativen Kontrolle siehe etwa BSK KG-REINERT/VISCHER (Fn 1220), Art. 4 Abs. 3 N 231 ff.
[2534] Siehe Fundstellennachweis in Rz 537.
[2535] Zu diesem Rz 581 ff., dessen Inhalt ist wiedergegeben in Rz 583.
[2536] BSK KG-REINERT/VISCHER (Fn 1220), Art. 4 Abs. 3 N 233 unter Verweis auf Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 43 vom 21.2.2009 (hiernach: EU-Zuständigkeitsmitteilung), Rz 65.
[2537] BSK KG-REINERT/VISCHER (Fn 1220), Art. 4 Abs. 3 N 233 m.w.H.; DIKE KG-SÜSLU (Fn 1698), Art. 4 Abs. 3 N 83 f. Siehe ferner EU-Zuständigkeitsmitteilung, Rz 65 ff.
[2538] So geschehen ab 2015 (Rz 1069).
[2539] So geschehen in den Jahren 1976 bis 2000 und wiederum ab 2015 (Rz 1095).
[2540] Vorangehende Rz.

KAGA zwar Kies abbaut, aber kein Kieswerk betreibt. Wie festgestellt, gehen Kiesabbau und Kiesveredelung regelmässig Hand in Hand und eine vertikale Integration ist insofern die Usanz.[2541] Auf den ersten Blick erscheint das Vetorecht bezüglich Betriebs eines Kieswerks durch KAGA daher von durchaus nicht zu vernachlässigender wirtschaftlicher Bedeutung. Denn es führt dazu, dass KAGA für den Absatz ihres gewonnenen Rohkieses über weite Strecken auf die Abnahme durch ihre kieswerkbetreibenden Aktionärinnen (nicht einer spezifischen einzelnen, aber insgesamt) angewiesen ist.[2542] Gleichzeitig wird in der Lehre aber darauf hingewiesen, dass Vetorechte bezüglich der Aufnahme neuer Tätigkeiten (hier insbesondere der Betrieb eines Kieswerks durch KAGA) grundsätzlich nicht das strategische Wirtschaftsverhalten betreffen.[2543] Nicht zu verkennen ist denn auch die Verwandtschaft zwischen diesem Vetorecht bezüglich Tätigkeitsausweitung einerseits und einer entsprechend engen Umschreibung des Tätigkeitsbereichs der Gesellschaft in deren Zweckartikel andererseits. Eine Tätigkeitsausweitung bedarf im zweiten Fall einer Änderung des Zweckartikels der Gesellschaft. Hierbei handelt es sich um einen «wichtigen» Beschluss, der von Gesetzes wegen ein qualifiziertes Beschlussquorum voraussetzt (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR), das verschärft, aber nicht erleichtert werden darf, und insbesondere dem aktienrechtlichen Minderheitsschutz dient.[2544] Solch übliche Minderheitsschutzrechte wiederum begründen für sich alleine noch keine Kontrollmöglichkeiten im hier relevanten Sinne,[2545] obwohl sie ebenfalls gewisse «Zurückbindungsmöglichkeiten» eröffnen und von strategischer Bedeutung (eben «wichtige» Beschlüsse) sind. In Anbetracht dessen vermag das isoliert bestehende[2546] Vetorecht bezüglich Ausweitung des Tätigkeitsbereichs von KAGA in räumlicher und sachlicher Hinsicht vorliegend den einzelnen Aktionärinnen noch keine negative Kontrollmöglichkeit in die Hände zu legen.[2547] Infolgedessen kann auch offenbleiben, wie es sich mit der kartellrechtlichen Zulässigkeit spezifisch dieser einzelnen Klausel (einer Tätigkeitseinschränkung zu Lasten von KAGA) verhält; mithin ob sie überhaupt rechtsgültig vereinbart und beibehalten werden konnte.[2548]

1303. Stimmbindungsvereinbarungen unter den Aktionärinnen (mit Ausnahme des bereits behandelten Rechts, einen Vertreter in den VR von KAGA zu entsenden) oder eine Bündelung ihrer Stimmen in einer Holdinggesellschaft liegen nicht vor,[2549] weshalb als letztmögliche Variante einer negativen Kontrollmöglichkeit zu prüfen ist, ob derart starke gemeinsame Interessen bei den Aktionärinnen bestehen, die dazu führen, dass sie bei der Ausübung ihrer Stimmrechte nachgerade gemeinsam handeln müssen. Eine solche Situation liegt allerdings bloss «ganz selten»[2550] vor, wobei zudem betont wird, dass je mehr Gesellschaften involviert sind, desto geringer die Wahrscheinlichkeit ist, dass es hierzu kommt.[2551] Wie ausgeführt, ist KAGA mangels eines eigenen Kieswerks zwar über weite Strecken auf die Abnahme des von ihr gewonnenen Rohkieses durch ihre Aktionärinnen angewiesen.[2552] Welche Aktionärinnen es sind, die den Rohkies abnehmen, ist jedoch belanglos und KAGA kann durch entsprechende Preisgestaltung die Kiesabnahme auch durch weiter entfernte Aktionärinnen (oder Dritte) attraktiver machen. Es ist daher nicht

[2541] Siehe Rz 273 und 286 ff.

[2542] Rz 409 ff.

[2543] BSK KG-REINERT/VISCHER (Fn 1220), Art. 4 Abs. 3 N 272.

[2544] Statt anderer BRIGITTE TANNER, in: Zürcher Kommentar, Obligationenrecht Art. 698–726 und 731b, 3. Aufl. 2018, Art. 704 N 1; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweize-risches Gesellschaftsrecht, 2018, § 16 Rz 354.

[2545] EU-Zuständigkeitsmitteilung, Rz 66.

[2546] Anders gelagert RPW 2012/4, 844 Rz 8, *BKW FMB Energie AG/Groupe E SA/CC Energie SA*, wo sich die Vetorechte nicht nur auf die Zweckänderung bezogen, sondern auch auf etliche weitere Punkte wie die Änderung des Geschäftsmodells oder die Aufnahme von zusätzlichen Kundinnen.

[2547] Würde dies anders beurteilt, hätten alle sechs Aktionärs-Unternehmen je negative Kontrolle über KAGA. Aufgrund der Kontrollmöglichkeit der Aktionärinnen über KAGA wäre KAGA bei dieser Betrachtung nicht selber als Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren. Sie wäre mangels Vollfunktionseigenschaft aber auch kein Gemeinschaftsunternehmen i.S.d. VKU, das den jeweiligen «Unterneh-menssphären» der kontrollierenden Unternehmen zugeordnet werden könnte: Denn ein Gemeinschaftsunternehmen i.S.v. Art. 2 VKU setzt ein Gebilde voraus, das «auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt». Das ist bei KAGA nicht der Fall, zumal sie aufgrund des Vetorechts der Aktionärinnen bezüglich ihres Tätigkeitsbereichs kein eigenes Kieswerk betreiben darf. Wie aus-geführt, ist KAGA bislang (d.h. ohne eigenes Kieswerk) beim Absatz von Rohkies weitestgehend von der Nachfrage ihrer Aktionärinnen abhängig und erzielt etwa [>80]% ihres Rohkiesumsatzes mit diesen (Rz 1295). Bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub erzielt sie zwar einen grösseren Anteil ihres Umsatzes mit Dritten (vgl. Rz 1295). Jedoch kann sie Deponievolumen in ihren Aushubstellen nur dann anbieten, wenn sie zuvor Kies abgebaut und «weggeschafft» hat. Die Tätigkeit von KAGA im Deponiebereich hängt also vom vorangehenden Kiesabsatz ab, bei welchem KAGA wie gesagt von der Nachfrage ihrer Aktionärinnen abhängig ist. Damit ist KAGA letztlich auch im Deponiebereich von der Nachfrage ihrer Aktionärinnen im Kiesbereich abhängig. Das steht im Übrigen auch im Einklang mit der Aufgabe von KAGA, Dienerin der Aktionärsinteressen zu sein (dazu Rz 871 f.). Aufgrund dieser Abhängigkeit von der Nachfrage ihrer Aktionärinnen kann sich KAGA nicht als «selbstständige wirtschaftliche Einheit» entfalten; sie erfüllt nicht alle Funktionen einer solchen (siehe ausführlicher zu Verkaufsbeziehungen zu den «Muttergesellschaften», die einer Qualifikation als «selbstständige wirtschaftliche Einheit» im Wege stehen, BSK KG-REINERT/VISCHER [Fn 1220], Art. 4 Abs. 3 N 350 ff.). Bei KAGA würde es sich bei dieser Betrachtungsweise also weder um ein Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1bis KG noch um ein Gemeinschaftsunternehmen i.S.d. VKU handeln. Aus kartellrechtlicher Sicht wäre KAGA bei dieser Betrachtungsweise, also bei Bejahung einer negativen Kontrolle jeder einzelnen Aktionärin über KAGA, daher nichts Anderes als eine Abrede zwischen den Aktionärs-Unternehmen, die in eine eigene Rechtspersönlichkeit «gekleidet» wurde und deren Zulässigkeit nach Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 KG zu beurteilen wäre (ebenso RPW 2011/3, 423 ff., *Swisscom/Groupe E*, und RPW 2012/2, 171 ff., *FTTH Freiburg*, wo im ersten Schritt die Vollfunktionseigenschaft einer gemeinsam kontrollierten Gesellschaft verneint wurde und alsdann in einem zweiten Schritt diese Kooperation unter dem Blickwinkel von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 KG, also als Wettbewerbsabrede, geprüft wurde). Dieser Befund steht im Übrigen nicht im Widerspruch dazu, dass KAGA nachfolgend als Unternehmen qualifiziert wird (Rz 1304). Denn diese Qualifizierung kommt aufgrund der fehlenden Kontrolle zustande, die dazu führt, dass das zweifelsfrei bestehende Anbieten und Nachfragen von Gütern oder Dienstleistungen durch KAGA nicht einem oder mehreren Dritten zugeordnet werden können.

[2548] Darauf hinweisend, dass die eingeräumten Vetorechte rechtlich auch durchsetzbar sein müssen, etwa DIKE KG-SÜSLU (Fn 1698), Art. 4 Abs. 3 N 172 m.w.H.

[2549] Vgl. zu dieser Möglichkeit der negativen Kontrolle etwa BSK KG-REINERT/VISCHER (Fn 1220), Art. 4 Abs. 3 N 289 ff.

[2550] So die Formulierung in EU-Zuständigkeitsmitteilung, Rz 76; übernommen von BSK KG-REINERT/VISCHER (Fn 1220), Art. 4 Abs. 3 N 296.

[2551] EU-Zuständigkeitsmitteilung, Rz 76.

[2552] Siehe Rz 273 und 286 ff.

eine bzw. jede Aktionärin einzeln, deren Beitrag «lebenswichtig»[2553] ist; die Einbindung einer spezifischen Aktionärin ist nicht unabdingbar. Unter den sieben Aktionärinnen bzw. den sechs beteiligten Aktionärs-Unternehmen sind vielmehr wechselnde Koalitionen möglich. Kommt hinzu, dass sich das gemeinsame Interesse auf den ausreichenden Absatz von Rohkies sowie die Erzielung einer hohen Dividende beschränkt,[2554] während im Übrigen die Interessen der einzelnen Aktionärinnen hinsichtlich KAGA durchaus divergieren.[2555] Eine Kontrollmöglichkeit besteht also auch aus diesem Grund nicht.

1304. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass weder eine einzelne Aktionärin noch mehrere eine Kontrollmöglichkeit über KAGA haben, weder eine positive noch eine negative. KAGA ist demnach wirtschaftlich selbstständig im Sinne des KG und, da sie als Nachfragerin und Anbieterin von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess auftritt, infolgedessen ein Unternehmen i.S.d. KG.

D.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

1305. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

1306. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Ob die Parteien solche Abreden getroffen haben und gegebenenfalls ob diese gemäss Art. 5 KG unzulässig ist, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet.

1307. Der Begriff der Marktmacht wird im Kartellgesetz nicht definiert. Art. 4 Abs. 2 KG legt aber fest, unter welchen Voraussetzungen ein oder mehrere Unternehmen gemeinsam als marktbeherrschend gilt resp. gelten (um eine relative Marktmacht nach Art. 4 Abs. 2bis KG geht es vorliegend nicht). Die Marktbeherrschung stellt eine qualifizierte Form der Marktmacht dar.[2556] Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung eines oder mehrerer Unternehmen bejaht, beinhaltet dies – erst recht – auch die Ausübung von Marktmacht im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die separate Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegen kann. In beiden Fällen kann somit darauf verzichtet werden, das Vorliegen von Marktmacht zu prüfen. Statt an dieser Stelle vorab diesen unnötigen Schritt vorzunehmen, wird auf die Ausführungen zur Marktbeherrschung verwiesen.

1308. Um die Beurteilung eines Unternehmenszusammenschlusses, definiert in Art. 4 Abs. 3 KG, geht es in vorliegendem Untersuchungsverfahren (Art. 26 ff. KG) nicht.

D.1.3 Örtlicher Geltungsbereich

1309. In räumlicher Hinsicht ist das KG auf alle Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, unabhängig davon, ob sie im In- oder im Ausland veranlasst worden sind (Art. 2 Abs. 2 KG; sog. Auswirkungsprinzip). Eine bestimmte Intensität, die im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG zu prüfen wäre, müssen diese Auswirkungen nicht erreichen.[2557]

1310. Die Verfahrensparteien sind insbesondere im Kanton Bern tätig, d.h., sie bieten hier ihre Produkte und Dienstleistungen an und fragen solche nach. Da es sich um entfernungsabhängige Märkte handelt,[2558] ist evident, dass sich dieser Sachverhalt in der Schweiz auswirkt. Das Geschehen ist demnach vom örtlichen Geltungsbereich des KG erfasst.

D.1.4 Zeitlicher Geltungsbereich

1311. In zeitlicher Hinsicht sind die materiellen Regeln des aktuellen Kartellgesetzes seit 1. Juli 1996 in Kraft. Art. 49a KG, die Sanktionsnorm, trat demgegenüber erst am 1. April 2004 in Kraft, wobei die diesbezügliche Anpassungsfrist gemäss der Übergangsbestimmung am 1. April 2005 abgelaufen ist.

1312. Aus Praktikabilitätsgründen konzentriert sich die Untersuchung daher auf Verhaltensweisen ab April 2004, die nicht per 1. April 2005 aufgelöst worden sind. Selbstverständlich gehören dazu auch Verhaltensweisen, die bereits früher aufgenommen worden sind, die aber nach dem 1. April 2005 noch fortgeführt wurden. Ohnehin bedeutet eine Konzentration auf Verhaltensweisen ab April 2004 nicht, dass zuvor Geschehens einfach auszublenden oder als unbeachtlich abzutun wäre. Im Gegenteil, die Entstehungsgeschichte und die Entwicklungen im Laufe der Zeit können auch hinsichtlich des aktuellen Geschehens ausgesprochen aufschlussreich und für dessen treffende Einordnung von wesentlicher Bedeutung sein.

D.2 Parteien/Verfügungsadressaten

1313. Das Kartellgesetz bestimmt in Art. 2 Abs. 1 und Abs. 1bis KG seinen persönlichen Geltungsbereich – es gilt für Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes.[2559] Die Unternehmen sind vorliegend Alluvia, Daepp, Heimberg, Kästli-Gruppe, Marti-Gruppe, Vigier und KAGA.[2560] Dass die so definierten Unternehmen eine eigene Rechtspersönlichkeit aufweisen, wird dabei, wie erwähnt, nicht vorausgesetzt.[2561] Das ändert allerdings nichts daran, dass (vorbehältlich hier nicht weiter interessierender Spezialnormen wie etwa Art. 562 OR für Kollektivgesellschaften) nur ein Subjekt mit Rechtspersönlichkeit Träger von Rechten und Pflichten und damit Partei eines Verfahrens sowie Verfügungsadressat sein

[2553] Vgl. EU-Zuständigkeitsmitteilung, Rz 77.
[2554] Siehe Rz 412.
[2555] Exemplarisch Rz 413, aufgrund der unterschiedlichen weiteren Tätigkeitsbereiche, in denen die einzelnen KAGA-Aktionärinnen tätig sind; siehe weiter z.B. Rz 904 f. und spezifisch zur Marti-Gruppe auch Rz 963–965.
[2556] RPW 2016/4, 957 Rz 316 f., *Sport im Pay-TV*.
[2557] Zusammenfassend BGE 143 II 297 E. 3.7, *Gaba*.
[2558] Siehe etwa Rz 274 ff. und 318 ff.
[2559] Dazu Rz 1280 ff.
[2560] Siehe Rz 1292 f. bezüglich Aktionärs-Unternehmen und Rz 1294 ff., insbesondere das Fazit in Rz 1304 bezüglich KAGA.

kann – diesbezüglich enthält das KG keine Sondervorschriften. Folge davon ist, dass in einem Kartellverfahren das Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes als materieller Normadressat und die Partei des Verfahrens resp. der Adressat einer Verfügung auseinanderfallen können.[2562]

1314. Parteien des Verfahrens sowie Verfügungsadressaten in Untersuchungen gemäss Art. 27 ff. KG sind insbesondere der resp. die Rechtsträger, die zusammen das oder die Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes bilden, dessen oder deren Verhalten untersucht wird. Bei diesen Rechtsträgern handelt es sich meist um juristische Personen, namentlich Gesellschaften, seltener um natürliche Personen. Soweit hinter einem Unternehmen i.S.d. KG ein einziger Rechtsträger steht, ist ohne Weiteres dieser Partei und Verfügungsadressat. Handelt es sich beim Unternehmen i.S.d. KG hingegen um ein Gebilde, das sich aus mehreren Gesellschaften zusammensetzt (wie dies vorliegend mehrfach der Fall ist)[2563], sind mehrere Rechtsträger vorhanden, die als Parteien und Verfügungsadressaten in Frage kommen. Sämtliche diese Gesellschaften von Amtes wegen in das Verfahren zu involvieren, erscheint allerdings weder sinnvoll noch in irgendeiner Hinsicht hilfreich oder gewinnbringend; und zwar auch nicht aus Sicht der Gesellschaften selbst.[2564] Vielmehr ist es angezeigt, dass seitens der Wettbewerbsbehörden durch pflichtgemässe Ermessensausübung die im konkreten Fall massgeblichen Gesellschaften ausgewählt werden. Sachgerecht dürfte es in der Regel sein, einerseits diejenigen (operativ tätigen) Gesellschaften einzubeziehen, die selber am untersuchten Verhalten beteiligt waren, und andererseits die Obergesellschaft bei den jeweiligen Unternehmen.[2565] Grund, um hiervon abzuweichen, kann etwa sein, wenn nach Untersuchungseröffnung eine neue Obergesellschaft hinzukommt oder wenn die Obergesellschaft ihren Sitz im Ausland hat, andere Gesellschaften desselben Unternehmens hingegen in der Schweiz.[2566]

1315. Vor diesem Hintergrund wurden gestützt auf die jeweilige Ausgangslage[2567] folgende 14 Gesellschaften als Parteien von Amtes wegen in das vorliegende Verfahren einbezogen:

Direkt involvierte Gesellschaften	Obergesellschaften	Unternehmen i.S.d. KG
Hofstetter / Messerli	Alluvia AG	Alluvia
Aare-Kies	Kieswerk Daepp A.G. / Daepp Holding AG	Daepp
Kästli	Kästli Beteiligungen AG	Kästli-Gruppe
Heimberg	---	Heimberg
Marti	Marti Holding AG	Marti-Gruppe
Kiestag	Vigier Holding AG	Vigier
KAGA	---	KAGA

Tabelle 68: In das Verfahren einbezogene Gesellschaften.

1316. Erläuternd seien zwei Punkte ergänzt. Erstens: Bei Aare-Kies wurden zwei Obergesellschaften einbezogen. Die Kieswerk Daepp A.G. war seit 1962 Obergesellschaft der Aare-Kies. 2014 wurde die Daepp Holding AG gegründet und die Aktien an der Kieswerk Daepp A.G. als Sacheinlage eingebracht. Die Kieswerk Daepp A.G. wurde so zu einer Tochtergesellschaft der Daepp Holding AG, welche dadurch die neue Obergesellschaft wurde. Zweitens: Die Vigier Holding AG war zumindest seit 1972 Obergesellschaft der Kiestag. 2001 wurde Vigier Holding AG von Vicat übernommen, deren Sitz allerdings im Ausland liegt. Daher ist es sachgerecht, nicht (zusätzlich) die neue Obergesellschaft Vicat als Partei einzubeziehen, sondern die weiterhin bestehende Vigier Holding AG mit Sitz in der Schweiz.

D.3 Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO

1317. Vorliegend geht es darum, eine Untersuchung nach Art. 27 KG mit einem Entscheid abzuschliessen.

1318. Gemäss Art. 18 Abs. 3 KG trifft die WEKO die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind. Wer über die im Rahmen einer Untersuchung zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung zu befinden hat, ist im KG ausdrücklich geregelt. Es ist dies die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG).

[2561] Rz 1281.
[2562] BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 7.2.2, *DCC*; BSK KG-AMSTUTZ/GOHARI (Fn 1220), Art. 2 KG N 121.
[2563] Rz 1292.
[2564] BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 Rz 70, *ADSL II*.
[2565] Ausführlich BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 Rz 72 ff., *ADSL II*; bestätigt etwa in BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 Rz 122 m.w.H., *DCC*; BVGer, B-5819/2020 vom 31.10.2023 E. 3.1.3, *Eishockey im Pay-TV*. Vgl. auch BGer, 2C_484/2010 vom 29.6.2012 E. 3.4 (nicht abgedruckt in BGE 139 I 72), *Publigroupe*, in dem zwar als vorzugswürdig erachtet wurde, wenn die Gesellschaften, die selber am untersuchten Verhalten beteiligt waren, von Anfang an in das Verfahren einbezogen worden wären, die Ausrichtung des Verfahrens auf die Obergesellschaft aber gleichwohl als ausreichend eingestuft wurde.
[2566] BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 Rz 74, *ADSL II*. So ging die WEKO etwa vor in RPW 2021/1, 177 Rz 200 f., *Eishockey im Pay-TV*, was das BVGer bestätigt hat, vgl. BVGer, B-5819/2020 vom 31.10.2023 E. 3.1.4, *Eishockey im Pay-TV*.
[2567] Siehe dazu Rz 67 ff.

1319. Die WEKO kann sich in Kammern mit selbstständiger Entscheidbefugnis gliedern und im Einzelfall ein Mitglied des Präsidiums der WEKO ermächtigen, dringliche Fälle oder Fälle von untergeordneter Bedeutung direkt zu erledigen (Art. 19 Abs. 1 KG). Das Geschäftsreglement WEKO[2568] sieht zwei solche Kammern vor, diejenige für Teilverfügungen und diejenige für Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 19 f. GR-WEKO). Der hier zu treffende Entscheid fällt weder in die Zuständigkeit der einen noch in diejenige der anderen Kammer. Ebensowenig ist eine der zwei alternativen Voraussetzungen für eine einzelfallbezogene Ermächtigung eines Mitglieds des Präsidiums der WEKO zur direkten Erledigung der Sache erfüllt – die WEKO hat übereinstimmend damit denn auch keine solche Ermächtigung erteilt. Zuständig ist vorliegend folglich die Gesamtkommission der WEKO.

D.4 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften (vorbehaltene Normen)

1320. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das KG fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

D.4.1 Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 Abs. 1 KG)

D.4.1.1 Rechtliche Grundlagen

1321. Das BGer hat sich bereits einlässlich mit Art. 3 Abs. 1 KG auseinandergesetzt. Die Kernaussagen lassen sich wie folgt wiedergeben (wobei hier für die einfachere Lesbarkeit auf Quellennachweise verzichtet wird – hierfür sei auf das einschlägige Urteil verwiesen)[2569]:

1322. Mit Art. 3 Abs. 1 KG sieht der Gesetzgeber vor, dass wegen Marktversagens oder sozial unerwünschten Verteilungen der Markt als Regelsystem der Wirtschaftsbeziehungen durch die «sichtbare Hand des Rechts» ersetzt wird. Dies allerdings nur so weit, als die staatlichen Vorschriften auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen. Zu prüfen sind zwei Punkte: erstens, ob staatliche Marktregulierungen den Wettbewerb in einem bestimmten Bereich ausschliessen, und gegebenenfalls zweitens, wieweit sie dies tun. Dem Wortlaut, dem gesetzgeberischen Willen und dem Zweck entsprechend sowie in verfassungskonformer Auslegung ist dem Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG nur in restriktiver Weise Geltung zu verschaffen. Ein Ausschluss ist deshalb einzig gestützt auf eine klare gesetzliche Grundlage möglich, die ein wettbewerbsbehinderndes Verhalten verordnet oder zulässt. Sofern und soweit die vorbehaltenen Vorschriften Raum für Wettbewerb lassen, bleibt das KG anwendbar.

1323. Der Kartellgesetzgeber hat die vorbehaltenen Vorschriften auf Gesetzesebene mit zwei Beispielen konkretisiert: Zum einen mit Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG). Eine solche liegt vor, wenn die massgeblichen ökonomischen Parameter in entscheidender Weise durch zwingende Vorschriften festgelegt werden – staatliche Markt- und Preisordnungen schliessen den Wettbewerb in einem bestimmten Wirtschaftsbereich praktisch vollständig aus. Zum anderen mit Vorschriften, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). Entscheidend ist dabei, dass solchen Unternehmen durch rechtliche Vorschriften eine wettbewerbliche Sonderstellung zukommt, wobei insbesondere staatliche Monopole und Regale derartige Rechte sind.

1324. Im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 1 KG sind normtheoretisch zwei Arten von Normen zu unterscheiden: Zum einen Normen, die den gleichen Sachverhalt unter gleichen Gesichtspunkten unterschiedlich beurteilen – es liegt eine klassische Normkollision vor. Zum anderen Normen, die einen Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln, d.h. Rechtsfolgen an unterschiedliche Tatbestandsmerkmale anknüpfen oder unterschiedliche Ziele verfolgen – es liegt eine positive oder kumulative Normenkonkurrenz bzw. Normenkumulation vor.

1325. Art. 3 Abs. 1 KG behält nur Normen vor, die den gleichen Sachverhalt unter gleichen Gesichtspunkten unterschiedlich beurteilen: Auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen sind Wettbewerb bzw. Modifikationen des Wettbewerbs (bis zum Ausschluss) vorgesehen. Es muss also eine Normkollision vorliegen. Diesfalls findet das Kartellgesetz gemäss Art. 3 Abs. 1 KG keine Anwendung.

1326. Normen, die demgegenüber einen Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln, gelangen nebeneinander zur Anwendung und schliessen sich nicht gegenseitig aus. Nicht wettbewerbsrechtliche Regelungen, die zum KG hinzutreten, stellen insofern keine vorbehaltenen Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG dar, sondern sind Normen, die parallel zum KG anwendbar sind und zur Erfüllung ihres Verfassungsauftrags (z.B. Gesundheitsschutz) auch vollumfänglich anwendbar sein müssen. Theoretisch ist zwar nicht ausgeschlossen, dass parallel anwendbare Normen «wettbewerbshindernd» sein können. Allerdings bilden sie in der Regel die Rahmenordnung, innerhalb derer Wettbewerb stattzufinden hat. In jedem Fall wird die parallele Ordnung nicht im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG vorbehalten, d.h., die Anwendbarkeit des KG wird nicht automatisch ausgeschlossen. Vielmehr sind beide Regelungen anwendbar und es ist im Einzelfall zu prüfen, inwiefern beide Rechtsnormen bei der Anwendung verwirklicht werden können.

[2568] Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO; SR 251.1).
[2569] BGE 141 II 66 E. 2.2 ff. m.w.H., *Hors-Liste Medikamente I.*

1327. Methodisch ist deshalb zu prüfen, ob neben dem KG Vorschriften für einen bestimmten Markt für bestimmte Waren oder Leistungen vorliegen und ob der Sinn dieser Normen Wettbewerb nicht zulässt. Wenn dies zutrifft, ist zu evaluieren, ob die von der Untersuchung betroffene, konkrete Ware bzw. Leistung überhaupt unter diese Vorschrift fällt. Sofern der Sinn dieser Norm hingegen nicht wettbewerbsrechtlicher Natur ist, sind diese Norm und das KG ohne Weiteres parallel anwendbar.

D.4.1.2 Anwendung im konkreten Fall

1328. Wie ausgeführt, werden die hier interessierenden Märkte stark von den raumplanungsrechtlichen Vorschriften geprägt.[2570] Sinn und Zweck dieser Normen ist es, die haushälterische Nutzung des Bodens sicherzustellen, raumwirksame Tätigkeiten aufeinander abzustimmen und eine geordnete Besiedelung des Landes zu verwirklichen.[2571] Die raumplanungsrechtlichen Normen verfolgen damit andere Ziele als das Kartellrecht und sie regeln den Sachverhalt nach anderen Gesichtspunkten als das Kartellgesetz dies tut. Es liegt eine Normenkumulation vor; die verschiedenen Normen finden parallel Anwendung. Um vorbehaltene Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG handelt es sich bei den raumplanungsrechtlichen Normen daher – jedenfalls im Grundsatz – nicht. Vielmehr stecken diese nur, aber immerhin, den Rahmen ab, innerhalb dem sich der Wettbewerb abspielt. Die durch solch parallel anwendbare Normen vorgegebene Rahmenordnung hat zwar durchaus Einfluss auf die Marktgegebenheiten – hier etwa, indem sie dazu führen, dass auf den Märkten «Rohkies» und «Deponie von unverschmutztem Aushub» kein Wettbewerbsdruck durch potenzielle Konkurrenten bestehen kann[2572] – doch führt dies keineswegs dazu, dass deshalb das Kartellgesetz nicht oder bloss eingeschränkt zur Anwendung käme.

1329. Näher einzugehen ist auf drei spezifische Regelungsaspekte innerhalb der raumplanungsrechtlichen Vorschriften. Denn auch wenn die raumplanungsrechtlichen Normen im Grundsatz nicht wettbewerbsrechtlicher Natur sind und ein anderes Ziel als das Kartellrecht verfolgen, heisst dies nicht zwingend, dass nicht einzelne dieser Bestimmungen dennoch, womöglich in einem beschränkten Bereich, wettbewerbsausschliessend sein könnten:[2573]

- Wie ausgeführt, wird in den Sachplänen ADT die Berechnungsweise festgelegt, anhand der die (regionalen) Richtmengen zu bestimmen sind, die für die Reservesicherung erforderlich sind.[2574] Die Regelungen zu den Richtmengen führen auf Stufe Richtplan dazu, dass nicht mehr oder grössere Festsetzungen erfolgen dürfen als zur Erreichung dieser Richtmengen erforderlich sind; zusätzliche Standorte oder weitergehende Abbau- resp. Deponiemengen können bloss als Zwischenergebnisse festgelegt werden.[2575] Diese planerische «Mengenbeschränkung» hat zur Folge, dass Markteintritte oder Ausweitungen bestehender Standorte nur begrenzt – eben im Rahmen der Richtmengen – möglich sind, wodurch die Konkurrenzsituation und die Marktgegebenheiten beeinflusst werden. Ein wettbewerbsrechtliches Ziel oder gar ein Wettbewerbsausschluss wird mit diesen Richtwertvorgaben allerdings nicht verfolgt. Vielmehr ist eine mengenmässige Beschränkung dieser raumwirksamen Tätigkeiten bei der raumplanungsrechtlichen Planung letztlich unvermeidlich, um eine geordnete und haushälterische Nutzung des Landes zu erreichen sowie die Landschaft zu schonen;[2576] ebenso wie beispielsweise eine auf den voraussichtlichen Bedarf abgestimmte Dimensionierung der Bauzonen als Teil der Raumplanung unvermeidlich ist.[2577] Abgesehen davon war sich der Regierungsrat des Kantons Bern jedenfalls beim Erlass des Sachplans 2012 bewusst, dass dieser den Rahmen absteckt, innerhalb dem Wettbewerb stattfinden kann; dabei strebte er ausdrücklich Wettbewerbsneutralität an.[2578] Dem Wettbewerb soll also neutral begegnet werden, d.h. er soll weder ausgeschlossen noch beschränkt werden. Die bei der Planung von den zuständigen Behörden zu berücksichtigenden Richtmengenvorgaben enthalten denn auch keine Vorschriften, die das Wettbewerbsverhalten unter den Marktteilnehmern, welche die erforderlichen Bewilligungen erhalten haben, regeln oder einschränken würden. Der Anwendung des KG stehen die Richtmengenvorgaben demnach nicht im Wege – sie sind nur, aber immerhin, als Rahmenordnung zu berücksichtigen, innerhalb welcher der Wettbewerb spielen kann.
- Die Sachpläne ADT basieren auf dem Konzept der regionalen Ver- und Entsorgung. Zudem sehen sie vor, dass Transporte optimiert werden sollen, indem generell und insbesondere Leerfahrten minimiert und Fahrten über längere Distanzen vermieden werden.[2579] Dabei handelt es sich um Planungsgrundsätze, die den Planungsträgern als «Navigationshilfe» dienen sollen; im konkreten Einzelfall müssen diese Grundsätze gegeneinander abgewogen werden, da sie teilweise in Konflikt miteinander stehen.[2580] Bereits daraus ist ersichtlich, dass es sich bei diesen Grundsätzen – ihrer Bezeichnung entsprechend – eben um Grundsätze handelt und nicht um zwingende Vorschriften. Der Sachplan ist denn auch nur für Behörden verbindlich,[2581] für die Marktteilnehmer selbst ist er dies nicht. Dass im Sachplan festgehalten wird, mit diesem werde den Unternehmen kund getan, welche Erwartungen damit an sie verbunden seien,[2582] führt freilich nicht dazu, dass der Sachplan für die Unternehmen entgegen der ausdrücklichen

[2570] Siehe dazu Rz 330 ff., insbesondere Rz 349 ff.
[2571] Art. 75 BV und Art. 1 RPG, siehe ferner Art. 2 f. RPG.
[2572] Siehe Rz 1790 ff. und Rz 1812 ff.
[2573] So auch BGE 141 II 66 E. 3.3.4, *Hors-Liste Medikamente I*, in Bezug auf das HMG.
[2574] Siehe Rz 335 und 358.
[2575] Rz 341.
[2576] Bei Letzterem handelt es sich um einen der Planungsgrundsätze gemäss Art. 3 Abs. 2 RPG.
[2577] Siehe dazu Art. 15 Abs. 1 und insbesondere auch Abs. 2 RPG.
[2578] Vgl. Grundsatz 18 auf S. 19 des Sachplan ADT 12 (Fn 406).
[2579] Siehe Grundsätze 2 und 9 auf S. 15 resp. 18 des Sachplan ADT 12 (Fn 406).
[2580] Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 15.
[2581] Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 8.
[2582] Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 8.

Rechtslage (Art. 57 Abs. 1 BauG) dennoch verbindlich wäre. Schon nur deshalb kann es sich bei den diversen Grundsätzen im Sachplan nicht um vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG handeln, fehlt es doch an verbindlichen Vorgaben für die Marktteilnehmer. Abgesehen davon schliessen diese – inhaltlich vagen – Grundsätze den Wettbewerb ohnehin nicht aus, da sie aufgrund ihrer unbestimmten Fassung keine massgeblichen ökonomischen Parameter festlegen. Dennoch berufen sich KAGA, Alluvia, Kästli-Gruppe und Vigier in ihren Stellungnahmen zum Antrag auf die Sachpläne ADT.[2583] Was sie daraus ableiten wollen, bleibt allerdings diffus. So legen sie insbesondere nicht dar, inwiefern die Sachpläne ADT – entgegen der vorliegenden Beurteilung – Vorgaben gegenüber den Unternehmen enthalten sollen, die ein wettbewerbsbehinderndes Verhalten verordnen oder zulassen würden. Wie festgestellt, enthalten die Sachpläne ADT keine Vorgaben, Erwartungen oder auch nur Äusserungen dazu, dass die Unternehmen in den Bereichen Kies und Deponie gemeinsam wirtschaftlich tätig sein und ihre Geschäftstätigkeit untereinander koordinieren sollen.[2584] Es bleibt dabei: Die Sachpläne ADT enthalten keine vorbehaltenen Vorschriften.

- Der seit 1. April 2017 in Kraft stehende Art. 25 Abs. 3 BauG sieht vor, dass Betreiberinnen von Aushubdeponien alle Nachfrager aus der Region gleich zu behandeln und ihnen die Möglichkeit zur Ablagerung zu gewähren haben, soweit Kapazitäten verfügbar sind. Damit wollte der kantonale Gesetzgeber der früher teilweise verbreiteten Praxis von Betreiberinnen von Aushubdeponien einen Riegel schieben, die ihre Aushubdeponien einzig für den Eigenbedarf beanspruchten und sie für Dritte geschlossen hielten. Indem bestehendes Ablagerungsvolumen nicht zur Verfügung gestellt werde, könnten ablagerungswillige Unternehmen aus dem Markt ausgeschlossen und die Preise künstlich in die Höhe getrieben werden.[2585] Diese Norm ist doppelter Natur; zum einen verfolgt sie ein raumplanungsrechtliches Ziel, zum anderen ein wettbewerbsrechtliches. Eine Normkollision liegt dennoch nicht vor, denn Art. 25 Abs. 3 BauG schliesst Wettbewerb nicht etwa aus, sondern will ihn im Gegenteil fördern. Zudem sieht Art. 25 Abs. 3 KG einzig und isoliert eine Gleichbehandlungspflicht vor, ohne im Übrigen die massgeblichen ökonomischen Parameter verbindlich festzulegen. Nur weil eine Aushubdeponiebetreiberin Art. 25 Abs. 3 BauG einhält, heisst dies z.B. noch lange nicht, dass die von ihr (von allen gleichermassen) verlangten Preise nicht dennoch unangemessen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG sein könnten, zumal Art. 25 Abs. 3 BauG keinerlei Vorgaben hinsichtlich der Preise macht. Das KG ist mit anderen Worten auch in dem sehr engen von Art. 25 Abs. 3 BauG geregelten Bereich parallel anwendbar.
- KAGA führt in ihrer Stellungnahme zum Antrag ferner den ebenfalls seit 1. April 2017 in Kraft stehenden Art. 25 Abs. 2 BauG an,[2586] wonach Materialabbaustellen so zu erstellen und zu betreiben sind, dass sie Raum und Umwelt möglichst wenig beeinträchtigen. Was KAGA aus dieser Norm ableiten will, bleibt unklar; um eine vorbehaltene Vorschrift handelt es sich dabei jedenfalls nicht.

1330. Kurzum: Die raumplanungsrechtlichen Vorschriften mögen zwar den Rahmen abstecken, innerhalb dem Wettbewerb spielen kann, und sie mögen auch die Marktgegebenheiten prägen; um vorbehaltene Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG handelt es sich bei ihnen aber nicht.[2587] Vielmehr finden sie und das Kartellgesetz parallel Anwendung. Auch anderweitige Bestimmungen, die Wettbewerb nicht zulassen würden, bestehen vorliegend nicht. Vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG sind keine vorhanden.

1331. Soweit Alluvia in ihrer Stellungnahme zum Antrag andeuten möchte, es handle sich bei den aktienrechtlichen Vorschriften, insbesondere bei der im früheren Aktienrecht vorgesehenen Pflichtaktie für VR-Mitglieder (Art. 707 Abs. 1 aOR), um vorbehaltene Vorschriften,[2588] würde dies nicht einleuchten. Diese Vorschrift besagte nicht, dass jede Aktionärin im VR vertreten sein muss resp. Anspruch darauf hat, dort vertreten zu sein. Sie besagte vielmehr einzig und alleine, dass in den VR gewählte Personen über mindestens eine Aktie, eben eine Pflichtaktie, verfügen müssten, bevor sie ihr Amt antreten können. Diese Pflichtaktie konnte auch bloss treuhänderisch gehalten werden. Aufgehoben wurde diese Norm, da das Erfordernis der Pflichtaktie «einer blossen Formalie» gleichkam, die zu Recht hinterfragt worden sei.[2589] Aus dieser aufgehobenen Norm lässt sich daher nichts zu Gunsten von Alluvia ableiten.

D.4.2 Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus dem Recht des geistigen Eigentums ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG)

1332. Um Immaterialgüterrechte und sich daraus ergebende Wettbewerbswirkungen geht es hier nicht. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 2 KG ist vorliegend ohne Belang, weshalb sich Weiterungen dazu erübrigen.

D.5 Abgrenzung der relevanten Märkte

D.5.1 Einleitung

1333. Sowohl bei der materiellen Beurteilung von Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG) als auch bei der Beurteilung von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG) ist unter anderem der relevante Markt resp. sind die relevanten Märkte zu bestimmen: Liegen Wettbewerbsabreden vor, die unter Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG fallen, erreichen diese gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in der Regel bereits aufgrund ihrer qualitativen Elemente die Erheblichkeitsschwelle

[2583] Act. VIII.156 Rz 83–95, Act. VIII.162 Rz 18–22, Act. VIII. 163 Rz 38–44 und Act. VIII.164 Rz 58.
[2584] Siehe ausführlicher dazu Rz 338.
[2585] Siehe S. 17 des gemeinsamen Antrags des Regierungsrates und der Kommission zur Änderung des Baugesetzes und des Dekrets über das Baubewilligungsverfahren.
[2586] Act. VIII.156 Rz 85 zweites Lemma.
[2587] Gl.A., dass es sich hierbei nicht um vorbehaltene Vorschriften handelt, ist übrigens auch Saurer in Ziffer 2.1 seines Kurzberichts zum Thema Wettbewerb (vgl. Fn 683).
[2588] Act. VIII.162 Rz 58 f. und 95.
[2589] Botschaft vom 19.12.2001 zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), BBl 2001, 3148, 3228 f. zu Art. 707 OR.

gemäss Art. 5 Abs. 1 KG.[2590] Da dies ohne Bezug auf den Markt gilt, erübrigt sich bei solchen[2591] Wettbewerbsabreden zwar, den relevanten Markt im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG zu bestimmen, jedoch hat dies anschliessend bei der Prüfung von Effizienzgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG zu erfolgen. Bei Wettbewerbsabreden, deren Erheblichkeit anhand qualitativer *und quantitativer* Elemente zu bestimmen ist, ist der relevante Markt demgegenüber schon bei der Prüfung von Art. 5 Abs. 1 KG abzugrenzen.[2592] Bei der Beurteilung von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen wiederum ist der relevante Markt abzugrenzen, um die Marktstellung des fraglichen Unternehmens beurteilen zu können.[2593]

1334. Die Bestimmung des relevanten Marktes erfolgt in beiden Fällen – also sowohl bei Art. 5 als auch bei 7 KG – nach demselben Schema, nämlich in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 VKU.[2594] Ausgangspunkt bildet im einen Fall die konkrete Wettbewerbsabrede, d.h., welche Waren oder Dienstleistungen Gegenstand dieser Wettbewerbsabrede sind.[2595] Im anderen Fall ist es der fragliche Marktgegenstand, d.h., die vom womöglich marktbeherrschenden Unternehmen angebotenen Waren oder Dienstleistungen, auf die sich die Untersuchung bezieht.[2596] Betrifft ein konkreter Fall – so wie hier – nun zugleich mögliche Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen und geht es dabei sowohl beim einen als auch beim anderen letztlich um dieselben Waren oder Dienstleistungen, kann es je nach den spezifischen Umständen angezeigt sein, die im konkreten Fall bezüglich Art. 5 KG vorgenommene Bestimmung des relevanten Marktes im selben Fall auch bezüglich Art. 7 KG zu verwenden[2597] oder vice versa[2598]. Ein solches Vorgehen kann im Einzelfall angezeigt sein, muss aber nicht. Insbesondere erscheint auch möglich, dass es sich bezüglich des sachlich relevanten Markts anders verhält als bezüglich des räumlich relevanten Markts. Hier ist ein solches Vorgehen – jedenfalls im Grundsatze – angezeigt, weshalb die Abgrenzung des relevanten Marktes resp. der relevanten Märkte vorliegend bereits an dieser «vorgelagerten» Stelle erfolgt. Bei der Beurteilung der einzelnen Abreden und Verhaltensweisen nach Art. 5 resp. 7 KG kann alsdann an den entsprechenden Stellen hierauf verwiesen werden, falls die konkret betrachtete Abrede oder Verhaltensweise nicht Grundlage für eine davon abweichende Abgrenzung bietet. So können Wiederholungen vermieden werden.

1335. Nachfolgend werden zunächst die rechtlichen Grundlagen hinsichtlich der relevanten Märkte dargelegt. Alsdann erfolgt die Bestimmung der relevanten Märkte im konkreten Fall. Da bei vorliegender Untersuchung mehrere Produkte oder Dienstleistungen im Fokus stehen, erfolgen entsprechend mehrere Marktabgrenzungen.

D.5.2 Rechtliche Grundlagen des relevanten Marktes

1336. Wie ausgeführt, bestimmt sich der relevante Markt sowohl im Zusammenhang mit Art. 5 KG als auch im Zusammenhang mit Art. 7 KG in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 VKU. Er umfasst eine sachliche und eine räumliche Komponente. Sofern in concreto relevant, tritt ferner die zeitliche Dimension hinzu.[2599]

D.5.2.1 Rechtliche Grundlagen des sachlich relevanten Marktes

1337. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU analog).

1338. Massgebend ist, ob im konkreten Einzelfall aus Sicht der Marktgegenseite Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob sie von den Betroffenen hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher Hinsicht austauschbar sind. Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht. Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.[2600]

1339. Bis zu welchem Grad Güter oder Leistungen austauschbar sind, ist letztlich eine Frage gradueller Art. Produkten, deren bloss teilweise Substituierbarkeit als nicht ausreichend angesehen wird, damit sie noch zum sachlich relevanten Markt hinzugerechnet werden können, kann als marktnahen Produkten immerhin noch eine gewisse disziplinierende Wirkung zukommen.[2601]

D.5.2.2 Rechtliche Grundlagen des räumlich relevanten Marktes

1340. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt bestimmenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU analog).[2602] Es handelt sich dabei im Wesentlichen um das Gebiet, in dem

---

[2590] Grundlegend BGE 143 II 297 E. 5.2.5, *Gaba*.

[2591] Vgl. präzisierend dazu, bei welchen Abreden dieser Grundsatz greift, ANDREAS HEINEMANN, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 2018 I 103 ff., 111, insbesondere Fn 39.

[2592] Zum Vorangehenden BGE 143 II 297 E. 5.5, Gaba; bestätigt in BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 7.2.1, *Hallenstadion*.

[2593] BGE 139 I 72 E. 9.1, *Publigroupe*; bestätigt etwa in BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.1, *Hallenstadion*.

[2594] Betr. Art. 5 KG siehe etwa BGE 129 II 18 E. 7.2 und 7.3.1, *Buchpreisbindung I*, und betr. Art. 7 KG etwa BGE 139 I 72 E. 9.1, *Publigroupe*, und jüngst BGer, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 8.1, *Supermédia* sowie BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 8.2, *Sport im Pay-TV*.

[2595] BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 7.2.3, *Hallenstadion*.

[2596] BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.2.1 und 5.3.3, *Hallenstadion*; BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 8.4, *Sport im Pay-TV*.

[2597] So RPW 2020/1, 212 Rz 891 f., *KTB-Werke*.

[2598] So BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 7.2.4, *Hallenstadion*.

[2599] Statt anderer BGE 139 I 72 E. 9.1, *Publigroupe*.

[2600] Vgl. zum Ganzen: BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1, *Publigroupe*; 129 II 18 E. 7.3.1, *Buchpreisbindung I*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.2 m.w.H., *Hallenstadion*; BGer, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 8.2.1 f., *Supermédia*; BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 8.2.2, *Sport im Pay-TV*.

[2601] So BGE 139 I 72 E. 9.2.3.5 m.w.H., *Publigroupe*. In dem Sinne auch BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 9.4.1, *Sport im Pay-TV*, wonach «von den angrenzenden Märkten eine disziplinierende Wirkung ausgehen kann».

[2602] BGE 139 I 72 E. 9.2.1, *Publigroupe*; ferner BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.4.1, *Hallenstadion*.

sich die Marktgegenseite an andere Anbieter oder Vertragspartner wenden kann, wobei insbesondere die Möglichkeiten und Kosten des Transports resp. einer Verschiebung berücksichtigt werden.[2603]

1341. In der Rechtsprechung und Literatur werden diverse Sachaspekte aufgezählt, die geografische Auswirkungen aufweisen und daher bei räumlichen Marktabgrenzung zu berücksichtigen sein können.[2604] Ob und gegebenenfalls welche dieser Sachaspekte letztlich in einem konkreten Fall von Bedeutung sind und welches Gewicht ihnen dabei zukommt, hängt insbesondere von den zum sachlich relevanten Markt gehörenden Produkten oder Dienstleistungen ab. Keinem Sachaspekt kommt gegenüber anderen Sachaspekten bereits aufgrund allgemeiner Überlegungen eine Vorrangstellung zu;[2605] entscheidend ist vielmehr der spezifische Einzelfall, namentlich die diesbezüglich getroffenen Feststellungen.

D.5.3 Rohkies

1342. KAGA ist unter anderem im Bereich Wandkies (d.h., in einer Kiesgrube gewonnenem Rohkies) tätig, namentlich gewinnt sie solchen und verkauft ihn. Da die Aktivitäten von KAGA im Bereich Wandkies Gegenstand einiger der näher zu beurteilenden Einigungen und Verhaltensweisen sind, ist insofern der relevante Markt abzugrenzen, ausgehend von der diesbezüglichen Marktgegenseite.

D.5.3.1 Marktgegenseite

1343. In wirtschaftlich wesentlichem Ausmass wird Wandkies einzig von Kieswerken nachgefragt, die diesen veredeln, daraus also veredelten Kies herstellen. Zur direkten Verwendung wird Wandkies hingegen nur in ausgesprochen bescheidenem Umfang nachgefragt; bei diesen Nachfragern handelt es sich um (Strassen)Bauunternehmen und Landschaftsgärtner.[2606]

1344. Die zwei Arten von Nachfragern – Kieswerke einerseits, «direkte» Verwender andererseits – haben anders gelagerte Bedürfnisse, da sie den Wandkies für unterschiedliche Zwecke verwenden. Sie bilden dadurch zwei heterogene Nachfragegruppen, weshalb die funktionelle Austauschbarkeit für beide Nachfragegruppen nicht einheitlich beantwortet werden kann.[2607] Weil nur die Nachfrage von Kieswerken einen wirtschaftlich bedeutenden Umfang erreicht und die Betreiber von Kiesgewinnungsstätten – so auch KAGA – ihre Tätigkeit entsprechend auf diese Nachfragegruppe ausrichten, erfolgt die Marktabgrenzung nachfolgend einzig aus Sicht der für Anbieter von Wandkies wirtschaftlich bedeutenden Nachfragegruppe «Kieswerke».

1345. Bezüglich der Nachfragegruppe «Kieswerke» wurde festgestellt, dass ausgeprägte gegenseitige Abhängigkeiten zwischen ihnen und den Kiesgewinnungsstätten bestehen. Im Einklang damit wurde festgestellt, dass Kieswerke regelmässig von denselben Unternehmen betrieben werden, die zugleich auch in der Rohkiesgewinnung tätig sind. Kiesgewinnungsstätten und Kieswerke sind also vertikal integriert. Abweichungen von einer solch vertikalen Integration sind in der Praxis die seltene Ausnahme und – wo sie ausnahmsweise doch zu beobachten sind – «historisch» bedingt: Kieswerke werden zuweilen ohne dazugehörige Kiesgewinnungsstätte betrieben, weil die eigenen Kiesvorräte mittlerweile erschöpft sind oder aus anderen Gründen nicht weiter abgebaut werden können, es sich aber noch rechnet, das bereits erstellte Kieswerk weiter für die Veredelung von zugekauftem Rohkies zu betreiben. Es bestand also auch in diesen Fällen ursprünglich eine vertikale Integration; das Geschäftsmodell war nicht, von Anfang an bloss ein Kieswerk ohne dazugehörige Versorgungsquelle mit Rohkies zu betreiben. Der umgekehrte Fall, dass jemand eine Kiesgewinnungsstätte betreibt, ohne zugleich auch ein Kieswerk zu betreiben, ist einzig bei KAGA feststellbar; andere «reine» Kiesgewinnungsstättenbetreiber (jedenfalls von Kiesgewinnungsstätten mit einer gewissen Bedeutung) konnten nicht festgestellt werden.[2608]

1346. Diese bloss von wenigen Ausnahmen durchbrochene vertikale Integration von Kiesgewinnungsstätten und Kieswerken hat zur Folge, dass – anders als bei KAGA – das Kieswerk, welches bei einer spezifischen Kiesgewinnungsstätte Hauptnachfragerin von Rohkies zur Veredelung ist, regelmässig zum selben Unternehmen gehört wie die Kiesgewinnungsstätte. Es handelt sich also um eine Art Selbstversorgung. Nur, aber immerhin, in untergeordnetem Masse fragen Kieswerke eines Betreibers trotz vertikaler Integration auch bei Kiesgewinnungsstätten anderer Betreiber Rohkies zur Veredelung nach, nämlich um beim eigenen Abbau fehlende Komponenten zu ergänzen.[2609]

1347. Wegen dieser branchenspezifischen, standardmässigen vertikalen Integration von Kiesgewinnungsstätten und Kieswerken ist es angezeigt, nicht nur diese Marktstufe mit den Kieswerken als integrierten «Nachfragern» zu betrachten, sondern auch die Präferenzen auf der nachgelagerten Marktstufe, also der Nachfrager von veredeltem Kies, zu berücksichtigen (noch weitergehend wäre das Prinzip der abgeleiteten Nachfragemethode, das auf die Endnachfrager abstellt).[2610] Denn diese hat auch Rückwirkungen auf die hier interessierende, vorgelagerte Stufe des Wandkieses zur Veredelung.

1348. Hinsichtlich dieser weiteren Marktstufe ist nun wiederum vorab die Marktgegenseite zu bestimmen: Die Marktgegenseite der Anbieter von veredeltem Kies besteht aus drei Arten von Nachfragern: 1) Betonwerke, die den veredelten Kies zur Herstellung von Beton verwenden. Sie machen ca. 40 % der Nachfrage nach veredeltem Kies aus. 2) Belagswerke, die den veredelten Kies zur Herstellung von Belag verwenden. Sie machen ca. 10 % der Nachfrage nach veredeltem Kies aus. 3) «Direktverwender» von veredeltem Kies, die diesen so verwenden. Dabei handelt es sich vor allem um (Strassen-)Bauunternehmen oder für diese agierende Transportunternehmen, weiter etwa um Landschaftsgärtner.

[2603] BGE 139 II 316 E. 5.1 in fine, *Etivaz*.
[2604] BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 Rz 322, *DCC*.
[2605] BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 Rz 320, *DCC*.
[2606] Siehe Rz 273.
[2607] Siehe dazu BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.2.4 in fine, *Hallenstadion*.
[2608] Rz 286.
[2609] Rz 285.
[2610] Dazu BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.2.4, *Hallenstadion*.

Diese Nachfrager machen ca. 50 % der Nachfrage nach veredeltem Kies aus.[2611] Diese drei Arten von Nachfragern verwenden den veredelten Kies für unterschiedliche Zwecke und je nach konkretem Verwendungszweck fragen sie unterschiedliche Mischungen von veredeltem Kies nach.[2612] Das ist vorliegend allerdings – wie noch darzulegen ist[2613] – ohne Belang, weshalb eine einheitliche Marktabgrenzung für alle drei Arten von Nachfragern, soweit die funktionelle Austauschbarkeit anbelangend,[2614] möglich ist.

D.5.3.2 Sachlich relevanter Markt

D.5.3.2.1 Auf der nachgelagerten Marktstufe – Nachfrage nach veredeltem Kies

1349. Je nach dem konkreten Verwendungszweck fragen die Nachfrager – und zwar alle drei Arten von Nachfragern – unterschiedliche Mischungen von veredeltem Kies nach. Für zentrale Verwendungszwecke sind diese Mischungen normiert. Möglich sind zudem individuelle Mischungen nach den Wünschen und Bedürfnissen eines Nachfragers. Durch die Klassierung der Gesteinskörnungen sowie die Normierung der zentralen Mischungen (resp. der Mischung entsprechend dem Kundenrezept) handelt es sich bei den einzelnen Mischungen (nach Norm oder Kundenrezept) um homogene Produkte.[2615] Freilich sind für die Nachfrager die einzelnen Mischungen untereinander nicht funktional austauschbar. Eine Unterteilung des sachlich relevanten Marktes in einzelne Mischungen erübrigt sich aber dennoch, da die Kieswerke eben gerade unterschiedliche Mischungen herstellen können und sie so die gesamte «Palette» an möglichen Mischungen abdecken, d.h. anbieten.[2616] Für alle drei Arten von Nachfragern sind daher die Angebote an veredeltem Kies der diversen Kieswerke funktional austauschbar. Damit gehören sämtliche Kieswerke resp. deren Angebot an veredeltem Kies einheitlich zum selben sachlich relevanten Markt.

1350. Weiter stellt sich die Frage, inwiefern aus Sicht der Nachfrager veredelter Kies (also aufbereitete ungebrochene Gesteinskörnungen) durch aufbereitete gebrochene Gesteinskörnungen ausgetauscht werden können. Wie festgestellt, weisen ungebrochene Gesteinskörnungen teilweise andere Eigenschaften auf als gebrochene Gesteinskörnungen, wobei diese unterschiedlichen Eigenschaften je nach weiterem Verwendungszweck von Vor- oder Nachteil sein können. Je nach konkretem Verwendungszweck ziehen die Nachfrager daher die eine Gesteinskörnungen der anderen vor. Die jeweils andere Gesteinskörnung kommt meist als mit Nachteilen verbundene Ersatzlösung in Frage und ist nicht gleichwertig.[2617]

1351. Für die Zwecke dieser Untersuchung erübrigt sich dennoch, den Grad der Austauschbarkeit von aufbereiteten ungebrochenen Gesteinskörnungen (also veredeltem Kies) durch aufbereitete gebrochene Gesteinskörnungen für jedwelche möglichen Verwendungszwecke, für die veredelter Kies zum Einsatz kommt, im Einzelnen festzustellen. Dies hängt mit der vorgelagerten Marktstufe zusammen bzw. mit dem von den Kieswerken (den Anbietern von veredeltem Kies) verarbeiteten Rohmaterial, das aus Kiesgewinnungsstätten stammt, und dem auf der hier interessierenden Marktstufe, das sich daraus ergibt: Aus Rohkies, also ungebrochenen Gesteinskörnungen, aus denen Kieswerke veredelten Kies herstellen, können sie durch den Einsatz von Brechern auch gebrochene Gesteinskörnungen herstellen.[2618] Kieswerke bieten daher regelmässig sowohl veredelten Kies als auch aufbereitete gebrochene Gesteinskörnungen an. Dieses umfassende Angebot von Kieswerken erlaubt den Nachfragern, die für ihren konkreten Verwendungszweck jeweils besser geeignete, aufbereitete (ungebrochene oder gebrochene) Gesteinskörnung bei Kieswerken zu beziehen. Anders ist die Ausgangslage bei Aufbereitungsanlagen, bei denen das verarbeitete Rohmaterial aus Steinbrüchen stammt. Hier handelt es sich bereits beim Rohmaterial um gebrochene Gesteinskörnungen, weshalb Aufbereitungsanlagen daraus einzig wiederum (aufbereitete) gebrochene Gesteinskörnungen herstellen können, nicht aber ungebrochene Gesteinskörnungen.[2619] Das Angebot von Aufbereitungsanlagen, die gebrochene Gesteinskörnungen als Rohmaterial verwenden, beschränkt sich entsprechend auf aufbereitete gebrochene Gesteinskörnungen, veredelten Kies umfasst es nicht. Aufgrund dieses eingeschränkten Angebots ziehen Nachfrager Aufbereitungsanlagen von gebrochenen Gesteinskörnungen als Anbieter primär dann in Betracht, wenn aufbereitete gebrochene Gesteinskörnungen für ihren konkreten Verwendungszweck besser geeignet sind als veredelter Kies, nicht aber, wenn veredelter Kies besser geeignet ist. Oder anders gesagt: soweit aufbereitete gebrochene Gesteinskörnungen für einen Verwendungszweck besser geeignet sind als veredelter Kies, stehen als Anbieter sowohl Kieswerke als auch Aufbereitungsanlagen zur Verfügung – diesbezüglich überschneidet sich das Angebot von Aufbereitungsanlagen mit demjenigen von Kieswerken. Veredelten Kies bieten Aufbereitungsanlagen von gebrochenen Gesteinskörnungen hingegen nicht an. Soweit dieser für einen bestimmten Verwendungszweck besser geeignet ist, kommen nur Kieswerke als Anbieter in Frage. Spezifische Produkte wie etwa Bahnschotter, die aus Fels und Stein als verarbeitetem Rohmaterial produziert und von Kieswerken nicht geführt werden, interessieren hier nicht weiter, da solch spezifische Produkte nicht in einem Substitutionsverhältnis zu veredeltem Kies stehen.[2620]

1352. Für die vorliegende Untersuchung ist daher nicht die Austauschbarkeit einzelner Mischungen von (aufbereiteten ungebrochenen oder aufbereiteten gebrochenen) Gesteinskörnungen für spezifische Verwendungszwecke entscheidend,[2621] sondern wegen der umfassenden Angebots-«Palette» der Anbieter von veredeltem

[2611] Rz 297 ff.
[2612] Ausführlicher dazu nachfolgend Rz 1349 ff.
[2613] Rz 1349 ff.
[2614] Anders verhält es sich in Bezug auf die räumliche Marktabgrenzung, vgl. Rz 1362 ff.
[2615] Rz 283 ff.
[2616] Rz 285.
[2617] Rz 301.
[2618] Siehe Rz 283.
[2619] Rz 291 f.
[2620] Siehe Rz 301.
[2621] So bereits hiervor Rz 1349 für die diversen Mischungen von veredeltem Kies.

Kies, die auch aufbereitete gebrochene Gesteinskörnungen umfasst, die Austauschbarkeit insgesamt. Aufgrund der teilweise anderen Eigenschaften und der damit verbundenen unterschiedlichen Eignung sind aufbereitete gebrochene Gesteinskörnungen nicht demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen wie veredelter Kies. Allerdings handelt es sich dabei um marktnahe Produkte, die bei der Beurteilung mit zu berücksichtigen sind, von denen eine disziplinierende Wirkung ausgeht. Aufbereitungsanlagen von gebrochenen Gesteinskörnungen sind folglich nicht Anbieter, die im selben sachlich relevanten Markt tätig sind wie Kieswerke; aber sie sind in einem marktnahen Umfeld tätig.

1353. Schliesslich stellt sich die Frage, inwiefern aus Sicht der Nachfrager veredelter Kies (also aufbereitete ungebrochene Gesteinskörnungen) durch sekundäre Gesteinskörnungen, also aus recykliertem Baumaterial hergestellte Gesteinskörnungen, ausgetauscht werden können. Wie festgestellt, weisen ungebrochene Primär-Gesteinskörnungen teils andere Eigenschaften auf als sekundäre Gesteinskörnungen. Für einzelne Verwendungszwecke kommen sekundäre Gesteinskörnungen daher gar nicht in Frage. Für andere Verwendungszwecke sind sekundäre Gesteinskörnungen hingegen grundsätzlich als Ersatz tauglich, wobei ihr Einsatz teilweise mit Einschränkungen und Nachteilen verbunden ist, während sie für einige Verwendungszwecke funktional gleichwertig mit veredeltem Kies sind. Allerdings wurde auch festgestellt, dass sekundäre Gesteinskörnungen ungeachtet der an sich teilweise bestehenden funktionellen Austauschbarkeit von den Nachfragern lange Zeit nicht als gleichwertig erachtet wurden.[2622]

1354. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung ist auch hier nicht erforderlich, hinsichtlich der einzelnen Verwendungszwecke die Austauschbarkeit und deren Grad zwischen spezifischen Mischungen von veredeltem Kies und sekundären Gesteinskörnungen aufzuschlüsseln. Gesamthaft betrachtet sind sekundäre Gesteinskörnungen – jedenfalls derzeit – nicht demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen wie veredelter Kies. Teilweise besteht gar keine Austauschbarkeit, teilweise eine mit Nachteilen verbundene und, soweit funktional an sich eine Gleichwertigkeit bestehen würde, wurde dies von der Nachfrageseite über lange Zeit nicht so wahrgenommen. Es handelt sich aber auch hierbei um marktnahe Produkte, von denen eine gewisse disziplinierende Wirkung ausgeht. Bei weiterhin anhaltender Veränderung der Ansicht der Nachfrager dürfte nur, aber immerhin, künftig für einzelne Verwendungszwecke – nicht aber in der Gesamtheit – eine Zuordnung zum selben, diesfalls nach Verwendungszwecken weiter zu unterteilenden sachlich relevanten Markt in Frage kommen; bislang war dies aber nicht der Fall.

1355. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für Nachfrager von veredeltem Kies die Angebote der einzelnen Kieswerke untereinander austauschbar sind. Sie gehören entsprechend zum selben sachlich relevanten Markt. Die Angebote von Aufbereitungswerken von gebrochenen Gesteinskörnungen und von Recyclingbetrieben – aufbereitete gebrochene Gesteinskörnungen und sekundäre Gesteinskörnungen – gehören hingegen nicht zu demselben sachlich relevanten Markt. Sie sind allerdings auf dieser Marktstufe marktnahe Produkte und von ihnen geht eine gewisse, zu berücksichtigende disziplinierende Wirkung aus.

D.5.3.2.2 Nachfrage auf Stufe Rohkies

1356. KAGA gewinnt den von ihr angebotenen Rohkies aus Kiesgruben. Es handelt sich dabei also um Wandkies. Die Zusammensetzung von Wandkies aus unterschiedlichen Kiesgruben kann nun verschieden sein und selbst innerhalb einer Kiesgrube von Schicht zu Schicht wechseln.[2623] Für die nachfragenden Kieswerke ist Wandkies aus unterschiedlichen Kiesgruben zum Zwecke der anschliessenden Veredelung dennoch austauschbar. Denn es besteht die Möglichkeit, allenfalls (zeitweise) in zu geringem Ausmass vorhandene Komponenten aus anderen Quellen zu beschaffen.[2624] Wandkies aus den unterschiedlichen Kiesgruben gehört dementsprechend zu demselben sachlich relevanten Markt.

1357. Wie festgestellt, besteht kein technischer Unterschied zwischen Rohkies aus Kiesgruben und Rohkies aus Gewässern.[2625] Aus Sicht der nachfragenden Kieswerke gehören Wandkies und Kies aus Gewässern daher zum selben sachlich relevanten Markt.

1358. Eine weitere Quelle von Rohkies sind wie festgestellt stark rohkieshaltige Aushübe. Da auch zwischen Rohkies aus Kiesgruben und solchem aus stark rohkieshaltigen Aushüben kein technischer Unterschied besteht,[2626] gehören aus Sicht der nachfragenden Kieswerke ebenfalls beide demselben sachlich relevanten Markt an.

1359. Ob die bei einem Kieswerk vorhandenen Anlagen geeignet wären, um damit auch Stein und Fels zu verarbeiten, kann hier offenbleiben. Denn wie ausgeführt gehören auf der nachgelagerten Marktstufe aufbereitete gebrochene Gesteinskörnungen nicht demselben sachlich relevanten Markt wie veredelter Kies an, wobei das Ausgangsmaterial Rohkies die Herstellung beider Gesteinskörnungen ermöglicht, das Ausgangsmaterial Stein und Fels hingegen nicht.[2627] Um auf der nachgelagerten Marktstufe auf dem Markt für veredelten Kies tätig zu sein, sind Kieswerke also unweigerlich auf Rohkies als Ausgangsmaterial angewiesen. Oder anders gewendet: ersetzt ein Kieswerk Rohkies durch Stein und Fels als Ausgangsmaterial, bedeutet dies zugleich, dass es nicht mehr ein umfassendes Angebot von aufbereiteten gebrochenen und aufbereiteten ungebrochenen Gesteinskörnungen[2628] herstellen kann. Auf der nachgelagerten Marktstufe scheidet es infolgedessen aus dem Markt für veredelten Kies aus und ist nur noch auf dem Markt für aufbereitete gebrochene Gesteinskörnungen tätig. Mit anderen Worten geht mit Stein und Fels als Ausgangsmaterial anstelle von Rohkies eine Änderung

[2622] Rz 302 f.
[2623] Rz 248.
[2624] Rz 285.
[2625] Rz 247, weiter zu diesen beiden Quellen von Rohkies Rz 257 ff.
[2626] In dem Sinn Rz 249 und 269 f.
[2627] Rz 1351.
[2628] Siehe Rz 1351.

des Angebots auf der nachgelagerten Marktstufe einher, weshalb diese beiden Ausgangsmaterialien aus Sicht der Nachfrager von Rohkies, den Kieswerken, nicht substituierbar sind. Nur, aber immerhin, zu einem gewissen Teil könnten Kieswerke Rohkies mit Stein und Fels als Ausgangsmaterial ersetzen, ohne dass damit auf der nachgelagerten Marktstufe ein Rückzug aus einem Markt einherginge, nämlich insoweit, als dass sie aufbereitete gebrochene Gesteinskörnungen herstellen. Insofern besteht eine teilweise Substituierbarkeit, die jedoch noch nicht ausreicht, um Stein und Fels zum selben sachlich relevanten Markt wie Rohkies zu zählen. Sie sind jedoch als marktnahe Produkte zu bezeichnen.

1360. Hinsichtlich recyclierbarem Baumaterial anstelle von Rohkies als zu verarbeitendem Ausgangsmaterial für Kieswerke treffen dieselben Überlegungen ebenfalls zu. Sekundäre Gesteinskörnungen, die sich aus recyclierbarem Baumaterial herstellen lassen, gehören auf der nachgelagerten Marktstufe nicht demselben sachlich relevanten Markt wie veredelter Kies an.[2629] Mit der Aufbereitung von recyclierbarem Baumaterial lassen sich ganz generell keine Primär-Gesteinskörnungen herstellen, weder aufbereitete ungebrochene (veredelter Kies) noch aufbereitete gebrochene. Mit recyclierbarem Baumaterial als Ausgangsmaterial anstelle von Rohkies ginge entsprechend eine Änderung des Angebots der Kieswerke auf der nachgelagerten Marktstufe einher, weshalb diese beiden Ausgangsmaterialien aus Sicht der Nachfrager von Rohkies, den Kieswerken, nicht substituierbar sind. Anders als bezüglich Stein und Fels besteht bei recyclierbaren Baumaterialien keine teilweise Substituierbarkeit im Verhältnis zu Rohkies – aus recyclierbarem Baumaterial lassen sich einzig sekundäre Gesteinskörnungen herstellen, nicht aber Primär-Gesteinskörnungen, wie dies bei Rohkies und eben auch Stein und Fels möglich ist. Aus Sicht der Nachfrager von Rohkies, den Kieswerken, gehört recyclierbares Baumaterial nach dem Gesagten nicht zum selben sachlich relevanten Markt wie Rohkies. Auf dieser Marktstufe sind recyclierbare Baumaterialien auch nicht als marktnahe Produkte zu Rohkies zu bezeichnen.

1361. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der sachlich relevante Markt aus Rohkies besteht, wobei nicht nach dessen Quelle zu unterscheiden ist (Kiesgrube, aus Gewässern oder stark rohkieshaltige Aushübe). Hingegen gehört Stein und Fels sowie recyclierbares Baumaterial nicht zum selben sachlich relevanten Markt. Stein und Fels sind auf dieser Marktstufe aber immerhin als marktnahe Produkte zu bezeichnen, was bei recyclierbarem Baumaterial hingegen nicht der Fall ist.

D.5.3.3 Räumlich relevanter Markt

D.5.3.3.1 Auf der nachgelagerten Marktstufe – Nachfrage nach veredeltem Kies

1362. Beim räumlich relevanten Markt können nun – anders als beim sachlich relevanten Markt – nicht alle drei Arten von Nachfragern gemeinsam betrachtet werden.[2630] Die Ausgangslage resp. ihr Nachfrageverhalten ist verschieden gelagert und sie bilden folglich nicht eine hinreichend homogene Gruppe.

1363. Die zwei Nachfrager Betonwerke und Belagswerke können gemeinsam betrachtet werden. Sie sind ebenso wie die Anbieter von veredeltem Kies, die Kieswerke, stationärer Natur und auf eine zuverlässige, dauerhafte Versorgung mit veredeltem Kies angewiesen. Aufgrund der Bedeutung der Transportkosten sowie der Notwendigkeit der Materialversorgung ist bereits bei der Errichtung eines Beton- oder Belagswerks dessen Nähe zu einem (oder allenfalls mehreren) «versorgenden» Kieswerken von ausschlaggebender Bedeutung. Oder anders gewendet: Beton- und Belagswerke werden gezielt neben oder in unmittelbarer Nähe zu einem Kieswerk erstellt, um alsdann von diesem mit veredeltem Kies zur weiteren Verarbeitung versorgt zu werden.[2631] Aufgrund dieser Ausrichtung der zwei Nachfrager Beton- und Belagswerke auf ein bestimmtes «versorgendes» Kieswerk (oder allenfalls auch mehrere bestimmte «versorgende» Kieswerke) weist der räumlich relevante Markt auf dieser Marktstufe im Verhältnis Kieswerke einerseits, Beton- und Belagswerke andererseits geringe Distanzen auf.

1364. Anders sieht es bei der dritten Art von Nachfragern nach veredeltem Kies aus, den «Direktverwendern».[2632] Diese benötigen den veredelten Kies am jeweiligen Ort der Baustelle. Dieser Ort wird freilich – gerade anders als der Standort eines Beton- oder Belagswerks – nicht in Abhängigkeit zu seiner Nähe zu einem Kieswerk festgelegt. Beim Entscheid, woher sie veredelten Kies beziehen, sind für die «Direktverwender» in räumlicher Hinsicht die mit zunehmender Fahrzeit und -distanz steigenden Transportkosten das ausschlaggebende Kriterium. Technische oder rechtliche Einschränkungen bezüglich des Bezugsortes sind – zumindest im hier untersuchten Gebiet – weder ersichtlich noch relevant. Aufgrund der Transportkosten wählen etliche «Direktverwender» standardmässig den nächstgelegenen Anbieter aus.[2633] Das Nachfrageverhalten lässt sich im Grundsatz mit «so weit wie nötig, so nahe wie möglich» auf den Punkt bringen. Das Nachfragegebiet hängt daher von der Dichte des Anbieternetzes und der Verteilung der jeweiligen Standorte ab, wobei für einen Nachfrager im Einzelfall die konkret gegebene Ausgangslage massgeblich ist, d.h., der Standort der Baustelle und deren Entfernung zu dem resp. den nächstgelegenen Anbietern. Über das Ganze gesehen beläuft sich im hier interessierenden Raum die üblicherweise auf sich genommene Fahrdistanz dieser Nachfrager auf 20 Kilometer resp. die Fahrzeit auf 20 Minuten.[2634]

[2629] Rz 1353 f.

[2630] Die drei Arten von Nachfragern sind Betonwerke, Belagswerke und Direktverwender, zu diesen siehe Rz 1348.

[2631] Rz 298 f.

[2632] Zu den «Direktverwendern» werden vorliegend auch mobile Aufbereitungsanlagen für Beton und Belag gezählt. Denn ihr Nachfrageverhalten entspricht in räumlicher Hinsicht nicht demjenigen stationärer Beton- und Belagswerke, sondern demjenigen der «Direktverwender», da sie den veredelten Kies am jeweiligen Ort der Baustelle benötigen. Allerdings spielen mobile Aufbereitungsanlagen für Beton und Belag im Kanton Bern ohnehin keine bedeutende Rolle (vgl. RPW 2020/1, 95 Rz 78 und 98 Rz 95 f., KTB-Werke; WEKO, 6.12.2021, Rz 82, *Belagswerke Bern*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide [zuletzt besucht am 13.6.2023]).

[2633] Zum Vorangehenden Rz 274 und 276 i.V.m. 277.

[2634] Rz 300.

1365. Im Rahmen dieser Untersuchung ist nach dem Gesagten bezüglich veredelten Kieses aus Sicht der Marktgegenseite der «Direktverwender» von einem räumlich relevanten Markt von 20 Kilometern resp. einer Fahrzeit von 20 Minuten um die jeweiligen Kiesverwendungsorte auszugehen. Dabei handelt es sich allerdings nicht um eine «harte» Grenze. Vielmehr steigen die Transportkosten mit zunehmender Fahrzeit und -distanz graduell oder kontinuierlich an und nicht etwa abrupt oder sprunghaft.

1366. Umgekehrt ergibt sich aus den letztlich flächendeckenden Kiesverwendungsorten aus Sicht der Anbieter, den Kieswerken, ein «Absatzgebiet» von 20 Kilometern Fahrdistanz resp. 20 Minuten Fahrzeit um das jeweilige Kieswerk herum. Auch hierbei handelt es sich aber nicht um eine «harte» Grenze. Zudem ist die Wettbewerbssituation innerhalb dieses «Absatzgebiets» keine einheitliche. Sie hängt vielmehr davon ab, wo sich die Standorte von anderen Anbietern inner- oder ausserhalb dieses «Absatzgebietes» befinden, wobei letztlich die relative Nähe zum konkreten Verwendungsort eines «Direktverwenders» entscheidend ist. Von Anbietern ausserhalb des so bestimmten «Absatzgebietes» geht daher ebenfalls eine disziplinierende Wirkung aus, falls sie sich in räumlicher Nähe zum Verwendungsort eines «Direktverwenders» innerhalb des «Absatzgebietes» befinden.

D.5.3.3.2 Nachfrage auf Stufe Rohkies

1367. Bei der Nachfrage nach veredeltem Kies halten sich die an einem bestimmten Standort fixierten Nachfrager (Beton- und Belagswerke) und die an unterschiedlichen Standorten «verstreuten» Nachfrager («Direktverwender») in etwa die Waage (je ca. 50 % der Nachfrage).[2635] Bei der Nachfrage nach Rohkies verhält sich dies anders. Dieser wird in wirtschaftlich bedeutendem Umfang einzig durch an einem bestimmten Standort fixierte Nachfrager, den Kieswerken, nachgefragt.[2636] Kiesgewinnungsstätten und Kieswerke sind regelmässig vertikal integriert[2637] und Kieswerke werden – gerade wegen der Bedeutung der Transportkosten in diesem Bereich – gezielt neben oder in unmittelbarer Nähe zu einem Kiesgewinnungsstätte erstellt, um alsdann von diesem mit Rohkies zur Veredelung versorgt zu werden.[2638] Die Bestimmung eines räumlich relevanten Marktes aus Sicht dieser Nachfrager erscheint daher – soweit ihre Hauptversorgungsquelle mit Rohkies betreffend (sei es Rohkies aus einer Kiesgrube oder solcher aus Gewässern) – wenig zweckmässig. Nicht angebracht ist es, diesbezüglich auf die Nachfrage der Aktionärinnen nach Rohkies bei KAGA abzustellen, da es sich hierbei um eine Ausnahmeerscheinung handelt,[2639] deren Grundlage in den untersuchten Verhaltensweisen angelegt ist. Damit würde auf eine verfälschte Marktsituation abgestellt.

1368. Auch für die teilweise erforderliche Versorgung mit Komponenten, die in der eigenen Kiesgewinnungsstätte (zeitweise) in zu geringem Ausmass vorhanden sind,[2640] erscheint die Abgrenzung eines räumlich relevanten Marktes wenig zweckdienlich. Denn hierbei kommt es letztlich darauf an, wo im Einzelfall die nächstgelegene Kiesgewinnungsstätte liegt, die über diese Komponenten verfügt. Aufgrund der Transportkosten trifft auch hier der Grundsatz «soweit wie nötig, so nahe wie möglich» zu.

1369. Als weitere Quelle von Rohkies gehören stark rohkieshaltige Aushübe ebenfalls zum selben sachlich relevanten Markt.[2641] Die Anbieter von stark rohkieshaltigen Aushüben unterscheiden sich allerdings in mehrfacher Hinsicht von Anbietern von Rohkies aus Kiesgruben resp. solchem aus Gewässern, also von eigentlichen Kiesgewinnungsstätten. Insbesondere sind sie nicht bloss Anbieter von Rohkies, sondern zugleich auch Nachfrager von Deponieleistungen zur Ablagerung der entsprechenden Aushübe.[2642] Aufgrund dieser Doppelrolle sind regelmässig sie es, die sich auf die Kieswerke, also die Marktgegenseite, zubewegen und nicht umgekehrt. Ihr Nachfrageverhalten bezüglich Deponievolumen bestimmt damit den räumlichen Bereich des gleichzeitigen Angebots von stark rohkieshaltigen Aushüben – es ist nicht das Nachfrageverhalten von Kieswerken. Aufgrund dieser Besonderheit erscheint auch insofern die Bestimmung eines räumlich relevanten Marktes aus Sicht der Marktgegenseite Kieswerke wenig zweckmässig. Wollte man dies trotzdem machen, wäre hierfür hilfsweise auf die räumliche Marktabgrenzung bezüglich Nachfrage nach Deponievolumen[2643] abzustellen.

1370. Die Nachfragegruppe der «direkten» Verwender von Rohkies (im Gegensatz zu den Kieswerken als Nachfragerinnen) ist hier – wie ausgeführt[2644] – mangels wirtschaftlicher Bedeutung nicht näher zu betrachten. Erwähnt sei dennoch, dass das räumlich relevante Gebiet dieser Nachfragegruppe mit demjenigen der Nachfragegruppe der «Direktverwender» auf der nachgelagerten Marktstufe[2645] übereinstimmt.[2646]

1371. Aufgrund dieser Gegebenheiten ist es angebracht, für die Zwecke dieser Untersuchung bei der Nachfrage nach Rohkies hilfsweise denselben räumlich relevanten Markt zu unterstellen wie auf der nachgelagerten Marktstufe bei der Nachfrage nach veredeltem Kies. Die entsprechenden Ausführungen unter Rz 1365 f. sind hier also ebenfalls einschlägig und der räumlich relevante Markt umfasst ein Gebiet von 20 Kilometern Fahrdistanz und 20 Minuten Fahrzeit um die jeweiligen Kiesverwendungsorte. Aus Sicht der Anbieter, den Kiesabbaustätten, ergibt sich daraus ein «Absatzgebiet» von 20 Kilometern Fahrdistanz und 20 Minuten Fahrzeit um ihre Abbaustätten.

D.5.4 Abbaurechte

1372. KAGA baut im oberen Aaretal zwischen Thun und Münsingen Wandkies ab. Um Wandkies abzubauen, bedarf sie entsprechender privatrechtlicher Rechte an Grundstücken. Sie tritt damit als Nachfragerin solcher

[2635] Rz 1348.
[2636] Rz 1344.
[2637] Rz 1345.
[2638] Rz 278.
[2639] Ausführlicher dazu Rz 285–289.
[2640] Rz 285 und 1356.
[2641] Rz 1361.
[2642] Rz 272.
[2643] Siehe dazu nachfolgend Rz 1399 ff.
[2644] Rz 1344.
[2645] Siehe Rz 1364 f.
[2646] Rz 279.

Rechte auf. Da der Erwerb solcher Rechte durch KAGA Gegenstand einiger der näher zu beurteilenden Einigungen und Verhaltensweisen ist, ist insofern der relevante Markt abzugrenzen, ausgehend von der diesbezüglichen Marktgegenseite.

D.5.4.1 Marktgegenseite

1373. Marktgegenseite von Erwerberinnen von solchen Rechten sind Grundstückeigentümer, die privatrechtliche, den Wandkiesabbau auf einem bestimmten Grundstück ermöglichende Rechte zum Erwerb anbieten. Bei diesen Rechten kann es sich entweder um das Eigentum am Grundstück selbst oder um die Einräumung beschränkter dinglicher Rechte am Grundstück handeln[2647] (nachfolgend zusammengefasst als Abbaurechte bezeichnet).

1374. Es gehören nun aber nicht einfach sämtliche Grundstückeigentümer zur Marktgegenseite. Denn nicht alle von ihnen kommen als Anbieter von Abbaurechten an ihren jeweiligen Grundstücken in Frage. Ein Grundstück muss vielmehr zahlreiche Voraussetzungen erfüllen, damit es für eine Kiesgewinnung überhaupt geeignet ist.[2648] Marktgegenseite sind nur diejenigen Grundstückeigentümer, deren Grundstücke diese Voraussetzungen erfüllen.

1375. KAGA ist im oberen Aaretal aktiv.[2649] Entsprechend fragt sie Abbaurechte an dort gelegenen Grundstücken nach. Marktgegenseite sind deshalb die Eigentümer von geeigneten Grundstücken, die im oberen Aaretal liegen.

D.5.4.2 Sachlich relevanter Markt

1376. Die massgebliche Marktgegenseite besteht hier aus den Anbietern, nicht den Nachfragern. Es ist daher aus ihrer Sicht zu beantworten, welche anderen Vertriebswege resp. – vorliegend – welche anderen Nachfrager als KAGA, die Kiesgewinnungsstätten betreibt, als Alternativen in Frage kämen.

2. Bezüglich der Einräumung von beschränkten dinglichen Rechten, die den Abbau von Wandkies ermöglichen, sind auch andere Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten als KAGA eine Alternative für die Anbieter. Da diese beschränkten dinglichen Rechte spezifisch den Wandkies-Abbau erlauben, ist zugleich evident, dass diese Rechte für andere Unternehmen als Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten nicht interessant sind und insofern für die Anbieter nicht als Nachfragerinnen von solchen Rechten in Betracht kommen.

1378. Zu beantworten bleibt, ob für die Anbieter alternative Verwertungsmöglichkeiten für ihre Grundstücke bestehen, namentlich eine Übertragung des Eigentums am Grundstück (an andere Nachfragerinnen als Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten) oder die Einräumung anderer beschränkter dinglicher Rechte daran. Diesbezüglich ist nun entscheidend, dass – wie ausgeführt – von Anfang an nicht alle Grundstückeigentümer Abbaurechte an ihren jeweiligen Grundstücken anbieten können. Vielmehr muss ein Grundstück zahlreiche Voraussetzungen erfüllen, damit es für eine Kiesgewinnung überhaupt geeignet ist.[2650] Und die Voraussetzungen, die ein Grundstück für eine mögliche Kiesgewinnung erfüllen muss, führen wiederum dazu, dass die Grundstückeigentümer nur sehr beschränkte Alternativen haben, um die Rechte an ihren Grundstücken anzubieten:

1379. Eine Kiesgewinnung ist insbesondere dann ausgeschlossen, wenn das Grundstück in der Bauzone liegt.[2651] Eine Verwertung zum Zwecke der Kiesgewinnung kommt bei diesen Grundstücken entsprechend nicht in Frage, weshalb Eigentümer von Grundstücken in der Bauzone von vornherein nicht zur Marktgegenseite gehören. Nur Eigentümer von Grundstücken ausserhalb der Bauzone gehören zur Marktgegenseite. Die erforderliche Zonenkonformität bei Grundstücken ausserhalb der Bauzone (Art. 22 Abs. 2 Bst. a RPG) und die restriktiven Ausnahmen davon (Art. 24 ff. RPG) schränken nun die Verwertungsmöglichkeiten solcher Grundstücke erheblich ein. Kommt hinzu, dass die fraglichen Grundstücke oftmals in der Landwirtschaftszone liegen resp. zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehören. Für solche Grundstücke sieht das BGBB weitgehende Übertragungsbeschränkungen vor.[2652] Diese raumplanungs- und bodenrechtlichen Bestimmungen führen dazu, dass für die Anbieter aus rechtlichen Gründen kaum alternative Verwertungsmöglichkeiten bestehen – sie können die Grundstücke primär entweder selbst landwirtschaftlich bewirtschaften, zur landwirtschaftlichen Nutzung verpachten oder zur Selbstbewirtschaftung veräussern. Diese alternativen Verwertungsmöglichkeiten sind jedoch nicht als Substitute für eine Einräumung von Abbaurechten zu betrachten: Eine eigene landwirtschaftliche Nutzung ist eine ganz andere Tätigkeit als die Einräumung von (beschränkten dinglichen) Rechten an Grundstücken an einen Dritten. Bei der Verpachtung ist es so, dass die Bemessung des landwirtschaftlichen Pachtzinses reguliert[2653] und damit in der Höhe beschränkt ist – diese Verwertungsmöglichkeit ist in finanzieller Hinsicht kein valables Substitut zur Einräumung von Abbaurechten. Bei der Veräusserung gilt, dass bei einem landwirtschaftlichen Gewerbe nicht einzelne Grundstücke abgetrennt werden dürfen (Realteilungsverbot).[2654] Gehört das Grundstück zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe, hat der Anbieter diesfalls nur die Möglichkeit, das gesamte Gewerbe (inkl. der Bauten) zu veräussern, was ihn unter Umständen zu einem Umzug zwingt. Die Einräumung von (beschränkten dinglichen) Abbaurechten an Grundstücken an einen Dritten ist damit nicht vergleichbar. Handelt es sich «bloss» um ein landwirtschaftliches Grundstück (nicht um ein landwirtschaftliches Gewerbe), ist erstens das Zerstückelungsverbot zu beachten (Art. 58 Abs. 2 BGBB), zweitens die Limitierung des Verkaufspreises (Art. 63 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 66 BGBB) und drittens das Prinzip der Selbstbewirtschaftung (Art. 63 Abs. 1 Bst. a BGBB).

[2647] Siehe dazu Rz 280.
[2648] Rz 282.
[2649] Vgl. auch Art. 2 des KAGA-Vertrags (Rz 583).
[2650] Zu den Faktoren, die einen Einfluss auf die Eignung eines Grundstückes haben, siehe ausführlich in Rz 282.
[2651] Rz 282 drittes Lemma.
[2652] Siehe Art. 61 ff. BGBB.
[2653] Vgl. Verordnung vom 11.2.1987 über die Bemessung des landwirtschaftlichen Pachtzinses (Pachtzinsverordnung, PZV; SR 221.213.221).
[2654] Art. 58 Abs. 1 BGBB.

Aufgrund der damit verbundenen Restriktionen und Einschränkungen handelt es sich auch hierbei nicht um eine valable Alternative zur Einräumung von Abbaurechten, zumal für Letzteres eine spezifische Ausnahme vom Prinzip der Selbstbewirtschaftung besteht (vgl. Art. 64 Abs. 1 Bst. c BGBB). Nicht unähnlich sieht es für Anbieter aus, deren Grundstücke bewaldet sind. Als alternative Verwertungsmöglichkeit steht ihnen die (eigene oder ausgelagerte) Waldbewirtschaftung offen, grundsätzlich nicht aber eine Rodung (vgl. Art. 5 WaG, wonach Rodungen verboten sind und nur aus wichtigen Gründen ausnahmsweise zugelassen werden, wobei finanzielle Interessen nicht als wichtige Gründe gelten). Diese alternativen Verwertungsmöglichkeiten sind schon nur in finanzieller Hinsicht ebenso wenig als Substitut zu einer Einräumung von Abbaurechten zu betrachten wie die landwirtschaftlichen Alternativen.

1380. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für Anbieter von Abbaurechten die Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten die Nachfragerinnen sind und diese somit den sachlich relevanten Markt bilden. Alternative Verwertungsmöglichkeiten bestehen kaum und sind nicht als Substitute zu betrachten.

D.5.4.3 Räumlich relevanter Markt

1381. Ein Grundstück, an dem Abbaurechte eingeräumt werden, befindet sich an einem bestimmten, fixen Ort. Der Rohmaterialabbau muss an dieser Stelle vor Ort erfolgen. Das Angebot ist mit anderen Worten an eine spezifische Stelle gebunden und es besteht keine Möglichkeit zur Umplatzierung des Angebotsstandortes. Wie ausgeführt, geht es hier um Abbaurechte an Grundstücken, die im oberen Aaretal liegen.[2655] Die Betreiberin der Kiesgewinnungsstätte als Nachfragerin muss bereit sein, an diesem Ort eine Kiesgewinnungsstätte zu betreiben.

1382. Woher nun eine Betreiberin stammt, die auf dem fraglichen Grundstück eine Kiesgewinnungsstätte betreiben möchte, spielt für den Anbieter an sich keine Rolle. Aus theoretischer Sicht könnte sie grundsätzlich von irgendwo auf der Welt sein. Diverse Gründe führen aber dazu, dass die Möglichkeit weltweiter Nachfragerinnen bloss theoretischer Natur ist, und aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten der räumlich relevante Markt vielmehr enger abzugrenzen ist: Zunächst einmal spielt der bundes- und kantonalrechtliche Rahmen bei der anschliessenden Tätigkeit, dem Rohmaterialabbau, und den dafür erforderlichen Planungs- und Bewilligungsverfahren eine wesentliche Rolle.[2656] Betreiberinnen müssen mit diesem vertraut sein. Dies spricht für einen schweizweiten oder kantonsweiten räumlich relevanten Markt. Da der Planungsprozess auch eine (lokal-)politische Komponente enthält, bedarf es zudem eines Wissens darum und eine Vertrautheit damit, wobei entsprechende Netzwerke und Verankerungen faktisch jedenfalls nicht nachteilig sind. Dies spricht für einen kantonsweiten, wenn nicht sogar für einen noch engeren räumlich relevanten Markt. Weiter ist Kenntnis der lokalen geologischen Gegebenheiten bezüglich Rohmaterialvorkommen erforderlich und Wissen um die auf den nachfolgenden Marktstufen im relevanten Raum vorherrschenden Marktbedingungen wie etwa der Bedarf und die Konkurrenzsituation. Zwar können sich auch Betreiberinnen, die weiter entfernt sind, dieses Wissen aneignen; gegenüber Betreiberinnen, die in der Nähe sind, verfügen sie diesbezüglich jedoch zumindest über einen (Kosten-)Nachteil, bedeutet dies für sie doch einen Zusatzaufwand. Dies spricht für einen kantonsweiten, wenn nicht sogar für einen noch engeren räumlich relevanten Markt. Zu erwähnen ist schliesslich, dass das obere Aaretal nicht in einer Randregion des Kantons Bern liegt, sondern mehr oder weniger «im Herzen» des Kantonsgebiets; an einen anderen Kanton grenzt es nicht. Ein lokaler oder regionaler räumlich relevanter Markt würde daher nicht auch Gebiete eines anderen Kantons umfassen, sondern nur einen Teilbereich des Kantons Bern. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung ist in Anbetracht dieser Gegebenheiten hinsichtlich Abbaurechte an Grundstücken im oberen Aaretal zwischen Thun und Münsingen maximal von einem kantonsweiten räumlich relevanten Markt auszugehen.

1383. Dies gesagt, ist sogleich eine Relativierung zu konstatieren: Die Bestimmung eines solchermassen «verallgemeinerten» räumlich relevanten Marktes vermag vorliegend die Realität hinsichtlich der sachlich relevanten Nachfragerinnen von Abbaurechten nur ungenügend einzufangen und abzubilden. Bei den Nachfragerinnen, die sich innerhalb des so abgegrenzten, räumlich relevanten Marktes befinden, ist die Ausgangslage jeweils verschieden – ihr «Nachfrageradius» ist unterschiedlich gross. Und unter bestimmten Voraussetzungen kann auch der «Nachfrageradius» von gewissen Nachfragerinnen, die sich an sich ausserhalb des räumlich relevanten Marktes befinden, in diesen hineinreichen. Mit anderen Worten ist der so abgegrenzte räumlich relevante Markt nicht als «harte» Grenze zu verstehen. Es erscheint daher angezeigt, den «Nachfrageradius» unterschiedlicher Kategorien von Nachfragerinnen noch etwas näher zu beleuchten:

1384. Kleinstunternehmen und kleinere KMU, die aktuell im Kanton Bern Kiesgewinnungsstätten betreiben und damit als Betreiberinnen in Frage kommen, sind stark lokal verankert. In grösserer Entfernung von ihrem bisherigen Standort weitere Kiesgewinnungsstätten zu betreiben, wäre für sie ein grosser Expansionsschritt. Das hängt – einmal mehr – mit der Verbundenheit von Kiesabbau und -veredelung zusammen.[2657] Wer in grösserer Entfernung zu seinem bisherigen Standort eine neue Abbaustelle betreibt, wird dort auch ein Kieswerk für die anschliessende Veredelung errichten müssen, da sich eine Veredelung im Kieswerk am bisherigen Standort aufgrund der Transportkosten regelmässig nicht rechnet. Vorbehältlich eines solch grossen Expansionsschritts, der selten ist, haben solche Unternehmen daher regelmässig kein Interesse daran, über die nähere Umgebung ihres bisherigen Standorts hinaus als Nachfragerinnen von Abbaurechten aufzutreten. Der «Nachfrageradius» dieser Kategorie von Nachfragerinnen ist lokal

[2655] Rz 1375.
[2656] Rz 330 ff.
[2657] Siehe dazu etwa Rz 273, 278 und 286 ff.

und beschränkt sich im Wesentlichen auf Erweiterungen ihrer bisherigen Abbaustellen. Mittelgrosse Unternehmen, die an mehreren Standorten Rohmaterialabbaustellen betreiben, haben demgegenüber ein gewisses Expansionsinteresse, zumal für sie die Errichtung eines weiteren Kieswerks ein (auch finanziell) weniger weitreichender Schritt ist. Ihr «Nachfrageradius» ist entsprechend grösser und kann als regional bis kantonal bezeichnet werden. (Internationale) Grossunternehmen, die auf Baurohstoffe und -materialien spezialisiert sind und an mehreren Standorten zahlreiche Rohmaterialabbaustellen betreiben, haben ein grösseres Expansionsinteresse und auch die finanziellen Mittel dafür. Allerdings ist zu beobachten, dass die räumliche Expansion solcher Unternehmen im hier interessierenden Gebiet regelmässig «schrittweise» und vor allem mittels Akquisitionen von bereits bestehenden, lokal verankerten Unternehmen erfolgt.[2658] Der «Nachfrageradius» solcher Unternehmen ist daher zwar mindestens schweizweit, aber selten auf Abbaurechte für die Neuerrichtung einer Kiesgewinnungsstätte gerichtet. Vergleichbares gilt auch für diejenigen grossen Bauunternehmen, die aus strategischen Gründen die Gewinnung von Baurohstoffen und -materialien vertikal integriert haben. Sie haben in denjenigen Gebieten, in denen sie als Bauunternehmen tätig sind, ein «vertikales» Expansionsinteresse am Einstieg in den Kiesabbau. Eine Rolle spielt bezüglich des «Nachfrageradiuses» sodann auch, wie gross die erwarteten Kiesvorkommen im fraglichen Grundstück und in dessen ebenfalls für einen Abbau geeigneter Umgebung sind. Je grösser diese Kiesressourcen sind, desto mehr Unternehmen, auch grössere und von weiter entfernt, dürften sich für die dortigen Abbaurechte als Betreiberinnen interessieren und vice versa.

1385. Marti-Gruppe macht in ihrer Stellungnahme zum Antrag geltend, die Kantonszugehörigkeit von Kieswerken könne kein taugliches Kriterium sein, wie gerade das Beispiel der Marti-Gruppe zeige. Im KAGA-Gebiet habe sie keine Kiesabbaustelle und diejenige in Wallisellen gehöre der Marti AG Solothurn. Diese sei wirtschaftlich dem Raum Solothurn zuzurechnen. Nur weil dieses Werk zufällig noch auf Berner statt auf Solothurner Boden liege, mache die Marti-Gruppe aber noch nicht zu einer aktuellen oder potenziellen Konkurrentin von KAGA.[2659] Bei dieser Argumentation übergeht Marti-Gruppe die Hilfsfunktion der (räumlichen) Marktabgrenzung und dass es sich dabei, wie ausgeführt, nicht um eine «harte Grenze» handelt. Sie übersieht insbesondere auch die vorgenommene Relativierung. Dass aus kartellrechtlicher Sicht nicht entscheidend ist, welche Konzerngesellschaft Betreiberin des Kieswerks in Wallisellen, sondern einzig, dass es sich dabei um eine Gesellschaft der Marti-Gruppe handelt, wurde bereits festgehalten, worauf verwiesen sei.[2660] Wie es sich mit der Stellung von Marti-Gruppe als aktueller oder potenzieller Konkurrentin auf diesem Markt verhält, wird an anderer Stelle erörtert.[2661] Die hier vorgenommene räumliche Marktabgrenzung inklusive ihrer Relativierung vermag Marti-Gruppe mit ihren Vorbringen nicht als unzutreffend auszuweisen.

D.5.4.4 Zeitliche Dimension

1386. Der Markt für Abbaurechte weist einige Eigenheiten auf, die – ohne jeweils genau zu passen – auch unter einem der bereits behandelten Punkte hätten aufgegriffen werden können. Da sie mehr oder weniger eng mit der zeitlichen Dimension dieses Marktes zusammenhängen, werden sie hier unter diesem Titel behandelt, der aber ebenfalls nicht exakt passt. Die Zuordnung ist aber letztlich nicht bedeutsam; entscheidend ist, *dass* die folgenden Eigenheiten erkannt und berücksichtigt werden.

1387. An einem Grundstück kann realistischerweise nur einmal ein Abbaurecht eingeräumt werden, danach ist es «verbraucht». Sind die planungs- und bewilligungsrechtlichen Voraussetzungen erfüllt, baut der Erwerber des Rechts den Kies im Grundstück ab. Danach ist er rechtlich verpflichtet, das entstandene «Loch» wieder aufzufüllen. Ein späterer Abbau von allfälligem Kies, das in noch tieferen Schichten im Boden liegen würde und vom Erwerber nicht abgebaut wurde, ist weder wirtschaftlich noch realistisch.[2662] Für den Anbieter des Abbaurechts handelt es sich daher pro Grundstück um ein einmaliges Geschäft. Bei der Einräumung beschränkter dinglicher Rechte dauert es alsdann zwar Jahre resp. Jahrzehnte, bis das einmalig abgeschlossene Geschäft abgewickelt ist, nämlich bis das Kies abgebaut, das «Loch» wieder aufgefüllt und das Grundstück rekultiviert ist. Das ändert jedoch nichts daran, dass der Wettbewerb um das Abbaurecht an diesem Grundstück zeitlich beschränkt und einmalig ist.

1388. In Anbetracht dessen handelt es sich bei der Marktgegenseite, also den Anbietern, nicht um Hersteller, die Abbaurechte «produzieren» und sie anschliessend veräussern. Ebenso wenig sind sie Händler, die diese Rechte gewerbsmässig ein- und alsdann weiterverkaufen. Vielmehr werden die Anbieter von Abbaurechten durch ihr Grundeigentum, das die Voraussetzungen für eine dortige Kiesgewinnung erfüllt, eher durch eine glückliche Fügung zu Anbietern solcher Rechte gemacht.

1389. Aufgrund dieser Gegebenheiten besteht für Abbaurechte nicht ein mehr oder weniger institutionalisierter Marktplatz, auf dem ein reger Handel getrieben würde. Vielmehr ist jedes Abbaurecht an einem spezifischen Grundstück nur einmal auf dem Markt. Nur in dieser «Angebotsphase» findet ein Wettbewerb um dieses Abbaurecht statt, wobei die Initiative für das Aufleben lassen der «Angebotsphase» sowohl von der Anbieter- als auch von der Nachfragerseite ausgehen kann. Vorher gibt es erst einen möglichen künftigen Wettbewerb

[2658] Exemplarisch etwa die [U08] und die [U06], die 1947 resp. 1948 gegründet worden sind und später von der [U16] übernommen wurden, welche ihrerseits im Jahr 2000 von der [U05], einer international tätigen Unternehmung, übernommen wurde (siehe <[…]> Über uns > Alle Standorte > Standort wählen für [U06] resp. [U08] sowie Über uns > Die Gesamtlösungsanbieterin für Baustoffe Mehr erfahren > Firmengeschichte Mehr erfahren [zuletzt besucht am 13.6.2023]). Vgl. ferner etwa die Übernahme der konkursiten [U09] durch Vigier (Rz 86) sowie – wenn auch den Gipsabbau betreffend – der Rigips AG durch Vigier (Rz 496).

[2659] Act. VIII.158 Rz 83.

[2660] Rz 364.

[2661] Rz 1710 und 1720 ff.

[2662] Unter dem Titel «Kiesressourcen schonen» sieht Grundsatz 8 des Sachplans ADT 12 (Fn 406) denn auch vor, dass die Rohstoffvorkommen «möglichst vollständig abzubauen» sind. Das belegt ebenfalls, dass mit einem «Zweitabbau» nicht zu rechnen ist.

um dieses Abbaurecht und nachher ist dieses Abbaurecht dem Wettbewerb «entzogen». Vor der «Angebotsphase» ist die Nachfrage aller Nachfragerinnen daher bloss latent; sie hat sich noch nicht realisiert. Mit anderen Worten handelt es sich ausser während der «Angebotsphase» um eine latente Nachfrage. Wie soeben erwähnt, kann die Initiative zum Einläuten der «Angebotsphase» nicht nur von den latenten Anbietern ausgehen, sondern auch von den latenten Nachfragerinnen; die latente Nachfrage von (aktuellen oder potenziellen) Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten ist auf dem Markt für Abbaurechte entsprechend bedeutungsvoll.

D.5.5 Deponie von unverschmutztem Aushub

1390. KAGA betreibt unter anderem eine resp. mehrere Aushubdeponien. Da die Aktivitäten von KAGA im Bereich Aushubdeponien Gegenstand einiger der näher zu beurteilenden Einigungen und Verhaltensweisen sind, ist insofern der relevante Markt abzugrenzen, ausgehend von der diesbezüglichen Marktgegenseite.

D.5.5.1 Marktgegenseite

1391. Marktgegenseite sind die Nachfrager nach Deponievolumen auf den Aushubdeponien. Es handelt sich dabei um Bauunternehmen, um auf Aushub- und Rückbau spezialisierte Unternehmen sowie in untergeordnetem Ausmass auch um Landschaftsgärtner, resp. um Transportunternehmen, die von den vorgenannten Unternehmen mit der Deponierung betraut worden sind.[2663] Diese Unternehmen fragen Deponievolumen auf Aushubdeponien nach, wenn sie das zu deponierende Material nicht selber verwenden können, was nur, aber immerhin, manchmal situativ möglich ist.[2664]

D.5.5.2 Sachlich relevanter Markt

1392. An dieser Stelle wird geprüft, welche Arten von Deponien (Aushubdeponien, Deponien Typ A, Deponien Typ B und Deponien «auf grüner Wiese»)[2665] zum sachlich relevanten Markt gehören.

1393. Auf einer Aushubdeponie darf einzig unverschmutzter Aushub abgelagert werden; andere Arten von (Bau)Abfällen oder Aushüben dürfen dort nicht deponiert werden.[2666] Was als unverschmutzter Aushub zu betrachten ist, um dessen Deponierung es hier geht, ist gesetzlich definiert.[2667] Das zu deponierende Material ist somit genau bestimmt. Aushubdeponien können sich insofern nicht voneinander differenzieren. Sie sind daher aus Sicht der Nachfrager funktional austauschbar.[2668] Entsprechend gehören Aushubdeponien generell, ungeachtet ihres Betreibers, zum sachlich relevanten Markt.

1394. Selbstverständlich nicht zum sachlich relevanten Markt zu zählen sind diejenigen Aushubdeponien, auf denen kein Deponieplatz (mehr) vorhanden ist (so etwa bei der Aushubdeponie von Alluvia in Oberwangen von 2006 bis 2014)[2669]. Solch «ausgeschöpfte» Aushubdeponien vermögen die Nachfrage nicht zu befriedigen. Demgegenüber sind Aushubdeponien, die einzig vom Betreiber selbst genutzt wurden, aber für dritte Nachfrager nicht offenstanden (so etwa die Aushubdeponie der KAGA-Aktionärin Kästli zwischen mindestens Mitte der 90er-Jahre bis Ende 2014),[2670] nicht aus dem sachlich relevanten Markt auszuklammern. Zwar lässt sich die Nachfrage von Dritten durch solche für die Eigennutzung reservierte Aushubdeponien ebenfalls nicht befriedigen. Aber auch solche Aushubdeponien prägen das in einem bestimmten Gebiet insgesamt vorhandene Deponievolumen mit und sie könnten zudem kurzfristig auch für Dritte geöffnet werden. Dem kann dadurch Rechnung getragen werden, indem bei der Beurteilung der Marktstellung zwischen Marktanteilen (Deponievolumen exkl. der zur Eigennutzung vorbehaltenen Deponien) und Produktionsanteilen (Deponievolumen inkl. Volumen der zur Eigennutzung vorbehaltenen Deponien) unterschieden wird. Wie sich zeigen wird, erübrigt sich vorliegend eine diesbezügliche Unterscheidung.[2671] Kommt hinzu, dass Vorbehalte zur Eigennutzung nicht mehr bestehen sollten, da der kantonale Gesetzgeber per April 2017 eine Gleichbehandlung der Nachfragerinnen bezüglich Zugangsgewährung einführte.[2672]

1395. Abgesehen von Aushubdeponien darf unverschmutzter Aushub auch auf Deponien des Typ A (ISD-BS) sowie auf Deponien «auf grüner Wiese» abgelagert werden.[2673] Solche Deponien sind für Nachfrager daher funktional austauschbar mit Aushubdeponien,[2674] weshalb sie ebenfalls zum selben sachlich relevanten Markt zu zählen sind.

1396. Schwieriger zu beantworten ist demgegenüber die Frage, ob auch Deponien des Typ B (ISD), also Inertstoffdeponien, aus Sicht der Nachfrager mit Aushubdeponien austauschbar sind. Unverschmutzter Aushub darf aus rechtlicher Sicht auch auf solchen Deponien abgelagert werden,[2675] weshalb die funktionale Austauschbarkeit gegeben ist. In preislicher Hinsicht besteht jedoch spätestens seit Einführung der VASA-Gebühr im Jahr 2009 ein wesentlicher Unterschied – bei einer Deponierung auf einer Inertstoffdeponie ist pro Tonne eine Gebühr von CHF 3.– geschuldet resp. seit 2017 eine solche von CHF 5.–. Bei einer Deponierung von unverschmutztem Aushub auf einer Aushubdeponie, einer Deponie Typ A (ISD-BS) oder einer Deponie «auf grüner Wiese» ist hingegen keine VASA-Gebühr geschuldet. Im Einklang damit wurde denn auch festgestellt, dass der auf Inertstoffdeponien deponierte unverschmutzte Aushub im Vergleich zu früher zurückgegangen ist.[2676] Inertstoffdeponien sind daher nicht (mehr) demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen. Sie sind jedoch marktnahe und von ihnen geht eine gewisse, mit zu berücksichtigende disziplinierende Wirkung aus.

[2663] Rz 317.
[2664] Rz 312.
[2665] Rz 309 ff.
[2666] Rz 309 und 420 f.
[2667] Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Anhang 3 Ziff. 1 VVEA.
[2668] Vgl. dazu auch Rz 319.
[2669] Rz 434 zweites Lemma.
[2670] Rz 432.
[2671] Rz 1807.
[2672] Art. 25 Abs. 3 BauG.
[2673] Rz 311 f. und 314.
[2674] Rz 420.
[2675] Rz 310 und 314.
[2676] Rz 420.

1397. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass – soweit der unverschmutzte Aushub in einem konkreten Fall stark rohkieshaltig ist – die Nachfrager nach einer Ablagerungsmöglichkeit dafür zugleich Anbieter von Rohkies zur Veredelung sind.[2677] Als Alternative zu den zum sachlich relevanten Markt gehörenden Deponien kommen diesfalls für sie auch Kieswerke in Frage, die den Rohkies aus diesen Aushüben veredeln. Allerdings erweitert diese Möglichkeit den sachlich relevanten Markt letztlich höchstens in vernachlässigbarem Ausmass. Denn Aushubdeponien befinden sich wesensgemäss in Abbaustellen[2678] und deren Betrieb geht – wie festgestellt – regelmässig Hand in Hand mit dem Betrieb eines dortigen Kieswerks.[2679] Die Betreiberinnen von Kieswerken stimmen daher weitestgehend mit den Betreiberinnen der Aushubdeponien überein.[2680]

1398. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Aushubdeponien, Deponien des Typ A (ISD-BS) und Deponien «auf grüner Wiese» zum selben sachlich relevanten Markt zählen. Deponien des Typ B (ISD), also Inertstoffdeponien, gehören nicht zum selben sachlich relevanten Markt, sind aber als marktnahe Produkte zu bezeichnen.

D.5.5.3 Räumlich relevanter Markt

1399. Unverschmutzter Aushub fällt jeweils an einem bestimmten Ort an, nämlich am Ort der jeweiligen Baustelle. Beim Entscheid, wo der unverschmutzte Aushub abgelagert werden soll, sind für die Nachfrager in räumlicher Hinsicht die mit zunehmender Fahrzeit und -distanz steigenden Transportkosten das ausschlaggebende Kriterium. Technische oder rechtliche Einschränkungen bezüglich des Deponieortes sind demgegenüber – zumindest im hier untersuchten Gebiet – weder ersichtlich noch relevant.[2681] Aufgrund der Transportkosten wählen etliche Nachfrager standardmässig den nächstgelegenen Anbieter aus.[2682] Das Nachfrageverhalten lässt sich im Grundsatz mit «so weit wie nötig, so nahe wie möglich» auf den Punkt bringen. Das Nachfragegebiet hängt daher von der Dichte des Anbieternetzes und der Verteilung der jeweiligen Standorte ab. Für einen Nachfrager ist im Einzelfall die konkret gegebene Ausgangslage massgeblich, d.h., der Standort der Baustelle und deren Entfernung zu dem resp. den nächstgelegenen Anbietern sowie eine allfällige Möglichkeit für Retourfuhren.[2683] Im hier interessierenden Raum bezifferten die Nachfrager grossmehrheitlich die üblicherweise maximal auf sich genommene Fahrdistanz mit 20 Kilometern.[2684] Da die Transportkosten mit zunehmender Fahrzeit und -distanz graduell ansteigen und nicht etwa abrupt oder sprunghaft, gibt es letztlich für die Nachfrager kein fix abgestecktes «Anliefergebiet». Dies zeigte sich etwa während der Zeit des Deponieengpasses:[2685] So wird im Controllingbericht 2008 die mittlere Fahrdistanz zwar mit acht bis zehn Kilometern angegeben. Aber zugleich wird ausgeführt, teilweise hätten sich Nachfrager gezwungen gesehen, Distanzen von bis zu 50 Kilometern zurückzulegen, da sie in näher gelegenen Deponien gar nicht, nur zu überhöhten Preisen oder nur bei Eingehung von Gegengeschäften hätten deponieren können.[2686] Auf eine Fahrdistanz von bis zu 50 Kilometern ist freilich dennoch nicht abzustellen. Denn gerade in Anbetracht der Gründe, weshalb eine so weite Fahrdistanz zurückgelegt wurde, würde damit auf eine verfälschte Marktsituation abgestellt. Damit soll nur, aber immerhin, gezeigt werden, dass das «Anliefergebiet» nicht fix abgesteckt ist und keine starre Grenze bei einer ganz bestimmten Fahrdistanz und -zeit besteht.

1400. Weil die Nachfrager in ihrer Gesamtheit letztlich ein flächendeckendes Netz bilden, kann der Blickwinkel auch auf die in ihrem Standort fixierten Anbieter von Deponievolumen für unverschmutzten Aushub gewechselt werden. In räumlicher Hinsicht haben sie ein übliches «Einzugsgebiet».[2687] Allerdings handelt es sich auch hierbei nicht um ein fix abgegrenztes Gebiet mit einer «harten» Grenze. Weiter ist zu beachten, dass die Wettbewerbssituation selbst innerhalb dieses «Einzugsgebiets» keine einheitliche ist. Sie hängt vielmehr davon ab, wo sich die Standorte von anderen Anbietern inner- oder ausserhalb dieses «Einzugsgebiets» befinden, wobei die relative Nähe zum Ort einer konkreten Baustelle, wo der unverschmutzte Aushub anfällt, entscheidend ist. Von Anbietern ausserhalb des üblichen «Einzugsgebietes» geht daher ebenfalls eine disziplinierende Wirkung aus, falls sie sich in räumlicher Nähe zum «Einzugsgebiet» befinden.[2688]

1401. Aufgrund dieser Gegebenheiten darf die in räumlicher Hinsicht vorzunehmende Marktabgrenzung vorliegend nicht als strikte Grenzziehung missverstanden werden, würde dies doch den Wettbewerbsverhältnissen nicht gerecht. Dies gesagt, erscheint für die Zwecke dieser Untersuchung angebracht, aus Sicht der zahlreichen Nachfrager von einem jeweiligen «Anliefergebiet» von 20 Kilometern Fahrdistanz und einer Fahrzeit von 20 Minuten ab einer bestimmten Baustelle, wo der unverschmutzte Aushub anfällt, auszugehen. Diese «Anliefergebiete» entsprechen den räumlich relevanten Märkten.

1402. Wie ausgeführt, bilden diese «Anliefergebiete» letztlich eine Fläche, während die Standorte der Deponien fix sind, weshalb es aussagekräftiger (und auch praktikabler) ist, anstatt auf eine Vielzahl sich überlagernder «Anliefergebiete» auf das «Einzugsgebiet» einer Deponie als deren Pendant aus Sicht der Anbieter abzustellen.[2689] In Anbetracht der Sachverhaltsfeststellungen spezifisch bezüglich KAGA[2690] und der Tatsache, dass es sich nicht um «harte» Grenzen handelt, lässt sich das relevante Gebiet grob als die Region zwischen Bern und Thun bezeichnen. Diese Region umfasst den südöstlichen Teil des Ballungsgebiets Bern, das Ballungsgebiet Thun und die dazwischenliegenden Aare-, Gürbe- und Chiesentäler.[2691]

[2677] Rz 1358 und 1369.
[2678] Rz 309.
[2679] Siehe Rz 1345 m.w.H.
[2680] Rz 321.
[2681] Zum Vorangehenden Rz 318.
[2682] Rz 319.
[2683] Siehe zum Vorangehenden Rz 464 und auch Rz 469.
[2684] Rz 319.
[2685] Dazu Rz 426 ff.
[2686] Rz 426 zweites Lemma.
[2687] Rz 465.
[2688] Rz 469.
[2689] Rz 465.
[2690] Rz 468 ff. und auch Rz 503.
[2691] Siehe dazu auch Rz 468 f. und 488.

D.6 Unzulässige Wettbewerbsabreden

1403. In diesem Kapitel werden die folgenden Kooperationen zwischen den Aktionärinnen und der KAGA auf ihre kartellrechtliche (Un-)Zulässigkeit unter dem Blickwinkel der unzulässigen Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 KG beurteilt:

- Die Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA (D.6.3).
- Das Recht der Aktionärinnen, je ein Mitglied in den VR von KAGA zu entsenden, die gelebte Entsendepraxis und der Informationsaustausch im VR (D.6.4).
- Der Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen (D.6.5).
- Die Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben (D.6.6).
- Die Koordination der Angebote für die Übernahme von [U01] (D.6.7).
- Das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet (D.6.8).

1404. Die Gesetzeslage zur Beurteilung der (Un-)Zulässigkeit dieser Kooperationen ist stets dieselbe. Um Wiederholungen zu vermeiden und den Lesefluss bei den einzelnen Kooperationen nicht zu unterbrechen, werden nachfolgend zunächst die allgemeinen rechtlichen Grundlagen dargestellt. Unter Bezugnahme auf diese, gegebenenfalls ergänzt durch kooperationsspezifische rechtliche Erwägungen, werden anschliessend die einzelnen Kooperationen jeweils separat auf ihre (Un-)Zulässigkeit hin beurteilt.

D.6.1 Rechtliche Grundlagen

1405. Vereinfacht lässt sich die kartellrechtliche Regelung von Kooperationen zwischen Unternehmen wie folgt darstellen: Art. 4 Abs. 1 KG definiert, was im KG unter einer Wettbewerbsabrede zu verstehen ist. Erfüllt eine Kooperation nicht sämtliche Tatbestandsmerkmale dieser Definition, hat es damit sein Bewenden; die Kooperation ist kartellrechtlich unter dem Blickwinkel des Abredetatbestands[2692] zulässig. Ist eine Kooperation hingegen als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren, bestimmt sich deren (Un-)Zulässigkeit alsdann nach Art. 5 KG. Den Grundsatz hält Art. 5 Abs. 1 KG fest: Eine Wettbewerbsabrede ist unzulässig, wenn sie entweder a) den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist oder wenn sie b) den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Bei bestimmten Abredegegenständen vermutet das Gesetz in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wird, wobei diese Vermutung widerlegbar ist. Mit den rechtfertigenden Effizienzgründen, die bei Wettbewerbsabreden, die den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, näher zu prüfen sind, befasst sich Art. 5 Abs. 2 KG. Erachten die Wettbewerbsbehörden eine Wettbewerbsabrede als unzulässig, kann der Bundesrat sie auf Antrag der Beteiligten zulassen, sollte dies für die Verwirklichung überwiegender öffentlicher Interessen ausnahmsweise erforderlich sein (Art. 8 KG).

1406. In Anbetracht dieser Gesetzeslage erweist sich folgende Beurteilungsreihenfolge als zweckmässig: Zunächst ist zu beurteilen, ob eine Kooperation überhaupt als Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist (rechtliche Grundlagen hierzu nachfolgend Rz 1407 ff.). Falls ja, ist anschliessend zu beurteilen, ob nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG eine Wettbewerbsbeseitigung vermutet wird (rechtliche Grundlagen hierzu nachfolgend Rz 1422 ff.). Gegebenenfalls ist zu prüfen, ob die Vermutungsfolge widerlegt ist (rechtliche Grundlagen hierzu nachfolgend Rz 1434 ff.), wofür unter anderem die relevanten Märkte abzugrenzen sind (dazu vorangehend Rz 1333 ff.). Bleibt die Vermutungsfolge aufrecht, ist die Wettbewerbsabrede unzulässig und die Beurteilung beendet. Ist die Vermutungsfolge hingegen widerlegt oder fällt die Wettbewerbsabrede nicht unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG, ist zu beurteilen, ob sie den wirksamen Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt (rechtliche Grundlagen hierzu nachfolgend Rz 1439 ff.). Ist das der Fall, ist in einem letzten Schritt zu beurteilen, ob die Wettbewerbsabrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist (rechtliche Grundlagen hierzu nachfolgend Rz 1442 ff.).

D.6.1.1 Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

1407. 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 Wettbewerbsabrede im Sinne des KG definiert sich daher durch vier Tatbestandsmerkmale:[2693]

- eine Verhaltenskoordination, d.h., ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken (Rz 1408 ff.), von
- mindestens zwei Unternehmen (Rz 1411 ff.), die
- eine Wettbewerbsbeschränkung (Rz 1414 ff.)
- bezweckt oder bewirkt (Rz 1419 ff.).

[2692] Nichts ausgesagt ist damit darüber, wie die Kooperation aus dem Blickwinkel eines allfälligen Missbrauchs einer marktbeherrschenden oder relativ marktmächtigen Stellung (Art. 4 Abs. 2 und Art. 7 KG) oder eines allfälligen Zusammenschlusses (Art. 4 Abs. 3 und Art. 9 f. KG) zu würdigen wäre.

[2693] BGE 147 II 72 E. 3.1, *Hors-Liste II*. Zuweilen werden auch mehrere dieser Tatbestandsmerkmale zusammengefasst und in einem Atemzug genannt, so etwa in BGer, 2C_43/2020 vom 21.12.2021 E. 7.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 25), *Dargaud*; BGE 148 II 321 E. 6.2, *Flammarion*, jeweils unter Hinweis auf BGE 144 II 246 E. 6.4, *Altimum*. In diesem Urteil ist festgehalten, Art. 4 Abs. 1 KG kenne «deux conditions», wobei unter der ersten «condition» die zwei erstgenannten Tatbestandsmerkmale und unter der zweiten «condition» die zwei weiteren Tatbestandsmerkmale zusammengefasst werden. Letztlich besteht Übereinstimmung darin, dass Art. 4 Abs. 1 KG diese vier Tatbestandsmerkmale enthält, weshalb eine allfällige Gruppierung nicht von praktischer Bedeutung ist und daher nicht weiter vertieft zu werden braucht.

D.6.1.1.1 Verhaltenskoordination (bewusstes und gewolltes Zusammenwirken)

1408. Art. 4 Abs. 1 KG erfasst zwei Varianten der Verhaltenskoordination, also des bewussten und gewollten Zusammenwirkens. Gemäss ausdrücklichem Gesetzestext sind die Varianten alternativ zu verstehen, wobei sie sich durch unterschiedliche Elemente charakterisieren. Zu den zwei Varianten im Einzelnen:

1409. Die eine Variante der Verhaltenskoordination ist die Vereinbarung. Eine solche kommt durch übereinstimmende gegenseitige Willensäusserungen der Parteien zustande (Art. 1 Abs. 1 OR), wobei die Willensäusserungen entweder ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) oder konkludent (Art. 1 Abs. 2 OR) oder unter Umständen gar stillschweigend (Art. 6 OR) erfolgen können. Der kartellrechtliche Begriff der Vereinbarung geht aber über den obligationenrechtlichen Vertragsbegriff (inkl. Gesellschaftsverträgen) hinaus, indem das KG explizit auch nicht erzwingbare Vereinbarungen erfasst. Kartellrechtlich entscheidend ist letztlich lediglich der Wille, sich zu binden.[2694] Ob ein natürlicher Konsens (auch: tatsächlicher Konsens) vorliegt, ist eine Tatfrage, das heisst, auf Ebene des Sachverhalts mit Hilfe von Beweisen festzustellen.[2695]

1410. Die andere Variante der Verhaltenskoordination ist die aufeinander abgestimmte Verhaltensweise. Diese setzt drei Elemente voraus: 1) eine Abstimmung und 2) deren Umsetzung, wobei zwischen diesen beiden Elementen 3) ein Kausalzusammenhang bestehen muss.[2696] Das BGer hat sich vertieft mit diesen drei Elementen auseinandergesetzt. Anstatt diese Erwägungen hier im Einzelnen wiederzugeben, wird auf die entsprechenden Ausführungen im bundesgerichtlichen Entscheid verwiesen.[2697] Soweit erforderlich, wird hierauf bei einzelnen Kooperationen noch näher eingegangen.

D.6.1.1.2 Mehrzahl von beteiligten Unternehmen

1411. Bereits das bewusste und gewollte Zusammenwirken setzt begriffsnotwendigerweise voraus, dass eine Mehrzahl von (natürlichen oder juristischen) Personen beteiligt ist. Das Tatbestandsmerkmal der Mehrzahl von beteiligten Unternehmen ist trotzdem nicht irrelevant. Seine Berechtigung findet es in der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, die im KG herrscht: Ein Konzern, der sich definitionsgemäss aus mehreren juristischen Personen zusammensetzt, ist in seiner Gesamtheit als ein einziges Unternehmen im Sinne des KG zu betrachten.[2698] Entsprechend sind an ausschliesslich konzerninternen Vereinbarungen zwar mehrere Gesellschaften (also mehrere juristische Personen) beteiligt, jedoch nur ein einziges Unternehmen im Sinne des KG. Mangels einer Mehrzahl beteiligter Unternehmen handelt es sich bei ausschliesslich konzerninternen Vereinbarungen nicht um Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG.[2699]

1412. Art. 4 Abs. 1 KG hält weiter fest, dass es sich bei diesen Unternehmen um solche «gleicher oder verschiedener Marktstufen» handeln müsse. Um ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal resp. eine Qualifikation der involvierten Unternehmen handelt es sich bei diesem Einschub im Gesetzestext allerdings nicht. Denn damit überhaupt ein Unternehmen im Sinne des KG vorliegt, ist ein Auftreten als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess erforderlich (vgl. Art. 2 Abs. 1bis KG). Wer diese Voraussetzung erfüllt, ist denknotwendig auch auf (irgend)einer Marktstufe tätig[2700] – und mehr verlangt dieser Einschub nicht. Weder muss es sich um denselben Markt handeln, auf dem die Unternehmen tätig sind (der Einschub stellt einzig auf die Marktstufe ab), noch kommt es auf die Marktstufen an, auf denen die Unternehmen tätig sind (alternativ kann es gemäss Art. 4 Abs. 1 KG die gleiche oder können es verschiedene sein – tertium non datur, auf die Marktstufe kommt es also nicht an).[2701] Der Einschub im Gesetzestext bedeutet letztlich, dass zwei Unternehmen vorliegen müssen, die auf irgendeiner Marktstufe tätig sind.[2702] An anderer Stelle in der kartellrechtlichen Beurteilung ist freilich durchaus von Bedeutung, auf welchen Marktstufen die betroffenen Unternehmen tätig sind (beispielsweise bei Art. 5 Abs. 1, 3 oder 4 KG oder auch schon bei der Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 KG).

1413. Kurzum: Art. 4 Abs. 1 KG setzt voraus, dass mindestens zwei Unternehmen im Sinne des KG an der Verhaltenskoordination beteiligt sind.

D.6.1.1.3 Wettbewerbsbeschränkung

1414. Leitbild des gesamten KG ist der wirksame Wettbewerb.[2703] Mit «Wettbewerbsbeschränkung» ist daher – leicht verkürzt – die Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs gemeint.

1415. Vereinfacht ausgedrückt liegt eine Beschränkung vor, wenn es bei einem Vergleich der Wettbewerbssituation mit Abrede und der hypothetischen Wettbewerbssituation ohne Abrede «ein Minus gibt».[2704] Mitentscheidend dafür, wie es sich damit verhält, ist unter anderem auch, in welchem Verhältnis, z.B. einem horizontalen,

---

[2694] Zu alledem BGE 147 II 72 E. 3.3, *Hors-Liste II*.

[2695] Statt anderer BGer, 4A_659/2017 vom 18.5.2018 E. 4.1 m.w.H. Dies gilt auch im Kartellrecht, wie etwa BGE 144 II 246 E. 6.5, *Altimum*, zeigt, ohne dies allerdings ausdrücklich zu sagen. Bei der Frage, ob ein normativer Konsens vorliegt, handelt es sich demgegenüber um eine Rechtsfrage.

[2696] BGE 147 II 72 E. 3.4.1 in fine, *Hors-Liste II*.

[2697] Siehe ausführlich dazu BGE 147 II 72 E. 3.4.1 ff., *Hors-Liste II*.

[2698] Hiervor Rz 1281 ff.

[2699] BGer, 2C_43/2020 vom 21.12.2021 E. 7.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 25), *Dargaud*; BGE 148 II 321 E. 6.2, *Flammarion*; bestätigt in den weiteren «marché du livre en français»-Fällen, etwa BGer, 2C_52/2020 vom 8.12.2022 E. 6.2, *Glénat*; BGE 145 III 303 E. 7.2.2, *Swatch*.

[2700] Vgl. dazu, dass Art. 2 Abs. 1bis KG Konsumenten nicht erfasst, statt anderer etwa BSK KG-AMSTUTZ/GOHARI (Fn 1220), Art. 2 N 77–79.

[2701] Implizit und jedenfalls im Ergebnis ebenso BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 7.2.3, *Hallenstadion*, allerdings ohne dabei näher auf Art. 4 Abs. 1 KG einzugehen, da dieser Artikel unbestritten erfüllt war (E. 7.2.1). Ebenso wie hier, wenn auch mit anderer Begründung, BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 Rz 299 f., *Hallenstadion*; B-5918/2017 vom 12.12.2023 Rz 44–49, *Baubeschläge II*.

[2702] Ebenso BVGer, B-4596/2019 vom 6.6.2023 E. 5.4.1.1 und 5.4.1.4, *Leasing – CA Auto Finance*.

[2703] BBl 1995 I 468, 511 Ziff. 143.3. Ferner etwa DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 1698), Art. 4 Abs. 1 N 114 m.w.H. Vgl. zum Nachfolgenden auch RPW 2021/1, 116 f. Rz 161 ff., *Dauer-ARGE Graubünden*.

[2704] BGE 147 II 72 E. 3.5 m.w.H., *Hors-Liste II*; BVGer, B-4596/2019 vom 6.6.2023 E. 5.3.1.2, *Leasing – CA Auto Finance*.

die beteiligten Unternehmen zueinander stehen. Veranschaulichend zum Verständnis des Begriffs der Beschränkung ist auch das europäischen Recht,[2705] das diese Aufzählung enthält: «Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung» – es ist dies somit eine negative, d.h. nachteilige Einwirkung.[2706]

1416. Schwieriger positiv greifbar zu machen ist demgegenüber der Begriff des «wirksamen Wettbewerbs», um dessen Beschränkung es geht. Ersatzweise werden daher negativ Situationen beschrieben, die mit wirksamem Wettbewerb grundsätzlich nicht zu vereinbaren sind. Das BGer umschreibt dies beispielsweise damit, dass «die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer im Innen- oder Aussenwettbewerb hinsichtlich eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter beschränkt wird».[2707] Gemein ist derartigen negativen Umschreibungen, dass sie auf Einschränkungen der eigenständigen Marktpositionierung von Wettbewerbsteilnehmern – und zwar regelmässig der zusammenwirkenden Unternehmen selbst – fokussieren, die sich aus dem bewussten und gewollten Zusammenwirken ergeben. Diese «negative» Herangehensweise ist insofern zutreffend, als dass mit einer solchen Einschränkung der eigenständigen Marktpositionierung in der Regel auch eine Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs einhergeht.[2708]

1417. Allerdings wäre es unzutreffend, daraus abzuleiten, die Einschränkung der Handlungsfreiheit bezüglich Wettbewerbsparametern stelle bereits für sich stets eine Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs dar.[2709] Mit einer solchen Gleichsetzung würde auch übergangen, dass es bei Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 KG nicht darum geht, die Abredeteilnehmer vor sich selbst und in ihrer eigenen Handlungsfreiheit zu schützen,[2710] namentlich vor einem von ihnen selbst gewählten Verzicht auf eigenständige Marktpositionierung. Vielmehr geht es darum, die übrigen Wettbewerbsteilnehmer von der damit in der Regel einhergehenden Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs zu bewahren. Die Prüfung, ob Wettbewerbsteilnehmer durch ein Zusammenwirken in ihrer eigenständigen Marktpositionierung eingeschränkt werden, ist also nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck, um eine Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs ausmachen zu können. Wird durch ein Zusammenwirken zwar die Möglichkeit der eigenständigen Marktpositionierung der Abredeteilnehmer eingeschränkt, führt dies aber im konkreten Fall nicht zugleich auch zu einer Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs, so liegt letztlich keine Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vor.[2711] Das bringt auch das BGer in jüngeren Entscheiden mit seiner diesbezüglich präzisierteren Formulierung zum Ausdruck: «Eine solche [Wettbewerbsbeschränkung] liegt dann vor, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (…) *so* eingeschränkt wird, *dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs* in all seinen verschiedenen Facetten vermindert bzw. eingeschränkt werden».[2712] Oder: «laquelle [die Wettbewerbsbeschränkung] consiste en une *limitation de la liberté dans le jeu de l'offre et de la demande* en lien avec des paramètres déterminants du point de vue de la concurrence efficace».[2713]

1418. Da mit Einschränkungen der Handlungsfreiheit bezüglich relevanter Wettbewerbsparameter resp. – treffender – der eigenständigen Marktpositionierung in der Regel eine Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs einhergeht, ist aber nicht leichthin von einem Auseinanderfallen dieser beiden Punkte auszugehen. Eine Wettbewerbsbeschränkung ist bei Art. 4 Abs. 1 KG deshalb nur, aber immerhin, dann zu verneinen, wenn ein solches Auseinanderfallen offenkundig ist, d.h., wenn der wirksame Wettbewerb trotz Einschränkung der Möglichkeit einer eigenständigen Marktpositionierung offensichtlich nicht beschränkt ist.[2714] Die Wettbewerbsbehörden gingen in ihrer bisherigen Praxis im Ergebnis bereits in diesem Sinne vor.[2715]

D.6.1.1.4 Bezwecken oder Bewirken

1419. Wie bereits der Gesetzestext mit dem Wort «oder» zum Ausdruck bringt, sind «bezwecken» resp. «bewirken» Alternativen.[2716] Sie stimmen wörtlich mit der Regelung im europäischen Recht überein (Art. 101 Abs. 1 AEUV[2717]). Es ist angebracht, das dortige Verständnis bei der Auslegung zu berücksichtigen,[2718] zu-

[2705] Siehe Fn 2718 dazu, dass es in vorliegendem Kontext angebracht ist, bei der Auslegung der schweizerischen Gesetzesbegriffe das europäische Recht zu berücksichtigen.

[2706] «Nachteilige Einwirkung» wird auch vom BVGer zur Umschreibung verwendet, vgl. BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016Rz 301, *Hallenstadion*.

[2707] BGE 129 II 18 E. 5.1, *Buchpreisbindung I*. So auch das BVGer, etwa BVGer, B-5918/2017 vom 12.12.2023 Rz 117, *Baubeschläge II*.

[2708] Vgl. auch die Beratung des Sekretariats in RPW 2018/4, 722 Rz 31, *SBB, SOB und Thurbo*.

[2709] So aber OLIVIER SCHALLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Arbeitsgemeinschaft (ARGE) im Schweizer Kartellrecht, in: Mélanges en l'honneur de Walter A. Stoffel, Amstutz et al. (Hrsg.), 2014, 175–200, 182–184; wie hier DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 1698), Art. 4 Abs. 1 N 124; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 351.

[2710] Anders etwa als z.B. bei Art. 21 OR oder Art. 27 ZGB.

[2711] A.A. ZÄCH (Fn 2709), Rz 350–354.

[2712] BGE 147 II 72 E. 3.5 m.w.H., *Hors-Liste II*, Hervorhebung durch Wettbewerbsbehörde. Ebenso etwa das BVGer in BVGer, B-4596/2019 vom 6.6.2023 E. 5.3.1.1, *Leasing – CA Auto Finance*; noch die frühere, unpräzise Formulierung verwendend hingegen BVGer, B-5918/2017 vom 12.12.2023 Rz 117 f., *Baubeschläge II*.

[2713] BGer, 2C_43/2020 vom 21.12.2021 E. 7.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 25), *Dargaud*; BGE 148 II 321 E. 6.2, *Flammarion*, Hervorhebung durch Wettbewerbsbehörde.

[2714] Im Ergebnis ebenso DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 1698), Art. 4 Abs. 1 N 130. Ferner auch CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 2494), Art. 4 Abs. 1 N 72, wobei diese Autoren allenfalls eine noch weitergehende Berücksichtigung prokompetitiver Aspekte bei Art. 4 Abs. 1 KG befürworten. Ohne Stellungnahme dazu BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 4.7.4.1, *Ascopa*. Das BVGer hält in diesem Urteil fest, es sei noch ungeklärt, ob bereits bei Art. 4 Abs. 1 KG offensichtlich prokompetitive Verhaltenskoordinationen ausgeschieden werden könnten. Das BVGer schliesst das also weder aus noch befürwortet es das.

[2715] Für eine Übersicht vgl. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 1698), Art. 4 Abs. 1 N 129. In jüngerer Zeit ausdrücklich so RPW 2021/1, 118 Rz 173, *Dauer-ARGE Graubünden*.

[2716] Statt aller BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste II*.

[2717] Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13.12.2007 (Vertrag von Lissabon), ABl. C 115 vom 9.5.2008.

[2718] So implizit BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste II*, durch Beizug von Literatur zu Art. 101 AEUV. Explizit ebenso BVGer, B-4596/2019 vom 6.6.2023 E. 5.3.1.4, *Leasing – CA Auto Finance*; weniger klar hingegen BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 4.6.1 E. 4.6.4.3 und E. 4.6.4.4, *Ascopa*.

mal eine reichhaltige Praxis dazu besteht und die Begriffe in Leitlinien[2719] näher erörtert werden.

1420. Für das «Bezwecken» muss das Zusammenwirken objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Beeinträchtigung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen; eine subjektive Absicht ist nicht notwendig.[2720] Ein Zusammenwirken «bezweckt» eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn es bereits von seiner Natur her als schädlich für den wirksamen Wettbewerb angesehen werden kann, ohne dass hierfür noch die tatsächlichen Auswirkungen in Betracht gezogen werden müssten.[2721] Dem fraglichen Zusammenwirken muss also ein ausreichend grosses Potenzial für negative Auswirkungen auf den Wettbewerb immanent sein.[2722] Oder mit den Worten des BGer: «Der Gegenstand der Verhaltenskoordination, d.h. der Regelungsinhalt der Abrede, besteht in einer Einschränkung des Wettbewerbs, oder m.a.W. *wohnt der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Verhaltenskoordination inne*».[2723] Um dieses Potenzial zu beurteilen, sind eine Reihe von Faktoren relevant:[2724] Zuvorderst sind dies der Inhalt des Zusammenwirkens und die damit verfolgten Ziele. Des Weiteren sind die wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhänge von Relevanz, in dem das Ganze eingebettet ist.[2725] Sofern nachweisbar, stellt die subjektive Absicht der Abredeteilnehmer, mit ihrem Zusammenwirken den Wettbewerb beschränken zu wollen, ein gewichtiges Indiz für ein «Bezwecken» dar.[2726] Denn es kann davon ausgegangen werden, dass sie als Branchenkenner ein für die Verfolgung ihrer Absicht taugliches Mittel wählen. Weiter sind auch bisherige Erfahrungen bei dieser Beurteilung einzubeziehen. Nebst bereits beurteilten Fällen gehören dazu auch Kodifizierungen von Erfahrungen und Erkenntnissen in Normen.[2727] Deshalb ist beispielsweise bei einem unter die Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallenden Zusammenwirken in der Regel von einem «Bezwecken» auszugehen; das gilt jedenfalls für typische Kernbeschränkungen.

1421. Das «Bewirken» einer Wettbewerbsbeschränkung ist anhand der Auswirkungen zu beurteilen, die das Zusammenwirken im konkreten Fall zeitigt. Dabei sind sowohl aktuelle und vergangene Auswirkungen als auch in naher Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintretende Auswirkungen relevant. Zwischen dem Zusammenwirken und der Wettbewerbsbeschränkung muss dabei (ebenfalls mit hinreichender Wahrscheinlichkeit) ein Kausalzusammenhang bestehen.[2728]

D.6.1.2 Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG

1422. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Wettbewerbsabreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- Wettbewerbsabreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Bst. a);
- Wettbewerbsabreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen (Bst. b);
- Wettbewerbsabreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Bst. c).

1423. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ferner bei folgenden Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen vermutet:

- Wettbewerbsabreden über Mindest- oder Festpreise;
- Wettbewerbsabreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

1424. Liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG vor (Vermutungsbasis), wird von Gesetzes wegen vermutet, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wird (Vermutungsfolge). Diese Vermutungsfolge ist, wie ausgeführt, widerlegbar. Das vorliegende Kapitel (C.6.1.2) befasst sich mit den Abredetypen, welche die Vermutungsfolge auslösen, wobei sich die nachfolgenden Ausführungen auf Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG sowie den ersten der zwei Abredetypen nach Art. 5 Abs. 4 KG konzentrieren. Mit einer allfälligen Widerlegung der Vermutungsfolge beschäftigt sich sodann das nächste Kapitel (D.6.1.3).

D.6.1.2.1 Horizontale Wettbewerbsabrede

1425. Art. 5 Abs. 3 KG erfasst gemäss seinem Einleitungssatz einzig horizontale Wettbewerbsabreden.[2729] Horizontal ist eine Wettbewerbsabrede gemäss Gesetzestext, wenn sie zwischen Unternehmen getroffen wird, die «tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen». Die Botschaft umschreibt horizontale Wettbewerbsabreden als solche «zwischen Unternehmen auf gleicher Marktstufe», die sich dadurch auszeichnen, dass durch sie der «Wettbewerb auf einem Markt *gemeinsam* beschränk[t]» wird.[2730] Miteinander im Wettbewerb stehen Unternehmen, wenn sie im selben relevanten Markt auf derselben Marktstufe und in derselben Eigenschaft, d.h. entweder als Anbieter oder als Nachfrager, tätig sind – kurzum, wenn es Konkurrenten

[2719] V.a. in den Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101 vom 27.4.2004, S. 97 ff. (nachfolgend Allgemeine Leitlinien) und spezifisch bezogen auf bestimmte horizontale Kooperationen in den Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 259/1 vom 21.7.2023 S. 1 ff. (nachfolgend Horizontal-Leitlinien), welche die frühere Horizontal-Leitlinie, ABl. C 11 vom 14.1.2011, S. 1 ff. (nachfolgend aHorizontal-Leitlinien 2011), ablöste.

[2720] Statt anderer BGE 147 II 72 E. 3.6 m.w.H., *Hors-Liste II*.

[2721] Statt anderer etwa EuGH, C-228/18 vom 2. April 2020, *Gazdasági Versenyhivatal/ Budapest Bank Nyrt. et al*., Rz 37 m.w.H.

[2722] Allgemeine Leitlinien (Fn 2719), Rz 21.

[2723] BGE 147 II 72 E. 3.6 m.w.H., *Hors-Liste II*.

[2724] Siehe dazu auch etwa EFTA-Gericht, E-3/16 vom 22. Dezember 2016, Ski Taxi et al./ Norwegen, Rz 56–66.

[2725] EuGH, C-307/18 vom 30. Januar 2020, *Generics et al./Competition and Markets Authority*, Rz 67 m.w.H.; Allgemeine Leitlinien (Fn 2719), Rz 22.

[2726] EuGH, C-228/18 vom 2. April 2020, *Gazdasági Versenyhivatal/ Budapest Bank Nyrt. et al*., Rz 53 m.w.H.; Allgemeine Leitlinien (Fn 2719), Rz 22 in fine.

[2727] Allgemeine Leitlinien (Fn 2719), Rz 23.

[2728] BGE 147 II 72 E. 3.6 m.w.H., *Hors-Liste II*.

[2729] Vgl. nur etwa BBl 1995 I 468, 566 Ziffer 231.4.

[2730] BBl 1995 I 468, 545 Ziffer 224.1, auch 544, Ziffer 224.1; Hervorhebung im Original.

sind. Besteht das Konkurrenzverhältnis tatsächlich, handelt es sich um aktuelle Konkurrenten. Besteht das Konkurrenzverhältnis zwar nicht tatsächlich, aber doch immerhin der Möglichkeit nach, handelt es sich um potenzielle Konkurrenten. Gemäss ausdrücklichem Gesetzestext liegt in beiden Fällen, also sowohl bei aktueller als auch bei potenzieller Konkurrenz, ein horizontales Verhältnis vor.

1426. Gemäss Botschaft ist die «Beseitigung wirksamen Wettbewerbs […] unter wettbewerblichen Gesichtspunkten eindeutig als schädlich zu beurteilen».[2731] Um «die Kontrolle von Wettbewerbsabreden, welche wirksamen Wettbewerb beseitigen, zu erleichtern», wurden die Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG geschaffen.[2732] Die drei Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG visieren «in erster Linie die sogenannten harten Kartelle».[2733] Es handelt sich dabei um Horizontalabreden, «die unter dem Blickwinkel des Wettbewerbs in der Regel negativ beurteilt werden müssen».[2734] Und weiter: «Die angesprochenen Wettbewerbsabreden heben Grundparameter des Wettbewerbs auf, beseitigen m.a.W. den wirksamen Wettbewerb im Innenverhältnis der beteiligten Unternehmen».[2735]

D.6.1.2.2 Horizontale Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG)

1427. Horizontale Wettbewerbsabreden über «die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen» werden hier verkürzt als Preisabreden bezeichnet. Gemäss Botschaft bezieht sich dieser Tatbestand «auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten». Beispielsweise gelte er «nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen».[2736] Im Einklang damit hält das BGer fest, eine Preisabrede liege nicht nur vor, wenn ein konkreter Preis fixiert werde, sondern auch, wenn bloss einzelne Komponenten oder Elemente der Preisbildung fixiert würden.[2737] Jedenfalls dann, wenn die Abredepartner gemeinsam produzierte Produkte[2738] selbst an Dritte verkaufen, ist als Preis i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG auch der Verkaufspreis dieser gemeinsam produzierten Produkte zu verstehen.[2739]

1428. Damit eine Preisabrede vorliegt, muss der Gegenstand der Wettbewerbsabrede der Preis resp. dessen direkte oder indirekte Festsetzung sein.[2740] Ob eine Preisharmonisierung alsdann auch tatsächlich eintritt, ist für die Qualifikation als Preisabrede nicht von Bedeutung; es reicht aus, wenn die Wettbewerbsabrede mit diesem Gegenstand das Potenzial dafür hat.[2741] Ist der Gegenstand einer Wettbewerbsabrede hingegen ein anderer als der Preis resp. dessen Festsetzung, handelt es sich dabei nicht um eine Preisabrede – und zwar auch dann nicht, wenn diese Wettbewerbsabrede geeignet sein sollte, sich auf die Preise auszuwirken.[2742]

D.6.1.2.3 Horizontale Gebiets- oder Kundenabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG)

1429. Horizontale Wettbewerbsabreden über «die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern» werden hier verkürzt als Gebiets- resp. Kundenabreden bezeichnet. Zusammengefasst werden Gebiets- und Kundenabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG in der Lehre auch «Marktaufteilungsabreden» genannt.[2743] Die Botschaft macht deutlich, dass Gebiets- und Kundenabreden gleichwertig sind, da es «in beiden Fällen um eine Segmentierung der möglichen Kundschaft bzw. der Lieferanten» geht.[2744] Eine mögliche Form von Gebietsabreden sind Konkurrenzverbote,[2745] in denen sich ein oder mehrere Abredepartner verpflichten, während der Dauer des Vertrags und/oder nachvertraglich in einem oder mehreren bestimmten Gebieten gewisse wirtschaftliche Aktivitäten nicht auszuüben, wodurch das entsprechende Gebiet exklusiv dem anderen Abredepartner oder

[2731] BBl 1995 I 468, 564 Ziffer 231.4.
[2732] BBl 1995 I 468, 564 Ziffer 231.4.
[2733] BBl 1995 I 468, 566 Ziffer 231.4.
[2734] BBl 1995 I 468, 566 Ziffer 231.4.
[2735] BBl 1995 I 468, 566 Ziffer 231.4.
[2736] BBl 1995 I 468, 567, Ziffer 231.4.
[2737] BGE 129 II 18 E. 6.5.5, *Buchpreisbindung I*, bestätigt etwa in BGer, 2C_785/2022 vom 16.4.2024 E. 5.5.1 f., *VPVW*.
[2738] Detailliert behandelt werden Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion in den europäischen Horizontal-Leitlinien (Fn 2719), Rz 172 ff. Vgl. auch Rz 150 ff. der aHorizontal-Leitlinien 2011 (Fn 2719).
[2739] Solche Preisvereinbarungen werden von der EU als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen taxiert, vgl. Horizontal-Leitlinien (Fn 2719), Rz 223 Bst. b i.V.m. Rz 222 (ebenso bereits aHorizontal-Leitlinien 2011 [Fn 2719], Rz 160, insbesondere zweites Lemma e contrario). Übereinstimmend damit sind Spezialisierungsvereinbarungen, die eine solche Kernbeschränkung enthalten, auch nicht freigestellt (vgl. Art. 5 Bst. a der Verordnung [EU] Nr. 2023/1069 der Kommission vom 1.6.2023 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, ABl. L 143 vom 2.6.2023, S. 20 ff.). Ebenso bereits Art. 4 Bst. a der ehemaligen Spezialisierungs-GVO 2010 (ABl. L 335 vom 18.12.2010, S. 43 ff.).
[2740] WEKO, 6.12.2021, Rz 757, *Belagswerke Bern* <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (zuletzt besucht am 13.6.2023). Diese Klarstellung begrüssend etwa JOSIANNE MAGNIN, Kreuz- und Doppelmandate aus Sicht des Kartellrechts, SZK 2023, 176–190, 187. Im gleichen Sinn auch etwa BVGer, B-8399/2010 vom 23.9.2014 E. 5.4.22, *Siegenia-Aubi AG*, unter Hinweis auf LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Rz 649, wonach «auf den Inhalt der Abrede abzustellen» sei.
[2741] RPW 2020/4a, 1816 Rz 429, *Strassenbau Graubünden*. Aus der Lehre etwa JUHANI KOSTKA, Harte Kartelle, 2010, Rz 1302. Dieses Potenzial fehlt etwa, wenn das Preiselement, das Gegenstand der Abrede ist, für den Endpreis derart unbedeutend ist, dass eine preisharmonisierende Wirkung von vornherein ausgeschlossen werden kann (so der Befund in RPW 2005/1, 240 Rz 15, *Klimarappen*); dies auch erwähnend BVGer, B-4596/2019 vom 6.6.2023 E. 6.2.1.4, *Leasing – CA Auto Finance*.
[2742] WEKO, 6.12.2021, Rz 757, *Belagswerke Bern* <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[2743] DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 1698), 2018, Art. 5 N 446 m.w.H.
[2744] BBl 1995 I 468, 568 Ziffer 231.4.
[2745] Überholt BGE 124 III 495 E. 2, *Kantenbrechgerät*, wonach unter Geltung der alten BV ein einseitiges vertragliches Konkurrenzverbot keine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG darstellte (ausführlicher dazu YANNICK ALEXANDER MOSER, Konkurrenzverbote in Geschäftsmietverträgen, 2022, Rz 428 ff. mit umfangreichen Literaturnachweisen in Fn 727; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 1698), Art. 4 Abs. 1 N 204 f.).

einem gemeinsamen Betrieb der Abredepartner vorbehalten wird.[2746] Ebenso wie die beiden anderen Buchstaben von Art. 5 Abs. 3 KG erfasst auch Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG sowohl die direkte als auch die indirekte Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.[2747]

1430. Damit eine Gebiets- oder Kundenabrede vorliegt, müssen (analog zu Preis- und Mengenabreden) Gegenstand der Wettbewerbsabrede die Gebiete oder Geschäftspartner resp. deren direkte oder indirekte Aufteilung sein. Eine Wettbewerbsabrede mit einem anderen Gegenstand ist nicht als Gebiets- oder Kundenabrede zu qualifizieren, selbst wenn sie geeignet sein sollte, sich auf die bearbeiteten Gebiete oder Kundinnen auszuwirken.

D.6.1.2.4 Vertikale Wettbewerbsabrede über Mindest- oder Festpreise

1431. Art. 5 Abs. 4 KG erfasst vertikale Wettbewerbsabreden. Als vertikal zu qualifizieren sind gemäss Gesetzestext Wettbewerbsabreden «zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen», also zwischen Unternehmen, die jeweils auf einer anderen Ebene der Produktions- und Vertriebskette tätig sind. Die Vertikalbekanntmachung der WEKO[2748] präzisiert vertikale Wettbewerbsabreden weiter dahingehend, dass sie Bedingungen betreffen müssen, «zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können»[2749]. Damit wird klargestellt, dass die Unternehmen auf unterschiedlichen Ebenen derselben Produktions- und Vertriebskette im *Verhältnis von Anbieterin und Abnehmerin* stehen müssen.[2750]

1432. Wettbewerbsabreden zwischen Konkurrentinnen, also zwischen Unternehmen, die auf derselben Marktstufe miteinander in Konkurrenz stehen, sind – selbst wenn es sich dabei um vertikale Wettbewerbsabreden handelt – regelmässig (primär) horizontaler Natur[2751] und daher (zumindest primär) anhand der Normen über horizontale Wettbewerbsabreden zu beurteilen.[2752] Hiervon gibt es allerdings Ausnahmen. Als vertikale Wettbewerbsabreden sind namentlich nicht gegenseitige vertikale Wettbewerbsabreden zwischen Konkurrentinnen zu qualifizieren, sofern die Anbieterin der Waren auf der vor- und nachgelagerten Marktstufe tätig ist, die Abnehmerin der Waren hingegen nur auf der nachgelagerten Marktstufe, womit das Konkurrenzverhältnis zwischen Anbieterin und Abnehmerin «nur» auf dieser nachgelagerten Marktstufe besteht (sogenannter dualer Vertrieb).[2753] Bei einem derartigen dualen Vertrieb stehen primär die vertikalen Aspekte im Mittelpunkt, auf die horizontalen Aspekte wird in der Regel[2754] nicht näher eingegangen.[2755] Ist die Abnehmerin der Waren selber aber auch auf der vorgelagerten Marktstufe tätig, sind sowohl die horizontalen als auch die vertikalen Aspekte zu beurteilen.[2756]

1433. Art. 5 Abs. 4 KG erfasst vertikale Wettbewerbsabreden über Mindest- oder Festpreise. Bei Mindestpreisen darf bei der Weiterveräusserung auf der nachgelagerten Marktstufe ein bestimmter oder bestimmbarer Preis nicht unterschritten werden, Abweichungen gegen oben sind hingegen zulässig.[2757] Bei Festpreisen ist ein Spielraum bei der Preissetzung auf der nachgelagerten Marktstufe sowohl gegen unten als auch gegen oben ausgeschlossen.[2758] Nicht erfasst von Art. 5 Abs. 4 KG werden hingegen vertikale Wettbewerbsabreden über Höchstpreise. Bei Höchstpreisen darf bei der Weiterveräusserung auf der nachgelagerten Marktstufe ein bestimmter Preis nicht überschritten werden, Abweichungen gegen unten sind hingegen zulässig.[2759] Gemäss Rechtsprechung des BVGer,[2760] Praxis der Wettbewerbsbehörden[2761] und h.L.[2762] fallen sowohl die direkte als auch die indirekte Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen unter Art. 5 Abs. 4 KG.

[2746] WEKO, 6.12.2021, Rz 726, *Belagswerke Bern* <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (zuletzt besucht am 13.6.2023); RPW 2012/2, 177 Rz 91, *FTTH Freiburg*, zu einem nachvertraglichen Konkurrenzverbot. Siehe aber auch RPW 2012/2, 177 Rz 89, *FTTH Freiburg*, zu einem Konkurrenzverbot während der Dauer des Vertrags, das unter Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG subsumiert wurde. Eine Subsumtion unter Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG befürwortend auch MOSER (Fn 2745), Rz 481 m.w.H. auf zahlreiche gleichlautende Stimmen aus der Lehre sowie eine einzelne abweichende Lehrmeinung.

[2747] RPW 2020/4a, 1817 Rz 432 m.H. auf weitere Rechtsprechung, *Strassenbau Graubünden*. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 1698), Art. 5 N 450 m.w.H.

[2748] Bekanntmachung der WEKO vom 12.12.2022 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek), BBl 2022 3231.

[2749] Art. 1 VertBek. Inhaltlich übereinstimmend Ziff. 1 der bis 31.12.2022 in Kraft gewesenen Bekanntmachung der WEKO vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (BBl 2017 4543; nachfolgend aVertBek).

[2750] BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 Rz 298 m.w.H., *Hallenstadion*.

[2751] Deutlich dahingehend Art. 10 Abs. 2 VertBek e contrario sowie Ziff. 8 Abs. 2 aVertBek.

[2752] Ebenso etwa ALAIN RAEMY/MONIQUE LUDER, Horizontale oder vertikale Abrede? Schnittstellen und Abgrenzungskriterien, Jusletter vom 17.10.2005, Rz 19 und 26. Vgl. auch Art. 10 Abs. 5 VertBek sowie Ziff. 8 Abs. 3 aVertBek.

[2753] Diese Umschreibung entspricht Art. 10 Abs. 2 Bst. a VertBek resp. Art. 2 Abs. 4 Bst. a der Verordnung (EU) Nr. 2022/720 der Kommission vom 10.5.2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 134/4 vom 11.5.2022 (nachfolgend Vertikal-GVO). Enger noch Ziff. 8 Abs. 2 Bst. a aVertBek (und Art. 2 Abs. 4 Bst. a der bisherigen Vertikal-GVO vom 20.4.2010), wonach die Ausnahme des dualen Vertriebs einzig dann greift, wenn es sich bei der vorgelagerten Marktstufe um die Herstellungsebene handelt (nicht aber, wenn es z.B. die Importebene ist), die Anbieterin also Herstellerin und Händlerin ist, die Abnehmerin Händlerin (dazu etwa RPW 2019/4, 1146 Rz 40, *Stöckli Ski*).

[2754] Ausgeschlossen ist dies nicht, vgl. Art. 10 Abs. 5 VertBek resp. Ziff. 8 Abs. 3 aVertBek. Siehe ferner RPW 2020/2, 632 Rz 55, *AdBlue*, allerdings in Bezug auf Ziff. 8 Abs. 2 Bst. a aVertBek, die enger gefasst war als nunmehr Art. 10 Abs. 2 Bst. a VertBek.

[2755] So die Vorgehensweise der WEKO in RPW 2019/4, 1145 ff. Rz 32 ff., *Stöckli Ski*, und RPW 2016/2, 435 ff. Rz 29 ff., *GE Healthcare*. Dies ohne eigene Stellungnahme als h.L. bezeichnend DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 1698), Art. 4 Abs. 1 KG N 99.

[2756] RAEMY/LUDER (Fn 2752), Rz 26; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 1698), Art. 4 Abs. 1 KG N 100.

[2757] Vgl. dazu BGE 144 II 246 E. 7.3, *Altimum*. In diesem Fall wurde ein Mindestpreis vereinbart, wobei der Wiederverkäufer darauf noch einen Rabatt von maximal 10 % gewähren durfte. Genau betrachtet stellt der um den maximalen Rabatt von 10 % reduzierte Preis den eigentlichen Mindestpreis dar, der nicht unterschritten werden durfte.

[2758] BGE 147 II 72 E. 6.3, *Hors Liste II*.

[2759] BGE 147 II 72 E. 6.3, *Hors Liste II*.

[2760] BVGer, B-5685/2012 vom 17.12.2015 E. 5, *Altimum*.

[2761] Vgl. Art. 12 Abs. 2 VertBek sowie Ziff. 10 Abs. 2 aVertBek.

[2762] So DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 1698), Art. 5 KG N 478 m.w.H.

[2763] BGE 139 I 72 E. 9.1, Publigroupe; 129 II 18 E. 7, *Buchpreisbindung I*.

D.6.1.3 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

1434. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllt, wird von Gesetzes wegen vermutet, dass die Wettbewerbsabrede den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Diese Vermutungsfolge ist widerlegbar. Um zu beurteilen, wie es sich damit verhält, ist in einem ersten Schritt der relevante Markt abzugrenzen. In einem zweiten Schritt ist die Wettbewerbssituation zu bewerten, wie sie sich trotz der Wettbewerbsabrede auf dem relevanten Markt noch darstellt.

1435. Der relevante Markt bestimmt sich in Analogie zu Art. 11 Abs. 3 VKU danach, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher und räumlicher Hinsicht austauschbar sind, wozu noch die zeitliche Dimension kommt.[2763]

1436. Hinsichtlich der Wettbewerbssituation ist einerseits der Aussenwettbewerb (d.h. der Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen), anderer seits der Innenwettbewerb (d.h. der zwischen den Abredeteilnehmern verbliebene Wettbewerb, etwa bezüglich von der Wettbewerbsabrede nicht betroffener Wettbewerbsparameter) zu würdigen. Hinsichtlich des Aussenwettbewerbs ist nebst dem aktuellen Aussenwettbewerb auch die disziplinierende Wirkung zu berücksichtigen, die vom potenziellen Aussenwettbewerb ausgehen kann.[2764] Die Würdigung hat im Kontext des jeweiligen Marktes zu erfolgen, d.h., dessen Funktionsweise, die rechtlichen Rahmenbedingungen, etc. sind mit zu berücksichtigen.[2765]

1437. Der verbleibende Aussen- und Innenwettbewerb ist sodann dahingehend zu werten, ob er die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen vermag oder nicht. Nicht ausreichend für eine Vermutungswiderlegung ist, wenn bloss irgendein Restwettbewerb bestehen bleibt – vielmehr muss es sich beim verbleibenden Wettbewerb um wirksamen (wenn auch allenfalls erheblich beeinträchtigten) Wettbewerb handeln.[2766]

1438. Gemäss BGer kann die Beurteilung, ob die Vermutungsfolge zu Recht besteht oder nicht, jedoch im Regelfall unterbleiben und direkt zur Frage geschritten werden, ob eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG möglich ist. Denn auch wenn die Vermutungsfolge widerlegt ist, beeinträchtigen Abreden, die unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallen, den wirksamen Wettbewerb grundsätzlich erheblich i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG, weshalb im Regelfall deren (Un-)Zulässigkeit vom Vorliegen oder Fehlen von wirtschaftlichen Effizienzgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG abhängt.[2767]

D.6.1.4 Erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs

1439. Wird die Vermutungsfolge der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen oder liegt kein Vermutungstatbestand nach Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG vor, ist zu beurteilen, ob die Wettbewerbsabrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt oder nicht.[2768] Gemäss BGer reicht bereits ein geringes Mass an Beeinträchtigung, um als erheblich qualifiziert zu werden – beim Kriterium der Erheblichkeit handelt es sich um eine Bagatellklausel.[2769] Eine umfassende und differenzierte Beurteilung von Wettbewerbsabreden ist nicht Gegenstand von Art. 5 Abs. 1 KG.[2770] Die Erheblichkeit kann dabei anhand qualitativer und quantitativer Kriterien bestimmt werden. Diese verhalten sich wie zwei kommunizierende Röhren: je gewichtiger das eine Element ist, desto weniger kommt es auf das andere an.[2771] Qualitativen Kriterien, die sich aus dem Gesetzestext ergeben, ist dabei der Vorzug zu geben.[2772]

1440. Bei Wettbewerbsabreden, die unter Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG fallen, sieht nun das Gesetz ein solch qualitatives Kriterium vor – eben den die Vermutungsbasis bildenden Inhalt der Wettbewerbsabrede. Diesem ist gemäss BGer eine besonders schädliche Qualität zu attestieren,[2773] weshalb solche Wettbewerbsabreden in der Regel die Erheblichkeitsschwelle erreichen.[2774] Für die Annahme einer Beeinträchtigung durch solche Wettbewerbsabreden ist gemäss BGer weder nötig, dass tatsächliche Auswirkungen der Vereinbarung nachgewiesen sind, noch, dass die Vereinbarung überhaupt umgesetzt wurde. Denn bereits mit der Vereinbarung einer Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und nicht erst mit deren Praktizierung wird ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, das volkswirtschaftlich oder sozial schädlich für das Funktionieren des Wettbewerbs ist.[2775] Mit anderen Worten sind Wettbewerbsabreden, die unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallen, grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstands erheblich, eines quantitativen Elements bedarf es dafür regelmässig nicht.[2776] Das gilt auch, wenn eine solche Wettbewerbs-

[2764] BVGer, B-420/2008 vom 1.6.2010 E. 9.2.1 m.w.H., *Strassenbau Tessin*.
[2765] BGE 129 II 18 E. 8.1, *Buchpreisbindung I*.
[2766] BVGer, B-420/2008 vom 1.6.2010 E. 9.2.2.3, *Strassenbau Tessin*. Das BVGer bestätigte, dass die Vermutungsfolge nicht widerlegt ist, obwohl die Vereinbarung nicht den gesamten relevanten Markt erfasste, sondern «nur» mindestens 62 % resp. unter Einbezug der «pendenten Arbeiten» 72 % der vergebenen Aufträge.
[2767] BGE 147 II 72 E. 6.5, *Hors-Liste II*; BGer, 2C_44/2020 vom 3.3.2022 E. 11.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 321), *Flammarion*.
[2768] Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass an sich auch möglich ist, dass eine Wettbewerbsabrede zwar nicht unter einen Vermutungstatbestand fällt, gleichwohl aber den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Da selbst bei Vermutungstatbeständen die Vermutungsfolge der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs häufig widerlegt wird, erscheint diese Möglichkeit allerdings primär theoretischer Natur und ist hier nicht zu vertiefen.
[2769] Zusammenfassend BGE 143 II 297 E. 5.1.6, *Gaba*, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.1, *BMW*; BGE 144 II 246 E. 10.1, *Altimum*, BGer, 2C_785/2022 vom 16.4.2024 E. 5.6.2.1, *VPVW*.
[2770] BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 7.3.1, *Hallenstadion*.
[2771] BGE 143 II 297 E. 5.2.2, *Gaba*, bestätigt in BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 7.3.1, *Hallenstadion*.
[2772] BGE 143 II 297 E. 5.2.1, *Gaba*, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.1, *BMW*.
[2773] BGE 143 II 297 E. 5.2.4, *Gaba*, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.1, *BMW*; BGE 144 II 246 E. 10.1, *Altimum*; BGer, 2C_44/2020 vom 3.3.2022 E. 11.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 321), *Flammarion*.
[2774] BGE 143 II 297 E. 5.2.5, *Gaba*, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.1, *BMW*; BGE 144 II 246 E. 10.1, *Altimum*, BGer, 2C_785/2022 vom 16.4.2024 E. 5.6.2.1, *VPVW*.
[2775] BGE 143 II 297 E. 5.4.2, *Gaba*, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.1, *BMW*, BGer, 2C_785/2022 vom 16.4.2024 E. 5.6.2.2, *VPVW*.
[2776] BGE 143 II 297 E. 5.2.5, *Gaba*, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.2, *BMW*; BGE 144 II 246 E. 10.1 f., *Altimum*; BGer, 2C_44/2020 vom 3.3.2022 E. 11.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 321), *Flammarion*.

abrede erst vereinbart, aber noch nicht umgesetzt worden ist.[2777] Wie das BGer mit den Worten «grundsätzlich» und «in der Regel» klarstellt, handelt es sich dabei aber nicht um einen Automatismus. Bei typischen Kernbeschränkungen, bei denen die Koordination in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs erkennen lässt, dürfte die Erheblichkeit jedoch ohne Weiteres als gegeben zu erachten sein.[2778] Anders verhält es sich hingegen bei Kooperationen, die zwar unter einen Vermutungstatbestand fallen, die aber nicht bereits von ihrer Natur her typischerweise eine schädliche Kollusion darstellen.[2779] Als Orientierungspunkte können diesbezüglich die Leitlinien der EU-Kommission zur Frage, ob eine «restriction by object» vorliegt, sowie die dazu ergangene Rechtsprechung dienen.[2780]

1441. Bezüglich Wettbewerbsabreden, die nicht unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallen, die also ausschliesslich unter Art. 5 Abs. 1 KG zu subsumieren sind, hat das BGer zu Beginn bewusst offengelassen, wo genau die Schwelle der erheblichen Beeinträchtigung verläuft.[2781] In einem späteren Entscheid hat es sodann klargestellt, dass für diese Beurteilung eine Marktabgrenzung vorzunehmen ist.[2782] Hinsichtlich der eigentlichen Beurteilung hat das BGer im selben Entscheid vorab die etablierten Grundsätze in Erinnerung gerufen (vgl. Rz 1439 hiervor).[2783] Anschliessend beurteilte es die qualitativen und quantitativen Aspekte der konkreten Wettbewerbsabrede und unterzog diese schliesslich einer Gesamtwürdigung.[2784] Aufgrund der Einzelfallbezogenheit lassen sich kaum verallgemeinerungsfähige Schlüsse aus dieser Beurteilung ziehen, ausser *dass* eine Gesamtwürdigung vorzunehmen ist.

D.6.1.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG

1442. Gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden, die den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie kumulativ erstens notwendig sind, um zweitens die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen (Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG), und sie drittens den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG).[2785] Ziel der Effizienzprüfung ist es, diejenigen Wettbewerbsabreden, die auch im Dienste eines gesamtwirtschaftlich positiven Zwecks stehen, von denjenigen zu unterscheiden, die hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dienen.[2786]

1443. Die Notwendigkeit lässt sich in drei Elemente aufschlüsseln, die kumulativ vorliegen müssen: Eine Wettbewerbsabrede muss erstens geeignet, um die Effizienzvorteile zu erreichen. Sie muss zweitens dafür auch erforderlich sein, d.h., das mildeste taugliche Mittel sein. Schliesslich muss sie drittens verhältnismässig im engeren Sinne sein, d.h. keine übermässige Einschränkung des Wettbewerbs im Verhältnis zum angestrebten Ziel darstellen.[2787]

1444. Die in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG aufgeführten Effizienzgründe sind alternativ.[2788] Gemäss BGer ist die Liste abschliessend.[2789] Aufgrund der breiten Formulierung und den unbestimmten Begriffen wirkt dies allerdings kaum einschränkend, zumal ein sehr weites Verständnis befürwortet wird.[2790] Die Berücksichtigung nichtökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden hingegen verwehrt.[2791] Allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG).

1445. Der Begriff der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs schliesslich ist bereits von den Vermutungstatbeständen und Art. 5 Abs. 1 KG her bekannt und hier gleich zu verstehen wie dort. Anders als dort setzt Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG jedoch nicht voraus, dass eine Beseitigung vorliegt; vielmehr genügt es hier, wenn die Möglichkeit dazu eröffnet wird.[2792] Es reicht also aus, wenn die Wettbewerbsabrede den Abredepartnern die Möglichkeit verschafft, den wirksamen Wettbewerb in der Zukunft zu beseitigen.[2793] Ob diese Möglichkeit besteht, bestimmt sich aus objektiver Sicht[2794] und hängt von den

---

[2777] BGer, 2C_785/2022 vom 16.4.2024 E. 5.6.4, auch E. 5.6.3 in fine, *VPVW*.
[2778] HEINEMANN (Fn 2591), 112.
[2779] HEINEMANN (Fn 2591), 112; ebenso in Bezug auf Einkaufskooperationen Beratung des Sekretariats, RPW 2020/2, 413 Rz 62, *Einkaufskooperation*; ebenso in Bezug auf Konkurrenzverbote in Geschäftsmietverträgen MOSER (Fn 2745), Rz 503 ff. und 550 ff.
[2780] Beratung des Sekretariats, RPW 2020/2, 413 Rz 62, *Einkaufskooperation*; HEINEMANN (Fn 2591), 111 f.
[2781] BGE 143 II 297 E. 5.2.5, *Gaba*.
[2782] BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 7.2.1, *Hallenstadion*.
[2783] BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 7.3.1, *Hallenstadion*.
[2784] BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 7.3, *Hallenstadion*.
[2785] BGE 144 II 246 E. 13, *Altimum*; BGE 147 II 72 E. 7.2, *Hors-Liste II*.
[2786] BGE 143 II 297 E.7.1, *Gaba*; vgl. auch BGE 147 II 72 E. 7.2, *Hors-Liste II*.
[2787] Zum gesamten Vorangehenden BGE 143 II 297 E. 7.1, *Gaba*; BGE 147 II 72 E. 7.2, *Hors-Liste II*; zur Erforderlichkeit auch BGE 129 II 18 E. 10.4, *Buchpreisbindung I*.
[2788] BGE 143 II 297 E. 7.1. m.w.H, *Gaba*; BGE 144 II 246 E. 13.2, *Altimum*.
[2789] BGE 129 II 18 E. 10.3, *Buchpreisbindung I*; BGE 144 II 246 E. 13.2, *Altimum*.
[2790] BGE 144 II 246 E. 13.2 m.w.H., *Altimum*.
[2791] In dem Sinn auch BGE 147 II 72 E. 7.2, *Hors-Liste II*, wenn ausgeführt wird, der Effizienzbegriff sei volkswirtschaftlich zu verstehen und die Effizienzsteigerung müsse wirtschaftlicher Natur sein.
[2792] Vgl. auch BBl 1995 I 468, 561, wonach bei Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG nicht nur der aktuelle Zustand der Wettbewerbsverhältnisse zu berücksichtigen ist, sondern auch die sich aus der Wettbewerbsabrede ergebende zukünftige Entwicklung. Wie hier auch DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 1698), Art. 5 KG N 328. Diese Differenz übergehend hingegen BGE 144 II 246 E. 13.1, *Altimum*, und CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 2494), Art. 5 KG N 341, indem sie die Voraussetzung gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG ohne weitere Prüfung als gegeben erachten, wenn die Vermutungsfolge der Vermutungstatbestände widerlegt worden ist.
[2793] CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 2494), Art. 5 KG N 337; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 1698), Art. 5 KG N 328.
[2794] Gl.A. CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 2494), Art. 5 KG N 337. Anders wohl BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1220), Art. 5 KG N 360, gemäss welchen sich dies «aus Sicht der Abredeparteien» bestimmt. Der Gesetzeswortlaut legt ein solches Verständnis – entgegen KRAUSKOPF/SCHALLER – aber nicht nahe. Das Gesetz nimmt insofern Bezug auf die Abredepartner, als dass die Wettbewerbsabrede ihnen, den Abredepartnern, die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs eröffnen muss. Das bedeutet aber nicht, dass für diese Beurteilung die subjektive (Ab)Sicht der Abredepartner massgeblich wäre.

gesamten Umständen des konkreten Falls ab.[2795] Gemäss Wortlaut des Gesetzes muss es die Wettbewerbsabrede sein, die diese Möglichkeit zur Wettbewerbsbeseitigung verschafft.[2796] Schliesslich deutet der Wortlaut des Gesetzes darauf hin, dass bereits eine eher geringfügige Möglichkeit zur Wettbewerbsbeseitigung ausreicht, um eine Rechtfertigung auszuschliessen, soll doch die Beseitigungsmöglichkeit «in keinem Fall» eröffnet werden. Die Möglichkeit muss also nicht etwa naheliegend sein; zu verlangen ist jedoch, dass sie realistisch erscheint.[2797]

D.6.2 Überblick über die aktuellen Aktivitätsbereiche der beteiligten Unternehmen

1446. Nachfolgend werden mehrere Geschehen unter dem Blickwinkel der unzulässigen Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 KG beurteilt. Gleich an mehreren Stellen bei der rechtlichen Beurteilung wird dabei von Relevanz sein, wie die an einem bewussten und gewollten Zusammenwirken beteiligten Unternehmen zueinander im Wettbewerb stehen, insbesondere ob horizontale, vertikale oder sonstige Verhältnisse zwischen ihnen bestehen.

1447. Die beteiligten Unternehmen sind vorliegend nicht nur in je einem einzelnen Tätigkeitsbereich aktiv, sondern in mehreren. Es ist angezeigt, einleitend überblicksartig festzuhalten, in welchen Bereichen die diversen Akteure aktuell tätig sind. Bei der Beurteilung der einzelnen Geschehen kann anschliessend darauf zurückgegriffen werden. Soweit spezifisch für ein betrachtetes Geschehen relevant, sind die Wettbewerbsverhältnisse unter den beteiligten Unternehmen aber nicht hier, sondern an den entsprechenden Stellen zu vertiefen. Das betrifft insbesondere potenzielle Tätigkeitsbereiche.

1448. Die nachfolgende Tabelle zeigt in einer Übersicht, wie es sich mit den aktuellen Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen, soweit hier interessierend, verhält. Zu präzisieren ist, dass bei dieser Übersicht – zu Gunsten der Parteien – nur auf die jeweiligen Hauptstandorte der beteiligten Unternehmen fokussiert wird, die primär in das Geschehen rund um KAGA involviert sind (unberücksichtigt bleiben etwa Standorte von Vigier in den Planungsregionen Biel-Seeland/Jura, Oberaargau und Emmental sowie solche von Alluvia in den Planungsregionen Oberaargau und Emmental):

[2795] Gl.A. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 1698), Art. 5 KG N 328; a.A. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 1220), Art. 5 KG N 360, die objektive Kriterien unberücksichtigt lassen wollen.

[2796] «(…) wenn sie [Wettbewerbsabreden] (…) Möglichkeiten eröffnen». Noch deutlicher die französischsprachige Fassung «lorsque cet accord ne permettra (…)». Das dürfte insbesondere bei Wettbewerbsabreden der Fall sein, die eine (gemeinsame) Infrastruktur schaffen (exemplarisch Schlussbericht des Sekretariats in RPW 2012/2, 258 Rz 466, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*).

[2797] In ähnlichem Sinne wohl CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 2494), Art. 5 KG N 337. Zu weitgehend Schlussbericht des Sekretariats in RPW 2012/2, 257 f. Rz 459, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*, wonach bereits eine «im entferntesten» bestehende Möglichkeit für den Ausschluss einer Rechtfertigung aus Effizienzgründen ausreichend sein soll (kritisch dazu auch DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK [Fn 1698], Art. 5 KG N 328).

Markt für		KAGA	Daepp	Heimberg	Kästli	Vigier	Alluvia	Marti
Rohkies (Herstellung)	sachlich	X	X		X	X	X	X
	räumlich	Daepp: 1) Heimberg: - Kästli: 2) Vigier: 2) Alluvia: 3) Marti: 4)	KAGA: 1) Heimberg: - Kästli: 2) Vigier: 2) Alluvia: 3) Marti: 4)		KAGA: 2) Daepp: 2) Heimberg: - Vigier: 3) Alluvia: 2) Marti: 4)	KAGA: 2) Daepp: 2) Heimberg: - Kästli: 3) Alluvia: 4) Marti: 4)	KAGA: 3) Daepp: 3) Heimberg: - Kästli: 2) Vigier: 4) Marti: 3)	KAGA: 4) Daepp: 4) Heimberg: - Kästli: 4) Vigier: 4) Alluvia: 3)
Rohkies (Handel)	sachlich	X	X	X	X	X	X	X
	räumlich	Daepp: 1) Heimberg: 1) Kästli: 2) Vigier: 2) Alluvia: 3) Marti: 4)	KAGA: 1) Heimberg: 1) Kästli: 2) Vigier: 2) Alluvia: 3) Marti: 4)	KAGA: 1) Daepp: 1) Kästli: 2) Vigier: 2) Alluvia: 3) Marti: 4)	KAGA: 2) Daepp: 2) Heimberg: 2) Vigier: 3) Alluvia: 2) Marti: 4)	KAGA: 2) Daepp: 2) Heimberg: 2) Kästli: 3) Alluvia: 4) Marti: 4)	KAGA: 3) Daepp: 3) Heimberg: 3) Kästli: 2) Vigier: 4) Marti: 3)	KAGA: 4) Daepp: 4) Heimberg: 4) Kästli: 4) Vigier: 4) Alluvia: 3)
Veredelter Kies	sachlich		X	X	X	X	X	X
	räumlich		KAGA: - Heimberg: 1) Kästli: 2) Vigier: 2) Alluvia: 3) Marti: 4)	KAGA: - Daepp: 1) Kästli: 2) Vigier: 2) Alluvia: 3) Marti: 4)	KAGA: - Daepp: 2) Heimberg: 2) Vigier: 3) Alluvia: 2) Marti: 4)	KAGA: - Daepp: 2) Heimberg: 2) Kästli: 3) Alluvia: 4) Marti: 4)	KAGA: - Daepp: 3) Heimberg: 3) Kästli: 2) Vigier: 4) Marti: 3)	KAGA: - Daepp: 4) Heimberg: 4) Kästli: 4) Vigier: 4) Alluvia: 3)
Deponie für unverschmutzten Aushub	sachlich	X			X	X	X	X
	räumlich	Daepp: - Heimberg: - Kästli: 2) Vigier: 2) Alluvia: 3) Marti: 4)			KAGA: 2) Daepp: - Heimberg: - Vigier: 3) Alluvia: 2) Marti: 4)	KAGA: 2) Daepp: - Heimberg: - Kästli: 3) Alluvia: 4) Marti: 4)	KAGA: 3) Daepp: - Heimberg: - Kästli: 2) Vigier: 4) Marti: 3)	KAGA: 4) Daepp: - Heimberg: - Kästli: 4) Vigier: 4) Alluvia: 3)
Transportdienst-leistungen	sachlich		X	X	X	X	X	
	räumlich		KAGA: - Heimberg: 1) Kästli: 2) Vigier: 2) Alluvia: 3) Marti: -	KAGA: - Daepp: 1) Kästli: 2) Vigier: 2) Alluvia: 3) Marti: -	KAGA: - Daepp: 2) Heimberg: 2) Vigier: 3) Alluvia: 2) Marti: -	KAGA: - Daepp: 2) Heimberg: 2) Kästli: 3) Alluvia: 4) Marti: -	KAGA: - Daepp: 3) Heimberg: 3) Kästli: 2) Vigier: 4) Marti: -	
Strassen- und Tiefbau	sachlich				X			X
	räumlich				KAGA: - Daepp: - Heimberg: - Vigier: - Alluvia: - Marti: 2)			KAGA: - Daepp: - Heimberg: - Kästli: 2) Vigier: - Alluvia: -

Legende:
1) Nahezu deckungsgleich
2) Wesentliche Überschneidung
3) Teilweise Überschneidung
4) Keine Überschneidung

Abbildung 50: Aktuelle Tätigkeitsbereiche der beteiligten Unternehmen (Quelle: eigene Beurteilung anhand der Standorte, vgl. dazu auch Rz 369, 408, 450, 1366, 1371, 1402, 1885 und 1891).

1449. Im Bereich Rohkies sind alle beteiligten Unternehmen tätig, Heimberg allerdings «bloss» in eingeschränkter Art und Weise. Denn Heimberg betreibt keine eigene Kiesgewinnungsstätte, ist also nicht selber als «Herstellerin» von Rohkies tätig. Sie verkauft aber dennoch Rohkies,[2798] den sie aus anderen Quellen bezieht, und ist nur, aber immerhin, insofern auf diesem Bereich ebenfalls tätig. Der räumliche Tätigkeitsbereich der Marti-Gruppe im Bereich Rohkies überschneidet sich einzig mit demjenigen von Alluvia, während sich der räumliche Tätigkeitsbereich bei allen übrigen beteiligten Unternehmen mit demjenigen mehrerer anderer beteiligter Unternehmen überschneidet. Alluvia hält in ihrer Stellungnahme zum Antrag fest, es sei nicht ersichtlich, inwiefern sich die Tätigkeitsbereiche von KAGA und ihren Aktionärinnen in Bezug auf den Abbau von Rohkies überschneiden sollen, da allen Aktionärinnen letztlich gemeinsam sei, dass sie in erster Linie Rohkies veredeln.[2799] Dieses Argument ist nur schwer nachvollziehbar, überzeugt aber jedenfalls nicht. Bloss weil die Aktionärinnen (auch) auf der nachgelagerten Marktstufe der Kiesveredelung tätig sind, ändert dies nichts an ihren Aktivitäten im Bereich Kiesabbau und dass sich diese eben mit jenen von KAGA überschneiden.

[2798] Siehe Rz 1053 und auch Rz 994.
[2799] Act. VIII.162 Rz 16.

1450. Im Bereich veredelter Kies sind alle beteiligten Unternehmen ausser KAGA tätig. Mit der Überschneidung der räumlichen Tätigkeitsbereiche mit einem oder mehreren anderen beteiligten Unternehmen verhält es sich dabei gleich wie beim Kiesabbau.

1451. Im Bereich Deponie von unverschmutztem Aushub sind KAGA, Kästli-Gruppe, Vigier, Alluvia und Marti-Gruppe tätig. Bezüglich Überschneidung der räumlichen Tätigkeitsbereiche mit einem oder mehreren anderen beteiligten Unternehmen verhält es sich dabei wiederum gleich wie beim Kiesabbau.

1452. Bei den Transportdienstleistungen sind Daepp, Heimberg, Kästli-Gruppe, Vigier und Alluvia tätig. Die räumlichen Tätigkeitsbereiche überschneiden sich hier jeweils mit denjenigen mehrerer anderer beteiligter Unternehmen, wobei sich einzig die räumlichen Tätigkeitsbereiche von Vigier und Alluvia nicht überschneiden.

1453. Im Strassen- und Tiefbau sind Kästli-Gruppe und Marti-Gruppe tätig und ihre räumlichen Tätigkeitsbereiche überschneiden sich.

D.6.3 Die Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA

1454. In diesem Kapitel wird beurteilt, ob die im Sachverhalt unter dem Kapitel C.6 festgestellten «Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA»[2800] als unzulässige Abreden im Sinne von Art. 5 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind oder nicht. Hierbei wird der Fokus quasi auf das Ganze gelegt: Handelt es sich beim im Sachverhalt festgestellten Kerngegenstand der Abmachungen, d.h. der Einigung darauf, den Wettbewerbsdruck zu dämpfen, der von den Kies-Ressourcen des Aaretals auf die Aktionärinnen ausgeht, um eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne des KG? In diese Beurteilung werden auch die drei im selben Kapitel festgestellten Gegenstände A, B und C dieser Abmachungen einbezogen (siehe Wiedergabe derselben in Rz 1457 hiernach). Nicht ebenfalls schon in diesem Kapitel beurteilt werden hingegen einzelne, spezifische Teilaspekte dieser Gegenstände. Solch spezifische Teilaspekte werden, soweit kartellrechtlich angezeigt, in eigenen Kapiteln separat beurteilt.[2801]

1455. Die Beurteilung erfolgt entlang der oben dargestellten allgemeinen rechtlichen Grundlagen: Zunächst wird beurteilt, ob die Voraussetzungen einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt sind (D.6.3.1). Im Anschluss daran wird beurteilt, ob der Kerngegenstand und/oder die Gegenstände A, B und C der Zusammenarbeit von Art. 5 Abs. 3 KG erfasst werden (D.6.3.2). Weiter wird den Fragen nachgegangen, ob der wirksame Wettbewerb erheblich beeinträchtigt ist (D.6.3.3) und ob rechtfertigende Effizienzgründe vorliegen (D.6.3.4). Abgeschlossen wird das Kapitel mit der Darstellung des Ergebnisses zur kartellrechtlichen Zulässigkeit (D.6.3.5).

1456. Der besseren Übersicht halber werden an dieser Stelle der festgestellte Kerngegenstand und die Gegenstände A, B und C der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA wiederholt:[2802]

1457. Kerngegenstand: Die Aktionärinnen kamen untereinander und mit der KAGA überein, den Wettbewerbsdruck zu dämpfen, der von den Kies-Ressourcen im Aaretal auf die Aktionärinnen ausgeht.[2803] Dieser Kerngegenstand umfasst diese drei Gegenstände:

A Erstens soll neue Konkurrenz in diesem Gebiet verhindert werden (Gegenstand A): Die Aktionärinnen haben sich darauf geeinigt, Dritte daran zu hindern, im Aaretal neue Konkurrenz ausüben zu können. Um dies umzusetzen, kamen sie weiter überein, neue Abbaustellen im Aaretal gemeinsam zu besetzen und bisher individuell gehaltene Abbaurechte in die KAGA einbringen. Der Abbau der Ressourcen ab den KAGA-Abbaustellen soll nur noch gemeinsam über KAGA erfolgen. Um nicht doch neuen Wettbewerbsdruck durch die gemeinsam gehaltenen Ressourcen aufkommen zu lassen, haben sie untereinander geregelt, wie sich die KAGA (Gegenstand B) und die Aktionärinnen (Gegenstand C) verhalten sollen.

B Zweitens soll der Wettbewerbsdruck der KAGA bzw. ihr Wettbewerbsverhalten dosiert werden: Die Aktionärinnen haben aus der KAGA eine Dienerin der Aktionärsinteressen gemacht.[2804]

C Drittens soll auch der Wettbewerbsdruck durch die Aktionärinnen dosiert werden: Damit im Aaretal auch durch die Aktionärinnen kein zusätzlicher Wettbewerb entsteht, haben sich die Aktionärinnen darauf geeinigt, den Wettbewerbsdruck, der von ihnen ausgehen könnte, zu dosieren.[2805]

D.6.3.1 Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

D.6.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

1458. Als erstes Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG wird nachfolgend beurteilt, ob ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vorliegt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1408 ff.

[2800] Kapitel C.6 Die Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KG, Rz 578 ff.

[2801] Siehe die nachfolgenden Beurteilungen, die einerseits unter dem Blickwinkel der Abrede (Kapitel D.6.4 bis D.6.7) und andererseits unter dem Blickwinkel der missbräuchlichen Verhaltensweise (Kapitel D.7.3 bis D.7.5) vorgenommen werden.

[2802] Siehe dazu die Beweiswürdigung in Kapitel C..6.3.5 (Rz 829 ff.) und insb. die Zusammenfassung in C.6.6 (Rz 936 ff.).

[2803] Rz 938, siehe auch den Hinweis im Gesamtbild in Rz 835.

[2804] Der Gegenstand B hat zwei Teilaspekte (siehe oben die Teilaspekte B.1 inkl. Unteraspekte [Rz 873 ff.] und B.2 [Rz 896 ff.]). Diese Teilaspekte sind nicht Gegenstand der Beurteilung im vorliegenden Kapitel. Soweit nötig werden sie im Rahmen der nachfolgenden Kapitel einer kartellrechtlichen Beurteilung unterzogen. Zur Übersicht über alle Aspekte der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA das Gesamtbild in Rz 831 ff.

[2805] Diese Dosierung hat drei Teilaspekte (siehe oben die Teilaspekte C.1 [Rz 914 ff.], C. 2 [Rz 919 ff.] und C.3 [Rz 927 ff.]). Diese Teilaspekte sind nicht Gegenstand der Beurteilung im vorliegenden Kapitel. Soweit nötig werden sie im Rahmen der nachfolgenden Kapitel einer kartellrechtlichen Beurteilung unterzogen. Zur Übersicht über alle Aspekte der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA das Gesamtbild in Rz 831 ff.

1459. Festgestellt ist, dass die Aktionärinnen übereingekommen sind, zusammen den Wettbewerbsdruck zu dämpfen, der von den umfangreichen Kiesvorkommen im Aaretal resp. von deren Abbau auf sie ausgeht.[2806] Die Grundzüge dieses gemeinsamen Verständnisses sind grossteils schriftlich im KAGA-Vertrag niedergeschrieben worden.[2807] Vor allem aber verkörpert sich dieses gemeinsame Verständnis bzw. seine Umsetzung in der KAGA selbst, die von den Aktionärinnen hierfür errichtet und in deren DNA es von Beginn an eingeflochten wurde, etwa durch organisatorische Massnahmen[2808]. Das Geschäftsgebaren von KAGA, wie es nunmehr während rund 50 Jahren gelebt wurde, bestätigt und bekräftigt fortlaufend dieses gemeinsame Verständnis und setzt es, reagierend und angepasst auf die jeweils gerade aktuellen Herausforderungen, in konkrete Handlungen um.

1460. Bei diesem gemeinsamen Verständnis handelt es sich um einen natürlichen Konsens zwischen den Aktionärinnen,[2809] d.h. um eine Vereinbarung. Diese Vereinbarung ist als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.[2810] Das erste Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede ist erfüllt.

1461. Wie ausgeführt, verkörpert sich dieser natürliche Konsens zwischen den Aktionärinnen bzw. seine Umsetzung im Wesentlichen in KAGA selbst und tritt mit deren Geschäftsgebaren stets von Neuem zu Tage. Infolgedessen ist KAGA unweigerlich immer auch hieran beteiligt, soweit es sie oder ihr Verhalten direkt betrifft. Das ist bei den zwei erstgenannten Gegenständen, der Verhinderung neuer Konkurrenz in diesem Gebiet (Gegenstand A) und der Dosierung des Wettbewerbsdrucks der KAGA (Gegenstand B), ohne Weiteres der Fall. Der drittgenannte Gegenstand, die Dosierung des Wettbewerbsdrucks durch die Aktionärinnen (Gegenstand C), betrifft hingegen nicht direkt das Verhalten der KAGA. Das fortdauernde Zusammenarbeiten der Aktionärinnen im Rahmen von KAGA, bei der sie ihre jeweiligen Interessen einbringen, diese austarieren und zu gemeinsamen Lösungsfindungen angehalten sind, fördert und stabilisiert dieses Klima der gegenseitigen Rücksichtnahme allerdings zusätzlich. Mittelbar ist KAGA daher auch beim drittgenannten Gegenstand C involviert. Diese zwangsläufige Involviertheit von KAGA liegt in der Natur der Sache und ist offenkundig. Sie war von vornherein absehbar und musste entsprechend sowohl den Aktionärinnen von KAGA als auch KAGA selber bewusst gewesen sein. Zudem war diese Involviertheit von KAGA von allen Aktionärinnen und KAGA (qua Personalunion in ihrem [späteren] Exekutivorgan, dem VR, der sich aus Aktionärsvertretern zusammensetzt) zumindest billigend auch gewollt. Denn andernfalls hätte von Anfang an anders vorgegangen werden müssen. KAGA hätte nicht als Personifikation der Verwirklichung dieses gemeinsamen Verständnisses gegründet und so wie bislang geschehen betrieben werden dürfen. Spätestens seit 1977, als KAGA den KAGA-Vertrag mitunterzeichnete,[2811] liegt diesbezüglich in rechtlicher Hinsicht ein natürlicher Konsens zwischen allen Beteiligten, d.h. den Aktionärinnen *und* KAGA, und damit eine Vereinbarung vor. Ob die schon zuvor gegebene Involviertheit von KAGA in rechtlicher Hinsicht nun ebenfalls als natürlicher Konsens zwischen allen Beteiligten, d.h. den Aktionärinnen *und* KAGA, zu qualifizieren ist oder ob es sich hierbei bis 1977 um eine abgestimmte Verhaltensweise zwischen den Aktionärinnen einerseits und KAGA andererseits handelte, ist nur von akademischem Interesse. Fest steht jedenfalls, dass auch bereits bis 1977 ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen den Aktionärinnen und KAGA vorliegt, ob dieses nun unter die eine oder die andere Variante zu subsumieren ist. Auch insofern ist somit das erste Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede erfüllt.

D.6.3.1.2 Mehrzahl von beteiligten Unternehmen

1462. Als zweites Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG ist zu beurteilen, ob an diesem bewussten und gewollten Zusammenwirken eine Mehrzahl von Unternehmen beteiligt ist. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1411 ff.

1463. Am bewussten und gewollten Zusammenwirken sind hinsichtlich des Kerngegenstandes und aller drei Gegenstände die Aktionärinnen von KAGA beteiligt. Seit 2004 sind es sieben Aktionärinnen, wobei diese nach dem Zusammenschluss von Hofstetter und Messerli im Jahr 2006 sechs unterschiedlichen Unternehmen zugehören.[2812] KAGA selbst ist ebenfalls als ein Unternehmen im Sinne des KG zu qualifizieren.[2813] Sie ist hinsichtlich der Gegenstände A und B direkt am bewussten und gewollten Zusammenwirken beteiligt, hinsichtlich des Gegenstandes C immerhin noch indirekt. Damit ist eine Mehrzahl von Unternehmen, nämlich sieben, am bewussten und gewollten Zusammenwirken beteiligt,[2814] womit das zweite Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede erfüllt ist.

1464. Dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken begann spätestens[2815] mit der Gründung von KAGA im Jahr 1970 und dauert bis heute an,[2816] wobei Aare-Kies (Daepp), Heimberg, Hofstetter, Kästli, Marti, Messerli und KAGA[2817] seit Anbeginn daran beteiligt sind,[2818] während Kiestag (Vigier) im Jahr 1977 dazu stiess.[2819]

[2806] Siehe vorangehende Wiederholung der Sachverhaltsfeststellungen in Rz 1456 f. m.w.H.
[2807] Rz 581 ff.
[2808] Zu diesen Rz 896 ff.
[2809] Rz 581 ff., insbesondere Rz 585–588.
[2810] Vgl. Rz 1409.
[2811] Rz 594.
[2812] Rz 516 f. und auch Rz 1292 f.
[2813] Rz 1304.
[2814] Rz 1413.
[2815] Ob dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken schon früher bestand, namentlich bei der Gründung und dem Betrieb der Vorgängerinnen von KAGA, den einfachen Gesellschaften Kieswerk Uttigen (KWU; dazu Rz 568 ff.), kann hier mangels Relevanz für die Beurteilung offenbleiben.
[2816] Vgl. Rz 645 ff.
[2817] Spätestens seit 1977 in Form einer Vereinbarung, zuvor entweder in Form einer Vereinbarung oder durch eine abgestimmte Verhaltensweise, vgl. Rz 1461.
[2818] Rz 585.
[2819] Rz 590 ff. Mangels Relevanz für die Beurteilung wird hier offengelassen, ob und unter welchen Voraussetzungen Vigier die Handlungen der [U09], deren Aktien an KAGA sie im Rahmen des über [U09] geführten konkursrechtlichen Verfahrens übernahm, angerechnet werden könnten und ihr daher schon eine frühere Beteiligung angelastet werden könnte.

Ab 1996 misst sich die kartellrechtliche Zulässigkeit dieses bewussten und gewollten Zusammenwirkens am aktuellen Kartellgesetz (siehe Rz 1505).

1465. Mehrere Parteien bringen vor, dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken sei spätestens 2014 beendet worden.[2820] Dieses Argument betrifft die Sachverhaltsebene und wurde entsprechend dort behandelt, worauf verwiesen sei.[2821] Wiederholt sei hier das Beweisergebnis. Es wurde festgestellt, dass dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken zwischen den Beteiligten nicht im Jahr 2014 (oder später) beendet wurde. Es dauert bis heute an.

D.6.3.1.3 Wettbewerbsbeschränkung

1466. Als drittes Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG wird hiernach die Wettbewerbsbeschränkung beurteilt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1414 ff.

1467. Dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken hat als Kerngegenstand, den Wettbewerbsdruck zu dämpfen, der von den Kiesvorkommen im Aaretal resp. deren Abbau auf die Beteiligten ausgeht. Betroffen davon sind insbesondere die Märkte für Abbaurechte, für Rohkies (sowohl auf Hersteller- als auch auf Händlerstufe), für veredelten Kies sowie für die Deponierung von unverschmutztem Aushub. Alle Beteiligten sind aktuell mindestens auf einem, meist aber auf mehreren oder allen dieser sachlich relevanten Märkte tätig.[2822] Sie gehören sowohl im Kies- als auch im Deponiebereich (ausgenommen Heimberg und, beschränkt auf den Deponiebereich, auch Daepp) zu den kantonsweit grössten Akteurinnen.[2823] Bei dem hier zu beurteilenden bewussten und gewollten Zusammenwirken dominiert die horizontale Komponente die Verhältnisse zwischen den Beteiligten. Für vertiefte Ausführungen zu den Verhältnissen auf den einzelnen Märkten, unter anderem unter Berücksichtigung potenzieller Tätigkeiten und der räumlichen Verhältnisse, sei auf spätere Ausführungen verwiesen.[2824]

1468. Da vor allem Heimberg, aber auch Marti-Gruppe in ihren Stellungnahmen horizontale Verhältnisse in Abrede stellen,[2825] ist an dieser Stelle bezüglich dieser zwei Unternehmen zu betonen, dass auch im Verhältnis zu ihnen auf einigen Märkten horizontale Verhältnisse vorliegen: So sind sie nebst KAGA und den übrigen Aktionärinnen auf dem Markt für Abbaurechte im selben räumlichen Markt als aktuelle (Marti-Gruppe) oder potenzielle (Heimberg) Konkurrentinnen einzustufen.[2826] Auf dem Markt für veredelten Kies sind alle Aktionärinnen aktuell tätig, KAGA ist es potenziell.[2827] In räumlicher Hinsicht überschneiden sich auf dem Markt für veredelten Kies die Tätigkeitsgebiete aller Aktionärinnen mit Ausnahme von Marti-Gruppe sowohl untereinander als auch mit KAGA,[2828] wobei sich Heimberg «mitten im Gebiet» in der Nähe von KAGA befindet. Heimberg blendet in ihrer Stellungnahme den Markt für veredelten Kies und die dort bestehenden (horizontalen) Konkurrenzverhältnisse vollständig aus, was nicht überzeugt. Marti-Gruppe ist auf dem Markt für veredelten Kies in einem räumlich benachbarten Gebiet tätig, das sich immerhin noch teilweise mit demjenigen von Alluvia überschneidet. Zu Alluvia steht sie daher in einem Konkurrenzverhältnis, während bezüglich KAGA und den anderen Aktionärinnen nur, aber immerhin, eine Tätigkeit im selben sachlichen Markt in einem benachbarten räumlichen Markt besteht. Es besteht daher auf einem (Marti-Gruppe) oder zwei Märkten (Heimberg) ein horizontales Konkurrenzverhältnis zwischen diesen und KAGA sowie den übrigen Aktionärinnen. Bei Marti-Gruppe besteht in einem zweiten Markt ebenfalls ein horizontales Konkurrenzverhältnis zu Alluvia, wohingegen sie im Verhältnis zu KAGA und den anderen Aktionärinnen «bloss» im selben sachlichen Markt, aber in einem räumlich benachbarten Markt tätig ist. Vereinzelt etwas anders gelagerten Situationen betreffend fehlenden (horizontalen) Verhältnissen einzelner Beteiligten ist im Übrigen ohnehin nicht an dieser Stelle, sondern gegebenenfalls bei der Sanktionierbarkeit, allenfalls auch den Massnahmen, Rechnung zu tragen. Denn solch individuelle Besonderheiten ändern nichts daran, dass das bewusste und gewollte Zusammenwirken aller Beteiligten insgesamt von horizontalen Verhältnissen der beteiligten Unternehmen dominiert wird und sich die (Un)Zulässigkeit des Zusammenwirkens hieran misst.

1469. Dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken umfasst drei Gegenstände, nämlich die Verhinderung von neuen Konkurrentinnen im Aaretal (Gegenstand A), die Dosierung des Wettbewerbsdrucks, der von KAGA ausgeht (Gegenstand B), und die Dosierung des Wettbewerbsdrucks durch die Aktionärinnen (Gegenstand C). Dass ein Vergleich zwischen der Wettbewerbssituation mit diesem bewussten und gewollten Zusammenwirken der Beteiligten, die in horizontalen Verhältnissen zueinander stehen und (mit geringen Ausnahmen) kantonsweit zu den bedeutendsten Akteurinnen in den relevanten Märkten gehören, und der hypothetischen Wettbewerbssituation ohne dieses Zusammenwirken, das eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb nahezu in Reinform zum Gegenstand hat, ein «Minus» ergibt, ist evident und bedarf keiner weiteren Worte. Das bewusste und gewollte Zusammenwirken beschränkt den wirksamen Wettbewerb. Damit ist auch das dritte Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede erfüllt.

1470. Alluvia bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag vor, es werde nirgends auch nur ansatzweise dargelegt, wie die hypothetische Wettbewerbssituation aussehen würde, ob das Zusammenwirken tatsächlich ein «Minus» ergab oder auch nur geeignet war, ein solches «Minus» herbeizuführen.[2829] Mit anderen Worten erachtet sie das

[2820] Siehe Rz 640 ff.
[2821] Rz 647 ff., insbesondere Rz 652 ff.
[2822] Rz 1448 ff., ferner Rz 1475.
[2823] Rz 366 für den Kiesbereich und Rz 443 für den Deponiebereich.
[2824] Rz 1539 ff. und Rz 1705 ff.
[2825] Gebetsmühlenartig Heimberg, vgl. Act. VIII.161 Rz 12-16, 21 drittes Lemma, 31, 32, 44, 46, 50, 63, 77 in fine, 80 erstes und drittes Lemma und 84; Act. IX.30 Beilage 3 Rz 11 – 13, 19 und 25 sowie Folie 7. Für Marti-Gruppe siehe Act. VIII.158 Rz 12–15, 19, 54 und 84.
[2826] Rz 1705 ff.
[2827] Rz 1542.
[2828] Siehe Rz 1448.
[2829] Act. VIII.162 Rz 75.

Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung als nicht erfüllt. Das überzeugt nicht. Es ist in Erinnerung zu rufen, um was es hier geht: Das zu beurteilende bewusste und gewollte Zusammenwirken hat die Erreichung von Grundanliegen zum Inhalt, die den Wettbewerb beschneiden, namentlich die Gegenstände A (Verhinderung neuer Konkurrenz), B (Dosierung Wettbewerbsdruck KAGA) und C (Dosierung Wettbewerbsdruck unter Aktionärinnen) sowie den Kerngegenstand (Dämpfung Wettbewerbsdruck ab Kies-Ressourcen im Aaretal). Die Beteiligten streben subjektiv an, dadurch die Marktstruktur zu erhalten. Zur Verwirklichung ihrer Grundanliegen haben die Beteiligten – quasi als Werkzeug – die (auf zwei Märkten marktbeherrschende) KAGA geschaffen, entsprechend ausgestaltet und betreiben diese gemeinsam. Das Werkzeug KAGA setzen sie situativ sowohl für sich als auch gegen Dritte ein, um ihre wettbewerbsbeschränkenden Grundanliegen um- und durchzusetzen.[2830] Die an diesem bewussten und gewollten Zusammenwirken Beteiligten stehen in horizontalen Verhältnissen zueinander und gehören (mit geringen Ausnahmen) kantonsweit zu den bedeutendsten Akteurinnen in den relevanten Märkten. Dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken mit diesem Inhalt und diesen Beteiligten beschneidet die zentralen Funktionen des wirksamen Wettbewerbs und ist als Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Soweit Alluvia meinen sollte, um zu dieser rechtlichen Beurteilung gelangen zu können, wären weitere Sachverhaltsabklärungen zur hypothetischen Wettbewerbssituation oder spezifischere «Darlegungen» dazu erforderlich, verkennt sie die Rechtslage. Im Übrigen fällt auf, dass sie nicht präzisiert, was ihres Erachtens denn realistischerweise noch zusätzlich hätte abgeklärt oder dargelegt werden können und müssen. Das Argument folgt vielmehr dem Verteidigungsmuster, wonach ungeachtet dessen, wie sich der Sachverhalt präsentiert und was bereits festgestellt und abgeklärt wurde, das bereits Festgestellte jedenfalls nicht genügen kann und unbestimmte weitere Abklärungen unerlässlich gewesen wären.

1471. Mehrere Parteien greifen in ihren Stellungnahmen zum Antrag sodann auf, dass in den rechtlichen Ausführungen im Antrag die hier beurteilte Wettbewerbsabrede als «auf einer höheren Abstraktionsstufe» liegend bezeichnet wurde, und sie versuchen, aus dieser Wortwahl etwas zu ihren Gunsten abzuleiten. So machen sie etwa semantische Ausführungen dazu, was Abstraktion bedeutet, dass Abstraktes einem Beweis nicht zugänglich sei, es keine abstrakten Tatsachen gebe, nur konkretes Verhalten kartellrechtswidrig sein könne, nicht aber etwas Abstraktes/Gedankliches/Theoretisches und etwas Abstraktes zu unbestimmt sei, um rechtlich gewürdigt werden zu können.[2831] Diese Vorbringen überzeugen nicht. Dabei wird insbesondere die Sachverhaltsfeststellung mit der rechtlichen Würdigung vermengt. Die Abmachungen über den Kerngegenstand und die Gegenstände A, B und C wurden auf Ebene des Sachverhalts beweismässig erstellt. Gegen diese Sachverhaltsfeststellung tragen diese Parteien nun nichts vor, was beachtenswerte Zweifel wecken würde, womit es beim erwiesenen Sachverhalt bleibt. Die Sachverhaltsfeststellung hat nichts Abstraktes in sich, sondern stellt den konkreten Inhalt des natürlichen Konsenses der Parteien fest. Es fällt denn auch auf, dass die Umschreibung, die Wettbewerbsabrede liege «auf höherer Abstraktionsstufe», im Antrag des Sekretariats nur bei den rechtlichen Ausführungen verwendet wurde. Es handelt sich dabei um eine deskriptive Beschreibung des Inhalts der festgestellten Abmachungen. Die Ausführungen der Parteien zu angeblichen «Tatsachen auf höherer Abstraktionsebene» und Beweisen dazu gehen entsprechend an der Sache vorbei. Auf Ebene der Rechtsanwendung wiederum gilt es, den sachverhaltsmässig festgestellten natürlichen Konsens, insbesondere dessen Inhalt, rechtlich zu beurteilen. Zu konstatieren ist insofern, dass der Inhalt des hier zu beurteilenden natürlichen Konsens als unüblich bezeichnet werden kann. Die Parteien haben sich vorliegend eher grob auf die Erreichung von wettbewerbsbeschränkenden Grundanliegen, namentlich die Gegenstände A, B und C sowie den Kerngegenstand, geeinigt. Zu deren Verwirklichung haben sie – quasi als Werkzeug – die KAGA geschaffen, entsprechend ausgestaltet und betreiben diese seither wie beabsichtigt gemeinsam. Das Werkzeug KAGA konnten sie alsdann je nach konkreter Situation sowohl für sich als auch gegen Dritte einsetzen, um ihre wettbewerbsfeindlichen Grundanliegen um- und durchzusetzen, was sie, wie festgestellt, denn auch getan haben.[2832] Die Schaffung und gemeinsame Bedienung des jederzeit einsetzbaren Werkzeugs KAGA erlaubte es den Parteien, situativ zu agieren und zu reagieren, und sie konnten deshalb weitgehend davon absehen, Eingriffe in einzelne Wettbewerbsparameter bereits im Voraus en Detail festlegen zu müssen. Diese untypische Situation mag sich aufgrund ihrer Eigenartigkeit zunächst etwas schwer fassbar anfühlen. Letztlich geht es aber auch hier nur, aber immerhin, darum, das geltende Recht auf den festgestellten Sachverhalt, namentlich den konkret festgestellten natürlichen Konsens, anzuwenden. Eine Rechtsanwendung scheidet entgegen der Ansicht dieser Parteien nicht aus, bloss weil der Inhalt des bewussten und gewollten Zusammenwirkens der beteiligten Unternehmen «auf höherer Abstraktionsstufe» liegt. Auch wenn Unternehmen «nur» ihre wettbewerbsfeindlichen Grundanliegen vereinbaren, steht dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken nicht ausserhalb der Rechtsordnung, sondern muss sich – wie alle anderen bewussten und gewollten Zusammenwirken mehrerer Unternehmen – einer kartellrechtlichen Beurteilung seiner (Un)Zulässigkeit stellen. Die WEKO ist aufgrund der Ausführungen in den fraglichen Stellungnahmen allerdings zum Schluss gekommen, dass die Bezeichnung als Wettbewerbsabrede, die «auf einer höheren Abstraktionsstufe» liegt, anscheinend zu Missverständnissen führen kann. Deshalb verzichtet sie nachfolgend auf diese Formulierung, zumal ein Verzicht keinen Aufwand bereitet und problemlos möglich ist, da diesem Wording ohnehin keine Bedeutung zukommt – nicht auf Ebene der Rechtsanwendung und schon gar nicht auf Ebene der Sachverhaltsfeststellung.

[2830] Siehe Rz 953 ff. dazu.
[2831] Act. VIII.156 Rz 127; Act. VIII.162 Rz 74–76, auch 90; Act. IX.30 Beilage 1 Rz 27; Act. VIII.163 Rz 9, 13–18; Act. IX.30 Beilage 2 S. 7 f.
[2832] Siehe Rz 953 ff.

D.6.3.1.4 Bezwecken oder Bewirken

1472. Als viertes Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG wird hiernach das Bezwecken oder Bewirken beurteilt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1419 ff.

1473. Die Drosselung des Wettbewerbs ist sowohl Inhalt als auch Ziel dieses bewussten und gewollten Zusammenwirkens. Der wettbewerbsbeschränkende Zweck wohnt dieser Verhaltenskoordination geradezu in Reinform inne. Die Wettbewerbsbeschränkung ist damit bezweckt. Das vierte Tatbestandmerkmal einer Wettbewerbsabrede ist ebenfalls erfüllt. Im Übrigen wurde festgestellt, dass die Beteiligten die mit den Gegenständen A, B und C einhergehende Wettbewerbsbeschränkung auch subjektiv verfolgt haben.[2833] Diese nachgewiesene Absicht der Beteiligten, mit ihrem Zusammenwirken den Wettbewerb zu beschränken, stellt ein zusätzliches gewichtiges Indiz für ein «Bezwecken» dar.[2834] Bloss ergänzend sei festgehalten, dass dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken auch umgesetzt wurde[2835] und dadurch Wettbewerbsbeschränkungen auch bewirkt wurde.

D.6.3.1.5 Ergebnis zur Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

1474. Die sechs Aktionärs-Unternehmen und KAGA wirken bewusst und gewollt zusammen, indem sie übereingekommen sind, gemeinsam den Wettbewerbsdruck zu dämpfen, der von den umfangreichen Kiesvorkommen im Aaretal resp. deren Abbau auf sie ausgeht. Dieses Zusammenwirken baut auf drei Gegenständen, erstens neue Konkurrentinnen im Aaretal verhindern, zweitens den Wettbewerbsdruck von KAGA dosieren und drittens den Wettbewerbsdruck durch die Aktionärinnen dosieren. Die hier gegebene Drosselung des Wettbewerbs bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung. Es liegt somit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

D.6.3.2 Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG

1475. Nachfolgend wird beurteilt, ob diese Wettbewerbsabrede unter Art. 5 Abs. 3 KG fällt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu den von Art. 5 Abs. 3 KG erfassten Abredetypen finden sich in Rz 1425 ff.

1476. Von dieser Wettbewerbsabrede sind wie ausgeführt mehrere Märkte betroffen.

1477. Hinsichtlich der sachlich relevanten Märkte[2836] bestehen folgende Situationen:

- Auf dem Markt für Abbaurechte sind KAGA, Daepp, Kästli-Gruppe, Vigier, Alluvia und Marti-Gruppe als Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten als Nachfragerinnen aktiv.[2837] Heimberg verfügte früher über Abbaurechte an Grundstücken im oberen Aaretal und baute dort Kies ab.[2838] Den dortigen Abbau musste sie aufgrund des Grundwasserschutzes einstellen.[2839] Aktuell baut Heimberg keinen Kies ab und ist dadurch aktuell auch nicht mehr auf dem Markt für Abbaurechte aktiv. Aufgrund des Konkurrenzverbots[2840] war es ihr allerdings auch während Jahrzehnten untersagt, Abbaurechte an Grundstücken im KAGA-Gebiet zu erwerben, also in der Gegend, in der sich ihr Kieswerk befindet, das sie weiterhin betreibt. Aufgrund des von Heimberg nach wie vor betriebenen Kieswerks, des Zusammenspiels von Kiesveredelung und Kiesabbau sowie der Hinderung durch das Konkurrenzverbot, das für die Einschätzung der Interessenslage gedanklich auszublenden ist, ist Heimberg hinsichtlich des Erwerbs von Abbaurechten als potenzielle Interessentin einzustufen.[2841] Es besteht daher zwischen allen Beteiligten ein horizontales Verhältnis hinsichtlich des Erwerbs von Abbaurechten.
- Im Markt für Rohkies stehen die beteiligten Unternehmen mit Ausnahme von Heimberg als Herstellerinnen in einem horizontalen Verhältnis, während auf diesem Markt alle beteiligten Unternehmen (also inklusive Heimberg) als Verkäuferinnen einem horizontalen Verhältnis zueinander stehen.[2842]
- Im Markt für veredelten Kies sind aktuell alle Aktionärinnen aktiv.[2843] KAGA ist in diesem Bereich aktuell zwar nicht tätig, potenziell aber schon.[2844]. Es besteht daher zwischen allen beteiligten Unternehmen ein horizontales Verhältnis hinsichtlich der Kiesveredelung.
- Im Markt für Deponie von unverschmutztem Aushub liegt ausser hinsichtlich Daepp und Heimberg ein horizontales Verhältnis zwischen den beteiligten Unternehmen vor.[2845]

1478. In räumlicher Hinsicht ist ebenfalls zwischen den diversen betroffenen Märkten[2846] zu unterscheiden:

- Bezüglich des Erwerbs von Abbaurechten bilden die Anbieter von Abbaurechten an Grundstücken im oberen Aaretal die Marktgegenseite.[2847] Hinsichtlich der Nachfrage nach Abbaurechten an dortigen Grundstücken wurde festgestellt, dass der räumlich relevante Markt maximal kantonsweit abzugrenzen ist.[2848] Da

[2833] Zum von den Beteiligten mit der Zusammenarbeit angestrebten Zweck der Strukturerhaltung, Rz 942 ff. Zu Gegenstand A siehe z.B. die Passage im KAGA-Vertrag «um unerwünschte Grosskonkurrenz aus dem Gebiet des oberen Aaretales fernzuhalten» (Rz 583 und 708), zu Gegenstand B siehe z.B. die Verpflichtung im KAGA-Vertrag «Die Kies AG Aaretal (KAGA) soll daher in keiner Weise die in der Gesellschaft zusammengeschlossenen Kieswerke, insbesondere des Aaretals, konkurrenzieren» (Rz 583 und 708) oder die Aussage «KAGA ist nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck: Sie dient den Aktionären in ihrem jeweiligen Wettbewerb» (Rz 871 m.w.H.), zu Gegenstand C siehe z.B. die Verpflichtung im KAGA-Vertrag «Die Gesellschafter verpflichten sich überhaupt zu loyaler Konkurrenz» (Rz 583 und 708).
[2834] Rz 1420 m.w.H.
[2835] Rz 953 ff.
[2836] Zu den Marktabgrenzungen siehe Rz 1349 ff. betreffend Rohkies und veredeltem Kies, Rz 1376 ff. betreffend Abbaurechte und Rz 1392 ff. betreffend Deponie von unverschmutztem Aushub.
[2837] Rz 369.
[2838] Vgl. nur schon Ziffer 1 des KAGA-Vertrags, Rz 583.
[2839] Rz 799.
[2840] Zu diesem Rz 1690 ff.
[2841] Siehe ausführlicher Rz 1707 zur diesbezüglichen Beurteilung von Heimberg hinsichtlich des Konkurrenzverbots im KAGA-Gebiet.
[2842] Rz 1448 f.
[2843] Rz 1448.
[2844] Siehe ausführlicher dazu Rz 1542.
[2845] Rz 1448 und 1451.
[2846] Zu den Marktabgrenzungen siehe Rz 1362 ff. betreffend Rohkies und veredeltem Kies, Rz 1381 ff. betreffend Abbaurechte und Rz 1399 ff. betreffend Deponie von unverschmutztem Aushub.
[2847] Rz 1375.
[2848] Rz 1382; siehe aber auch die Relativierung dieser räumlichen Marktabgrenzung in Rz 1383 f.

die beteiligten Unternehmen im Kanton Bern aktiv sind,[2849] sind sie im selben räumlich relevanten Markt tätig[2850].

- Bei den Märkten für Rohkies, veredelten Kies und Deponie von unverschmutztem Aushub überlappen sich die räumlichen Tätigkeitsbereiche von KAGA mehr oder weniger stark mit denjenigen ihrer Aktionärinnen mit Ausnahme der Marti-Gruppe. Die Marti-Gruppe ist nur, aber immerhin, in einem räumlich benachbarten Gebiet von KAGA tätig. Allerdings überlappen sich die räumlichen Tätigkeitsbereiche der Marti-Gruppe mit denjenigen der Aktionärin Alluvia.[2851]

1479. Daraus ergibt sich, dass auf dem Markt für Abbaurechte zwischen allen beteiligten Unternehmen, also sämtlichen Aktionärinnen und KAGA, ein Konkurrenzverhältnis besteht. Auf den Märkten für Rohkies, veredelten Kies und Deponie von unverschmutztem Aushub besteht zwischen KAGA und Daepp (Ausnahme: Deponie von unverschmutztem Aushub), Heimberg (Ausnahme: Herstellung von Rohkies und Deponie von unverschmutztem Aushub), Kästli, Vigier und Alluvia ein Konkurrenzverhältnis. Die Marti-Gruppe ist zwar in sachlicher Hinsicht ebenfalls auf diesen Märkten aktiv, in räumlicher Hinsicht aber «bloss» in einem benachbarten Markt zu KAGA. Das räumliche Tätigkeitsgebiet der Marti-Gruppe überlappt aber mit demjenigen der Alluvia, wodurch sie zu dieser in einem Konkurrenzverhältnis steht. Auf den diversen Märkten bestehen daher primär horizontale Verhältnisse zwischen den beteiligten Unternehmen. Die Ausnahmen davon – Daepp ist auf dem Markt für Deponie von unverschmutztem Aushub nicht aktiv, Heimberg ist weder als Herstellerin von Rohkies noch auf dem Markt für Deponie von unverschmutztem Aushub aktiv und der räumliche Tätigkeitsbereich der Marti-Gruppe überschneidet sich bloss mit demjenigen von Alluvia – tun dem keinen Abbruch. An dieser Stelle sind diese vereinzelten Besonderheiten nicht weiter entscheidend, vielmehr spielen sie erst bei der Frage der Sanktionierbarkeit der jeweiligen beteiligten Unternehmen, allenfalls auch den gegenüber diesen zu erlassenden Massnahmen eine Rolle. Die hier beurteilte Wettbewerbsabrede ist demnach als horizontale Wettbewerbsabrede zu qualifizieren. Nachfolgend ist zu beurteilen, ob diese unter Art. 5 Abs. 3 KG fällt.

1480. Kerngegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede ist, zusammen den Wettbewerbsdruck zu dämpfen, der von den umfangreichen Kiesvorkommen im Aaretal resp. deren Abbau auf die daran beteiligten Unternehmen ausgeht. Diese Wettbewerbsabrede über den Kerngegenstand umfasst drei Gegenstände, nämlich die Verhinderung neuer Konkurrenz in diesem Gebiet, die Dosierung des Wettbewerbsdrucks der KAGA bzw. ihres Wettbewerbsverhaltens und die Dosierung des Wettbewerbsdrucks durch die Aktionärinnen.[2852]

1481. Die Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG sollen diejenigen horizontalen Wettbewerbsabreden erfassen, die «in der Regel negativ beurteilt werden müssen».[2853] Die in Bst. a bis c dieser Bestimmung aufgeführten horizontalen Preis-, Mengen-, Gebiets- oder Kundenabreden «heben Grundparameter des Wettbewerbs auf, beseitigen m.a.W. den wirksamen Wettbewerb im Innenverhältnis der beteiligten Unternehmen».[2854] Von ihrem Gegenstand her handelt es sich bei der vorliegenden Wettbewerbsabrede offensichtlich um eine Wettbewerbsabrede, die auf die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ausgerichtet ist; und zwar nicht nur im Innenverhältnis der beteiligten Unternehmen («Dosierung des Wettbewerbsdrucks der KAGA und der Aktionärinnen»; Gegenstände B und C), sondern – soweit möglich – sogar auch im Aussenverhältnis («Verhinderung neuer Konkurrenz in diesem Gebiet»; Gegenstand A). Dass es sachlich angebracht und berechtigt wäre, bei einer Wettbewerbsabrede mit einem solchen Gegenstand zu vermuten, dass sie den wirksamen Wettbewerb beseitigt, bedarf keiner Weiterungen. Eine Wettbewerbsabrede mit diesem Gegenstand verwirklicht geradezu in Reinform den Sinn und Zweck, der Art. 5 Abs. 3 KG innewohnt. Während Preis-, Mengen-, Gebiets- oder Kundenabreden der Weg zum Ziel sind, nämlich qua Festsetzung von Preisen, Einschränkung von Mengen oder Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Kundinnen den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, um eine Kartellrente zu generieren, wurde mit dem Kerngegenstand und den Gegenständen A, B und C der hier beurteilten Wettbewerbsabrede direkt das Ziel, den Wettbewerbsdruck zu reduzieren, vereinbart. Zu beurteilen bleibt, ob sich eine Wettbewerbsabrede mit diesem Gegenstand unter einen der Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 Bst. a bis c KG subsumieren lässt.

1482. Weder die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen noch die direkte oder indirekte Einschränkung von Mengen ist Gegenstand dieser Wettbewerbsabrede. Freilich ist nicht zu übersehen, dass die Verhinderung neuer Konkurrenz, die Dosierung des Wettbewerbsdrucks der KAGA bzw. ihres Wettbewerbsverhaltens und die Dosierung des Wettbewerbsdrucks durch die Aktionärinnen das Preisniveau und die angebotene Menge auf den entsprechenden Märkten beeinflusst und ein grosses Potenzial hat, Preis- und Mengeneffekte zu erzielen. Wie ausgeführt,[2855] ist jedoch der Gegenstand der Abrede für die Qualifikation als Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG massgeblich, nicht das Potenzial der Abrede, sich auf die Preise auszuwirken. Dasselbe gilt für eine Qualifikation als Mengenabrede. Diese Wettbewerbsabrede kann daher weder als Preis- noch als Mengenabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a resp. b KG qualifiziert werden.

[2849] Vgl. Rz 369.
[2850] Rz 1382 ff.; siehe ferner Rz 1721 zur diesbezüglichen Beurteilung hinsichtlich des Konkurrenzverbots im KAGA-Gebiet.
[2851] Siehe zu den unterschiedlichen Überlappungen der räumlichen Tätigkeitsbereiche der beteiligten Unternehmen Rz 1448 ff.
[2852] Siehe Rz 1458 m.w.H.
[2853] BBl 1995 I 468, 566 Ziffer 231.4, ferner Rz 1426.
[2854] BBl 1995 I 468, 566 Ziffer 231.4, ferner Rz 1426.
[2855] Rz 1428.

1483. Im Gegensatz dazu nimmt der Kerngegenstand dieser Wettbewerbsabrede Bezug auf ein Gebiet, geht es den beteiligten Unternehmen doch darum, zusammen den Wettbewerbsdruck zu dämpfen, der von den umfangreichen Kiesvorkommen im Aaretal resp. deren Abbau auf sie ausgeht. Auch der Gegenstand A enthält eine Gebietskomponente, indem neue Konkurrenz in diesem Gebiet verhindert werden soll. Ebenfalls ein Gebietsbezug besteht bei Gegenstand C, geht es doch um die Dosierung des Wettbewerbsdrucks durch die Aktionärinnen in dieser Region und nicht irgendwo sonst. Keiner dieser Gegenstände für sich ordnet allerdings das fragliche Gebiet bereits einem oder einzelnen der beteiligten Unternehmen zu. Bei Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG geht es darum, «eine Segmentierung der möglichen Kundschaft bzw. der Lieferanten»[2856] zu erfassen. Es ist nicht bereits die blosse Bezugnahme auf ein Gebiet, sondern erst dessen (direkte oder indirekte) Zuweisung an ein oder einzelne beteiligte Unternehmen, die zu «künstlich abgeschotteten Teilmärkten»[2857] führt. Im Einklang damit untersagt das Gesetz die «Aufteilung» (inhaltsgleich der französische Gesetzesbegriff «répartition» und der italienische «ripartizione») von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern. Weder der Gesetzeswortlaut, die Materialien noch der Sinn und Zweck von Bst. c lassen eine Auslegung zu, bei der das Tatbestandsmerkmal der «Aufteilung» nicht in seinem Wortsinn verstanden oder gar gänzlich übergangen würde. Da das Tatbestandsmerkmal der «Aufteilung» nicht erfüllt ist, ist diese Wettbewerbsabrede keine Gebietsabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG.

1484. Die vorliegende Wettbewerbsabrede fällt demnach unter keinen der drei Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG. Da es bei einer horizontalen Wettbewerbsabrede mit diesem Gegenstand ohne Weiteres angezeigt wäre, eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zu vermuten, mag dieses Ergebnis unbefriedigend erscheinen. Die vorliegende Wettbewerbsabrede dennoch unter Art. 5 Abs. 3 KG zu subsumieren, würde aber den Rahmen dessen sprengen, was «bei weitestgehender Auslegung der Bestimmung nach den massgebenden Grundsätzen»[2858] noch anginge, wodurch auch der Grundsatz «nulla poena sine lege» verletzt würde. An dieser Gesetzeslage etwas zu ändern, wäre Sache des Gesetzgebers, nicht der rechtsanwendenden Behörden und Gerichte. Gleichzeitig ist aber auf zwei Punkte hinzuweisen: Erstens zeigt die bisherige Praxis, dass Wettbewerbsabreden mit einem solchen Gegenstand selten zu beobachten sind. Zweitens dürften mit derartigen Wettbewerbsabreden regelmässig – und so insbesondere auch hier – weitere Wettbewerbsabreden einhergehen, um die Anliegen entsprechend den jeweils aktuellen, konkreten Bedürfnissen zu realisieren. Diese weiteren Wettbewerbsabreden sind wiederum daraufhin zu beurteilen, ob sie unter die Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG fallen; an dieser Stelle kann insbesondere auf die nachfolgende Beurteilung des Konkurrenzverbots zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet[2859] verwiesen werden. Soweit das – wie vorliegend – der Fall ist, besteht zumindest im Endergebnis keine Sanktionslücke.

1485. Kästli-Gruppe schliesst in ihrer Stellungnahme zum Antrag daraus, dass diese Wettbewerbsabrede nicht unter Art. 5 Abs. 3 KG subsumiert wird, dass keine «Schädlichkeit» des Zusammenwirkens gezeigt werden konnte. Weil dieses Ergebnis als unbefriedigend erachtet werde, werde eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs «auf höherer Abstraktionsstufe» konstruiert. Anschliessend äussert sie sich kritisch zu einzelnen Formulierungen im Antrag und stellt diesen ihre Ansicht gegenüber.[2860] Diese Vorbringen vermögen nicht durchzudringen. Kästli-Gruppe vermengt dabei Sachverhalt und rechtliche Beurteilung. Berechtigte Zweifel an der Sachverhaltsfeststellung vermag sie mit ihren pauschalen, nicht substanziierten Meinungsäusserung nicht zu wecken. In rechtlicher Hinsicht scheint sie Art. 5 Abs. 1 KG zu übersehen, wenn sie daraus, dass diese Wettbewerbsabrede nicht unter Art. 5 Abs. 3 KG zu subsumieren ist, darauf schliessen will, damit bestehe keine «Schädlichkeit», wobei ohnehin unklar bleibt, ob sie damit auf Ebene des Rechts oder auf Ebene des Sachverhalts argumentieren will. Die von ihr aufgegriffenen Passagen und einzelnen Formulierungen im Antrag reisst sie aus dem jeweiligen Kontext und erstellt daraus neue Zusammenhänge, die so nicht existieren. Diese Vorbringen überzeugen nicht.

D.6.3.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG

1486. Nachfolgend wird beurteilt, ob diese Wettbewerbsabrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen dazu finden sich in Rz 1439 ff., insbesondere Rz 1441.

1487. Um die Schwere der Beeinträchtigung des Wettbewerbs beurteilen zu können, sind wie ausgeführt[2861] zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen und ist anschliessend anhand der quantitativen und qualitativen Aspekte eine Gesamtwürdigung vorzunehmen.

1488. Die relevanten Märkte, nämlich der Markt für Abbaurechte, der Markt für Rohkies, der Markt für veredelten Kies und der Markt für Deponie für unverschmutzten Aushub, wurden bereits abgegrenzt.[2862] Auf diese Marktabgrenzungen ist an dieser Stelle zu verweisen.

1489. Hinsichtlich des qualitativen Aspekts lässt sich die Erwägung des BGer, wonach mit unter Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG fallenden Wettbewerbsabreden «ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen [wird], das 'volkswirtschaftlich oder sozial schädlich' für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist»[2863], ohne

[2856] BBl 1995 I 468, 568 Ziffer 231.4.
[2857] So die Formulierung von KOSTKA (Fn 2741), Rz 1481.
[2858] Vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.1 m.w.H., *Publigroupe*.
[2859] Rz 1690 ff.
[2860] Act. VIII.163 Rz 16 f.; Act. IX.30 Beilage 2 S. 7.
[2861] Rz 1441.
[2862] Zusammenfassend betreffend Abbaurechten Rz 1380 (sachlich relevanter Markt) und Rz 1383 (räumlich relevanter Markt, betreffend Rohkies Rz 1361 (sachlich relevanter Markt) und Rz 1371 (räumlich relevanter Markt), betreffend veredeltem Kies Rz 1355 (sachlich relevanter Markt) und Rz 1366 (räumlich relevanter Markt) und betreffend Deponie für unverschmutzten Aushub Rz 1398 (sachlich relevanter Markt) und Rz 1402 (räumlich relevanter Markt).
[2863] BGE 143 II 297 E. 5.4.2, *Gaba*.

Weiteres für eine Wettbewerbsabrede wie die vorliegende fruchtbar machen. Dass eine Wettbewerbsabrede mit dem Kerngegenstand, zusammen den Wettbewerbsdruck zu dämpfen, der von den umfangreichen Kiesvorkommen im Aaretal resp. deren Abbau auf die daran beteiligten Unternehmen ausgeht, und welche die Gegenstände der Verhinderung neuer Konkurrenz in diesem Gebiet, der Dosierung des Wettbewerbsdrucks der KAGA bzw. ihres Wettbewerbsverhaltens und der Dosierung des Wettbewerbsdrucks durch die Aktionärinnen umfasst, ein «Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit» schafft und für das Funktionieren wirksamen Wettbewerbs abträglich ist, ist offenkundig.

1490. Vigier hält in ihrer Stellungnahme zum Antrag und an den Anhörungen fest, es werde nicht ausgeführt, welche Wettbewerbsparameter von der Wettbewerbsabrede hätten betroffen sein können. Im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG wäre jedoch konkret aufzuzeigen, wie wichtig die von der Wettbewerbsabrede betroffenen Wettbewerbsparameter auf den betroffenen Märkten wären. Das werde nicht getan. Da kein Wettbewerbsparameter betroffen sei, erübrige sich eine Prüfung des quantitativen Aspekts. Die Zusammenarbeit sei unerheblich i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG.[2864] Auch Alluvia und Kästli-Gruppe machen geltend, es bleibe offen, welche Wettbewerbsparameter betroffen sein sollen.[2865] KAGA rügt ähnliches, wenn sie vorbringt, der Antrag bleibe die Antwort auf die Frage schuldig, worin denn konkret die angeblich erhebliche Wettbewerbsbeschränkung liegen solle. Rohkies sei im Wesentlichen ein reines Vorleistungsprodukt und mache lediglich einen relativ geringen Anteil der variablen Kosten des Endprodukts aus. Auf diesen Märkten bestehe kein Risiko von wesentlichen Kostenangleichungen. Die Auswirkungen auf die nachgelagerten Märkte seien überhaupt nicht untersucht worden und seien auch nicht vorhanden. Es sei keine eigentliche Schadenstheorie erkennbar und konkrete oder auch nur potenzielle Auswirkungen auf den Wettbewerb seien keine nachgewiesen. Es werde nicht einmal dargelegt, welche Wettbewerbsparameter betroffen sein sollen. Das Ganze bleibe ein hypothetisches Gedankenexperiment.[2866]

1491. Diese Vorbringen überzeugen nicht. Wie bereits ausgeführt, haben sich die Parteien auf die Erreichung von wettbewerbsbeschränkenden Grundanliegen, namentlich die Gegenstände A, B und C sowie den Kerngegenstand, geeinigt. Zu deren Verwirklichung haben sie – quasi als Werkzeug – die KAGA geschaffen, entsprechend ausgestaltet und betreiben diese seither wie beabsichtigt gemeinsam. Das Werkzeug KAGA konnten sie je nach konkreter Situation sowohl für sich als auch gegen Dritte einsetzen, um ihre wettbewerbsbeschränkenden Grundanliegen um- und durchzusetzen. Das haben sie denn auch getan und das Werkzeug KAGA entsprechend eingesetzt.[2867] Die Schaffung und gemeinsame Bedienung des Werkzeugs KAGA erlaubte es den Parteien, situativ zu agieren und zu reagieren, und sie konnten deshalb weitgehend davon absehen, Eingriffe in einzelne Wettbewerbsparameter bereits im Voraus en Detail festlegen zu müssen.[2868] Eine Wettbewerbsabrede mit diesem Inhalt ist in qualitativer Hinsicht als schwerwiegend einzustufen, und zwar völlig losgelöst davon, ob ihr nun bestimmte Wettbewerbsparameter zuzuordnen sind oder nicht. Wenn Unternehmen im Übrigen vereinbaren, den Wettbewerb zu dosieren, legen sie sich gerade nicht auf einen oder mehrere bestimmte Wettbewerbsparameter fest (im Unterschied beispielsweise zu einer Abrede über den Preis, die eben die Steuerung nur des Wettbewerbsparameters Preis betrifft). Die Abrede über die Dosierung des Wettbewerbs kann über alle möglichen Wettbewerbsparameter wie namentlich den Preis, die Menge, das Gebiet, die Kunden etc. verwirklicht werden, und betrifft somit potenziell alle Wettbewerbsparameter. Die jeweiligen Umsetzungen erfolgen dann über einzelne, den Beteiligten situativ geeignet erscheinende Wettbewerbsparameter wie z.B. den Preis. So etwa, wenn sich die Abredebeteiligten darauf einigen, den Preis von KAGA-Kies gezielt hoch zu halten.[2869] Bisweilen ist es aber schwierig, den konkret betroffenen Wettbewerbsparameter herauszuschälen, den die Abredebeteiligten für ihre Machenschaften nutzten: Welchen konkreten Wettbewerbsparameter torpedieren die Abredebeteiligten, wenn sie einem Konkurrenten den Konkurrenzkampf durch die marktbeherrschende KAGA androhen, um ihn von einem Markteintritt abzuhalten?[2870] Anders als die Zuordnung zu einem bestimmten Wettbewerbsparameter ist es aber jedenfalls nicht schwierig zu erkennen, dass dies in qualitativer Hinsicht schwerwiegend ist.

1492. Bloss ergänzend sei erwähnt, dass sich das Wort «Wettbewerbsparameter» nicht im KG findet und es sich hierbei nicht um ein Tatbestandsmerkmal handelt. Der Vorwurf, das Sekretariat benenne bei einer Einigung zwischen den Parteien, gemeinsam den Wettbewerb zu dosieren, den konkret betroffenen Wettbewerbsparameter nicht, kommt letztlich dem Versuch gleich, diese Abmachung so in gar nicht vorhandene Einzelteile zu zerlegen, damit diese am Schluss das Offensichtliche verdecken.

1493. Hinsichtlich des quantitativen Aspekts ist zusammengefasst festzuhalten, dass es sich sowohl beim Markt für Rohkies (Herstellerebene) als auch beim Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub im geografisch relevanten Gebiet um eher konzentrierte Märkte mit wenigen Anbieterinnen handelt.[2871] KAGA verfügt in beiden Märkten über die mit Abstand grössten Abbau- und Deponiestandorte und ist in beiden Märkten marktbeherrschend.[2872] Gefolgt wird sie von ihren Aktionärinnen Kästli (Kästli-Gruppe), Aare-Kies resp. Daepp (nur auf dem Markt für Rohkies; der Deponiebetrieb auf dem Gelände von Daepp wird von KAGA geführt) und Vigier.[2873] Die Aktionärinnen Messerli und Hofstetter (beide Alluvia) und Marti (Marti-Gruppe) sind ebenfalls

[2864] Act. VIII.164 Rz 41–45, ferner auch Rz 62; Act. IX.30 Rz 10 f.
[2865] Act. IX.37 Rz 12; Act. VIII.163 Rz 17 und 168 Ziff. 1.i.
[2866] Act. VIII.156 Rz 45–47 und 128–131.
[2867] Rz 953 ff.
[2868] Siehe Rz 1471.
[2869] Siehe Rz 968.
[2870] Siehe Rz 860 ff.
[2871] Zum Markt für Rohkies Rz 362, 385 ff. und 1784 ff. m.w.H., zum Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub Rz 422, 474 ff. und 1807 ff. m.w.H.
[2872] Zur Marktstellung von KAGA im Markt für Rohkies Rz 1775 ff. und insbesondere Rz 1784 sowie im Markt für Deponie für unverschmutzten Aushub Rz 1802 ff. und insbesondere Rz 1807.
[2873] Rz 362 und 385 ff. resp. Rz 422 und 474 ff.

auf diesen sachlichen Märkten tätig, wobei sich das Absatz- bzw. Einzugsgebiet von Alluvia teilweise räumlich mit demjenigen von KAGA überschneidet.[2874] Das Absatz- bzw. Einzugsgebiet von Marti-Gruppe überschneidet sich zwar nicht mit demjenigen von KAGA, ist aber räumlich benachbart und überschneidet sich immerhin mit demjenigen von Alluvia.[2875] Einzig die Aktionärin Heimberg ist auf diesen sachlichen Märkten nicht resp. nicht als Herstellerin aktiv, jedoch ist sie im selben geografischen Raum auf dem Markt für Rohkies auf Händlerebene sowie im nachgelagerten Markt der Kiesveredelung tätig, der aufgrund der regelmässigen vertikalen Integration von Rohkiesgewinnung und -veredelung[2876] ebenfalls ein eher konzentrierter Markt mit wenigen Anbieterinnen ist.[2877] Drittkonkurrentinnen, die ihre Abbau- und Deponiestandorte in diesem Gebiet haben, sind anzahlmässig nur sehr wenige vorhanden und sie sind, gerade im Verhältnis zu KAGA, massiv kleiner.[2878] Hinsichtlich des Marktes für Abbaurechte ist auf die diesbezügliche Beurteilung des Konkurrenzverbots zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet zu verweisen.[2879] Zwar ist die relevante Marktgegenseite hier eine etwas andere als dort,[2880] am Ergebnis vermag dies allerdings nichts entscheidend zu ändern und der Aussenwettbewerb kann auch hier allerhöchstens als bescheiden bezeichnet werden. Kurzum: Die Marktanteile der an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen sind in allen betroffenen Märkten sehr bedeutend.

1494. Sowohl der qualitative als auch der quantitative Aspekt sind vorliegend je als sehr gewichtig einzustufen, weshalb die Erheblichkeitsschwelle in der Summe der qualitativen und quantitativen Aspekte offenkundig überschritten ist. Die vorliegende Wettbewerbsabrede ist als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

D.6.3.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG

1495. Nachfolgend wird beurteilt, ob diese Wettbewerbsabrede aus wirtschaftlichen Effizienzgründen i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen dazu finden sich in Rz 1442 ff.

1496. Dass die vorliegende Wettbewerbsabrede mit dem Kerngegenstand, zusammen den Wettbewerbsdruck zu dämpfen, der von den umfangreichen Kiesvorkommen im Aaretal resp. deren Abbau auf die daran beteiligten Unternehmen ausgeht, und welche die Gegenstände Verhinderung neuer Konkurrenz in diesem Gebiet, Dosierung des Wettbewerbsdrucks der KAGA bzw. ihres Wettbewerbsverhaltens und Dosierung des Wettbewerbsdrucks durch die Aktionärinnen umfasst, isoliert betrachtet nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann, ist evident und bedarf keiner Weiterungen.

1497. Damit hat diese Beurteilung an sich ihr Bewenden. Der Vollständigkeit halber wird nachfolgend gleichwohl noch beurteilt, ob zumindest eine teilweise Rechtfertigung der Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA, also einzelner Aspekte davon, möglich erscheinen würde, wobei sich gegebenenfalls alsdann noch die Frage von deren Isolierbarkeit stellen würde.

1498. Wie ausgeführt, verkörpert sich dieses gemeinsame Verständnis bzw. seine Umsetzung vor allem in der KAGA selbst, die als Werkzeug der Aktionärinnen konzipiert wurde. Denkbar wäre nun, dass die «kooperative Geschäftstätigkeit» im Rahmen der KAGA für sich (d.h. unter Ausblendung der erläuterten Gegenstände der Wettbewerbsabrede) zu wirtschaftlichen Effizienzen führt, die an sich als Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG zu qualifizieren wären. Solche wirtschaftlichen Effizienzgründe könnten sodann möglicherweise immerhin für diejenigen Aspekte der Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA rechtfertigend sein, die zur Realisierung der «kooperativen Geschäftstätigkeit» unverzichtbar sind.[2881]

1499. Zunächst wird nachfolgend beurteilt, ob die «kooperative Geschäftstätigkeit» im Rahmen der KAGA, so wie sie vorliegt, überhaupt notwendig wäre, um allfällige mit ihr verbundene wirtschaftliche Effizienzgründe zu realisieren. Eine Notwendigkeit ist, wie ausgeführt,[2882] nur zu bejahen, wenn die «kooperative Geschäftstätigkeit» kumulativ erstens geeignet ist, um die Effizienzvorteile zu erreichen, sie zweitens das mildeste geeignete Mittel dafür ist, und sie schliesslich drittens im Verhältnis zum angestrebten Ziel den Wettbewerb nicht übermässig einschränkt.

1500. Diese Voraussetzungen sind vorliegend allein schon aufgrund der Anzahl Unternehmen, die an der «kooperativen Geschäftstätigkeit» beteiligt sind, nicht erfüllt. Die Entstehungsgeschichte von KAGA belegt nämlich, dass es für ihre Realisierung nicht derart vieler Beteiligter bedurft hätte. Gegründet wurde die Vorgängerin der KAGA, die einfache Gesellschaft Kieswerk Uttigen (KWU), 1966 von vier Gesellschaften (Hofstetter, Kästli, Messerli und [U09]).[2883] Damals wurde festgehalten, dass «die Grösse des Kiesvorkommens in Uttigen die finanziellen Möglichkeiten eines einzelnen Werkes überschritt».[2884] Ob es für die Realisierung der finanziellen Möglichkeiten von vier Gesellschaften bedurfte oder ob hierfür auch schon die Mittel von weniger Gesellschaften ausgereicht hätten, kann hier offenbleiben. Denn später kamen bekanntlich noch weitere Gesellschaften zu diesen vier ursprünglichen Gesellschaften hinzu. Daepp stiess im April 1967 dazu,[2885] [U10] und Marti im November 1967,[2886] Heimberg im September 1969[2887] und – nach der Gründung von KAGA – [U11] in

[2874] Rz 387 f.
[2875] Siehe Rz 1478 zweites Lemma.
[2876] Rz 286–289.
[2877] Rz 362, 408, 422 und 1891.
[2878] Siehe zur etwa Rz 1784 ff. m.w.H. resp. Rz 1807 ff. m.w.H.
[2879] Rz 1734 ff.
[2880] Vgl. Rz 1734.
[2881] Für weitere Aspekte der Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA fehlt es hingegen von vornherein an der Rechtfertigungsvoraussetzung der Erforderlichkeit (dazu Rz 1443). Das ist etwa insgesamt beim Gegenstand C und dort insbesondere der Zusicherung «loyaler Konkurrenz» der Fall (siehe ausführlicher spezifisch zum Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet Rz 1756 ff. und zum Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen Rz 1620 ff.).
[2882] Rz 1443.
[2883] Rz 569.
[2884] Rz 569.
[2885] Rz 570.
[2886] Rz 574.
[2887] Rz 577.
[2888] Rz 722.

den 70er-Jahren.[2888] Grund für die Aufnahme und Zusammenarbeit mit diesen weiteren Gesellschaften war nicht etwa, dass sich der anfängliche Kreis der Beteiligten als für die Realisierung des Vorhabens KAGA zu klein erwiesen hätte oder dass KAGA ihre Tätigkeit ohne deren Aufnahme nicht hätte ausüben können. Vielmehr wurden diese zusätzlichen Gesellschaften aufgenommen, um eine Konkurrenzierung durch sie zu vermeiden. So wurde die Aufnahme und Zusammenarbeit mit den weiteren Gesellschaften etwa damit begründet, dass sie «als Aussenseiter (…) grössten Schaden zufügen könnte[n]»[2889], und dass durch eine Zusammenarbeit «der gegenseitigen Konkurrenz im Erwerb von Ausbeutungsrechten die Spitze gebrochen»[2890] werden könne.[2891] In die «kooperative Geschäftstätigkeit» wurden demnach deutlich mehr Unternehmen eingebunden als es zu deren Realisierung bedurft hätte. Damit steht zugleich fest, dass es sich aufgrund des zu grossen Kreises beteiligter Unternehmen bei dieser Zusammenarbeit nicht um das mildeste geeignete Mittel handelt, um allfällige wirtschaftliche Effizienzgründe, die mit der «kooperativen Geschäftstätigkeit» einhergehen könnten, zu verwirklichen. Denn dafür hätte eine Zusammenarbeit von weit weniger beteiligten Unternehmen ausgereicht. Das Tatbestandsmerkmal der Notwendigkeit ist bereits deshalb nicht erfüllt. Ob die «kooperative Geschäftstätigkeit» immerhin in anderweitiger Hinsicht (z.B. in sachlicher und räumlicher) das mildeste Mittel wäre, und wie es sich mit dem dritten Element der Notwendigkeit, der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne, verhalten würde, kann daher offenbleiben. Allfällige wirtschaftliche Effizienzgründe der «kooperativen Geschäftstätigkeit» können somit mangels Notwendigkeit von vornherein nicht auch nur für einzelne Aspekte der Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA rechtfertigend sein.

1501. Vigier trägt in ihrer Stellungnahme zum Antrag vor, es bleibe damit unbelegt, dass das Ziel auch mit weniger Unternehmen hätte erreicht werden können. Dass zu Beginn vier Gesellschaften genügten, erkläre weder, weshalb unter diesen Umständen der vermeintliche, der KAGA bereits in die Wiege gelegte Kartellrechtsverstoss diesfalls nicht hätte bestehen sollen, noch warum es einen Unterschied machen solle, ob vier oder sieben Aktionärinnen beteiligt seien. Vollkommen unbelegt sei auch, dass eine Zusammenarbeit von vier Unternehmen gleich effizient, umweltschonend und nachhaltig gewesen wäre. Einleuchtend sei dies nicht, da Effizienz, Nachhaltigkeit und Umweltschutz mit steigender Anzahl Teilnehmer ebenfalls steigen würden.[2892] Das Argument, dass damit nicht erklärt sei, weshalb bei vier beteiligten Gesellschaften der angeblich der KAGA bereits in die Wiege gelegte Kartellrechtsverstoss nicht bestünde, geht an der Sache vorbei. Wie bereits einleitend festgehalten, kann die vorliegende Wettbewerbsabrede mit dem Kerngegenstand, zusammen den Wettbewerbsdruck zu dämpfen, der von den umfangreichen Kiesvorkommen im Aaretal resp. deren Abbau auf die daran beteiligten Unternehmen ausgeht, und welche die Gegenstände Verhinderung neuer Konkurrenz in diesem Gebiet, Dosierung des Wettbewerbsdrucks der KAGA bzw. ihres Wettbewerbsverhaltens und Dosierung des Wettbewerbsdrucks durch die Aktionärinnen umfasst, isoliert betrachtet nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.[2893] Das gilt freilich ebenso, wenn an dieser Wettbewerbsabrede bloss vier und nicht sieben Aktionärinnen beteiligt wären. Die vorliegende Rechtfertigungsbeurteilung erfolgt der Vollständigkeit halber, ob zumindest eine teilweise Rechtfertigung der Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA, also einzelner Aspekte davon, möglich erscheinen könnte. Und insofern ist selbsterklärend, dass nicht das mildeste Mittel gewählt wurde, wenn mehr Unternehmen als erforderlich an einer Wettbewerbsabrede beteiligt sind, da eben bereits weniger Unternehmen ausreichen würden. Die allgemeine, unbelegte Behauptung von Vigier, je mehr Unternehmen beteiligt seien, desto effizienter, umweltschonender und nachhaltiger sei eine Zusammenarbeit, trifft so nicht zu, zumal sie die Fakten des konkreten Falls unberücksichtigt lässt. Vorliegend ist es so, dass die beteiligten Unternehmen ihre bisherigen Tätigkeiten unverändert fortführten und weiterhin fortführen (dass Heimberg keinen Kies mehr abbaut, hat seinen Grund nicht in der Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA), insofern hat sich durch die Zusammenarbeit also nichts verändert. Sodann sind es gerade einmal drei der sieben Aktionärinnen, die in grösserem Umfang das abgebaute Rohkies von KAGA abnehmen. Zwei weitere Aktionärinnen konnten immerhin bei ausgeprägter Subventionierung des Rohkiesbezugs mit dem Transportkostenausgleich zu einem erhöhten Bezug animiert werden, wohingegen namentlich Vigier auch diesfalls ihre bezogenen Mengen nicht bedeutend erhöhte. Marti-Gruppe wurde dieser Vorteil gar nicht erst gewährt. Oder anders gewendet: vier der sieben Aktionärinnen tragen zur «Auslastung» von KAGA wenig bei. Zudem beschränkt sich die Tätigkeit von KAGA auf den Rohkiesabbau. Bedeutende Infrastruktur wie etwa ein Kies-, Beton- oder Belagswerk, die auf Auslastung angewiesen ist, besteht also nicht. Das unbelegte Argument von Vigier, dass die Effizienzvorteile umso grösser seien, je mehr Unternehmen beteiligt seien, überzeugt daher in vorliegender Situation bereits im Grundsatz nicht.

1502. KAGA trägt in ihrer Stellungnahme zum Antrag vor, sie habe von Anfang an aus denselben Firmen bestanden, wobei im Laufe der Zeit sogar zwei, [U10] und [U11], ausgeschieden seien. Zudem liege es auf der Hand, dass der Effizienzgedanke umso stärker zum Tragen komme, je mehr Aktionärinnen den Rohkiesabbau in der KAGA bündeln. Sie könne den Rohkiesbedarf decken, entsprechend sei es effizient, wenn sie diese Leistung für möglichst viele Kieswerkbetreiber übernehme. Grössen- und Verbundvorteile würden dadurch noch grösser. Gerade der Deponienotstand zeige, dass es für KAGA wichtig sei, möglichst viel Rohkies absetzen zu können.[2894] Diese Vorbringen überzeugen nicht. KAGA

[2889] So in Bezug auf Heimberg Rz 577.
[2890] So in Bezug auf [U10] Rz 572.
[2891] Vgl. zu den Motiven für die Aufnahme der weiteren beteiligten Unternehmen Rz 571–573, 577 und 722. Siehe dazu ferner Rz 1728.
[2892] Act. VIII.164 Rz 60.
[2893] Rz 1496 f.
[2894] Act. VIII.156 Rz 41.

mag zwar mit acht Aktionärinnen gegründet worden sein. Das ändert jedoch nichts daran, dass ihre Vorgängerin nur vier Beteiligte kannte und die weiteren Beteiligten nicht dazu kamen, weil dies zur Realisierung des Projekts KAGA erforderlich gewesen wäre, sondern um eine Konkurrenzierung durch diese zu vermeiden. Ebenso wenig wie Vigier begründet KAGA, inwiefern im konkreten Fall die Effizienz umso grösser sein soll, je mehr Unternehmen beteiligt sind. Es kann diesbezüglich auf die vorangehenden Erwägungen verwiesen werden,[2895] mit denen dieses pauschale Argument jedenfalls für den konkreten Fall entkräftet wird. Es bleibt dabei: In die «kooperative Geschäftstätigkeit» wurden deutlich mehr Unternehmen eingebunden als es zu deren Realisierung bedurft hätte und es ist auch nicht so, dass die Einbindung der weiteren, nicht erforderlichen Unternehmen zu grösseren Effizienzen geführt hat.

1503. Der Vollständigkeit halber wird nachfolgend dennoch beurteilt, ob die «kooperative Geschäftstätigkeit» im Rahmen der KAGA für sich zu wirtschaftlichen Effizienzen führt, die an sich als Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG zu qualifizieren wären. Beurteilt werden zunächst die aktenkundigen Beweggründe der Beteiligten, die sie im Laufe der Jahre für ihre «kooperative Geschäftstätigkeit» anführten. Anschliessend wird noch ein wirtschaftlicher Effizienzgrund betrachtet, der zwar von den Beteiligten in der Vergangenheit nicht genannt wurde, der aber aus Sicht der Wettbewerbsbehörde als möglicherweise mit einer «kooperativen Geschäftstätigkeit» einhergehend denkbar erscheint.

1504. Beweggrund Landschafts- und Gewässerschutz: Mit ein Beweggrund für die «kooperative Geschäftstätigkeit» im Rahmen der KAGA war unter anderem ein «[G]ezielter und geordneter Kiesabbau im Aaretal im Interesse der Öffentlichkeit (Landschaftsschutz, Grundwasser) und im Interesse der beteiligten Kieswerke».[2896] Der Landschaftsschutz und der Gewässerschutz mögen durchaus hehre Motive sein, doch erübrigt es sich für die Wettbewerbsbehörden, abzuklären, wie es sich damit genau verhält. Denn um *wirtschaftliche* Effizienzgründe handelt es sich dabei nicht – und nur solche dürfen die Wettbewerbsbehörden im Rahmen der Effizienzprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG berücksichtigen. Einzig der Bundesrat könnte gestützt auf einen entsprechenden Antrag der Parteien andere, im öffentlichen Interesse liegende Gründe würdigen und eine nach Art. 4 und 5 KG an sich unzulässige Wettbewerbsabrede gestützt auf Art. 8 KG gleichwohl zulassen, wenn diese notwendig ist, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen. Kurzum: Dies ist kein wirtschaftlicher Effizienzgrund, weshalb eine Rechtfertigung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gestützt darauf nicht in Frage kommt. Unter Bezugnahme auf die Sachpläne ADT bringen KAGA, Alluvia und Kästli-Gruppe in ihren Stellungnahmen zum Antrag vor, hierbei handle es sich um Anliegen, die von den Sachplänen ADT ebenfalls verfolgt würden und sie würden diese mit KAGA umsetzen.[2897] Ob diese Anliegen nun in den Sachplänen ADT genannt werden oder nicht, ändert allerdings nichts daran, dass dies anderweitige, im öffentlichen Interesse liegende Gründe sind, nicht aber wirtschaftliche Effizienzgründe. Wie ausgeführt, erübrigen sich daher weitere Abklärungen dazu, inwiefern diese Anliegen mit KAGA verwirklicht werden.

1505. Zu präzisieren ist diesbezüglich Folgendes: Die im vorangehenden Absatz aufgeführte Rechtslage gilt seit 1996, als das aktuelle Kartellgesetz in Kraft trat. Zuvor, d.h. unter den Kartellerlassen von 1962 und 1985, galt hingegen die sogenannte Saldomethode, «wonach die Schädlichkeit nur dann vorlag, wenn ‘eine Abwägung der Vor- und Nachteile einen negativen Saldo ergab’»[2898]. Die «nützlichen und schädlichen Auswirkungen», die gegeneinander abzuwägen waren, konnten mannigfaltiger, auch nichtwirtschaftlicher Natur sein. Im Gesetzestext wurden exemplarisch etwa «die Versorgung, die Struktur des Wirtschaftszweiges» oder «die Landesteile» genannt.[2899] Ihren Anfang nahm die hier beurteilte Wettbewerbsabrede ebenso wie KAGA noch unter diesen früheren Kartellerlassen.[2900] Ob diese Wettbewerbsabrede und/oder die Verkörperung dieses gemeinsamen Verständnisses bzw. ihrer Umsetzung in der KAGA unter den früheren Kartellerlassen zulässig war oder nicht, ist hier dennoch nicht von Relevanz. Denn bereits bestehende Wettbewerbsabreden[2901] sind nach dem aktuellen Kartellgesetz zu beurteilen, «soweit sie seit dessen Inkrafttreten nach wie vor wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zeitigen».[2902] Die vorliegende Wettbewerbsabrede wurde bei Inkrafttreten des aktuellen KG nicht angepasst. Vielmehr wurde sie ebenso unverändert fortgeführt wie ihre Verkörperung in der KAGA und deren Geschäftsgebaren.[2903] Die von ihr ausgehenden Auswirkungen ab 1996 beurteilen sich daher nach der aktuellen Rechtslage, bei der, wie ausgeführt, nur noch wirtschaftliche Effizienzgründe als Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG in Betracht zu ziehen sind.

1506. Beweggrund Versorgungssicherstellung: Gleich wie beim Landschafts- und Gewässerschutz verhält es sich auch bei der mehrfach vorgebrachten «Versorgungsicherstellung»[2904] resp. der als «öffentlichen Versorgungsaufgabe» empfundenen Tätigkeit, wonach KAGA die Aufgabe der «Bereitstellung der Kiesversorgung in ihrem Kreis»[2905] habe. Es mag durchaus ein öffentliches

[2895] Vorangehende Rz.
[2896] Rz 569, siehe dazu auch Rz 723: «Im Rahmen dieses Konzepts ist die KAGA weiterhin bemüht, Ausbeutungsrechte zu erwerben, und die Kies-Rohmaterialgewinnung im Interesse der Aktionäre und der Öffentlichkeit (Landschaftsschutz usw.) zu koordinieren».
[2897] Act. VIII.156 Rz 83 ff., auch Rz 28–30, Act. VIII.162 Rz ff. 18 ff. und Act. VIII.163 Rz 38 ff.
[2898] DIKE KG-KLEY (Fn 1698), Vor Art. 1: Vorbemerkungen zur Entstehungsgeschichte des Kartellgesetzes N 47 (zum KG 62) und 49 (zum KG 85).
[2899] Art. 29 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20.12.1985 über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG 85; AS 1986 874, 882).
[2900] Rz 1464.
[2901] An dieser Stelle sei daran erinnert, dass bezüglich KAGA weder vor noch nach Inkrafttreten des aktuellen Kartellgesetzes ein Vorgang erfolgt war, der als Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG des aktuellen Kartellgesetzes zu werten wäre (vgl. Rz 1294 ff. und Fn 2547). Folglich stellt sich die Frage nicht, wie übergangsrechtlich mit einer solchen Situation umzugehen wäre.
[2902] BGE 124 III 495 E. 1, *Kantenbrechgerät*.
[2903] Rz 837 ff.
[2904] Rz 794. Zuweilen ist auch von «Versorgungssicherheit» in diesem Gebiet oder zu Gunsten der Aktionärinnen die Rede, siehe etwa Rz 814 und 768.
[2905] Vgl. die in Rz 813 wiedergegebene Aussage.

Interesse daran bestehen, dass Rohkies abgebaut wird und Deponievolumen zur Verfügung steht. Wie es sich mit diesem öffentlichen Interesse im Einzelnen verhält, braucht jedoch nicht beurteilt zu werden. Insbesondere kann offenbleiben, ob es für die Sicherstellung der «Versorgung in diesem Gebiet» der KAGA bedarf, oder ob nicht ein oder mehrere andere Unternehmen ebenso in der Lage wären, deren Tätigkeiten auszuüben. So oder so geht es bei der «Sicherstellung der Versorgung» nämlich – wenn schon – um die Wahrnehmung anderweitiger öffentlicher Interessen, nicht aber um einen wirtschaftlichen Effizienzgrund i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG. Gestützt darauf ist eine Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG daher nicht möglich. Unter Bezugnahme auf die Sachpläne ADT bringen KAGA, Alluvia und Kästli-Gruppe in ihren Stellungnahmen zum Antrag vor, hierbei handle es sich um Anliegen, die von den Sachplänen ADT ebenfalls verfolgt würden und sie würden diese mit KAGA umsetzen.[2906] Ob diese Anliegen nun in den Sachplänen ADT genannt werden oder nicht, ändert allerdings nichts daran, dass dies anderweitige, im öffentlichen Interesse liegende Gründe sind, nicht aber wirtschaftliche Effizienzgründe. Wie ausgeführt, erübrigen sich daher weitere Abklärungen dazu, inwiefern diese Anliegen mit KAGA verwirklicht werden.

1507. Ergänzend sei in diesem Zusammenhang sodann auf eine Erwägung hingewiesen, die erst an späterer Stelle ausgeführt wird.[2907] Die planungs- und bewilligungsrechtliche Ausgangslage prägt die Wettbewerbsverhältnisse zwar massgeblich.[2908] Sie ist aber als von aussen gegebene Rahmenbedingung von den Marktteilnehmern und insbesondere auch von den beteiligten Unternehmen hinzunehmen. Machen die beteiligten Unternehmen aus ihrer Sicht Defizite bei der erfolgten Planung aus, etwa wenn aus dieser an bestimmten Orten Knappheiten resultieren, ist es grundsätzlich gleichwohl nicht an den beteiligten Unternehmen, nunmehr selber gemeinsam quasi planerisch tätig zu werden und das Marktgeschehen zu ordnen[2909]. Letztlich kann hier aber offenbleiben, ob trotz Planungs- und Bewilligungshoheit beim Staat noch ein gewisses öffentliches Interesse an einer derartigen privaten «Planungstätigkeit» ausgemacht werden könnte. Denn jedenfalls würde es sich bei diesem öffentlichen Interesse nicht um einen wirtschaftlichen Effizienzgrund handeln, der zur Begründung einer kartellrechtlichen Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG herangezogen werden könnte.[2910]

1508. Beweggrund rationelle Nutzung von Kiesreserven durch die bestehenden Kieswerke: Als weiterer Beweggrund für die «kooperative Geschäftstätigkeit» im Rahmen der KAGA wurde die «[R]ationelle Nutzung der im Aaretal vorhandenen abbauwürdigen und abbaubaren Kiesvorräte durch die bestehenden Kieswerke» angeführt.[2911] Worin diese «rationelle Nutzung» liegen soll, wurde dabei allerdings nicht präzisiert oder näher erörtert. Vor allem aber haben die beteiligten Unternehmen die angerufene «rationelle Nutzung» nicht in einem gesamtwirtschaftlichen Sinne gemeint. Denn dieser Beweggrund wurde von ihnen dahingehend präzisiert, dass die «rationelle Nutzung» «durch die bestehenden Kieswerke» erfolgen soll. Nicht die gesamtwirtschaftliche Effizienz, also eine gesamtwirtschaftlich rationelle Ressourcennutzung, stand im Fokus, sondern vielmehr waren – auch bei diesem Beweggrund – strukturerhaltende Überlegungen und damit individuelle, betriebswirtschaftliche Zugewinne prägend. Unter der «wirtschaftlichen Effizienz» ist bei Art. 5 Abs. 2 KG die gesamtwirtschaftliche Effizienz zu verstehen, nicht eine betriebswirtschaftliche (wozu ja sogar die Erzielung einer Kartellrente gehören würde).[2912] Dieser Beweggrund der Beteiligten entspricht schon deshalb nicht der in Art. 5 Abs. 2 KG aufgeführten rationelleren Nutzung von Ressourcen, die im Übrigen ohnehin eine *rationellere* Nutzung voraussetzen würde und nicht – wie von den Beteiligten hier angerufen – bloss eine rationelle. Bei der «Struktur des Wirtschaftszweiges» oder dem Anliegen der Strukturerhaltung, um die es bei diesem Beweggrund geht, handelt es sich nicht um wirtschaftliche Effizienzgründe i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG. Es kann insofern auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden[2913]. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass nachfolgend – wie bereits im Antrag – der wirtschaftliche Effizienzgrund der Senkung von Herstellungs- oder Vertriebskosten noch beurteilt wird.[2914] An dieser Stelle geht es einzig um den aktenkundig aufgeführten Beweggrund der «rationellen Nutzung von Kiesreserven durch die bestehenden Kieswerke», der die rationelle Nutzung ausdrücklich mit den bestehenden Kieswerken verknüpft.[2915] Soweit sich Parteien in ihren Stellungnahmen zum Antrag auf die Senkung von Herstellungs- oder Vertriebskosten oder die rationellere Nutzung von Ressourcen berufen, sei daher auf die nachfolgenden Erwägungen verwiesen.

1509. Zweck, den Besitzstand einer jeden Aktionärin zu schützen: Festgestellt wurde, dass die Beteiligten mit den Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA subjektiv den Zweck verfolgten, den Besitzstand einer jeden Aktionärin zu schützen.[2916] Der subjektiv verfolgte Zweck ist demnach die Strukturerhaltung. Es kann auf die Ausführungen in der vorangehenden Rz verwiesen werden, wonach es sich dabei nicht um einen wirtschaftlichen Effizienzgrund i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG handelt.

[2906] Act. VIII.156 Rz 83 ff., VIII.162 Rz ff. 18 ff. und VIII.163 Rz 38 ff.

[2907] Siehe unten zum Thema der von der KAGA vorgenommenen Einschränkung der Deponiemöglichkeit je nach Herkunft des unverschmutzten Aushubs, Rz 1999 f.

[2908] Siehe ausführlicher dazu Rz 330 ff.

[2909] Deutlich dahingehend Rz 1114: «es [brauchte] einen massiven Eingriff, um am Markt das Deponievolumen bei der KAGA zur Verfügung zu stellen, damit sich der Markt nicht selber organisieren muss».

[2910] Dasselbe gilt auch bezüglich Art. 7 KG, vgl. Rz 1999 f.

[2911] Rz 569.

[2912] Rz 1442.

[2913] Rz 1504 f.

[2914] Siehe Rz 1510.

[2915] Vigier macht insofern geltend, es komme auf die subjektiven Absichten der Unternehmen bei der Effizienzbeurteilung nicht an (Act. VIII.164 Rz 49). Hier wurde geprüft, ob der von den beteiligten Unternehmen verfolgte Beweggrund der «rationellen Nutzung von Kiesreserven durch die bestehenden Kieswerke» ein rechtfertigender Effizienzgrund sein kann. Das wurde verneint, weil die Strukturerhaltung kein Effizienzgrund i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG ist. Mögliche Effizienzgründe i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG, die zwar nicht aktenkundig waren, wurden aber dennoch geprüft. Das Vorbringen von Vigier geht damit an der Sache vorbei.

[2916] Rz 942 ff., insbesondere Rz 946.

1510. Bei den aktenkundigen Beweggründen der Beteiligten, die diese im Laufe der Jahre für die «kooperative Geschäftstätigkeit» geäussert haben, sowie dem von ihnen mit den Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA subjektiv verfolgten Zweck handelt es sich demnach nicht um wirtschaftliche Effizienzgründe i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG. Aus Sicht der Wettbewerbsbehörde könnte mit einer «kooperativen Geschäftstätigkeit» jedoch ein wirtschaftlicher Effizienzgrund i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG einhergehen, nämlich die Senkung von Herstellungs- oder Vertriebskosten: Nachfolgend wird daher beurteilt, wie es sich mit einer Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten verhält, auch wenn dieser Punkt, soweit ersichtlich, von den Beteiligten in der Vergangenheit nicht als Beweggrund angeführt wurde. Zu beurteilen ist insbesondere, ob diese Kosten durch die «kooperative Geschäftstätigkeit» dank «economies of scale» gesenkt werden.

- Zunächst zu den Herstellungskosten: Bei einer Unternehmensanalyse kam KAGA 2002 zum Schluss, dass ihre Fähigkeit, Kiesvorkommen effizient zu fördern, etwa gleich sei wie diejenige ihrer Konkurrenz.[2917] Erachtet sich KAGA selbst beim Kiesabbau als etwa gleich effizient wie ihre Konkurrenz, die – verglichen mit KAGA – kleinere Kiesabbaustellen betreibt, lässt sich daraus schliessen, dass mit zunehmender Grösse (zumindest ab Grösse der Konkurrentinnen bis zur Grösse von KAGA) keine entscheidenden Kostenvorteile für die Stückkosten einhergehen. In Anbetracht dieser Selbsteinschätzung ist davon auszugehen, dass durch die «kooperative» Geschäftstätigkeit von KAGA respektive der dadurch erreichten Grösse die Herstellungskosten nicht, jedenfalls nicht entscheidend, gesenkt werden können.
- Ebenso wenig führte die «kooperative Geschäftstätigkeit» zu einer Reduktion der Infrastruktur und dadurch zu einer Senkung der Herstellungskosten: Von den beteiligten Unternehmen war nicht angestrebt, dass die Aktionärinnen ihre bisherigen Tätigkeiten, insbesondere den Kiesabbau oder gar die Kiesveredelung, nach der Gründung der KAGA aufgeben würden. Vielmehr wurde stets beabsichtigt und davon ausgegangen, dass sie diese Tätigkeiten weiterführen. Dass Heimberg den eigenen Abbau von Kies einstellte, hatte andere Gründe,[2918] hängt also nicht mit der «kooperativen Geschäftstätigkeit» zusammen. Alle übrigen Aktionärinnen bauen weiterhin selber Kies ab und verfügen ebenso wie KAGA über die hierfür erforderliche Infrastruktur. Zu einer Einsparung von Kosten, die ohne «kooperative Geschäftstätigkeit» mehrfach anfallen würden, mit ihr hingegen nur einmal (z.B. mehrfache vs. einfache Infrastruktur), kam es daher nicht.
- Sodann zu den Vertriebskosten: Bezüglich der Fähigkeit, Kies effizient auszuliefern und Deponiematerial effizient anzuliefern, wurde in derselben Unternehmensanalyse von 2002 festgehalten, KAGA sei in diesen beiden Bereichen nicht tätig.[2919] Sie ist es nach wie vor nicht. Eine Senkung der Vertriebskosten fällt mangels Tätigkeit von KAGA im Bereich des An- und Abtransports ausser Betracht. Aber mehr noch: Dass Kieswerke regelmässig in Kiesabbaustellen selbst oder in deren unmittelbarer Nähe liegen, kommt nicht von ungefähr, sondern wird vorgenommen, um die Transportkosten zu verringern.[2920] Der Transport von Rohkies ab einer Kiesabbaustelle zur Veredelung in einem andernorts bereits bestehenden Kieswerk ist ab einer gewissen Entfernung zwischen diesen beiden Standorten weniger wirtschaftlich als die Errichtung eines neuen Kieswerks vor Ort in der Kiesabbaustelle.[2921] Dass und inwiefern die Art und Weise, wie die «kooperative Geschäftstätigkeit» gelebt und die KAGA betrieben wird (unter anderem verfügt sie über kein eigenes Kieswerk[2922]), dazu beitragen könnte, die Vertriebskosten gesamtwirtschaftlich gesehen zu reduzieren, liegt deshalb jedenfalls nicht auf der Hand. Der von KAGA an die Aktionärinnen ausgerichtete Transportkostenausgleich[2923] deutet ebenso wie die Tatsache, dass Dritten dadurch erschwert wird, Leerfahrten zu vermeiden,[2924] vielmehr auf das Gegenteil hin. Dafür, KAGA in der Art und Weise zu betreiben, wie sie eben betrieben wird, waren und sind weiterhin andere Gründe ausschlaggebend[2925] als die gesamtwirtschaftlichen Vertriebskosten zu senken.

1511. Anderweitige Beweggründe der beteiligten Unternehmen für die «kooperative Geschäftstätigkeit» sind nicht erwiesen; insbesondere lassen sich den umfangreichen beschlagnahmten Unterlagen keine Anzeichen dafür entnehmen. Inwiefern mit der «kooperativen Geschäftstätigkeit» andere Gründe der wirtschaftlichen Effizienz als die beurteilte Senkung von Herstellungs- oder Vertriebskosten verbunden sein könnten, ist nicht ersichtlich.

1512. Einige Parteien wenden sich in ihren Stellungnahmen zum Antrag gegen diese Beurteilung. Ihre Argumente werden nachfolgend aufgeführt und anschliessend wird zusammengefasst darauf eingegangen (soweit die vorgebrachten Punkte nicht ohnehin bereits in den vorangegangenen Erwägungen abgehandelt worden sind). Einleitend sei aber daran erinnert, dass diese Beurteilung nur der Vollständigkeit halber erfolgt. Eine Rechtfertigung scheitert bereits daran, dass die fragliche Wettbewerbsabrede als solche ohnehin nicht gerechtfertigt ist.[2926] Selbst eine bloss teilweise Rechtfertigung der Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA, also einzelner Aspekte davon, scheitert schon nur deshalb, weil es sich bei der «kooperativen Geschäftstätigkeit» nicht um das mildeste Mittel handelt, da weit mehr Unternehmen daran beteiligt sind als erforderlich wären.[2927]

[2917] Rz 390.
[2918] Rz 799.
[2919] Rz 390 und 482.
[2920] Rz 278.
[2921] Rz 571. Ferner Rz 724.
[2922] Rz 875 ff.
[2923] Rz 1092 ff.
[2924] Rz 413 ff.
[2925] Rz 878 ff., insbesondere Rz 880–883.
[2926] Rz 1496 f.
[2927] Rz 1499–1502.

1513. Kästli-Gruppe trägt vor, KAGA sei ein partnerschaftlich organisiertes und geführtes Gemeinschaftsunternehmen, das von den Aktionärinnen gegründet worden sei, um mit gemeinsamen Mitteln eine mit hohem finanziellem Aufwand und Risiko behaftete Aufgabe zu bewältigen, die einzelne Unternehmen nicht bzw. nicht effizient hätten bewältigen können. Die Struktur der KAGA als Gemeinschaftsunternehmen und Partnerwerk habe keine volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen, sondern habe im Gegenteil die effiziente Gewinnung von Rohkies im Aaretal auch zum wirtschaftlichen Vorteil der Kunden gesichert. Das werde durch die auch im schweizweiten Vergleich tiefen Kies- und Deponiepreise von KAGA belegt. Ohne KAGA hätten die einzelnen Akteure jeweils selbst Abbaurechte erworben und dort jeweils Rohkies abgebaut. Aufgrund der kleinen Einzel-Abbaumengen wären die Skaleneffekte und damit die durch KAGA geschaffenen Effizienzgewinne ausgeblieben.[2928]

1514. Vigier macht geltend, der offensichtliche Zweck von KAGA werde verkannt. KAGA sei als «Partnerwerk» gegründet worden, weil die gemeinsame Rohkiesgewinnung nicht nur effizienter, sondern auch umweltschonender sei. So liessen sich die hohen Fix- und Amortisationskosten aufteilen und Umweltbelastungen vermeiden. Der sehr lange Planungshorizont sei mit erheblichen Kostenrisiken verbunden.[2929] Die rationellere Nutzung von Kiesreserven sei ein Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 5 Abs. 2 KG. Dass die rationelle Nutzung gesamtwirtschaftlich von Bedeutung sei, ergebe sich bereits aus dem Sachplan ADT. Durch die Zusammenarbeit innerhalb der KAGA hätten die Aktionärinnen den langfristigen Erhalt der Kiesreserven in der Planungsregion sichergestellt. Nur dank dieser Zusammenarbeit habe eine ausreichende Menge Kies abgesetzt und so auch das dringend benötigte Deponievolumen geschaffen werden können. Die Ressourcennutzung mit der Zusammenarbeit sei offensichtlich rationeller als ohne. Nur wegen KAGA sei es überhaupt möglich gewesen, in grossen Mengen Rohkies in einer die Umwelt schonenden Weise zur Verfügung zu stellen und auch unnötige Transporte – insbesondere Leerfahrten – zu vermeiden. Bei der über zehn Jahre andauernden angespannten Deponieplatzsituation im Kanton Bern habe sich diese Zusammenarbeit bewährt, habe KAGA doch während der gesamten Zeit auf den Engpass angemessen reagieren können.[2930]

1515. KAGA äussert sich am Ausführlichsten dazu. Sie macht geltend, sie sei zur gemeinsamen Rohkiesgewinnung gegründet worden und diene dazu, die langfristige Versorgung der Aktionärinnen mit Rohkies sicherzustellen. Die Erschliessung grosser Rohkiesvorkommen habe die finanziellen Möglichkeiten einzelner Gründer überschritten. Die Gründer hätten sich deshalb entschlossen, den Rohkiesabbau aus Effizienzgründen zusammenzulegen. Zudem wäre es auch jenseits der regulatorischen Möglichkeiten gelegen, dass die einzelnen Aktionärinnen je für sich Kiesvorkommen im Aaretal und in angrenzenden Gebieten hätten erschliessen können. Das hätte nämlich zu Versorgungsengpässen und hohen Transportaufkommen mit schweren Lastwagen geführt. KAGA habe sich als notwendige, sinnvolle privatwirtschaftliche Massnahme in die Planungsziele der jeweiligen Planungsträger eingefügt. Die Bedürfnisse insbesondere der betroffenen Bevölkerung seien bereits damals dieselben gewesen wie heute, weshalb nicht entscheidend sei, dass die umwelt- und planungsrechtlichen Normen in den 1970er und 1980er-Jahren noch nicht den heutigen entsprachen.[2931] Weiter trägt sie vor, der Kiesabbau sei komplex und erfolge in einem stark regulierten Umfeld. Er sei mit hohen Kosten und sehr langen Planungshorizonten verbunden, wodurch hohe und langfristige Vorinvestitionen erforderlich seien. Zudem bestünden mehrere Risiken, so das Realisierungsrisiko (politischer Prozess), das Absatzrisiko und die Rückstellungen für die künftige Rekultivierung. Für ein einzelnes mittelständisches Unternehmen sei dies betriebswirtschaftlich fast nicht machbar. Es bestünden hohe Fixkosten, die eine hohe Auslastung der Infrastruktur und die Erzielung von Grössenvorteilen voraussetzen würden, was bei mittelständischen Unternehmen nur mittels Kooperation in der Produktion gelingen könne.[2932] KAGA trägt ausserdem vor, sie sei ein Mittel zur Verteilung der Kosten und Risiken auf mehrere Schultern. Sie sei eine Reaktion von Unternehmen gewesen, die Schwierigkeiten gehabt hätten, je alleine auf sich gestellt Rohkies abzubauen. Der Abbau möglichst zentral in wenigen Gruben habe auch der Einhaltung der strengen Vorgaben des Umwelt-, Landschafts- und Naturschutzes gedient. Alles andere hätte den Widerstand der Bevölkerung provoziert, was wiederum die Kiesversorgung in Frage gestellt hätte. Ein Engpass an Kies, allenfalls sogar verbunden mit übermässigem Transportaufwand sei schlicht keine gesamtwirtschaftliche Option. KAGA diene damit vor allem dem Interesse der Aktionärinnen an einer langfristig gesicherten Kiesversorgung. KAGA übernehme diejenigen Aufgaben, die die Aktionärinnen teils nicht allein, nicht mit tragbaren Risiken oder zumindest nicht mit gleicher Effizienz erledigen könnten. Es gehe darum, das mit den hohen und langfristigen Vorinvestitionen verbundene Risiko auf mehrere Schultern zu verteilen. Dieser Zweck sei legitim und keineswegs kartellrechtswidrig – im Gegenteil sei dies aus ökonomischer Sicht durchaus effizient und wettbewerbsfördernd. Im Kern liege KAGA eine Spezialisierungsvereinbarung zu Grunde, die es KAGA ermögliche, Grössen- und Verbundvorteile und damit Kosteneinsparungen zu erzielen, Knowhow zusammenzulegen und zu erweitern, Produktionstechnologien zu verbessern und vor allem die unternehmerischen Risiken zu teilen. Spezialisierungsvereinbarungen würden anerkanntermassen der gesamtwirtschaftlichen Effizienzsteigerung dienen. Eine Vereinbarung über die gemeinsame Produktion, die zu Effizienzgewinnen führe, könne auch bei höheren Marktanteilen der daran Beteiligten gerechtfertigt werden. Aus einer Selbsteinschätzung von KAGA von 2002 abzuleiten, dass aus dieser Kooperation keine Reduktion der Herstellungskosten resultiere, sei nicht zulässig und nicht schlüssig. KAGA habe sich mit ihren «wichtigsten Konkurrenten» verglichen. Dementsprechend sei davon

[2928] Act. VIII.163 Rz 12 und 21–26.
[2929] Act. VIII.164 Rz 33–36.
[2930] Act. VIII.164 Rz 50–60.
[2931] Act. VIII.156 Rz 26–31.
[2932] Act. VIII.156 Rz 32–34.

auszugehen, dass sie sich mit grösseren Unternehmen verglichen habe, welche aufgrund ihrer Grösse ebenfalls Skaleneffekte erzielen könnten. Auch dass die Aktionärinnen den Rohkiesabbau grösstenteils nicht aufgegeben hätten, stehe nicht im Widerspruch zu einer effizienten Vereinbarung über die gemeinsame Produktion. KAGA habe Grössenvorteile, wenn sie wenige grössere Abbaustellen in unmittelbarer Nähe zueinander betreibe. Es hätte die Effizienz nicht gesteigert, wenn sie darüber hinaus die einzelnen verstreuten Abbaustellen der Aktionärinnen übernommen hätte. Da es sich bei den Abbaustellen der Aktionärinnen grösstenteils um bereits bestehende Abbaustellen handelte, wäre eine weitere Konzentration bei KAGA nicht geeignet gewesen, die Anfangsinvestitionen zu reduzieren. Auch eine Schliessung dieser Abbaustellen wäre aufgrund der bereits getätigten Investitionen nicht effizient gewesen.[2933]

1516. Zutreffend an diesen Ausführungen ist zunächst, dass der Planungshorizont ein ausgesprochen langer ist. Weiter trifft zu, dass gerade aufgrund der raumplanungs- und bewilligungsrechtlichen Voraussetzungen ein Realisierungsrisiko besteht, die Vorinvestitionen beachtenswert sind und Gewinne erst Jahre, wenn nicht Jahrzehnte später erzielt werden.[2934] Dass es sich dabei aber um Investitionen und Risiken handelt, die für die einzelnen beteiligten Unternehmen alleine nicht tragbar wären, überzeugt – jedenfalls in dieser Allgemeinheit – nicht. Denn als KAGA geschaffen wurde, war jede Aktionärin diese Investitionen und Risiken zuvor bereits jeweils alleine eingegangen, hat damals doch jede Aktionärin auch selbst für sich Rohkies abgebaut (und im Übrigen auch ein Kieswerk betrieben). Wenn KAGA vorträgt, sie sei eine Reaktion von Unternehmen gewesen, die Schwierigkeiten gehabt hätten, je alleine auf sich gestellt Rohkies abzubauen, findet das keinen Halt in den Tatsachen. Im Übrigen lässt sich den aktuellen Richtplänen entnehmen, dass die meisten Neuprojekte auch heute noch von jeweils einem einzelnen Unternehmen getragen werden und bloss ausnahmsweise von einer Kooperation von zwei Unternehmen.[2935] Die Risiken und Investitionen sind demnach durchaus tragbar für Unternehmen im Alleingang, so unter anderem insbesondere auch für die Aktionärs-Unternehmen Alluvia (Bubenloo), Marti-Gruppe (Neumatt) und Vigier (Stossebode). Zutreffend könnte höchstens sein, dass ein Abbauprojekt von der Grösse von KAGA für ein einzelnes der ursprünglich beteiligten vier Unternehmen allein nicht tragbar gewesen wäre. Das braucht allerdings nicht vertieft zu werden, da wie ausgeführt jedenfalls nicht derart viele Schultern erforderlich gewesen wären, um das Projekt tragbar zu machen. Die weiteren Unternehmen wurden erwiesenermassen nicht eingebunden, um das Risiko und die Investitionen auf zusätzliche Schultern zu verteilen, sondern um eine Konkurrenzierung durch diese zu verhindern[2936] – das lässt sich auch im Nachhinein weder schönreden noch übergehen. Da das Argument der Kosten- und Risikoverteilung auf viele Schultern nicht verfängt, kann offenbleiben, ob es sich dabei rechtlich gesehen um einen Effizienzgrund i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG handelt oder ob dieser Punkt an anderer Stelle in die rechtliche Beurteilung, etwa bei Art. 4 Abs. 1 KG, einfliessen würde.

1517. Als eigentlichen Effizienzgrund rufen diese Parteien die angeblich gesteigerte Effizienz durch den gemeinsamen Rohkiesabbau an. Sie machen damit Grössenvorteile geltend. Mit Grössenvorteilen lassen sich Herstellungs- oder Vertriebskosten senken oder Ressourcen rationeller nutzen, womit es sich dabei um Effizienzgründe i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG handeln würde. Substanziierte Angaben zu diesen angeblichen Grössenvorteilen machen sie dabei aber nicht, reichen auch keine Beweismittel dazu ein und stellen keine diesbezüglichen Beweisanträge. Eine andere Beurteilung aufgrund dieser unsubstanziierten Parteibehauptungen ist gerade in Anbetracht der internen Selbsteinschätzung von KAGA aus dem Jahre 2002 nicht angezeigt. KAGA macht diesbezüglich geltend, es sei nicht schlüssig, aus dieser Selbsteinschätzung, wonach sie gleich effizient sei wie ihre Konkurrenz, abzuleiten, es bestünden keine wesentlichen Grössenvorteile. Sie habe sich mit den wichtigsten Konkurrentinnen verglichen, die folglich über ähnliche Skaleneffekte wie KAGA verfügen würden. Zutreffend ist, dass die Unternehmensanalyse die Fähigkeiten von KAGA «(im Vergleich zu den wichtigsten Konkurrenten)» beurteilt hat. Nicht festgehalten wird allerdings, wer die «wichtigsten Konkurrenten» waren, die berücksichtigt wurden. Insofern aufschlussreich erscheinen weitere Dokumente, die im Hinblick auf die damaligen Strategieklausuren geschaffen wurden. Als relevantes Gebiet im Bereich Kies wurde die «Region Bern Süd bis Thun Nord, Gürbetal, Aaretal, Chisental» erachtet. Und als «Kiesförderer» im «direkten Marktgebiet KAGA» wurden einerseits die Aktionärinnen, andererseits «Kieshändler (Lehmann, [U04], [U01] etc.)» genannt.[2937] Bei den Aktionärinnen von KAGA handelt es sich zwar nicht um eigentliche Konkurrentinnen von ihr. Dennoch erscheint es naheliegend, dass sie ihre Effizienz im Bereich des Kiesabbaus mit diesen verglichen hat, zumal Kieshändler keinen Kies abbauen. Denn nur von den Aktionärinnen können ihr bzw. ihren Aktionärinnen die Kosten bekannt sein und damit ein Effizienzvergleich vorgenommen werden. Die Kosten von Konkurrentinnen sind KAGA hingegen unbekannt. Abgesehen davon wären mit Blick auf das von KAGA als relevant erachtete Gebiet bloss [U01] und [U53],[2938] allenfalls noch [U02], als Konkurrentinnen zu erachten. Gemein ist sowohl den Aktionärinnen als auch diesen Konkurrentinnen, dass ihre Abbaustellen deutlich kleiner sind als diejenigen von KAGA. Ohnehin handelt es sich bei KAGA um die grösste Abbaustelle im Kanton Bern,[2939] weshalb selbst bei einem Effizienzvergleich mit den kantonsweit grössten Abbaustellen – auch solchen Dritter, deren Kosten den Beteiligten allerdings gar nicht bekannt sein dürften – das Ergebnis, KAGA sei gleich effizient wie diese, hinsichtlich der vermeintlichen Skalenvorteile ernüchternd wäre.

[2933] Act. VIII.156 Rz 35–44 (zu Rz 41 siehe hiervor Rz 1502).
[2934] Siehe Rz 352.
[2935] Rz 392 f. und 398 f.
[2936] Rz 1500.
[2937] Siehe Rz 389.
[2938] Rz 1740.
[2939] Rz 369.

Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist auch die Aussage von Alluvia, die sich zwar auf veredelten Kies bezieht, aber auch aufschlussreich für die vorgelagerte Stufe des Kiesabbaus ist. Würde KAGA ein Kieswerk betreiben, dürfte sie sich gemäss Alluvia mit dem Preis für veredelten Kies in das bestehende Preisgefüge einfügen, «denn ihre Kosten dürften kaum wesentlich tiefer sein als jene der umliegenden Kieswerke».[2940] Rohkies ist der wesentliche Inputfaktor für veredelten Kies. Diese Aussage von Alluvia kann daher nur bedeuten, dass sie die Skalenvorteile von KAGA beim Kiesabbau als gering einschätzt. Denn die Abbaustellen der umliegenden Kieswerke sind wesentlich kleiner und dennoch sollen die Kosten von KAGA «kaum wesentlich tiefer» sein. Wie dem auch sei: Diese Grössenvorteile würden sich einzig aus der Grösse der Abbaustelle ergeben, unabhängig davon, ob diese nun von einem oder mehreren Unternehmen betrieben wird. Und dass bei der «kooperativen Geschäftstätigkeit» deutlich mehr Unternehmen zusammenwirken als zu deren Realisierung erforderlich sind, wurde bereits festgestellt, womit eine Rechtfertigung ohnehin ausscheidet. Damit kann offenbleiben, ob allfällige Grössenvorteile, so sie denn zumindest in einem gewissen Ausmass bestehen sollten, nicht durch gesteigerte Vertriebskosten gesamtwirtschaftlich wieder aufgewogen werden, die durch die Art und Weise entstehen, wie KAGA betrieben wird.[2941]

1518. Vigier beruft sich sodann ausdrücklich auf den in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Rechtfertigungsgrund der rationelleren Nutzung von Ressourcen. In ihren diesbezüglichen Ausführungen legt sie allerdings nicht nachvollziehbar dar, inwiefern die Nutzung der Kiesressource durch die Zusammenarbeit rationeller geworden sein soll – sie behauptet das bloss. Sie führt dabei aus, nur dank der Zusammenarbeit sei es möglich gewesen, immer eine ausreichende Menge Kies abzusetzen und in grossen Mengen Rohkies zur Verfügung zu stellen. Inwiefern sich aus einer gesteigerten Menge abgesetzten Rohkieses eine rationellere Nutzung ebendiesen Rohkieses ergeben soll, liegt nun nicht auf der Hand und wird von Vigier auch nicht erläutert. Substanziierte Sachverhaltsbehauptungen relevanter Tatsachen stellt sie dabei nicht auf, sie reicht keine Beweismittel dazu ein und sie stellt auch keine Beweisanträge in diesem Zusammenhang. Immerhin die von Vigier erwähnte Vermeidung unnötiger Transporte und insbesondere von Leerfahrten könnte eine rationellere Nutzung von Ressourcen i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG sein, so sie denn bestehen würde bzw. erwiesen wäre. Festgestellt wurde aber, dass die Art und Weise, wie KAGA betrieben wird (branchenuntypisch ohne eigenes Kieswerk, wodurch das von ihr abgebaute Rohkies zur Veredelung zunächst in Kieswerke transportiert werden muss und es Dritten erschwert ist, bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub bei KAGA leere Rückfahrten zu vermeiden), zu zusätzlichen Transporten und vermehrten Leerfahrten führen dürfte.[2942] Der Transportkostenzuschlag förderte ebenfalls, dass Rohkies von KAGA über weitere Distanzen transportiert wurde als es üblich wäre. Die von Vigier unsubstanziiert behauptete Vermeidung unnötiger Transporte und insbesondere von Leerfahrten findet also keine Stütze im festgestellten Sachverhalt, vielmehr dürfte sogar eher das Gegenteil erwiesen sein. Dem Vorbringen von Vigier, es liege eine rationellere Nutzung von Ressourcen vor, fehlt es demnach an einer Grundlage im erwiesenen Sachverhalt – es überzeugt nicht.

1519. Vigier und KAGA zählen sodann stichwortartig weitere Gründe auf, die sie als rechtfertigend erachten, so etwa die Nachhaltigkeit, den Umweltschutz, Verbundvorteile, die Zusammenlegung und Erweiterung von Know-How sowie die Verbesserung von Produktionstechnologien. Präzisierende Angaben dazu, wie und inwiefern die «kooperative Geschäftstätigkeit» zur Realisierung dieser Gründe beitragen und hierfür erforderlich sein soll, machen sie allerdings nicht, ebenso wenig reichen sie Beweismittel ein oder stellen Beweisanträge dazu. Da eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen ohnehin bereits aus anderen Gründen scheitert,[2943] kann darauf verzichtet werden, diesen bloss in den Raum geworfenen Stichworten weiter nachzugehen. Bloss ergänzend sei erwähnt, dass sie zumindest teilweise von vornherein eher abwegig erscheinen, so etwa die angeblichen Verbundvorteile. Inwiefern mit dem branchenuntypisch eingeschränkten Angebot von KAGA – sie bietet nur Rohkies an, aber keinen veredelten Kies – Verbundvorteile, also ein breiteres Sortiment bzw. Angebot, einhergehen könnten, ist zumindest ohne weitere Erläuterungen dazu nicht nachvollziehbar.

1520. Zusammenfassend ist hinsichtlich der Gründe der wirtschaftlichen Effizienz Folgendes festzuhalten: Die vorangehenden Erwägungen zeigen, dass es sich bei den beurteilten Beweggründen, welche die beteiligten Unternehmen im Laufe der Jahre für die «kooperative Geschäftstätigkeit» im Rahmen der KAGA geäussert haben, nicht um wirtschaftliche Effizienzgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG handelt. Dasselbe gilt für den Zweck, den sie subjektiv mit den Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA verfolgten. Allfällige öffentliche Interessen, die damit verwirklicht würden, können und dürfen von den Wettbewerbsbehörden nicht berücksichtigt werden – dafür zuständig wäre einzig und alleine der Bundesrat im Rahmen einer ausnahmsweisen Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen nach Art. 8 KG. Dass die «kooperative Geschäftstätigkeit» im Rahmen der KAGA die Herstellungs- oder Vertriebskosten senken würde, was ein wirtschaftlicher Effizienzgrund nach Art. 5 Abs. 2 KG wäre, ist nicht erwiesen. Anderweitige wirtschaftliche Effizienzgründe sind nicht ersichtlich und erst recht nicht erstellt. Eine Rechtfertigung aus wirtschaftlichen Effizienzgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG scheitert also auch deshalb.

1521. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass sich diese Wettbewerbsabrede und die Verkörperung dieses gemeinsamen Verständnisses bzw. seiner Umsetzung in der KAGA nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt.

[2940] Act. IX.30 Beilage 1 Rz 30 drittes Lemma.
[2941] Siehe Rz 1510 drittes Lemma.
[2942] Rz 1510 drittes Lemma.
[2943] Rz 1469 f. und Rz 1499–1502.

1522. Mehrere Parteien bringen vor oder deuten zumindest an, diese Beurteilung resp. die vorliegende Entscheidung sei der Todesstoss für «Partnerunternehmen» oder anderweitige sinnvolle und effiziente Kooperationen, gerade zwischen KMU.[2944] KAGA und Vigier äussern sich am Ausführlichsten hierzu – im Einzelnen:

1523. KAGA hält fest, dieses Vorgehen stelle etablierte Grundsätze in zahlreichen Branchen in der ganzen Schweiz in Frage, u.a. auch den Partnerwerkgedanken in der Kies- und Deponiebranche oder in der Stromerzeugung. Vor allem in der Energiebranche seien Partnerwerke üblich, wobei die Parallelen frappant seien. Kraftwerke seien ebenfalls mit sehr hohem Kapitalbedarf und Anfangsinvestitionen verbunden und hätten einen langen Investitionshorizont. Gewinne bestünden oft erst nach Jahren, wenn nicht Jahrzehnten. Diese langfristigen Risiken müssten getragen werden, wobei ein einzelnes Unternehmen in der Regel nicht dazu in der Lage oder nicht dazu bereit sei. Deshalb würden sich mehrere Energieversorger zusammenschliessen und eine gemeinsame AG gründen, um Kraftwerke zu realisieren und den produzierten Strom abzunehmen. Sie würden der Stromproduktion zu Gunsten der Aktionärinnen zu Gestehungskosten dienen und seien, ebenso wie KAGA, nicht primär auf Gewinnerzielung ausgerichtet. Bei den Partnerwerken sei es absolut üblich, dass die Aktionärinnen Vertreter in den VR entsenden würden. Partnerwerke seien der WEKO bekannt und bislang nie als problematisch erachtet worden. Warum ausgerechnet für KAGA andere Massstäbe gelten sollten als für andere Unternehmen und andere Branchen und weshalb die WEKO von ihrer bisherigen Praxis abweichen wolle, sei daher unverständlich. Die WEKO würde damit ohne sachliche Gründe eine neue Praxis begründen, die von allen Branchen beachtet werden müsste. Sie würde die Umsetzung solcher Partnerwerke und vergleichbarer Konstrukte in der Schweiz in Zukunft faktisch verunmöglichen, und zwar in allen Branchen. Mittelständische Unternehmen seien auf die Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen angewiesen, sonst würden sie vor unüberwindbaren Hindernissen stehen und wären gezwungen, Risiken zu übernehmen, die sie alleine nicht tragen können. Die Folgen wären fatal: Mittelständische Unternehmen würden aus dem Markt ausscheiden und auf diesem verblieben nur noch wenige grosse Anbieter. Es gäbe also nicht mehr, sondern weniger Wettbewerb. Gemäss Sekretariat soll der vorliegende Fall anders sein, da KAGA an Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt gewesen sei und sich gemäss Art. 7 KG unzulässig verhalten habe. Doch darum gehe es hier nicht. Diese Verhaltensweisen seien Gegenstand eigenständiger Massnahmen, über die KAGA eine Teil-EVR abgeschlossen habe. KAGA unterscheide sich also nicht von anderen Partnerwerken und ähnlichen Konstrukten. Sie sei daher ebenso zu behandeln wie andere Partnerwerke in anderen Branchen. Der Entscheid habe nicht nur Auswirkungen auf KAGA, sondern auf viele Branchen und damit auf einen erheblichen Teil der Schweizer Volkswirtschaft.[2945]

1524. Vigier führt aus, der Entscheid hätte weitreichende negative volkswirtschaftliche Auswirkungen. Ganze wirtschaftliche Branchen der Schweiz würden dadurch kriminalisiert. Partnerwerke in der Strombranche etwa wären somit allesamt inhärent wettbewerbswidrige Gebilde. Insbesondere bei Wasser- und Kernkraftwerken fänden sich zahllose Gemeinschaftsunternehmen analog KAGA. Solche Partnerwerke würden es den beteiligten Aktionärinnen ermöglichen, Ressourcen zusammenzulegen und ein gemeinsames Ziel zu verfolgen, nämlich für die Aktionärinnen die notwendigen Ressourcen effizient und nachhaltig bereitzustellen. Diese Branchen seien auf behördliche Bewilligungen angewiesen, die nur sehr restriktiv erteilt würden. Gewinne würden erst nach Jahren realisiert. Das werde dadurch verstärkt, dass diese Produktionsstätten oftmals über einen sehr hohen Anteil an Fix- und Amortisationskosten verfügen würden. Durch eine bessere Auslastung könnten die Gesamtkosten pro Einheit deutlich reduziert werden. Die gemeinsame Nutzung von Ressourcen sei somit effizient, nachhaltig und umweltschonend. All das käme den Konsumenten zu Gute. Mitnichten ginge es bei solchen Bestrebungen darum, eine kartellrechtswidrige Organisation zu gründen. Falls die WEKO so entscheide, habe dies weitreichende negative Konsequenzen in der gesamten Schweizer Volkswirtschaft. Partnerwerke wären nicht mehr zulässig, was negative Konsequenzen für den Wettbewerb und die Versorgungssicherheit der Schweiz habe.[2946]

1525. Diese dramatischen Darstellungen sind unzutreffend. Sie blenden die Sachverhaltsfeststellungen im konkreten Fall aus, insbesondere den Inhalt des festgestellten natürlichen Konsenses zwischen den Parteien, den es rechtlich zu beurteilen gilt. Führt man sich diesen Inhalt nochmals vor Augen, ist das Ergebnis keineswegs dramatisch und angsteinflössend, sondern eigentlich selbstverständlich: Die Wettbewerbsabrede der Parteien hat als Kerngegenstand, den Wettbewerbsdruck zu dämpfen, der von den Kiesvorkommen im Aaretal resp. deren Abbau auf die Beteiligten ausgeht. Er umfasst drei Gegenstände, nämlich die Verhinderung von neuen Konkurrentinnen im Aaretal (Gegenstand A), die Dosierung des Wettbewerbsdrucks, der von KAGA ausgeht (Gegenstand B), und die Dosierung des Wettbewerbsdrucks durch die Aktionärinnen (Gegenstand C). Der von den Beteiligten damit subjektiv verfolgte Zweck besteht in der Strukturerhaltung. Um die genannten Gegenstände zu verwirklichen, wurde KAGA quasi als Werkzeug geschaffen, entsprechend ausgestaltet und sie wird seither wie beabsichtigt von den Aktionärinnen gemeinsam gesteuert und eingesetzt. Zutreffend ist nun, dass wenn sich der Sachverhalt, insbesondere der Inhalt einer Abmachung, in einem künftigen Fall ebenso präsentieren wird, die Wettbewerbsbehörden wiederum gleich entscheiden werden. In Anbetracht des festgestellten Inhalts der Wettbewerbsabrede erscheint es unangebracht, wenn Parteien die KAGA nun als (harmloses, ja, gar wettbewerbsförderndes) «Partnerwerk» bezeichnen und Auswirkungen für sämtliche Branchen prophezeien. Echte Partnerwerke brauchen sich vor der hier vorgenommenen kartellrechtlichen Beurteilung jedenfalls nicht

[2944] Besonders deutlich Act. VIII.156 Rz 70–82; Act. VIII.164 Rz 24–29; ferner Act. VIII.162 Rz 124; Act. IX.30 Beilage 1 Rz 29; Act. IX.37 Rz 8 f., wonach die WEKO zur Totengräberin effizienter Wirtschaftsstrukturen würde; Act. VIII.163 Rz 12; Act. IX.30 Beilage 2 S. 3 f. und v.a. S. 8; andeutungsweise auch Act. VIII.161 Rz 26.
[2945] Act. VIII.156 Rz 70–82.
[2946] Act. VIII.164 Rz 24–29.

zu fürchten. Denn echte Partnerwerke fussen nicht auf solchen Abmachungen wie hier und sie sind nicht als Werkzeuge der Aktionärinnen konzipiert, um deren vereinbarte, wettbewerbsfeindliche Anliegen um- und durchzusetzen. Gegen effiziente Kooperationen, auch solche horizontaler Natur, hatte und hat die WEKO nichts einzuwenden, im Gegenteil, und daran ändert auch der vorliegende Entscheid nichts. Bloss ergänzend sei erwähnt, dass hier nicht etwa eine Kooperationsform zur Beurteilung ansteht, insbesondere eine Produktionsvereinbarung, die nach den Horizontal-Leitlinien der EU als unbedenklich einzustufen wäre.

D.6.3.5 Ergebnis zur kartellrechtlichen Zulässigkeit nach Art. 5 KG

1526. Aus dem Vorangehenden ergibt sich, dass die Aktionärs-Unternehmen und KAGA bewusst und gewollt zusammenwirken, indem sie übereingekommen sind, gemeinsam den Wettbewerbsdruck zu dämpfen, der von den umfangreichen Kiesvorkommen im Aaretal resp. von deren Abbau auf sie ausgeht. Dieses Zusammenwirken baut auf drei Gegenständen, erstens neue Konkurrentinnen im Aaretal verhindern, zweitens den Wettbewerbsdruck von KAGA dosieren und drittens den Wettbewerbsdruck durch die Aktionärinnen dosieren. Dieses Zusammenwirken bzw. seine Umsetzung verkörpert sich im Wesentlichen in KAGA selbst und tritt mit deren Geschäftsgebaren stets von Neuem zu Tage. Die hier gegebene Drosselung des Wettbewerbs bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung. Dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken begann 1970 resp. 1977 im Falle von Vigier und dauert bis heute an. Es liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

1527. Diese Wettbewerbsabrede erfüllt den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG nicht. Sowohl der qualitative als auch der quantitative Aspekt dieser Wettbewerbsabrede sind aber je als sehr gewichtig einzustufen, weshalb die Erheblichkeitsschwelle in der Summe der qualitativen und quantitativen Aspekte offenkundig überschritten ist. Die Wettbewerbsabrede ist daher als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Ein wirtschaftlicher Effizienzgrund i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG geht mit dieser Wettbewerbsabrede nicht einher. Auch bezüglich der «kooperativen» Tätigkeit im Rahmen der KAGA, worin sich diese Wettbewerbsabrede weitgehend verkörpert, sind keine wirtschaftlichen Effizienzgründe auszumachen. Selbst wenn man insofern zu einem anderen Schluss kommen wollte, würde dies am Ergebnis nichts ändern. Denn um allfällige mit KAGA verbundene wirtschaftlichen Effizienzgründe zu realisieren, müssen nicht derart viele Unternehmen zusammenarbeiten, womit es an der in Art. 5 Abs. 2 KG vorausgesetzten Notwendigkeit fehlen würde. Kurzum: Die Wettbewerbsabrede lässt sich nicht nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen.

1528. Dieses Zusammenwirken stellt demnach eine kartellrechtlich unzulässige Wettbewerbsabrede dar. Da diese Wettbewerbsabrede «nur» gegen Art. 5 Abs. 1 KG verstösst und weder den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 noch denjenigen von Abs. 4 KG erfüllt, sind die Abredebeteiligten nicht nach Art. 49a KG zu sanktionieren.

D.6.4 Das Recht der Aktionärinnen, je ein Mitglied in den VR von KAGA zu entsenden, die gelebte Entsendepraxis und der Informationsaustausch im VR

1529. In diesem Kapitel wird beurteilt, ob die in Kapitel C.5.4 zur Organisation der KAGA und der Zusammenarbeit der Aktionärinnen innerhalb der KAGA-Gremien[2947] festgestellten Tatsachen als unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind oder nicht. Dabei spielen insbesondere auch die Ausführungen in Kapitel C.6.3.1 zur Zuordnung von Äusserungen von VR-Mitgliedern der KAGA[2948] eine Rolle.

D.6.4.1 Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

D.6.4.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

1530. Als erstes Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG wird nachfolgend beurteilt, ob ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vorliegt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1408 ff.

1531. Festgestellt ist, dass die Aktionärinnen im KAGA-Vertrag vereinbart haben, dass jede Aktionärin ein Mitglied in den VR von KAGA abordnen kann und dadurch Einsitz im VR von KAGA nimmt.[2949] Einschränkungen hinsichtlich der Personenauswahl haben sie trotz der strukturellen Interessenkonflikte aufgrund der Tätigkeitsbereiche der Aktionärinnen nicht vorgesehen.[2950] Das Entsenderecht wurde denn auch in all den Jahren uneingeschränkt praktiziert: Bei den entsandten Personen handelte es sich ausser bei Marti-Gruppe durchwegs mindestens um «gewöhnliche» Mitglieder des VR der jeweiligen Aktionärin. Bei Marti-Gruppe handelte es sich bei den entsandten Personen teilweise ebenfalls um Mitglieder des VR, teilweise auch um ranghohe, leitende Angestellte.[2951] Untrennbar damit verbunden ist das gleichzeitige Einverständnis der Aktionärinnen, dass die von ihnen selbst und den anderen Aktionärinnen entsandten VR-Mitglieder die Verwaltungsratsangelegenheiten diskutieren und die hierfür erforderlichen Informationen erhalten[2952] sowie über die entsprechenden Auskunfts- und Einsichtsrechte verfügen.[2953] Es besteht insofern ein natürlicher Konsens zwischen den Aktionärinnen, also eine Vereinbarung. Diese ist als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Sinne von Art. 4

[2947] Kapitel C.5.4 Organisation der KAGA und Zusammenarbeit der Aktionärinnen innerhalb der Gremien der KAGA, Rz 535 ff.
[2948] Kapitel C.6.3.1 Vorbemerkung: Zuordnung an zwei juristische Personen von Äusserungen, die ein Verwaltungsrat der KAGA an VR-Sitzungen macht, Rz 671 ff. Siehe im Übrigen auch die Ausführungen zur organisatorischen Massnahme, wonach jede Aktionärin an den gemeinsamen Entscheiden im VR beteiligt wurde und so die Möglichkeit hatte, ihre Interessen in den VR einzubringen (Ausführungen zu Gegenstand B der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA, «B.2 Organisatorische Massnahmen: Beteiligung jeder Aktionärin am gemeinsamen Entscheid über konkrete Umsetzung der Aktionärsinteressen», Rz 896–909).
[2949] Rz 676 ff.
[2950] Rz 541.
[2951] Rz 545 und 686.
[2952] Rz 540.
[2953] Insbesondere Art. 715a OR. Im Kontext von Kreuz- und Doppelmandaten hierauf hinweisend auch MAGNIN (Fn 2740), 184.

Abs. 1 KG zu qualifizieren,[2954] womit das erste Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede erfüllt ist.

1532. Inhaltlich geht es bei diesem natürlichen Konsens zwischen den Aktionärinnen um die Zusammensetzung des VR von KAGA und den damit verbundenen Informationsfluss in diesem Gremium. Die Aktionärinnen wählten denn auch übereinstimmend mit dieser Vereinbarung gegenseitig ihre jeweiligen Vertreter in den VR von KAGA.[2955] KAGA ist nun selber als ein Unternehmen im Sinne des KG zu qualifizieren.[2956] Am Informationsfluss, der im Rahmen ihres VR erfolgt, ist sie zwangsläufig stets beteiligt. Primär, indem sie Informationen über sich in dieses Gremium trägt, aber auch, indem sie Kenntnis von den Informationen über die Aktionärinnen (und somit vorliegend über andere Unternehmen) erhält, die deren Vertreter im VR von KAGA äussern.[2957] Mit anderen Worten ist KAGA stets in das Geschehen involviert, das sich in ihrem VR abspielt, und sie ist Teil von diesem. Diese Involviertheit von KAGA liegt in der Natur der Sache. Sie war von vornherein absehbar und musste entsprechend sowohl den Aktionärinnen von KAGA als auch KAGA selber bewusst gewesen sein. Zudem war diese Involviertheit von KAGA von allen Aktionärinnen und KAGA (qua Personalunion in ihrem [späteren] Exekutivorgan, dem VR, der sich aus Aktionärsvertretern zusammensetzt) zumindest billigend auch gewollt. Denn andernfalls hätte von Anfang darauf verzichtet werden müssen, ein Recht der Aktionärinnen zur Entsendung je eines Mitglieds in den VR von KAGA zu vereinbaren – das eine geht nicht ohne das andere. Ob diese Involviertheit von KAGA in rechtlicher Hinsicht nun als natürlicher Konsens zwischen allen Beteiligten, d.h. den Aktionärinnen und KAGA, oder als abgestimmte Verhaltensweise zwischen den Aktionärinnen einerseits, KAGA andererseits, zu qualifizieren ist,[2958] ist nur von akademischem Interesse – evident ist nämlich jedenfalls, dass insofern ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen den Aktionärinnen und KAGA vorliegt, ob dieses nun unter die eine oder die andere Variante zu subsumieren ist.

D.6.4.1.2 Mehrzahl von beteiligten Unternehmen

1533. Als zweites Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG ist zu beurteilen, ob an diesem bewussten und gewollten Zusammenwirken eine Mehrzahl von Unternehmen beteiligt ist. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1411 ff.

1534. Am bewussten und gewollten Zusammenwirken sind zunächst einmal die Aktionärinnen von KAGA beteiligt. Seit 2004 sind es sieben Aktionärinnen, wobei diese nach dem Zusammenschluss von Hofstetter und Messerli im Jahr 2006 sechs unterschiedlichen Unternehmen zugehören.[2959] Wie in Rz 1532 ausgeführt, ist auch KAGA an diesem bewussten und gewollten Zusammenwirken beteiligt. KAGA selbst ist ebenfalls als ein Unternehmen im Sinne des KG zu qualifizieren.[2960] Damit ist eine Mehrzahl von Unternehmen, nämlich sieben (die sechs Aktionärs-Unternehmen und KAGA), am bewussten und gewollten Zusammenwirken beteiligt,[2961] womit das zweite Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede erfüllt ist.

1535. Dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken begann mit der Gründung von KAGA im Jahr 1970 und dauert bis heute an,[2962] wobei Aare-Kies (Daepp), Heimberg, Hofstetter, Kästli, Marti, Messerli und KAGA seit Anbeginn daran beteiligt sind,[2963] während Kiestag (Vigier) im Jahr 1977 dazu stiess.[2964] Nur, aber immerhin, für einen Unterbruch von knapp zwei Jahren (von September 2005 bis August 2007) war Marti nicht mehr im VR von KAGA vertreten. Danach nahm sie diese Rolle wieder wahr.[2965] Das bewusste und gewollte Zusammenwirken zwischen allen Aktionärinnen und KAGA dauerte aber über die Zeit dieses kurzen Unterbruchs bei der Besetzung der VR-Stelle durch einen Vertreter von Marti an. Dieser Hiatus hob das bewusste und gewollte Zusammenwirken, also den Konsens, nämlich nicht auf, sondern setzte nur dessen Umsetzung für eine gewisse Zeit und einzig in Bezug auf Marti aus. Dass das Zusammenwirken zwischen der Marti-Gruppe und den weiteren Unternehmen dadurch nicht aufgehoben wurde, zeigt sich im Übrigen schon nur daran, dass sich Marti für die erneute Besetzung der VR-Stelle auf die entsprechende Klausel im KAGA-Vertrag – und damit auf ebendieses bewusste und gewollte Zusammenwirken – berief und die übrigen Beteiligten diesem Ansinnen denn auch entsprechend nachkamen.[2966] Ab 1996 misst sich die kartellrechtliche Zulässigkeit dieses bewussten und gewollten Zusammenwirkens am aktuellen Kartellgesetz (siehe Rz 1505).

D.6.4.1.3 Wettbewerbsbeschränkung

1536. Als drittes Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG wird hiernach die Wettbewerbsbeschränkung beurteilt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1414 ff.

1537. Ob ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken mehrerer Unternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt, hängt – gerade bei einem Informationsaustausch – regelmässig unter anderem davon ab, wie die beteiligten Unternehmen zueinander im Wettbewerb stehen,[2967] insbesondere ob sie sich in einem horizontalen Verhältnis zueinander befinden oder nicht.[2968]

[2954] Vgl. Rz 1409.
[2955] Rz 676 ff. und 543.
[2956] Rz 1304.
[2957] Ausführlich zur Doppelrolle der VR-Mitglieder von KAGA Rz 676 ff.
[2958] Für Erstes spricht etwa, dass KAGA die Änderung des KAGA-Vertrags von 1977 selbst auch mitunterzeichnete (vgl. Rz 590 ff.). Für Zweites spricht etwa, dass die Wahl des VR eine Angelegenheit der GV und damit der Aktionärinnen ist, nicht eine solche der Aktiengesellschaft selbst, weshalb sich KAGA bezüglich der Wahl ihres VR nicht rechtlich binden kann.
[2959] Rz 516 f. und auch Rz 1292 f.
[2960] Rz 1304.
[2961] Rz 1413.
[2962] Vgl. Rz 543 zur Zusammensetzung des VR von KAGA.
[2963] Rz 582.
[2964] Rz 590.
[2965] Rz 679–682.
[2966] Rz 681.
[2967] Siehe allgemein hierzu die tabellarische Übersicht in Rz 1448.
[2968] Im Ergebnis vergleichbar BVGer, B-4596/2019 vom 6.6.2023 E. 5.4.1.5, *Leasing – CA Auto Finance*; illustrativ insofern auch Art. 10 Abs. 3 VertBek.

1538. Das hier zu beurteilende bewusste und gewollte Zusammenwirken beschlägt den VR von KAGA und damit ohne Weiteres sämtliche Tätigkeiten von KAGA. Da KAGA insofern im Zentrum steht, interessiert an dieser Stelle insbesondere, wie die beteiligten Unternehmen zu KAGA im Wettbewerb stehen. Betroffen sind der Markt für Rohkies, und zwar sowohl auf Hersteller- als auch auf Händlerseite, und der Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub. Jedenfalls auf der Beschaffungsseite ist auch der Markt für veredelten Kies betroffen. Der Tätigkeitsbereich von KAGA beschlägt an sich auch den Markt für Abbaurechte. Hinsichtlich des hier zu beurteilenden bewussten und gewollten Zusammenwirkens erübrigt es sich jedoch, diesen mitzuberücksichtigen, da insofern das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen dominiert.[2969]

1539. Auf dem Markt für Rohkies sind KAGA und all ihre Aktionärinnen aktiv. Ausser Heimberg, die «nur» als Händlerin tätig ist, sind alle übrigen beteiligten Unternehmen sowohl als Herstellerinnen als auch als Händlerinnen tätig. In räumlicher Hinsicht überlappen sich die Tätigkeitsbereiche aller Aktionärinnen ausser der Marti-Gruppe mit dem räumlichen Tätigkeitsbereich von KAGA. Der räumliche Tätigkeitsbereich von der Marti-Gruppe überlappt sich aber immerhin mit demjenigen von Alluvia. Auf dem Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub sind KAGA, Kästli-Gruppe, Vigier, Alluvia und Marti-Gruppe aktiv, nicht aber Heimberg und Daepp. In räumlicher Hinsicht verhält es sich gleich wie beim Markt für Rohkies.[2970] Auf dem Markt für veredelten Kies sind alle Aktionärinnen von KAGA tätig, KAGA selber jedoch nicht. Die räumlichen Tätigkeitsbereiche von Daepp, Heimberg, Kästli-Gruppe und Vigier überlappen sich. Der räumliche Tätigkeitsbereich von Alluvia überlappt sich nicht mit demjenigen von Vigier, hingegen mit demjenigen von Daepp, Heimberg, Kästli-Gruppe und – als einzige – Marti-Gruppe.[2971] Zwischen den in einem bestimmten Bereich tätigen Akteuren, deren räumliche Tätigkeitsbereiche sich überlappen, besteht aktuelle Konkurrenz, d.h., es liegen horizontale Verhältnisse vor.

1540. Dass Heimberg innert absehbarer Zeit erneut als «Herstellerin» von Rohkies aktiv wird, nachdem sie ihre Abbaustellen vor ca. 40 Jahren wegen dem Grundwasserschutz schliessen musste[2972] und seither keine solchen mehr betreibt, ist als unrealistisch einzustufen. Dies vor allem auch deshalb, weil Heimberg davon ausgehen musste, keine Kiesgrube in der Nähe ihres bestehenden Kieswerks eröffnen zu können, da KAGA noch im Jahr 2012 das diesbezügliche Konkurrenzverbot im KAGA-Gebiet gegen Daepp anrief.[2973] Die Deponierung von unverschmutztem Aushub weist, wie ausgeführt, einen engen Zusammenhang mit der Rohkiesgewinnung auf.[2974] Da Heimberg weder aktuell noch potenziell eine Kiesabbaustelle betreibt, verfügt sie auch weder jetzt noch in absehbarer Zeit über eine Aushubdeponie. Mit einem anderweitigen Markteintritt von Heimberg in den Deponiemarkt, z.B. mit einer Deponie auf grüner Wiese, ist ebenfalls nicht zu rechnen. Heimberg ist daher weder bei der «Herstellung» von Rohkies noch als Anbieterin von Deponievolumen für unverschmutzten Aushub als potenzielle Konkurrentin zu betrachten. Bei Heimberg bleibt es demnach dabei, dass sie «nur» auf dem Markt für Rohkies als Händlerin sowie im Markt für veredelten Kies in einem Konkurrenzverhältnis zu KAGA (zu deren Stellung im Markt für veredelten Kies Rz 1542) und den übrigen Aktionärinnen mit Ausnahme von Marti-Gruppe (aufgrund der räumlichen Distanz) steht.

1541. Ob Daepp auf dem Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub als potenzielle Konkurrentin zu qualifizieren ist, ist weniger eindeutig als bei Heimberg. Denn Daepp baut Kies in Gruben ab. Sie verfügt dadurch – anders als Heimberg – über Abbaustellen, die insbesondere auch zur Deponierung von unverschmutztem Aushub verwendet werden können, ja, aufgrund der Pflicht zur Wiederauffüllung der Gruben sogar wieder aufgefüllt werden *müssen*. Allerdings nimmt Daepp diese Auffüllung aktuell nicht selber vor, sondern KAGA. Bereits 1986 wurde ihre Abbaustelle in das «Wiederauffüllungskonzept der KAGA» integriert; mit dem Vorteil, dass dadurch «die beiden Firmen KAGA und Aarekies AG von den Schuttlieferanten nicht mehr gegeneinander ausgespielt werden» konnten.[2975] Und bei der Erweiterung des Abbaugebiets von Daepp im Jahr 2012 sicherte sich KAGA unter Berufung auf das Konkurrenzverbot im KAGA-Vertrag im Gegenzug die Deponierechte an diesem zusätzlichen Abbaugebiet.[2976] Zudem gibt Daepp an, nicht daran interessiert zu sein, selber wieder eine Deponie für unverschmutzten Aushub betreiben zu wollen.[2977] Von der Ausgangslage her würde von den Abbaustellen von Daepp an sich die Gefahr einer Konkurrenzierung im Bereich Deponierung von unverschmutztem Aushub drohen. Durch die mit KAGA gefundenen «Lösungen» wurde diese jedoch aus der Welt gebannt. Beim hier zu beurteilenden bewussten und gewollten Zusammenwirken geht es nun nicht um die kartellrechtliche Zulässigkeit dieser «Lösungen», sondern um das Recht der Aktionärinnen, je einen Vertreter in den VR von KAGA zu bestellen, und den Informationsaustausch im Rahmen des VR. In diesem Kontext und in Anbetracht der tatsächlich gelebten Verhältnisse ist Daepp nicht als potenzielle Konkurrentin im Bereich Deponierung von unverschmutztem Aushub zu qualifizieren, da gerade aufgrund der mit KAGA gefundenen «Lösungen» nicht mit einem baldigen Markteintritt von Daepp gerechnet werden musste.

[2969] Denn die insofern im VR von KAGA ausgetauschten Informationen betreffen Abbaurechte an Grundstücken im KAGA-Gebiet, die KAGA zu erwerben beabsichtigt oder erworben hat. Für Abbaurechte an dortigen Grundstücken besteht ein Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen (dazu Rz 1690 ff.). Dieses überlagert und verdrängt allfällige Wettbewerbsbeschränkungen, die diesbezüglich mit dem Informationsaustausch im VR von KAGA verbunden sein könnten. Entsprechend erübrigt es sich, in vorliegendem Kontext diesen Markt zu berücksichtigen.
[2970] Vgl. Rz 1448.
[2971] Rz 1448.
[2972] Rz 799.
[2973] Rz 595 ff.
[2974] Rz 240.
[2975] Rz 750.
[2976] Rz 601, 886 und 916.
[2977] Rz 422.

1542. KAGA ist als einziges der beteiligten Unternehmen im Bereich veredelter Kies aktuell nicht aktiv. Sowohl vom Fachwissen, von den Branchenkenntnissen, von den finanziellen Möglichkeiten[2978] als vor allem auch vom Zugang zu Rohkies her wäre es ihr aber ohne Weiteres möglich, in diesem Bereich tätig zu werden, zumal KAGA in ihren Anfangszeiten bereits eine Kiesaufbereitungsanlage betrieben hat.[2979] KAGA ist daher im Bereich veredelter Kies eine potenzielle Konkurrentin,[2980] und sie steht in diesem Bereich in einem horizontalen Verhältnis zu ihren Aktionärinnen mit Ausnahme von Marti-Gruppe (wegen der räumlichen Distanz).

1543. Zusammengefasst bestehen für die hier interessierenden Belange folgende horizontalen Verhältnisse mit Fokus auf die Relation zu KAGA, die vorliegend im Mittelpunkt steht:

- Rohkies (Herstellungsebene):
  Sachlich: KAGA, Daepp, Kästli-Gruppe, Vigier, Alluvia und Marti-Gruppe.
  Räumlich: KAGA überlappt mit Daepp, Kästli-Gruppe, Vigier und Alluvia.
- Rohkies (Händlerebene):
  Sachlich: KAGA, Daepp, Heimberg, Kästli-Gruppe, Vigier, Alluvia und Marti-Gruppe.
  Räumlich: KAGA überlappt mit Daepp, Heimberg, Kästli-Gruppe, Vigier und Alluvia.
- Veredelter Kies:
  Sachlich: KAGA (potenziell), Daepp, Heimberg, Kästli-Gruppe, Vigier, Alluvia und Marti-Gruppe.
  Räumlich: wie Rohkies (Händlerebene).
- Deponie für unverschmutzten Aushub:
  Sachlich: KAGA, Kästli-Gruppe, Vigier, Alluvia und Marti-Gruppe.
  Räumlich: KAGA überlappt mit Kästli-Gruppe, Vigier und Alluvia.

1544. Nur gerade im Verhältnis zwischen KAGA und Marti-Gruppe besteht demnach kein horizontales Verhältnis. Dies allerdings nicht, weil Marti-Gruppe nicht auf denselben sachlichen Märkten aktiv wäre, sondern einzig, weil sich die räumlichen Tätigkeitsbereiche nicht überlappen. Da sich der räumliche Tätigkeitsbereich von Marti-Gruppe immerhin mit demjenigen von Alluvia überlappt, ist sie zumindest in einem räumlich benachbarten Gebiet tätig. Dass auch Marti-Gruppe am bewussten und gewollten Zusammenwirken beteiligt ist, ändert sodann nichts an den bestehenden horizontalen Verhältnissen zwischen den übrigen hieran beteiligten Unternehmen. Für die hier zu beurteilende kartellrechtliche Zulässigkeit des bewussten und gewollten Zusammenwirkens dominiert demnach die horizontale Komponente die Verhältnisse zwischen den beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten. Der etwas anders gelagerten Situation von Marti-Gruppe ist nicht an dieser Stelle Rechnung zu tragen, sondern gegebenenfalls bei der Sanktionierung von Marti-Gruppe.

1545. Heimberg betont in ihrer Stellungnahme zum Antrag sowie anderswo mehrmals, dass sie KAGA nicht konkurrenziere, da sie weder Kies abbaue noch eine Deponie betreibe.[2981] Darauf wurde bereits eingegangen und es kann auf jene Erwägungen verwiesen werden.[2982] Hier sei bloss wiederholt, dass sowohl auf dem Markt für veredelten Kies als auch auf dem Markt für Rohkies (Händlerebene) zwischen Heimberg einerseits und KAGA (sowie etlichen weiteren Beteiligten) andererseits ein horizontales Verhältnis besteht. Ergänzend kann insofern auch noch auf Rz 1578 hingewiesen werden.

1546. Nachfolgend sind entsprechend Wettbewerbsbeschränkungen durch einen Informationsaustausch auf horizontaler Ebene zu beurteilen.

1547. Gelangen Unternehmen durch einen Informationsaustausch an Informationen, die ihnen Aufschluss über das Marktverhalten und die Marktstrategien anderer Unternehmen geben, kann dies dazu beitragen, dass sie ähnliche Erwartungen hinsichtlich der Unsicherheiten auf dem Markt entwickeln, was zu einem Kollusionsergebnis führen kann. Hierin liegt, nebst anderen, eine der möglichen Wettbewerbsbeschränkungen eines Informationsaustauschs.[2983] Wie es sich damit verhält, beurteilt sich – angelehnt an die europäische Praxis und Rechtsprechung[2984] – einerseits anhand der Eigenschaften

[2978] Alluvia hält in ihrer Stellungnahme zum Antrag fest, entweder sei diese Angabe unzutreffend oder aber, sofern diese Angabe zutreffe, seien die im Antrag vorgesehenen Massnahmen 1.8 und 1.9 entsprechend unbegründet (Act. VIII.162 Rz 80). Diese Argumentation überzeugt nicht, beides lässt sich widerspruchslos miteinander vereinbaren: KAGA verfügt zwar über die finanziellen Möglichkeiten, doch besteht die Gefahr, dass die Aktionärinnen diese aushöhlen; um das zu verhindern, waren die Massnahmen 1.8 und 1.9 im Antrag vorgesehen.

[2979] Rz 575, 583 und 735.

[2980] Siehe dazu auch Rz 885.

[2981] Act. VIII.161 u.a. Rz 31 sowie Act. IX.30 Beilage 3 Rz 19, weitere Fundstellenangaben in Rz 1468.

[2982] Rz 1468.

[2983] Horizontal-Leitlinien (Fn 2719), Rz 378 (vgl. auch aHorizontal-Leitlinien 2011 [Fn 2719], Rz 58 und 66).

[2984] Ein Heranziehen der Horizontal-Leitlinien in diesem Zusammenhang als sachgerecht erachtend BVGer, B-4596/2019 vom 6.6.2023 E. 5.2.2.5 f., *Leasing – CA Auto Finance*; BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 4.3.1 und 4.3.4, *Ascopa*, und auch E. 6.3.5.7 in Bezug auf Art. 5 Abs. 1 KG.

des betroffenen Marktes und andererseits anhand der Eigenschaften der ausgetauschten Informationen sowie der Modalitäten des Austauschs, wobei eine Gesamtwürdigung vorzunehmen ist.[2985]

1548. Bevor diese Eigenschaften beurteilt und eine Gesamtwürdigung vorgenommen wird, ist der Präzision halber noch festzuhalten, dass bzw. wie die Aktionärinnen über die im VR von KAGA ausgetauschten Informationen Kenntnis erlangt haben. Die Kenntnisnahme dieser Informationen durch die Aktionärinnen hängt entscheidend damit zusammen, wie das Entsenderecht von den Beteiligten in der Jahrzehnte langen Praxis gelebt wurde. Bei den entsandten Personen handelte es sich, mit Ausnahme einzig von Marti-Gruppe, jeweils zumindest um «gewöhnliche» VR-Mitglieder der Aktionärinnen selbst. Bei Marti-Gruppe handelte es sich bei den entsandten Personen teilweise ebenfalls um Mitglieder des VR, teilweise auch um ranghohe, leitende Angestellte.[2986] Liegt eine Doppelorganschaft vor, d.h., die entsandte natürliche Person ist nicht nur Organ von KAGA, sondern ausserdem Organ ihrer Aktionärin, ist das Wissen um die im VR von KAGA ausgetauschten Informationen unweigerlich zugleich auch bei der jeweiligen Aktionärin vorhanden.[2987] Die jeweilige Aktionärin erlangt unmittelbar und unausweichlich Kenntnis von den im VR von KAGA ausgetauschten Informationen, da ein Organ von ihr an diesen Sitzungen präsent ist.[2988] Ist die entsandte natürliche Person hingegen nur Organ von KAGA, nicht aber zugleich auch Organ ihrer Aktionärin, ist eine solche Wissenszurechnung aus zivilrechtlicher Sicht nicht automatisch anzunehmen. Bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist das entsprechende Wissen jedoch ebenfalls als bei der Aktionärin vorhanden anzusehen, sofern es sich bei der entsandten Person um einen leitenden Angestellten der Aktionärin handelt. Denn leitende Angestellte wirken bei der Willensbildung der Aktionärin ebenfalls mit, prägen deren Wirtschaftsverhalten und lassen hierbei ihr Wissen miteinfliessen.[2989] Ist eine entsandte natürliche Person bei der sie entsendenden Aktionärin hingegen bloss subaltern oder gar nicht tätig, würde nicht eo ipso ein Informationsfluss an diese Aktionärin erfolgen, sondern es bräuchte hierfür noch einer entsprechenden Wissensweiterleitung bei der Aktionärin. Diese Situation bestand vorliegend allerdings bei keiner Aktionärin zu keinem Zeitpunkt. Die Aktionärinnen erlangten also unmittelbar durch die von ihnen in den VR von KAGA entsandten natürlichen Personen Kenntnis von den dort geflossenen Informationen, entweder zwangsläufig aufgrund von Doppelorganschaft oder weil es sich um leitende Angestellte handelt, die bei der Willensbildung der Aktionärin mitwirken.

1549. Zur Marktstruktur: Weist ein Markt die Merkmale konzentriert, nicht-komplex, stabil, symmetrisch und hinreichend transparent auf, begünstigt dies, dass Kollusionsergebnisse eintreten, während Kollusionsergebnisse weniger zu erwarten sind, wenn ein Markt die jeweils antonymen Merkmale aufweist.[2990]

1550. Zu diesen Kriterien lässt sich aus dem Sachverhalt Folgendes feststellen:

- Sowohl beim Markt für Rohkies (Herstellerebene) als auch beim Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub handelt es sich im geografisch relevanten Gebiet um konzentrierte Märkte mit wenigen Anbieterinnen.[2991] KAGA verfügt in beiden diesen Märkten über die mit Abstand grössten Abbau- und Deponiestandorte, gefolgt von ihren Aktionärinnen Kästli (Kästli-Gruppe), Aare-Kies resp. Daepp (nur auf dem Markt für Rohkies; der Deponiebetrieb auf dem Gelände von Daepp wird von KAGA geführt) und Vigier.[2992] Die Aktionärinnen Messerli und Hofstetter (beide Alluvia) und Marti (Marti-Gruppe) sind ebenfalls auf diesen sachlichen Märkten tätig, wobei sich das Absatz- bzw. Einzugsgebiet von Alluvia teilweise räumlich mit demjenigen von KAGA überschneidet.[2993] Einzig die Aktionärin Heimberg ist auf diesen sachlichen Märkten nicht resp. nicht als Herstellerin aktiv. Sie ist jedoch im selben geografischen Raum tätig und zwar auf dem Markt für Rohkies auf Händlerebene sowie im nachgelagerten Markt der Kiesveredelung, der aufgrund der regelmässigen vertikalen Integration von Rohkiesgewinnung und –

[2985] BVGer, B-4596/2019 vom 6.6.2023 E. 5.3.1.12 und 5.3.3, *Leasing – CA Auto Finance*; RPW 2011/4, 584 Rz 391, *Ascopa*; RPW 2011/4, 517 ff., *Benchmarking Hypothekarzinsmargen*; RPW 2007/1, 177 Rz 37, *Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungs-bereich*. Anders wohl BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 4.5, *Ascopa*. In diesem Urteil prüfte das BVGer bei Art. 4 Abs. 1 KG, ob die ausgetauschten Informationen Wettbewerbsparameter oder wettbe-werbssensible Informationen beschlagen oder Rückschlüsse auf solche zulassen. Weitere Aspekte seien erst im Rahmen von Art. 5 KG zu prüfen (z.B. E. 4.5.4.2.2 in fine). Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG ist allerdings nicht ein «Betroffensein von Wettbewerbsparametern», wie dies das BVGer in diesem Urteil (und anders als sonst) anzunehmen scheint und entsprechend prüft (deutlich die Titel, insbesondere diejenigen von E. 7, wobei anzufügen bleibt, dass das BVGer unter dem Titel «bezweckte Wettbewerbsbeschränkung» einzig das «Bezwecken» prüft, vgl. E. 7.3 und siehe auch E. 4.4.3.9.3). Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG ist vielmehr «eine Wettbewerbsbeschränkung» (vgl. Rz 1407 ff. zu den Tatbestandsmerkmalen von Art. 4 Abs. 1 KG). Deshalb wird vorliegend bei Art. 4 Abs. 1 KG das gesetzliche Tatbestandsmerkmal «Wettbewerbsbeschränkung» beurteilt. Diese Beurteilung erfordert bei einem Informationsaustausch unter anderem eine Berücksichtigung der in Rz 1547 ff. beurteilten Aspekte. Da diese weiteren Aspekte auch nach Ansicht des BVGer im Ascopa-Urteil vollumfänglich in der kartellrechtlichen Beurteilung zu prüfen sind, einfach an späterer Stelle (bei Art. 5 Abs. 1 KG, vgl. etwa E. 6.3.5.3 ff., insbesondere E. 6.3.5.7, und in Bezug auf die eigentliche Beurteilung E. 6.4 f.; vgl. aber auch E. 4.6.5.1, wo einige dieser Aspekte in Bezug auf Art. 4 Abs. 1 KG erwähnt werden, «soweit dies im vorliegenden Zusammenhang bereits relevant ist»), bleibt diese unterschiedliche Vorgehensweise ohne Folge für das Endergebnis. Kommt hinzu, dass das BVGer selbst die im Ascopa-Urteil gewählte Vorgehensweise in einem jüngeren Urteil zum Informationsaustausch nicht übernommen hat, sondern – wie hier – die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale beurteilte (BVGer, B-4596/2019 vom 6.6.2023 E. 5, insbesondere E. 5.3, *Leasing – CA Auto Finance*).

[2986] Rz 545 und 686.

[2987] Vigier mag dies anders sehen (Act. VIII.164 Rz 84, Act. IX.30 Beilage 5 Rz 17–22) – ihre Ansicht überzeugt jedoch in Anbetracht des festgestellten Sachverhalts nicht (vgl. Rz 540 und 672 ff.).

[2988] Daran können auch Geheimhaltungsvereinbarungen oder Chinese Walls nichts ändern (so aber der Vorschlag von Heimberg, vgl. Act. VIII.161 Rz 52 erstes und zweites Lemma; Act. IX.30 Beilage 3 Rz 28).

[2989] Rz 686 und 704.

[2990] Horizontal-Leitlinien (Fn 2719), Rz 412 (vgl. auch aHorizontal-Leitlinien 2011 [Fn 2719], Rz 77 ff.).

[2991] Zum Markt für Rohkies Rz 362, 385 ff. und 1784 ff. m.w.H., zum Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub Rz 422, 474 ff. und 1807 ff. m.w.H.

[2992] Rz 362 und 385 ff. resp. Rz 422 und 474 ff.

[2993] Rz 387 f.

veredelung[2994] ebenfalls ein konzentrierter Markt mit wenigen Anbieterinnen ist, sowie auf dem Markt für Transportdienstleistungen.[2995] Drittkonkurrentinnen, die ihre Abbau- und Deponiestandorte in diesem Gebiet haben, sind nur sehr wenige vorhanden und sie sind, gerade im Verhältnis zu KAGA, massiv kleiner.[2996]

- Weiter geht es in beiden Märkten um nicht-komplexe Güter: Rohkies mag sich zwar je nach Abbaustelle etwas unterschiedlich zusammensetzen und Kieswerke sind zuweilen auf Ergänzungsbezüge von Kieskomponenten angewiesen, die bei ihren Abbaustellen in einem bestimmten Moment in zu geringem Mass vorhanden sind.[2997] Das macht Rohkies aber noch nicht zu einem komplexen, differenzierten Gut – selbst auf dem nachgelagerten Markt für Kiesveredelung, also nach dem nächsten Verarbeitungsschritt, geht es um ein standardisiertes, homogenes Gut.[2998] Bei der Deponierung für unverschmutzten Aushub handelt es sich ebenfalls um ein homogenes Gut, bei dem der Wettbewerb im Wesentlichen über den Preis spielt.[2999]

- Aufgrund der raumplanungs- und baurechtlichen Bewilligungen3[3000] ist das Volumen von Rohkies und von Deponie für unverschmutzten Aushub, über das eine Herstellerin resp. Anbieterin verfügt, von vornherein limitiert. Sie kann nur, aber immerhin, innerhalb des vorgegebenen bewilligten Volumens den Abbau oder die Auffüllung zu einer bestimmten Zeit beschleunigen oder verlangsamen, soweit die etappenweise Bewirtschaftung dies erlaubt.[3001] Das wirkt sich wiederum entsprechend auf den Gesamtzeithorizont aus, bis das Volumen erschöpft ist, je nachdem eben etwas früher oder etwas später.[3002] Eine kurzfristige Angebotserhöhung, soweit vom Bewirtschaftungsablauf her überhaupt möglich, geht also zu Lasten der künftig bei dieser Anbieterin zur Verfügung stehenden Volumina. Das insgesamt in einer Region bewilligte Volumen richtet sich dabei nach dem erwarteten Bedarf und wird anhand von Richtwerten festgelegt;[3003] ist mit anderen Worten ebenfalls von vornherein limitiert. Weiter bestehen in beiden Märkten hohe Marktzutrittsschranken.[3004] Zudem sind aufgrund der planungs- und bewilligungsrechtlichen Voraussetzungen beabsichtigte Marktzutritte lange im Voraus allgemein bekannt.[3005] Die Angebotssituation ist daher ausgesprochen stabil. Die Nachfrage wiederum hängt auf beiden Märkten von der Bautätigkeit ab und schwankt mit dieser, wobei auf dem Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub das Angebot über etliche Jahre kaum mit der Nachfrage mithalten konnte.[3006] Einzelne allgemein bekannte Grossbauprojekte (insbesondere Stadion Wankdorf und Stadion Thun) können in einem bestimmten Jahr zu einem stärkeren Ausschlag der Nachfrage nach Deponievolumen führen.[3007] Die Nachfrage ist somit als in einem gewissen Masse schwankend, aber nicht als stark schwankend zu bewerten. Bei Betrachtung sowohl der Angebots- als auch der Nachfragesituation ist von einem insgesamt eher stabilen Markt auszugehen.

- Kommt hinzu, dass auf diesen beiden Märkten grundsätzlich ausgesprochen lange Planungshorizonte bestehen[3008] und die Anbieterinnen entsprechend davon ausgehen, sehr langfristig auf diesen Märkten tätig zu sein. Die Anbieterinnen haben daher allesamt ein Wissen darum, auf lange Sicht mit den wenigen anderen Anbieterinnen (die ebenfalls einen langen Planungshorizont haben) zu interagieren.[3009]

- Hinsichtlich der Transparenz fallen wiederum die raumplanungs- und baurechtlichen Vorgaben ins Gewicht. Den Anbieterinnen sind aus den Richtplänen die grundeigentümerverbindlich gesicherten Abbau- und Auffüllreserven sowie vor allem auch die künftigen, im Rahmen von Festsetzungen, Zwischenergebnissen und Vororientierungen festgelegten Volumina der anderen Anbieterinnen sowie deren Standorte bekannt.[3010] Je nach Alter der Richtpläne sind die Angaben zu den momentan vorhandenen, grundeigentümerverbindlich gesicherten Abbau- und Auffüllreserven mehr oder weniger aktuell.

1551. Die Marktstruktur weist vorliegend in mehrfacher Hinsicht und zuweilen sogar stark ausgeprägt Merkmale auf, die begünstigen, dass ein Informationsaustausch zu Kollusionsergebnissen führt.

1552. Zu den Eigenschaften der ausgetauschten Informationen und den Modalitäten des Austauschs: Ob Kollusionsergebnisse aufgrund eines Informationsaustauschs zu erwarten sind, hängt freilich auch von den ausgetauschten Informationen selbst sowie den diesbezüglichen Modalitäten ab. Es muss sich um sensible Informationen handeln, die sich auf Wettbewerbsparameter beziehen, wobei es genügt, wenn die Informationen Rückschlüsse auf solche zulassen.[3011] Praxisgemäss werden unter diesem Gesichtspunkt folgende Merkmale näher betrachtet: die strategische Relevanz der ausgetauschten Informationen, die Marktabdeckung des Informationsaustausch, das Aggregationsniveau der Informationen, das Alter der Daten, die Häufigkeit des Austauschs, ob es sich um öffentlich bekannte Informationen handelt und ob der Informationsaustausch öffentlich zugänglich ist oder nicht.[3012]

[2994] Rz 286–289.
[2995] Rz 362, 408, 422 und 1891.
[2996] Siehe zur etwa Rz 1784 ff. m.w.H. resp. Rz 1807 ff. m.w.H.
[2997] Rz 285.
[2998] Rz 284.
[2999] Rz 319.
[3000] Rz 330 ff.
[3001] Rz 353.
[3002] Rz 353.
[3003] Siehe Rz 335 und 358.
[3004] Rz 1790 ff. resp. 1812 ff.
[3005] Rz 351.
[3006] Rz 426 ff.
[3007] Vgl. etwa Rz 269, wonach das Grossbauprojekt Stadion Wankdorf ca. 400'000 Kubikmeter Aushub ausmachte.
[3008] So sollen etwa Festsetzungen im Sachplan den Bedarf während den nächsten 35 Jahren abdecken (Rz 341), während Zwischenergebnisse und Vororientierungen die Zeit danach betreffen.
[3009] Siehe zu diesem Aspekt aHorizontal-Leitlinien 2011 (Fn 2719), Rz 83 f.
[3010] Rz 355 und 358, für ein Beispiel dieser Informationen Rz 343.
[3011] So BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 4.5.3.3, Ascopa. Vgl. auch Horizontal-Leitlinien (Fn 2719), Rz 384.
[3012] Horizontal-Leitlinien (Fn 2719), Rz 384 ff. (vgl. auch aHorizontal-Leitlinien 2011 [Fn 2719], Rz 86 ff.); BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 6.3.5, Ascopa.

1553. Zu diesen Kriterien lässt sich aus dem Sachverhalt Folgendes feststellen:

- Die im VR von KAGA behandelten Themen und die diesbezüglichen Informationen sind regelmässig von geschäftsrelevanter Natur, was sich bereits daran zeigt, dass KAGA diese als Geschäftsgeheimnisse gegenüber Dritten (nicht aber gegenüber ihren Aktionärinnen) bezeichnet und die «Monatsinfo für VR» den Vermerk «Vertraulich für internen Gebrauch» tragen.[3013] Die geteilten Informationen waren mannigfaltigen Inhalts. Überwiegend betrafen sie KAGA, waren also unternehmensspezifisch, und aktuell. In der «Monatsinfo für VR»[3014] wurde etwa die Nachfrage bei KAGA nach Rohkies und Deponievolumen pro Monat des aktuellen Jahres abgebildet und das Verhältnis bei dieser Nachfrage zwischen Aktionärinnen und Dritten angegeben. Zudem wurde der aktuelle Stand des «Kiesvorrat abgedeckt» und des «Verfügb. Auffüllvolumen» pro Abbau- resp. Deponiestandort von KAGA aufgeführt.[3015] An den VR-Sitzungen wurden unter anderem die erwartete Kies- und Deponieplatznachfrage bei KAGA, Anpassungen der Listenpreise sowie das Investitionsbudget behandelt. Ferner waren etwa Grundstückkaufverträge, Dienstbarkeitsverträge oder Kiesstockvorkäufe von KAGA Thema im VR und auch die Vorzugspreise der Aktionärinnen beim Bezug von Kies, der Transportkostenausgleich sowie mögliche Einschränkungen bei der Annahme von unverschmutztem Aushub wurden behandelt.[3016] In mehreren Jahren fanden auch Strategietagungen statt, anlässlich derer unter anderem mögliche neue Aktivitätsfelder von KAGA diskutiert wurden.[3017] An den VR-Sitzungen besprochen wurde ferner etwa die beabsichtigte Übernahme von [U01], wobei über den Gang der Verhandlungen und die Angebote von KAGA informiert wurde;[3018] in umgekehrter Richtung informierte die Aktionärin Kiestag (Vigier) über ihr Angebot an [U01].[3019] Abgesehen davon wurden im VR von KAGA auch noch anderweitige geschäftsrelevante Informationen, welche die Aktionärinnen betrafen, geteilt.[3020] Besonders ausgeprägt war dies anlässlich der Strategietagungen von KAGA im Jahr 2002: Jede Aktionärin gab damals unter anderem den «Stellenwert des Kiesgeschäftes», den «Geogr. Aktionsradius», die «Kiesreserven», den «Jährliche[n] Ausstoss», die «Vertragskunden», die «Zukünftige Marktentwicklung», die «Bedürfnisse der Kunden», das «Aktuelle Preisniveau» sowie schliesslich den «Konkurrenzdruck» bekannt.[3021] Dabei handelt es sich um unternehmensspezifische, aktuelle Informationen. Zum Teil dürfte es sich dabei zwar um Daten handeln, die öffentlich bekannt sind (etwa einzelne Vertragskundinnen) oder zumindest aus der Erfahrung abschätzbar sind (etwa der geografische Aktionsradius), zum Teil sind es aber auch nicht öffentlich zugängliche Informationen (wie etwa der jährliche Ausstoss) und Einschätzungen (etwa Prognosen über die künftige Marktentwicklung). Für die Festsetzung der Höhe des Transportkostenausgleichs wurden sodann die Transportzeit und -distanz zu den einzelnen Kieswerken ermittelt, die Belad- und Abladzeiten pro Fuhre bei KAGA bestimmt und die Lohn-, Diesel- und Fahrzeugkosten berechnet, wobei jährliche Anpassungen vorgenommen wurden.[3022] In diesem Zusammenhang meldeten die Aktionärinnen auch ihre mutmasslichen Kiesbezüge, die sie im kommenden Jahr bei KAGA zu tätigen beabsichtigten.[3023] Insbesondere bei Letzterem handelt es sich um nicht öffentlich zugängliche Informationen, die unternehmensspezifisch das künftige Nachfrageverhalten betreffen. Zuweilen wurde in den Unterlagen für den VR auch einzeln pro Aktionärin die jeweilige Menge an Rohkies und Deponievolumen aufgeführt, die diese während bestimmten Jahren bei KAGA bezogen haben.[3024] 2008 wurde auf Anfrage eines VR-Mitglieds sodann die jeweilige Menge an Rohkies und Deponievolumen einzeln für die Jahre 2002 bis und mit 2007 aufbereitet, welche die Aktionärinnen von KAGA sowie fünf namentlich bezeichnete Dritte bei KAGA bezogen haben.[3025]
- Noch detaillierter waren die Informationen, die im Rahmen der von November 2003 bis September 2016 bestehenden, vier Mal im Jahr tagenden FIKO bekanntgegeben wurden.[3026] Allein in der jährlich zusammengestellten Broschüre «Die KAGA in Zahlen» sind unter anderem die zahlenmässigen Entwicklungen des Kiesabbaus und der Deponierung bei KAGA sowie des durchschnittlichen Bruttoerlöses pro Kubikmeter (Kies und Deponie) abgebildet. Weiter sind die Kiesbezüge jeder einzelnen Aktionärin sowie von [U01] und den übrigen Dritten pro Jahr aufgeschlüsselt. Aufgeführt sind ferner etwa die mutmasslichen bewilligten Kiesreserven und die mutmasslichen Auffüllreserven. Aufgeteilt nach Regionen sind sodann die Massenflüsse in Kubikmetern dargestellt.[3027] Vereinzelt erkundigten sich FIKO-Mitglieder auch nach zusätzlichen Informationen. So etwa ihr Vorsitzender, als er sich besorgt über die Aktivitäten von [U04] im Raum Bern zeigte, wo diese die Mitbewerber mit Tiefstpreisen unterbiete, weshalb er wissen wollte, wie viel Aushubmaterial [U04] aus dem Raum Bern zur KAGA bringe und wie sich diese Menge in den letzten Jahren verändert habe, woraufhin der Geschäftsführer von KAGA in Aussicht stellte, dies anhand ihrer Statistiken aufzeigen zu können.[3028] Die

[3013] Rz 553.
[3014] Siehe dazu Rz 549: «Die Idee ist, den VR laufend über den Geschäftsgang in den Aktivitätsfeldern, den Stand der Planungen und Finanzen sowie über Aktuelles und Neues zu informieren».
[3015] Exemplarisch die Abbildung in Rz 549.
[3016] Rz 547.
[3017] Rz 551.
[3018] Rz 771–773.
[3019] Rz 773.
[3020] Das übergeht Vigier in ihrer Stellungnahme zum Antrag (Act. VIII.164 Rz 76 f.).
[3021] Rz 552.
[3022] Ausführlich zum Transportkostenausgleich Rz 1100 ff., für ein Beispiel einer solchen Berechnung vgl. Rz 1116, Fn 2126.
[3023] Rz 552.
[3024] Rz 551.
[3025] Rz 1221, Fn 2385.
[3026] Zur FIKO Rz 560 ff.
[3027] Rz 564.
[3028] Rz 1149.

FIKO-Informationen erhielten die Mitglieder der FIKO[3029], d.h. der Vertreter von Kästli, ein Vertreter von Alluvia sowie der Geschäftsführer von KAGA, nicht aber die weiteren VR von KAGA, wobei der Vertreter von Alluvia ab 2015 nicht mehr mit der Dokumentation «Die KAGA in Zahlen» bedient wurde.[3030]

- Die am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen decken zusammen einen Grossteil sowohl des Marktes für Rohkies als auch des Marktes für die Deponierung von unverschmutztem Aushub im relevanten Gebiet ab.[3031]
- Der VR von KAGA traf sich zwischen 1997 und 2013 mindestens vier Mal im Jahr, in vereinzelten Jahren auch häufiger.[3032] Die Treffen erfolgten regelmässig und in einem institutionalisierten Rahmen, eben den VR-Sitzungen. Die VR-Treffen fanden seit Gründung von KAGA statt, also seit mehreren Jahrzehnten. Nebst diesen Treffen wurden die VR-Mitglieder zudem ab September 2003 mit einem «Monatsinfo für VR» bedient, indem KAGA ihnen Informationen über den Betrieb mitteilte.[3033]
- Der Informationsaustausch war nicht öffentlich, d.h., die ausgetauschten Daten wurden nicht allen Marktteilnehmern gleichermassen zugänglich gemacht, sondern einzig den daran beteiligten Unternehmen.

1554. Vor allem die Informationen zu KAGA waren häufig strategischer, zukunftsgerichteter Natur. Das steht im Übrigen im Einklang damit, dass die Oberleitung der Gesellschaft unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des VR ist – es ist gerade eine Kerntätigkeit des VR, strategisch und zukunftsgerichtet die Weichen zu stellen. Es ging unter anderem um die künftige Entwicklung von KAGA, beispielsweise das Tätigen von Investitionen oder die Expansion in neue Aktivitätsfelder, sowie um die aktuellen Preise von KAGA im Rohkies- und Deponiebereich. Durch den Einsitz im VR von KAGA nahmen die Aktionärinnen diese strategischen Informationen aber nicht bloss zur Kenntnis. Zwar konnten die einzelnen Aktionärinnen die diesbezüglichen Entscheide des VR von KAGA nicht alleine fällen oder verhindern,[3034] jedoch konnten sie dabei mitreden, sich einbringen, ihre Stimme (als eine von sieben) abgeben und insofern die Meinungsbildung und die Entscheide des Gesamtgremiums VR beeinflussen und mitprägen. Die Vertreter der Aktionärinnen, die im VR von KAGA Einsitz nehmen, haben zudem durchwegs zugleich eine Schlüsselposition bei ihrer jeweiligen Aktionärin inne (sind meist sogar Organ von dieser),[3035] wodurch sie wesentlichen Einfluss auf deren Marktverhalten nehmen können. Die Informationen zu den Aktionärinnen, die im VR von KAGA ausgetauscht wurden, betrafen hingegen mit gewissen Ausnahmen (etwa Informationen zum Angebot der Aktionärin Kiestag [Vigier] an [U01]) meist nicht direkt das künftige strategische Verhalten der Aktionärinnen. Es finden sich aber auch darunter Angaben, die es einfacher machen, das Verhalten der Aktionärinnen im Wettbewerb besser zu antizipieren, so etwa Informationen zum jährlichen Ausstoss oder zu den mutmasslichen Kiesbezügen bei KAGA im kommenden Jahr, zumal teilweise auch Statistiken zu den Bezügen in vergangenen Jahren verteilt wurden. Sowohl die Marktabdeckung der am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen als auch die Häufigkeit des institutionalisierten Austauschs sind beide dergestalt, dass sie begünstigen, dass ein Informationsaustausch zu einem Kollusionsergebnis führt.

1555. Bei einer Gesamtwürdigung fallen hinsichtlich der Marktstruktur mehrere, teilweise sogar stark ausgeprägte Merkmale ins Gewicht, die ein Kollusionsergebnis als Folge eines Informationsaustausches begünstigen. Merkmale, die ein Kollusionsergebnis erschweren würden, weist die Marktstruktur hingegen nicht auf, jedenfalls nicht in ausgeprägter Form. Bei den ausgetauschten Informationen und den Modalitäten des Austauschs ist vor allem die strategische Bedeutung der auf KAGA bezogenen Informationen von Relevanz, wobei die Aktionärinnen diesbezüglich nicht nur reine Informationsempfängerinnen waren, sondern auch einen gewissen Einfluss auf die strategischen Entscheidungen nehmen konnten. Dass dabei die Interessen der jeweiligen Aktionärin mit einflossen, ist evident. Die Vertreter der Aktionärinnen im VR von KAGA waren zugleich aber auch Schlüsselpersonen bei den Aktionärinnen selbst (meist sogar Organ von dieser), weshalb sie ohne Weiteres ihr Wissen um das Verhalten von KAGA bei der Festlegung des Verhaltens der Aktionärinnen einfliessen lassen[3036] und dieses so an dasjenige von KAGA anpassen konnten. Dass diese Verhaltensanpassungen der Aktionärinnen den Wettbewerb intensivierten, indem das Wissen um das Verhalten von KAGA zum Nachteil von dieser oder den anderen Aktionärinnen ausgenutzt worden wäre, ist unrealistisch. Denn diesfalls wären die übrigen beteiligten Unternehmen eingeschritten, die Doppelrollen der VR-Mitglieder wären hinterfragt (und womöglich abgeschafft oder durch Grenzen bei der Personenauswahl eingeschränkt) worden oder es wären zumindest ernsthafte und umfangreiche Massnahmen getroffen worden, um eine Verwendung der im VR von KAGA erlangten Informationen wenigstens zu minimieren. Das ist jedoch nicht geschehen und auch die strukturellen Interessenkonflikte[3037] wurden nie thematisiert. Insbesondere handelt es sich bei der nach Eröffnung der vorliegenden Untersuchung im Organisationsreglement von KAGA aus dem Jahr 2016 neu eingefügten Vertraulichkeitsbestimmung[3038] nicht um eine ernsthafte, und schon gar nicht um eine wirksame Massnahme. Denn die Doppelrolle besteht nach wie vor ohne Einschränkung ebenso wie der strukturelle Interessenkonflikt, die Klausel ändert an der Informationserlangung durch die Aktionärinnen nichts und sie unterbindet die Verwendung dieser

[3029] Die FIKO existierte von 2003 bis und mit 2016. Der FIKO gehörten während ihrer gesamten Existenz jeweils zwei VR-Vertreter derselben beiden Aktionärinnen Kästli und Hofstetter (heute Alluvia) an, wobei es stets dieselben Personen waren. Vorsitzender der FIKO war [...] (Hofstetter, heute Alluvia) und Mitglied [...] (Kästli), siehe dazu Rz 560. Dieselben beiden Aktionärinnen waren im Übrigen auch stets Mitglieder des VR-Ausschusses (VRA), der zwischen 1970 und 2003 existierte, Rz 554.
[3030] Rz 564 f.
[3031] Vgl. Rz 1784 und Rz 1807.
[3032] Rz 546.
[3033] Rz 549.
[3034] Rz 1296 ff.
[3035] Rz 545.
[3036] Siehe dazu auch Rz 1548.
[3037] Rz 541 f.
[3038] Siehe Rz 698.

Informationen durch die Aktionärinnen (sofern diese überhaupt mit «Dritten» gemeint sein sollten) faktisch nicht. Die Doppelrolle war vielmehr auch etwa beim 2010 gescheiterten Versuch, den KAGA-Vertrag anzupassen, ein fester Bestandteil,[3039] und noch heute setzt sich der VR von KAGA so zusammen[3040]. Dafür kann es nur eine einzige realistische Erklärung geben, nämlich dass die Informationen von allen beteiligten Unternehmen nicht in einem «eigensinnigen» (d.h. den Wettbewerb intensivierenden) Sinne verwendet wurden und werden, sondern in einem «gemeinschaftlich kooperativen» oder «loyalen» (weniger euphemistisch: den Wettbewerb drosselnden) Sinne. Das entspricht im Übrigen auch den unter den Aktionärinnen getroffenen Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA.[3041] Die grosse Marktabdeckung der am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen, die institutionalisierte, jahrelange und regelmässige Häufigkeit des Informationsaustauschs sowie die Tatsache, dass zuweilen auch auf die Aktionärinnen bezogene Informationen ausgetauscht wurden, die eine bessere Antizipierung von deren Marktverhalten erlaubten, verstärken die Wahrscheinlichkeit der negativen Auswirkungen des Informationsaustauschs noch weiter. Der vorliegende Informationsaustausch ist daher bei einer Gesamtbetrachtung als wettbewerbsbeschränkend zu qualifizieren.

1556. Vigier macht in ihrer Stellungnahme zum Antrag geltend, da es stabile Märkte seien und durch die öffentliche Raumplanung zahlreiche Angaben ohnehin bekannt seien, sei nicht ersichtlich, inwiefern die ausgetauschten Angaben hilfreich sein könnten, die strategische Ungewissheit zu verringern.[3042] Zudem gäbe es faktisch eigentlich gar keinen Markt für Rohkies, weshalb der Informationsaustausch auf diesem Markt gar keine Wirkungen gehabt haben könne, da die Nachfrage ohnehin praktisch inexistent sei.[3043]

1557. Diese Vorbringen von Vigier überzeugen nicht. Bei den aufgeführten ausgetauschten Informationen handelt es sich nicht um solche, die ohnehin schon öffentlich bekannt sind. Bei den Informationen zu KAGA, die im VR geteilt wurden, handelte es sich durchwegs um strategische, zukunftsgerichtete Informationen. Die Informationen zu den Aktionärinnen waren teilweise ebenfalls strategischer, zukunftsgerichteter Natur, so unter anderem die beabsichtigten Angebote von Vigier an [U01]. Aber auch bei weiteren Angaben zu den Aktionärinnen handelte es sich teils um künftige, unternehmensinterne Informationen wie etwa beabsichtigte Bezugsmengen. Gerade bei den Informationen zu KAGA ist offenkundig, dass diese die strategische Ungewissheit verringerten. Das Argument der fehlenden «Existenz eines Marktes für Rohkies» beschlägt die Ebene des Sachverhalts. Es wurde entsprechend dort abgehandelt, worauf verwiesen werden kann.[3044] Es hat sich gezeigt, dass dies so nicht zutrifft.

D.6.4.1.4 Bezwecken oder Bewirken

1558. Als viertes Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG wird hiernach das Bezwecken oder Bewirken beurteilt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1419 ff.

1559. Von einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung ist bei einem Informationsaustausch gemäss Horizontal-Leitlinien auszugehen, «wenn es wahrscheinlich ist, dass er [der Informationsaustausch] spürbare negative Auswirkungen auf mindestens einen Wettbewerbsparameter (…) haben wird».[3045] Genau dies wurde vorangehend unter dem Titel «Wettbewerbsbeschränkung» geprüft[3046] und bejaht,[3047] womit eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Aufgrund der Alternativität von Bezwecken oder Bewirken braucht daher nicht beantwortet zu werden, ob vorliegend auch ein Bezwecken vorliegen würde.[3048]

1560. Mehrere Parteien tragen in ihren Stellungnahmen zum Antrag vor, im Antrag komme das Sekretariat zum Schluss, dass keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorliege bzw. lasse diese offen. Das Sekretariat gehe von einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung aus. Jedoch sei nicht nachgewiesen, dass und wie sich der Informationsaustausch ausgewirkt habe. Wie die Aktionärinnen die erhaltenen Informationen verwertet haben sollten, werde nicht dargetan. Es sei nicht einmal dargelegt worden, welcher Wettbewerbsparameter überhaupt betroffen sein soll. Mangels Nachweises, wie sich der Informationsaustausch ausgewirkt hat, liege auch keine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung vor.[3049]

1561. Dazu ist vorab festzuhalten, dass im Antrag ein Bezwecken nicht etwa verneint wurde, sondern dies nur, aber immerhin, offengelassen wurde. Gerade im Lichte der aktuellen Horizontal-Leitlinien und namentlich der dortigen Ausführungen zu einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung bei einem Informationsaustausch[3050] erscheint es der WEKO an sich naheliegend, dass im vorliegenden Fall auch ein Bezwecken vorliegt. In Anbetracht der Alternativität von Bezwecken und Bewirken und da ein Bewirken zu bejahen ist, lässt sie die Frage aber ebenfalls offen.

[3039] Rz 611.
[3040] Rz 543.
[3041] Siehe Passage zum Gegenstand C.3 «Gegenseitiger Wettbewerbs-schutz unter den Aktionärinnen: Loyale Konkurrenz», Rz 927 ff.
[3042] Act. VIII.164 Rz 79.
[3043] Act. VIII.164 Rz 80.
[3044] Rz 993 f.
[3045] Horizontal-Leitlinien (Fn 2719), Rz 421. Insofern gleichlautend aHorizontal-Leitlinien 2011 (Fn 2719), Rz 75. Vgl. auch BVGer, B-4596/ 2019 vom 6.6.2023 E. 5.3.1.11, *Leasing – CA Auto Finance*.
[3046] Die ehemaligen aHorizontal-Leitlinien 2011 (Fn 2719) führten die in Rz 1549 f. geprüften Merkmale unter dem Titel «2.2.3 Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen» auf. Anders strukturiert sind die aktuellen Horizontal-Leitlinien (Fn 2719). Sie verweisen aber ebenfalls auf diese Merkmale bei der Beurteilung von bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Rz 422).
[3047] Zusammenfassend Rz 1555.
[3048] Aus demselben Grund erübrigt es sich, näher auf BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, *Ascopa*, einzugehen. Insbesondere erübrigen sich Ausführungen dazu, ob das dort in Bezug auf einen Informationsaustausch geäusserte Verständnis des Bezweckens mit demjenigen im EU-Recht übereinstimmt oder nicht (siehe dazu einerseits E. 4.6.1 und 4.6.4.3, wo einem unterschiedlichen Verständnis die Tore geöffnet werden, sowie E. 6.3.5.5.1, wo von einem unterschiedlichen Verständnis ausgegangen wird, und andererseits E. 4.6.4.4, wo das Verständnis gleich zu sein scheint). Abgesehen davon scheint das Ascopa-Urteil durch die jüngere Praxis des BVGer bereits wieder überholt zu sein, vgl. BVGer, B-4596/2019 vom 6.6.2023 E. 5.3.1, *Leasing – CA Auto Finance*.
[3049] Act. VIII.156 Rz 133–143, Act. VIII.161 Rz 32–46; Act. VIII.162 Rz 82 f.
[3050] Horizontal-Leitlinien (Fn 2719) Rz 413 ff., insbesondere Rz 414. Insofern enger formuliert noch die früheren aHorizontal-Leitlinien 2011 (Fn 2719) Rz 72–74.

1562. Hinsichtlich des Bewirkens sei hier nochmals wiederholt, dass damit nicht nur aktuelle und vergangene Auswirkungen gemeint sind, sondern auch solche, die in naher Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintreten können.[3051] Und genau das wurde, wie bereits festgehalten, vorangehend unter dem Titel der «Wettbewerbsbeschränkung» beurteilt. Soweit die Parteien diese Erwägungen als ungenügend erachten und etwa als «blosse Spekulation hinsichtlich potenzieller, nicht näher spezifizierter Wirkungen» abtun,[3052] scheinen sie das Tatbestandsmerkmal des Bewirkens anders zu verstehen. Sie scheinen davon auszugehen, für eine Subsumtion unter das Bewirken sei der exakte Nachweis einzelner spezifischer Auswirkungen erforderlich. Dieses Rechtsverständnis trifft nach Auffassung der WEKO nicht zu. Wenn man das anders beurteilen möchte, müsste man aufgrund der Alternativität von Bezwecken und Bewirken im Übrigen alsdann beurteilen, ob eine – hier offengelassene – Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens angezeigt ist. Insofern führen Heimberg und KAGA aus, ein Bezwecken liege nicht vor. Die Vertretung der Aktionärinnen im VR von KAGA diene dazu, dass sich die Aktionärinnen in KAGA einbringen könnten und KAGA von ihrer Branchenkenntnis profitiere. Das diene der Oberleitung der KAGA, wobei eine Vertretung von Aktionärinnen im VR legitim und zulässig sei.[3053] Bei diesen Vorbringen blenden Heimberg und KAGA einerseits die gelebte Entsendepraxis aus, wonach meist – und so durchwegs auch bei Heimberg – Organe der Aktionärinnen in den VR von KAGA entsandt wurden. Andererseits übergehen sie damit, dass die gelebte Besetzung des VR von KAGA gerade auch zur Um- und Durchsetzung der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA dienen, die sich als kartellrechtlich unzulässig erwiesen haben.[3054] Es geht also nicht «bloss» um eine «harmlose» Einsitznahme irgendwelcher Aktionärinnen im VR einer Gesellschaft zur Wahrnehmung von deren Oberleitung.[3055]

D.6.4.1.5 Ergebnis zur Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

1563. Die Aktionärs-Unternehmen und KAGA wirken bewusst und gewollt zusammen, indem die Aktionärinnen einen Vertreter in den VR von KAGA abordnen können, aufgrund der gelebten Entsendepraxis die VR-Mitglieder von KAGA eine Doppelrolle innehaben und sämtliche Informationen im VR von KAGA untereinander, d.h. zwischen allen Aktionärs-Unternehmen sowie KAGA, ausgetauscht werden. Das Recht sowie dessen Anwendung der Aktionärinnen, je ein VR-Mitglied von KAGA abzuordnen, die durch die Entsendepraxis gelebte Doppelrolle der VR-Mitglieder von KAGA und der damit untrennbar verbundene Informationsaustausch im VR von KAGA bewirkte eine Wettbewerbsbeschränkung. Es liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

D.6.4.2 Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG

1564. Nachfolgend wird beurteilt, ob diese Wettbewerbsabrede unter Art. 5 Abs. 3 KG fällt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu den von Art. 5 Abs. 3 KG erfassten Abredetypen finden sich in Rz 1425 ff.

1565. In einem ersten Schritt ist zu beurteilen, ob diese Wettbewerbsabrede ein horizontales Verhältnis zwischen den Abredebeteiligten beschlägt. Hierzu ist ein Blick auf die Märkte, die vom beschriebenen Informationsaustausch betroffen sind, und auf die Verhältnisse, die zwischen den Abredebeteiligten auf diesen Märkten bestehen, zu werfen. Dabei kann für ein rascheres Verständnis ein Blick auf die Tabelle in Rz 1448 helfen. In einem zweiten Schritt ist zu beurteilen, ob der Inhalt der Wettbewerbsabrede unter Bst. a, b oder c von Art. 5 Abs. 3 KG fällt.

1566. **Erster Schritt**: Wie es sich mit den Verhältnissen zwischen den Abredebeteiligten auf den vom Informationsaustausch betroffenen Märkten verhält, wurde bereits beim Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung von Art. 4 Abs. 1 KG beurteilt. Auf diese Ausführungen ist zu verweisen.[3056] An dieser Stelle sei bloss das Ergebnis der dortigen Beurteilung wiederholt:[3057] KAGA steht mit allen beteiligten Aktionärs-Unternehmen ausser der Marti-Gruppe auf jeweils mindestens einem der betroffenen Märkte in einem horizontalen Verhältnis. Die Marti-Gruppe ist ebenfalls auf denselben sachlichen Märkten aktiv, allerdings überlappen die räumlichen Tätigkeitsbereiche von ihr und KAGA nicht. Die Marti-Gruppe ist aber in einem räumlich benachbarten Gebiet tätig und ihr räumlicher Tätigkeitsbereich überlappt immerhin mit demjenigen des Aktionärs-Unternehmens Alluvia. Die Wettbewerbsabrede ist insgesamt betrachtet horizontaler Natur, woran die Beteiligung auch von Marti-Gruppe nichts ändert. Ihre etwas besonders gelagerte Situation spielt gegebenenfalls bei der Frage der Sanktionierung eine Rolle, nicht aber an dieser Stelle.

1567. **Zweiter Schritt**: Gegenstand der vorliegend beurteilten Wettbewerbsabrede ist das Recht der Aktionärinnen, einen Vertreter in den VR von KAGA abordnen zu können, die gelebte Entsendepraxis und der damit unweigerlich einhergehende Informationsaustausch. Dass auch die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen oder Mengen oder die direkte oder indirekte Aufteilung von Gebieten oder Kundinnen Gegenstand *dieser*[3058] Wettbewerbsabrede war, ist nicht nachgewiesen. Der Abredeinhalt dieser Wettbewerbsabrede fällt somit nicht unter Art. 5 Abs. 3 KG.

[3051] Rz 1421, ferner auch etwa BVGer, B-4596/2019 vom 6.6.2023 E. 5.3.1.11 f., *Leasing – CA Auto Finance*.
[3052] So Act. VIII.162 Rz 83.
[3053] Act. VIII.156 Rz 133, Act. VIII.161 Rz 34
[3054] Siehe dazu Rz 1582.
[3055] Siehe dazu auch Rz 1587.
[3056] Rz 1538 ff.
[3057] Rz 1543 f.
[3058] Vgl. demgegenüber etwa die Beurteilung des Ausschlusses der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen (Rz 1589 ff.).
[3059] Rz 547 f.

1568. Spezifisch zur direkten oder indirekten Festsetzung von Preisen ist dabei Folgendes zu präzisieren: Der VR von KAGA beschloss unter anderem die Preise, die KAGA in den Bereichen Rohkies und Deponie für unverschmutzten Aushub verlangte.[3059] In den Unterlagen finden sich aber weder Beweise dafür, dass die Kiespreise der Aktionärs-Unternehmen bei der Bestimmung der Kiespreise von KAGA berücksichtigt wurden, noch dafür, dass sich die beteiligten Unternehmen über die Preise ausgetauscht (oder gar darüber geeinigt) hätten, welche die Aktionärinnen für ihre Kiesprodukte verlangen.[3060] Bezüglich der Bestimmung der Deponiepreise von KAGA ist sogar erwiesen, dass dabei die Deponiepreise anderer Unternehmen unberücksichtigt blieben.[3061] Da kein Aktionärs-Unternehmen Entscheide im VR von KAGA alleine fällen oder verhindern konnte,[3062] genügt das individuelle Wissen der einzelnen VR-Mitglieder um die Preise des von ihnen jeweils vertretenen Aktionärs-Unternehmens noch nicht, um daraus eine Berücksichtigung dieser Preise durch den Gesamt-VR bei der Preissetzung von KAGA abzuleiten. Zudem wurden die Preise von KAGA zwar vom VR beschlossen, doch geschah dies auf Vorschlag des Geschäftsführers von KAGA (der vom VRA/von der FIKO vorgeprüft war). Anzeichen dafür, dass es hinsichtlich der vorgeschlagenen Preise für gewöhnlich im VR zu Wortmeldungen gekommen wäre, bestehen nicht. Nicht untersucht und daher auch nicht nachgewiesen ist ferner, dass die Aktionärs-Unternehmen ihre eigene Preissetzung nach derjenigen von KAGA vorgenommen und auf diese abgestimmt hätten. Gestützt auf die erhobenen Beweise kann die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vorliegend nicht als Gegenstand der beurteilten Wettbewerbsabrede bezeichnet werden.[3063]

1569. Mehrere Parteien greifen diese rechtliche Subsumtion in ihren Stellungnahmen zum Antrag auf. Daraus, dass der Informationsaustausch nicht als Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG qualifiziert wird, leiten sie ab, dieser sei unbedenklich und harmlos.[3064] Diese rechtliche Auffassung überzeugt nicht. Dass dieser Informationsaustausch nicht unter Art. 5 Abs. 3 KG subsumiert wird, hat nur, aber immerhin, zur Folge, dass die Beteiligten dafür nicht zu sanktionieren sind. Eine weitergehende Aussage über die kartellrechtliche Zulässigkeit ist damit nicht verbunden, misst sich diese doch an Art. 5 Abs. 1 (und Abs. 2) i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG. Ergänzend sei erwähnt, dass eine Qualifikation als Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG mit entsprechender Sanktionierung hier primär deshalb ausscheidet, weil sachverhaltsmässig nicht erhoben wurde, in welchem Zeitpunkt welche Aktionärs-Unternehmen ihre eigenen Preise setzten, namentlich ob dies zuweilen nach der Preissetzung durch KAGA erfolgte. Deshalb steht nicht fest, dass die Preissetzung der Aktionärs-Unternehmen später erfolgte und dabei auf die frühere Preissetzung durch KAGA, die den Aktionärs-Unternehmen im Zeitpunkt ihrer Preissetzung entsprechend bereits bekannt war, abgestimmt war. Ebenfalls nicht festgestellt ist jedoch das Gegenteil, nämlich dass die Preissetzung aller Aktionärs-Unternehmen stets vor der Preissetzung durch KAGA erfolgt wäre. Dass dies der Fall wäre, behaupten im Übrigen auch die Parteien nicht. Zu beurteilen ist somit, dass nur, aber immerhin, jederzeit die Möglichkeit bestand, dass die Preissetzung durch die Aktionärs-Unternehmen nach der Preissetzung durch KAGA vorgenommen und damit auf Zweite abgestimmt wurde. Insofern ist auch von Relevanz, dass die Beteiligten keinerlei Massnahmen ergriffen haben, um sicherzustellen, dass die Preissetzung der Aktionärs-Unternehmen in jedem Fall vorgängig erfolgt. Vielmehr war jedes Aktionärs-Unternehmen frei, das nach eigenem Gutdünken vor- oder nachgängig zu machen.

D.6.4.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG

1570. Nachfolgend wird beurteilt, ob diese Wettbewerbsabrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen dazu finden sich in Rz 1439 ff., insbesondere Rz 1441.

1571. Um die Schwere der Beeinträchtigung des Wettbewerbs beurteilen zu können, sind wie ausgeführt zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen und ist anschliessend anhand der quantitativen und qualitativen Aspekte eine Gesamtwürdigung vorzunehmen.[3065]

1572. Die relevanten Märkte, nämlich der Markt für Rohkies, der Markt für veredelten Kies sowie der Markt für Deponie für unverschmutzten Aushub, wurden bereits einleitend abgegrenzt.[3066] Auf diese Marktabgrenzungen ist an dieser Stelle zu verweisen.

1573. Hinsichtlich des qualitativen Aspekts sind bei einem unter Art. 5 Abs. 1 KG zu subsumierenden Informationsaustausch dieselben Elemente relevant, die auch für die Beurteilung einer Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 KG wesentlich sind.[3067] Ins Gewicht fallen also vor allem die Eigenschaften der ausgetauschten Informationen, aber auch die Modalitäten des Austauschs sowie die Marktstruktur sind zu berücksichtigen.

[3060] Soweit es allerdings um die Preissetzung für den Weiterverkauf von KAGA-Kies geht, siehe die nachfolgende Beurteilung einer Preisabrede im vertikalen Verhältnis, Kapitel D.6.5 Der Ausschluss der Arbitrage-möglichkeit bei den Kiespreisen, Rz 1589 ff.

[3061] Vgl. Rz 1820 m.w.H.

[3062] Rz 1299.

[3063] Vgl. auch die Beurteilung in WEKO, 6.12.2021, Rz 540 ff. und Rz 758, *Belagswerke Bern*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (zuletzt besucht am 13.6.2023). Zustimmend Magnin (Fn 2740), 187.

[3064] So etwa Act. VIII.158 Rz 105, wo behauptet wird, das Sekretariat habe selber zugestanden, dass es einen kartellrechtswidrigen Informationsaustausch bei KAGA nicht gegeben habe (ebenso Act. IX.30 Beilage 4 Rz 6). Das Gegenteil trifft zu. Das Sekretariat kam zum Ergebnis, der Informationsaustausch ist kartellrechtswidrig, bloss sanktionierbar ist er nicht. Ferner etwa Act. VIII.156 Rz 140 f., Act. VIII.162 Rz 84 f., 137 und 139; Act. IX.30 Beilage 1 Rz 26 drittes Lemma.

[3065] Rz 1441.

[3066] Zusammenfassend betreffend Rohkies Rz 1361 (sachlich relevanter Markt) und Rz 1371 (räumlich relevanter Markt), betreffend veredeltem Kies Rz 1355 (sachlich relevanter Markt) und Rz 1366 (räumlich relevanter Markt) und betreffend Deponie für unverschmutzten Aushub Rz 1398 (sachlich relevanter Markt) und Rz 1402 (räumlich relevanter Markt).

[3067] Dass es diese Elemente sind, die für die Beurteilung des qualitativen Aspekts eines unter Art. 5 Abs. 1 KG fallenden Informationsaustauschs relevant sind, entspricht jedenfalls im Ergebnis auch der Ansicht des BVGer in BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 6.4, *Ascopa*.

Anstatt die diesbezüglichen Erwägungen zu wiederholen, ist auf die bereits gemachten Ausführungen zu verweisen.[3068] Zusammengefasst ist hier festzuhalten, dass insbesondere Geschäftsgeheimnisse und strategisch relevante Informationen bezüglich KAGA ausgetauscht wurden, wobei die Aktionärinnen von KAGA nicht nur diese Informationen erhielten, sondern zugleich auch einen gewissen Einfluss auf die strategischen Entscheide von KAGA nehmen konnten. Zuweilen wurden ausserdem auf die Aktionärinnen bezogene Informationen ausgetauscht, die eine bessere Antizipierung von deren Marktverhalten erlaubten. Der Informationsaustausch war institutionalisiert und erfolgte seit vielen Jahren regelmässig. Kommt hinzu, dass der Informationsaustausch ein Teilaspekt einer Wettbewerbsabrede ist, deren Gegenstand die Dosierung des Wettbewerbsdrucks der KAGA ist.[3069] Dem Informationsaustausch wohnt in Anbetracht aller Umstände eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit inne, sich spürbar negativ auf den Wettbewerb auszuwirken.

1574. Vigier trägt vor, der qualitative Aspekt des Informationsaustauschs sei unerheblich. Es sei kein relevanter Wettbewerbsparameter betroffen. Unbestritten sei, dass die angeblich ausgetauschten Informationen weder Preise, Mengen noch Gebiete betroffen hätten. Der Austausch strategischer Informationen zu KAGA sei gerade Aufgabe des VR. Aufgrund der Oberaufsicht des VR gemäss Art. 716a OR müsse er solche Informationen gerade austauschen und besprechen. Welcher Wettbewerbsparameter dadurch beeinträchtigt werden könnte, bleibe denn auch gänzlich offen. Hinzu komme, dass aufgrund der Richtpläne Transparenz über die jeweiligen Vorkommen bestünde. Themen wie «Stand des Kiesvorrates», «verfügbare Auffüllvolumen» und «zukünftige Marktentwicklung» beträfen keine für die relevanten Märkte bedeutende Wettbewerbsparameter.[3070]

1575. Ähnlich wie Vigier argumentiert auch Heimberg. Es sei nicht nachgewiesen, dass es aufgrund des Informationsaustauschs im VR von KAGA zu höheren Preisen gekommen, die Produktionsmenge verringert oder Innovationen unterblieben seien. Es bleibe unklar, welcher Wettbewerbsparameter überhaupt betroffen sein solle. Wie genau eine Aktionärin wie Heimberg die Informationen verwertet haben solle, bleibe offen. Anerkannt werde, dass die Informationen grösstenteils KAGA betrafen und nicht das künftige strategische Verhalten der Aktionärinnen. Eine Abstimmung zwischen KAGA und ihren Aktionärinnen könne daher ausgeschlossen werden. In Bezug auf Heimberg sei nicht untersucht und erst recht nicht bewiesen worden, inwiefern die erhaltenen Informationen das Verhalten von ihr beeinflusst haben sollen. Sie baue weder Rohkies ab noch betreibe sie eine Deponie – sie sei keine Konkurrentin von KAGA.[3071]

1576. Ähnlich argumentiert auch KAGA. Es hätte eine Auswirkungsprüfung erfolgen müssen. Konkrete wettbewerbsschädliche Auswirkungen, die auf den Informationsaustausch zurückzuführen wären, seien jedoch nicht nachgewiesen. So sei z.B. nicht nachgewiesen, dass deshalb höhere Preise verlangt, die Produktionsmengen verringert oder Innovationen unterlassen worden wären. Es werde nicht bewiesen, ob und in welcher Weise die Beteiligten die Informationen verwertet hätten und wie diese bei ihrer internen Willensbildung eingeflossen wären. Zudem hätten die Informationen KAGA betroffen, nicht auch das künftige strategische Verhalten der Aktionärinnen. Damit sei ausgeschlossen, dass KAGA ihr Verhalten auf dasjenige der Aktionärinnen abgestimmt haben konnte.[3072]

1577. Diese Vorbringen von Vigier, Heimberg und KAGA überzeugen nicht. Entgegen ihren Darstellungen haben die Informationen unter anderem den Preis betroffen, wurde doch festgestellt, dass im VR von KAGA auch die Preise von KAGA im Kies- und Deponiebereich besprochen und beschlossen wurden.[3073] Dass dennoch keine sanktionierbare Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG bejaht wurde, liegt daran, dass aus Sicht der WEKO hierfür weitere Sachverhaltsfeststellungen erforderlich gewesen wären. Aus ihrer Sicht genügten die festgestellten vereinzelten Wortmeldungen zur Preissetzung von KAGA im VR von KAGA und die Möglichkeit, dass die Preissetzung durch die Aktionärs-Unternehmen nach derjenigen von KAGA stattfand, für die Bejahung eines sanktionierbaren Tatbestands noch nicht aus. Diese rechtliche Qualifikation ändert aber nichts daran, dass die Preise von KAGA Teil der ausgetauschten Informationen waren. Dass auch weitere ausgetauschte Informationen geschäftsrelevanter Natur und nicht bereits öffentlich bekannt waren, wurde bereits ausgeführt, worauf verwiesen sei.[3074] Entgegen den Darstellungen von KAGA und Heimberg ist eine Verhaltensabstimmung zwischen den Beteiligten nicht etwa deshalb ausgeschlossen, weil primär Informationen zu KAGA an die Aktionärinnen flossen und nicht auch dieselben Informationen umgekehrt. Eine Verhaltensabstimmung ist vielmehr auch bei «einseitigem» Informationsfluss möglich.[3075] Dass KAGA ihr Verhalten nicht auf dasjenige der Aktionärinnen abstimmen konnte, wie KAGA vorbringt, ändert nichts daran, dass die Aktionärinnen ihr Verhalten auf dasjenige von KAGA abstimmen konnten. In diesem Zusammenhang ist ferner die Vermutung von Relevanz, wonach davon auszugehen ist, dass die beteiligten Unternehmen die ausgetauschten Informationen bei der Festlegung des eigenen Marktverhaltens berücksichtigt haben, was umso mehr gilt, wenn der Informationsfluss während eines langen Zeitraums regelmässig stattfindet.[3076] Das ist hier der Fall, hat der VR von KAGA doch über Jahrzehnte hinweg regelmässig mehrmals jährlich getagt. Der qualitative Aspekt des Informationsaustauschs ist, wie bereits ausgeführt, als sehr gewichtig einzustufen.

[3068] Die Gesamtwürdigung findet sich in Rz 1555, die Beurteilung der Eigenschaften der ausgetauschten Informationen sowie der Modalitäten des Austauschs in Rz 1552 und diejenige der Marktstruktur in Rz 1549.
[3069] Siehe hiervor Rz 1454 ff. und namentlich Gegenstand B der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA Rz 1457.
[3070] Act. VIII.164 Rz 82–88, vgl. auch Act. IX.30 Beilage 5 Rz 25–29.
[3071] Act. VIII.161 Rz 40–46, ebenso auch Act. IX.30 Beilage 3 Rz 26 f.
[3072] Act. VIII.156 Rz 134–138.
[3073] Rz 1568.
[3074] Rz 1557.
[3075] Siehe dazu etwa Horizontal-Leitlinien (Fn 2719) Rz 396 ff.
[3076] BGE 147 II 72 E. 3.4.4, *Hors-Liste II*.

1578. Auch spezifisch in Bezug auf Heimberg fällt diese Beurteilung nicht wesentlich anders aus, obwohl Heimberg keinen Rohkies abbaut und keine Deponien betreibt. Der Informationsaustausch mag deshalb spezifisch im Verhältnis zu ihr (sowie auch zur Marti-Gruppe, die zwar auf diesen sachlichen Märkten tätig ist, aber «nur» in einem benachbarten örtlichen Markt) als qualitativ etwas weniger gravierend einzustufen sein als im Verhältnis zu den übrigen Aktionärinnen. Der qualitative Aspekt bleibt aber auch so von beachtenswertem Gewicht. Denn auf dem Markt für Rohkies ist Heimberg immerhin als Händlerin tätig. Zudem ist sie auf dem nachgelagerten Markt der Rohkiesveredelung tätig, auf dem KAGA eine potenzielle Konkurrentin ist, und Heimberg fragt als Transporteurin Deponieleistungen nach. Die erhaltenen strategischen Informationen von KAGA unter anderem über deren zukünftige Ausrichtung und Absichten, etwa hinsichtlich eines Eintritts oder Nichteintritts in den Markt für Kiesveredelung, verringern auch für Heimberg die strategische Ungewissheit in bedeutsamer Weise. Für Marti-Gruppe, die in einem räumlich benachbarten Markt aktiv ist, verhält sich dies ähnlich, wobei bezüglich ihr insbesondere auch Informationen zu künftigen Expansionen und beabsichtigten Abbaurecht-Erwerben die strategische Ungewissheit in bedeutsamer Weise reduzierten.[3077]

1579. Hinsichtlich des quantitativen Aspekts ist hier ebenfalls darauf zu verzichten, die diesbezüglichen Ausführungen zu wiederholen, die sich schon an anderer Stelle finden, und es kann stattdessen auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden.[3078] Zusammengefasst ist festzuhalten, dass anzahlmässig nur sehr wenige Dritte in diesem Gebiet tätig sind und diese insbesondere verglichen mit KAGA bedeutend kleiner sind. Die Marktanteile der an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen sind bedeutend und KAGA ist auf dem Markt für Rohkies und auf dem Markt für Deponie für unverschmutzten Aushub marktbeherrschend.[3079]

1580. Sowohl der qualitative als auch der quantitative Aspekt sind vorliegend je als sehr gewichtig einzustufen, weshalb die Erheblichkeitsschwelle in der Summe der qualitativen und quantitativen Aspekte offenkundig überschritten ist. Die vorliegende Wettbewerbsabrede ist als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

D.6.4.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG

1581. Nachfolgend wird beurteilt, ob diese Wettbewerbsabrede aus wirtschaftlichen Effizienzgründen i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen dazu finden sich in Rz 1442 ff.

1582. Es kann offen bleiben, ob dieser Informationsaustausch als Nebenabrede zu den Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA zu sehen ist oder nicht. Die Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA haben sich nämlich als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend erwiesen; sie sind kartellrechtlich unzulässig. Es handelt sich bei ihnen also nicht um eine Vereinbarung, die neutrale oder positive Auswirkungen auf den Wettbewerb hat. Entsprechend kann es sich beim vorliegenden Informationsaustausch auch nicht um eine Nebenabrede zu einer Vereinbarung handeln, die neutrale oder positive Auswirkungen auf den Wettbewerb hat, und die infolgedessen als zulässig mitzubeurteilen wäre.[3080] Der Informationsaustausch ist vorliegend keine Nebenabrede zu einer wettbewerbsneutralen oder -positiven Vereinbarung und lässt sich nicht mit jener Vereinbarung «rechtfertigen»[3081]. Dahingehenden Vorbringen von Parteien ist daher der Boden entzogen.[3082]

1583. Inwiefern das Recht der Aktionärinnen, einen Vertreter in den VR von KAGA abordnen zu können, die gelebte Entsendepraxis und die dadurch gegebene Doppelrolle der VR-Mitglieder von KAGA und der untrennbar damit verbundene Informationsaustausch im VR von KAGA zu einer Effizienzsteigerung führen könnte, ist nicht ersichtlich. Rechtfertigend lässt sich insbesondere nicht vorbringen, dass damit die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen gefördert werde, indem dies einen fachlichen Austausch zwischen den beteiligten Personen im VR von KAGA erlaube. Denn um einen solchen fachlichen Austausch zu ermöglichen, ist nicht erforderlich, dass alle Aktionärinnen im VR von KAGA Einsitz haben, dort eine Doppelrolle einnehmen und infolgedessen über Geschäftsgeheimnisse und strategische Entscheide von KAGA informiert werden und dabei sogar mitreden können. Ein fachlicher Austausch könnte ohne Weiteres auch in einem anderen Umfeld, losgelöst von einem VR-Mandat bei KAGA, geschehen. Die VR-Protokolle zeigen im Übrigen, dass der fachliche Austausch im Verhältnis zu den übrigen ausgetauschten Informationen mengenmässig höchstens, wenn überhaupt, eine untergeordnete Rolle spielte. Für die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen stehen demnach wesentlich mildere Mittel zur Verfügung als diese Wettbewerbsabrede, weshalb hierin kein Rechtfertigungsgrund gesehen werden kann. Ein wirtschaftlicher Effizienzgrund i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG geht mit dieser Wettbewerbsabrede nach dem Gesagten nicht einher.

D.6.4.5 Ergebnis zur kartellrechtlichen Zulässigkeit nach Art. 5 KG

1584. Die Aktionärs-Unternehmen und KAGA wirken bewusst und gewollt zusammen, indem die Aktionärinnen einen Vertreter in den VR von KAGA abordnen können, indem aufgrund der gelebten Entsendepraxis die VR-Mitglieder von KAGA eine Doppelrolle innehaben und indem sämtliche Informationen im VR von KAGA

[3077] Siehe diesbezüglich auch Rz 986.

[3078] Rz 1549 erstes Lemma m.w.H. und vor allem – mit Blick auf die Marktstellung von KAGA – zum Markt für Rohkies Rz 1775 ff. und insbesondere Rz 1784 sowie zum Markt für Deponie für unverschmutzten Aushub Rz 1802 ff. und insbesondere Rz 1807.

[3079] Siehe Rz 1801 für Rohkies und Rz 1825 für unverschmutzten Aushub.

[3080] Siehe zu dieser, hier nicht gegebenen Situation Horizontal-Leitlinien (Fn 2719) Rz 244 f. und 369.

[3081] Nicht zu vertiefen ist daher auch die exakte rechtliche Einordnung, namentlich ob es sich dabei um einen Rechtfertigungsgrund i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG handeln würde oder ob diesfalls nicht eher bereits eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 KG zu verneinen wäre.

[3082] Act. VIII.156 Rz 139, Act. VIII.164 Rz 89.

untereinander, d.h. zwischen allen Aktionärs-Unternehmen sowie KAGA, ausgetauscht werden. Das Recht der Aktionärinnen, je ein VR-Mitglied von KAGA abzuordnen, die durch die Entsendepraxis gelebte Doppelrolle der VR-Mitglieder von KAGA und der damit untrennbar verbundene Informationsaustausch im VR von KAGA bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung. Dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken begann 1970 resp. 1977 im Falle von Vigier und dauert bis heute an. Es liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

1585. Diese Wettbewerbsabrede erfüllt den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG nicht. Sowohl der qualitative als auch der quantitative Aspekt dieser Wettbewerbsabrede sind aber je als sehr gewichtig einzustufen, weshalb die Erheblichkeitsschwelle in der Summe der qualitativen und quantitativen Aspekte offenkundig überschritten ist. Die Wettbewerbsabrede ist daher als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Ein wirtschaftlicher Effizienzgrund i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG geht mit dieser Wettbewerbsabrede nicht einher; sie lässt sich mit anderen Worten nicht rechtfertigen.

1586. Die Vereinbarung, wonach die Aktionärinnen von KAGA je einen Vertreter in den VR von KAGA abordnen können, aufgrund der gelebten Entsendepraxis die VR-Mitglieder von KAGA eine Doppelrolle innehaben und sämtliche Informationen im VR von KAGA untereinander, d.h. zwischen allen Aktionärs-Unternehmen sowie KAGA, ausgetauscht werden, womit untrennbar verbunden ein Informationsaustausch im VR von KAGA einhergeht, stellt demnach in vorliegendem Fall eine kartellrechtlich unzulässige Wettbewerbsabrede dar. Da diese Wettbewerbsabrede «nur» gegen Art. 5 Abs. 1 KG verstösst und weder den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 noch denjenigen von Abs. 4 KG erfüllt, sind die Abredebeteiligten nicht nach Art. 49a KG zu sanktionieren.

1587. Mehrere Parteien bringen in ihren Stellungnahmen zum Antrag oder anderswo vor, allein die Einsitznahme einer Aktionärin im VR einer anderen Gesellschaft sei nicht per se kartellrechtswidrig.[3083] Das trifft zu, ist aber irrelevant, denn auch im Antrag wurde entgegen der Darstellung dieser Parteien nie etwas anderes behauptet. Beurteilt wurde nämlich nicht generell-abstrakt die Einsitznahme irgendeiner Aktionärin im VR irgendeiner anderen Gesellschaft. Beurteilt wurde vielmehr die Einsitznahme der konkreten Aktionärinnen von KAGA im VR von KAGA bzw. der damit einhergehende Informationsaustausch. Mitentscheidend bei dieser Beurteilung sind unter anderem die (überschneidenden) Tätigkeitsfelder der Beteiligten, die gelebte Entsendepraxis, wonach es sich bei den entsandten natürlichen Personen stets um Schlüsselpersonen der jeweiligen Aktionärin, meist sogar um ein Organ von ihr, handelt und dass der Informationsaustausch nicht als Nebenabrede zu einer wettbewerbsneutralen oder -positiven Vereinbarung einzustufen ist. Es hat sich gezeigt, dass der Austausch von sensiblen Geschäftsinformationen zu KAGA, der mit der gelebten Entsendepraxis untrennbar verbunden ist, kartellrechtswidrig ist. Dass sensible, strategische Geschäftsinformationen zu KAGA im VR von KAGA preisgegeben und besprochen werden, ist schon nur aufgrund von Art. 716a und 715a OR unabdingbar, ist das doch Kernaufgabe eines VR. Dieser Informationsaustausch im VR von KAGA kann in Anbetracht der Einheit der Rechtsordnung nicht verhindert oder gar untersagt werden, würde dadurch doch ein funktionsunfähiger VR entstehen, womit – zumindest bei materieller Betrachtung – ein Organisationsmangel vorläge. Infolgedessen können die bislang von den Aktionärinnen entsandten natürlichen Personen nicht im VR von KAGA Einsitz nehmen und diese Aufgabe erfüllen, ohne dadurch zwangsläufig einen kartellrechtlich unzulässigen Informationsaustausch zu begehen.[3084]

D.6.5 Der Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen

1588. In diesem Kapitel wird beurteilt, ob die Abmachung darüber, dass die Aktionärinnen ihre Preisvorteile nicht an Dritte weitergeben dürfen, als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist oder nicht. Diese Abmachung wurde im Sachverhalt an zwei Stellen behandelt: Einerseits ist diese Thematik verknüpft mit dem Grundsatzentscheid, den Aktionärinnen Vorzugskonditionen zu gewähren. Deshalb wurde diese Abmachung im Kapitel 0 über die Vorzugskonditionen behandelt, und zwar unter dem Titel C.7.4.1 «Der Grundsatzentscheid für Vorzugspreise zugunsten der Aktionärinnen und die Dauer der Bevorzugung» (Rz 1035 bis 1037). Andererseits wurde diese Abmachung auch angesprochen im Kapitel über die Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA (Kapitel C.6) und zwar unter dem Gegenstand C (Kapitel C.6.3.5.5), Aspekt C. 2 «Regelung des Wettbewerbsverhaltens der Aktionärinnen in der Weiterverwendung der KAGA-Ressourcen» (Rz 919 bis 924).[3085]

D.6.5.1 Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

D.6.5.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

1589. Als erstes Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG wird nachfolgend beurteilt, ob ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vorliegt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1408 ff.

1590. Bis und mit 2014 praktizierte KAGA ein Preissystem, das beim Preis explizit zwischen Aktionärinnen und Dritten unterschied – allein aufgrund ihrer Aktionärseigenschaft war der Preis für alle Aktionärinnen wesentlich tiefer angesetzt als derjenige für Dritte. Festgestellt wurde, dass Einigkeit darüber bestand, dass die Aktionärinnen diese Preisvorteile nicht an Dritte weitergeben dürfen, sondern Kies von KAGA mindestens zu dem Preis

[3083] Act. VIII.156 Rz 150, Act. VIII.161 Rz 28 und 31, auch Act. IX.30 Beilage 3 Rz 25, Act. VIII.162 Rz 95, auch Act. IX.30 Beilage 1 Rz 33, Act. VIII.163 Rz 105; dahingehend auch Act. VIII.158 Rz 103 und Act. IX.30 Beilage 2 S. 8.

[3084] Was beispielsweise in Act. VIII.163 Rz 105–109 übersehen wird.

[3085] Zur Übersicht über alle Aspekte der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA das Gesamtbild in Rz 762 ff.

[3086] Rz 919–923 und Rz 1035–1037.

an Dritte weiterveräussern, den KAGA von den Dritten verlangt.[3086] Hierbei handelt es sich um einen natürlichen Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen, also um eine Vereinbarung. Diese Vereinbarung ist als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren,[3087] womit das erste Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede erfüllt ist.

1591. Dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken begann mit der Gründung von KAGA im Jahr 1970.[3088] Aare-Kies (Daepp), Heimberg, Hofstetter, Kästli, Marti und Messerli sind seit Anbeginn Aktionärinnen von KAGA,[3089] während Kiestag (Vigier) im Jahr 1977 dazu stiess.[3090] Es dauerte unverändert bis zum Wechsel des Preissystems von KAGA per 1. Januar 2015, also bis Ende 2014, an (zum diesbezüglichen Zusammenwirken ab 2015 siehe Rz 1628 ff.). Ab 1996 misst sich die kartellrechtliche Zulässigkeit dieses bewussten und gewollten Zusammenwirkens am aktuellen Kartellgesetz (siehe Rz 1505).

1592. Nicht bewiesen ist hingegen, dass die Beteiligten auch hinsichtlich des (Mindest-)Preises für Kies, den die Aktionärinnen selbst abbauen, eine Vereinbarung abgeschlossen oder sich diesbezüglich aufeinander abgestimmt verhalten haben.[3091] Ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken hinsichtlich des Preises für Kies, den die Aktionärinnen selbst abbauen, ist bei dieser Beweislage zu verneinen.

D.6.5.1.2 Mehrzahl von beteiligten Unternehmen

1593. Als zweites Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG ist zu beurteilen, ob an diesem bewussten und gewollten Zusammenwirken eine Mehrzahl von Unternehmen beteiligt ist. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1411 ff.

1594. An dieser Vereinbarung, die bereits im KAGA-Vertrag verankert ist,[3092] sind einerseits die Aktionärinnen von KAGA beteiligt.[3093] Seit 2004 sind es sieben Aktionärinnen, wobei diese nach dem Zusammenschluss von Hofstetter und Messerli im Jahr 2006 sechs unterschiedlichen Unternehmen i.S.d. KG zugehören.[3094]

1595. An dieser Vereinbarung ist andererseits auch KAGA selbst beteiligt. Erstens war bereits von Anfang an vorgesehen, dass es der VR von KAGA ist, der den Preis festlegt, der von den Aktionärinnen zu respektieren ist, wenn diese Kies von KAGA weiterveräussern,[3095] wodurch KAGA von Beginn an in diese Vereinbarung involviert war. Zweitens unterzeichnete KAGA anlässlich der Änderung des KAGA-Vertrags von 1977 diesen Vertrag ebenfalls,[3096] womit sie der Vereinbarung auch formell beitrat. Drittens war diese Vereinbarung mit der von KAGA bis Ende 2014 praktizierten Preispolitik der Unterscheidung zwischen Aktionärs- und Drittpreisen verwoben[3097] und es geht inhaltlich um den Weiterverkaufspreis für Kies, den die Aktionärinnen bei KAGA beziehen, wobei KAGA auch selber diesen Kies direkt an Dritte veräussert. Der Gegenstand der Vereinbarung betrifft damit direkt auch die Geschäftstätigkeit von KAGA und ihre Interessen. An die Einhaltung dieser Vereinbarung wurde denn auch verschiedentlich im VR von KAGA erinnert.[3098]

1596. Damit ist eine Mehrzahl von Unternehmen, nämlich sieben, am bewussten und gewollten Zusammenwirken beteiligt,[3099] womit das zweite Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede erfüllt ist.

D.6.5.1.3 Wettbewerbsbeschränkung

1597. Als drittes Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG wird hiernach die Wettbewerbsbeschränkung beurteilt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1414 ff.

1598. Bei diesem bewussten und gewollten Zusammenwirken geht es um die Preissetzung für den Weiterverkauf von Kies; und zwar von unveredeltem, da KAGA keine Kiesveredelung vornimmt. Die Vereinbarung schränkt die Aktionärinnen darin ein, ihren Preis, den sie von Dritten für von bei KAGA bezogenem Kies verlangen, frei festzusetzen. Sie müssen von Dritten nämlich mindestens den Preis fordern, den KAGA von den Dritten verlangt.[3100] Damit wird den Aktionärinnen insbesondere verunmöglicht, bei ihrer eigenen Preisfestsetzung die Preisvorteile, die sie beim Bezug von Kies bei KAGA allein schon aufgrund ihrer Aktionärseigenschaft haben, ganz oder teilweise an Dritte weiterzugeben. Unabhängig davon, ob die beteiligten Unternehmen in einem horizontalen oder in einem vertikalen Verhältnis zueinander stehen, beschränken solche Preisvereinbarungen den wirksamen Wettbewerb.[3101] Das dritte Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede ist somit erfüllt.

1599. Kästli-Gruppe erachtet diese Würdigung als falsch mit der Begründung, es gäbe gar keinen eigentlichen Markt für Rohkies. Gäbe es diesen Markt nicht, sei eine Abrede betreffend diesen nicht existierenden Markt gar nicht geeignet den Wettbewerb in irgend einer Form zu beeinflussen. Mangels Eignung zu einer Wettbewerbswirkung sei eine derartige Abrede keine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG.[3102] Dieses Vorbringen betrifft, soweit die «Existenz eines Marktes für Rohkies» anbelangend, die Ebene des Sachverhalts. Es wurde

[3087] Vgl. Rz 1409.
[3088] Denn dies wurde bereits im KAGA-Vertrag festgehalten, siehe Rz 1037.
[3089] Rz 582.
[3090] Rz 590.
[3091] Rz 1039.
[3092] Rz 1037.
[3093] Rz 919 ff. und Rz 1035 ff.
[3094] Rz 516 f. und auch Rz 1292 f.
[3095] Rz 1037.
[3096] Rz 590 ff.
[3097] Rz 919.
[3098] Rz 1037.
[3099] Rz 1413.
[3100] Rz 919.
[3101] Illustrativ BGE 129 II 18 E. 4 und 5.1, *Buchpreisbindung I*: In diesem Fall war das vertikale Verhältnis unbestritten, das horizontale Verhältnis hingegen strittig (vgl. E. 4). Das BGer hielt noch vor der Klärung dieses Punktes fest, die Wettbewerbsabrede beeinträchtige den Wettbewerb (E. 5.1). Wird eine Wettbewerbsbeeinträchtigung (Art. 5 Abs. 1 KG) bejaht, liegt konsequenterweise auch eine Wettbewerbsbeschränkung (Art. 4 Abs. 1 KG) vor, wobei Zweites im vom BGer entschiedenen Fall gar nicht erst strittig war. Vgl. dazu, dass Abreden, welche die freie Preisfestsetzung unterbinden, wettbewerbsbeschränkend sind, auch BGE 147 II 72 E. 5.5, *Hors-Liste II*; BGE 144 II 246 E. 6.8, *Altimum*.
[3102] Act. VIII.163 Rz 34 f.

entsprechend dort abgehandelt, worauf verwiesen werden kann.[3103] Es hat sich gezeigt, dass dies so nicht zutrifft. Es gibt – nebst der Eigenversorgung der vertikal integrierten Kieswerke – durchaus Nachfrager nach Rohkies, also einen Markt für Rohkies. Dem Argument von Kästli-Gruppe ist damit die Grundlage entzogen, basiert es doch auf einem anderen Sachverhalt als dem festgestellten. Ergänzend sei erwähnt, dass das Argument ohnehin überrascht. Zu Ende gedacht wird damit nämlich den branchenkundigen Beteiligten unterstellt, eine Abrede über einen Markt getroffen haben, der gar nicht existiert, wobei sie diese – diesfalls sinn- und zwecklose – Abrede erst noch mittels einer Konventionalstrafe absicherten. Das Argumentation erscheint auch insofern nicht schlüssig und vermag nicht zu überzeugen.

D.6.5.1.4 Bezwecken oder Bewirken

1600. Als viertes Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG wird hiernach das Bezwecken oder Bewirken beurteilt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1419 ff.

1601. Bei einem bewussten und gewollten Zusammenwirken mit diesem Inhalt ist die Ausschaltung des Preiswettbewerbs das Ziel, womit die Wettbewerbsbeschränkung bezweckt ist.[3104] Das vierte Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede ist somit erfüllt.

D.6.5.1.5 Ergebnis zur Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

1602. Die sechs Aktionärs-Unternehmen und KAGA wirken bewusst und gewollt zusammen, indem sie vereinbart haben, dass die Aktionärinnen für Kies von KAGA von Dritten mindestens den Preis fordern, den auch KAGA von den Dritten für Kies verlangt. Damit ist den Aktionärinnen insbesondere untersagt, ihre im Vergleich zu Dritten vorteilhafteren Preise, die sie bei einem Kiesbezug bei KAGA geniessen, an Dritte weiterzugeben. Eine solche Preisvereinbarung bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung. Es liegt somit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

D.6.5.2 Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a oder nach Art. 5 Abs. 4 KG

1603. Nachfolgend wird beurteilt, ob diese Wettbewerbsabrede unter Art. 5 Abs. 3 und/oder Abs. 4 KG fällt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu den von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG erfassten Abredetypen finden sich in Rz 1422 ff.

1604. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede ist, dass die Aktionärinnen für Kies von KAGA von Dritten mindestens den Preis fordern müssen, den auch KAGA von den Dritten für ihr Kies verlangt. Damit ist es den Aktionärinnen insbesondere untersagt, ihre im Vergleich zu Dritten vorteilhafteren Preise, die sie bei einem Kiesbezug bei KAGA geniessen, ganz oder teilweise an Dritte weiterzugeben.[3105] Mit anderen Worten wurde ein Mindestpreis für Kies von KAGA vereinbart, den die Aktionärinnen bei einem Verkauf von solchem Kies an Dritte einzuhalten haben. Die Festsetzung eines Preises, nämlich eines Mindestpreises, ist demnach Gegenstand dieser Wettbewerbsabrede. Dieser Abredegegenstand fällt sowohl unter den einen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG)[3106] als auch unter den anderen (Art. 5 Abs. 4 KG)[3107] Vermutungstatbestand. Ob und gegebenenfalls welche Norm einschlägig ist, hängt davon ab, wie die beteiligten Unternehmen hinsichtlich dieser Wettbewerbsabrede zueinander im Wettbewerb stehen – sei es horizontal, vertikal oder sonstwie[3108]:

1605. Während der Gegenstand der Wettbewerbsabrede einfach fassbar ist, verursacht die Qualifikation dieser Wettbewerbsabrede insbesondere als horizontal oder als vertikal vorliegend für einmal mehr Kopfzerbrechen. Die Vereinbarung betrifft den Weiterverkaufspreis, den die Aktionärinnen als Abnehmerinnen für Kies, den KAGA als Anbieterin abgebaut hat, von Dritten verlangen müssen. Insofern liegt ein vertikales Verhältnis vor – KAGA, die Anbieterin, ist Herstellerin des Kieses, die Aktionärinnen, also die Abnehmerinnen, sind Händlerinnen dieses Kieses. KAGA verkauft den von ihr abgebauten Kies aber auch selber an Dritte, ist also ebenfalls als Händlerin tätig, womit auf Stufe Händlerinnen ein horizontales Verhältnis zwischen KAGA und ihren Aktionärinnen besteht. Da es eine nicht gegenseitige vertikale Vereinbarung ist, kann es sich bei dieser Situation jedoch um einen dualen Vertrieb handeln, bei dem der Fokus primär auf das vertikale Verhältnis gelegt wird.[3109] Ein solcher dualer Vertrieb liegt allerdings nur vor, wenn die Abnehmerinnen nicht zugleich auch auf der vorgelagerten Marktstufe, hier also auf der Herstellungsstufe, als Konkurrentinnen der Anbieterin tätig sind. Sind die Abnehmerinnen auch auf der vorgelagerten Stufe Konkurrentinnen der Anbieterin, sind nebst den vertikalen Verhältnissen die horizontalen Verhältnisse ebenfalls zu beurteilen.

1606. Aus dem Gesagten folgt, dass diese Wettbewerbsabrede im Verhältnis zwischen KAGA und den Aktionärinnen jedenfalls als vertikale Wettbewerbsabrede einzustufen ist. Ob sie zusätzlich als horizontale Wettbewerbsabrede zwischen KAGA und den einzelnen Aktionärinnen oder zwischen den Aktionärinnen zu qualifizieren ist, hängt zunächst vom Tätigkeitsbereich der einzelnen Aktionärinnen ab: Heimberg betreibt selber keine Kiesgewinnungsstätte, ist also keine Herstellerin von Rohkies. Im Verhältnis zwischen KAGA und Heimberg liegt daher die Situation eines dualen Vertriebs vor, weshalb das horizontale Verhältnis auf Händlerstufe ausser Betracht bleibt. Marti-Gruppe betreibt zwar selber eine Kiesgewinnungsstätte und ist insofern Herstellerin von Rohkies. Jedoch überschneidet sich ihr räumliches Tätigkeitsgebiet als Herstellerin nicht mit demjenigen von KAGA,[3110] weshalb sie bezüglich Kiesherstellung

[3103] Rz 993 f.
[3104] Vgl. BGE 147 II 72 E. 5.5 m.w.H., *Hors-Liste II*.
[3105] Rz 919, ferner auch Rz 1036 f.
[3106] Rz 1427.
[3107] BGE 144 II 246 E. 7.3, *Altimum*. Siehe ferner auch Rz 1433.
[3108] In einem solchen Fall würde weder Art. 5 Abs. 3 noch Abs. 4 KG greifen, vgl. BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 7.2.3 i.V.m. 7.2.1, *Hallenstadion*.
[3109] Rz 1432.
[3110] Rz 1448.

nicht als Konkurrentin von KAGA zu betrachten ist.[3111] Im Verhältnis zwischen KAGA und Marti-Gruppe liegt daher ebenfalls die Situation eines dualen Vertriebs vor, bei dem ausschliesslich auf das vertikale Verhältnis zu fokussieren ist. Demgegenüber betreiben Daepp, Kästli-Gruppe, Vigier und Alluvia selber Kiesgewinnungsstätten, deren räumliche Tätigkeitsgebiete sich jeweils mit demjenigen von KAGA überschneiden.[3112] Sie sind daher ebenfalls auf der vorgelagerten Stufe der Kiesherstellung Konkurrentinnen von KAGA, weshalb bezüglich ihnen keine Situation des dualen Vertriebs vorliegt. Im Verhältnis zwischen KAGA und Daepp, Kästli-Gruppe, Vigier und Alluvia wäre daher eine zusätzliche Beurteilung dieser Wettbewerbsabrede in horizontaler Hinsicht an sich angängig. Allerdings konnte nicht rechtsgenüglich festgestellt werden, dass die vorliegende Wettbewerbsabrede auch zu einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise bezüglich der Verkaufspreise von Kies führte, den die Aktionärinnen – und damit insbesondere Daepp, Kästli-Gruppe, Vigier und Alluvia – selbst abbauen, bei dem diese also die Herstellerinnen sind.[3113] Gerade hinsichtlich dieser von den Abnehmerinnen selbst hergestellten Waren müsste sich jedoch ein horizontaler Effekt zeigen, der mit einer Tätigkeit der Abnehmerinnen auch auf der vorgelagerten Marktstufe der Anbieterin – im Unterschied zu einer Situation des «gewöhnlichen» dualen Vertriebs – einhergehen könnte. Bei dieser Beweislage stehen in der vorliegenden, speziell gelagerten Situation auch im Verhältnis zwischen KAGA und Daepp, Kästli-Gruppe, Vigier und Alluvia – wie bei einem «gewöhnlichen» dualen Vertrieb – die vertikalen Effekte im Vordergrund, obwohl diese Abnehmerinnen auch auf Herstellungsebene mit KAGA in Konkurrenz stehen. Auf eine zusätzliche Prüfung dieser Wettbewerbsabrede in horizontaler Hinsicht wird deshalb verzichtet.

1607. Klarzustellen ist, dass diese Einstufung als vertikale Wettbewerbsabrede und damit zusammenhängend die Fokussierung auf die vertikalen Effekte einzig deshalb erfolgt, weil einerseits ein dualer Vertrieb vorliegt (Heimberg, Marti-Gruppe) und andererseits eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise hinsichtlich des von den Abnehmerinnen auf Herstellungsebene selbst abgebauten Kieses nicht rechtsgenüglich festgestellt wurde (Daepp, Kästli-Gruppe, Vigier und Alluvia), wodurch auch insofern letztlich eine mit dem «gewöhnlichen» dualen Vertrieb ähnliche Situation vorliegt. Das horizontale Verhältnis, das auf Händlerstufe zwischen den Beteiligten besteht, rückt bei dieser Ausgangslage in den Hintergrund und wird hier neben den vertikalen Verhältnissen nicht zusätzlich separat betrachtet. Würde eines, mehrere oder gar alle vertikalen Verhältnisse zwischen KAGA und ihren Aktionärinnen hingegen negiert, entfiele der Grund dafür, das horizontale Verhältnis auf Händlerstufe nicht näher zu betrachten. Mit anderen Worten müsste bei Verneinung auch nur eines der sechs vertikalen Verhältnisse diese Wettbewerbsabrede neu noch hinsichtlich ihrer horizontalen Effekte auf Ebene Händlerstufe, insbesondere auch im Verhältnis zwischen den Aktionärinnen, beurteilt werden.

1608. Wie bereits ausgeführt, ist Gegenstand der Wettbewerbsabrede ein Mindestpreis, den die Aktionärinnen bei einem Weiterverkauf von Kies von KAGA einzuhalten haben, womit die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt sind und eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet wird.

1609. Alluvia macht geltend, es liege eine blosse Bagatelle vor, allenfalls auch eine bloss erhebliche Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG (nicht aber eine solche nach Art. 5 Abs. 4 KG), da sie keine potenzielle Wiederverkäuferin von Rohkies von KAGA sei und entsprechend kein vertikales Verhältnis bestehe. Sie betreibe keinen Handel mit Rohkies bzw. veräussere solchen nur, wenn sie ihn aufgrund minderer Qualität nicht veredeln könne.[3114] Dass für die Aktionärinnen, darunter u.a. Alluvia, die selbst nach eigenen Angaben zuweilen Rohkies veräussert, eine Veräusserung von Rohkies auch von KAGA eine Möglichkeit gewesen wäre, wurde auf Ebene des Sachverhalts behandelt, worauf verwiesen sei.[3115] Es besteht gemäss diesen Sachverhaltsfeststellungen ein vertikales Verhältnis zu Alluvia und ihre Vorbringen dringen nicht durch.

D.6.5.3 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

1610. Nachfolgend wird beurteilt, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt ist. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen dazu finden sich in Rz 1434 ff.

1611. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei einer unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallenden Wettbewerbsabrede an sich nicht erforderlich zu prüfen, ob die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt ist. Denn bei solchen Wettbewerbsabreden besteht grundsätzlich zumindest eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG, weshalb sogleich zur Prüfung allfälliger Rechtfertigungsgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG geschritten werden kann.[3116] Genau betrachtet wird bei diesem Vorgehen allerdings nicht offengelassen, ob sich die Vermutungsfolge widerlegen lässt, sondern es wird zu Gunsten der Parteien unterstellt, dass die Vermutungsfolge widerlegt sei, denn andernfalls wäre eine Rechtfertigung nicht zulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Eine solche Unterstellung geht nun nur an, wenn anschliessend das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG verneint wird. Denn würden Rechtfertigungsgründe bejaht, wäre eine Rechtfertigung dennoch ausgeschlossen, wenn die Wettbewerbsabrede den Beteiligten Möglichkeiten eröffnet, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG). Liesse sich bereits die Vermutungsfolge nicht widerlegen, wären Möglichkeiten zur Wettbewerbsbeseitigung selbstverständlich ohne Weiteres zu bejahen. Bei Bejahung von Rechtfertigungsgründen muss daher bei der materiellen Prüfung beurteilt

[3111] Hier kommt es einzig darauf an, ob die Abnehmerin Marti-Gruppe im Verhältnis zur Anbieterin KAGA auf Herstellungsebene eine Konkurren-tin ist. Ob sie auf Herstellungsebene im Verhältnis zu anderen Abnehmerinnen eine Konkurrentin ist, ist bei der hier zu betrachtenden Situation hingegen nicht relevant und daher nicht zu vertiefen.
[3112] Rz 1448.
[3113] Rz 1039.
[3114] Act. IX.8 Rz 15 f.; Act. IX.30 Beilage 1 Rz 23.
[3115] Rz 993.
[3116] Rz 1438 und auch Rz 1333.

werden, wie es sich mit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs resp. der Möglichkeit dazu und, damit zusammenhängend, mit der Vermutungswiderlegung verhält. Sind Rechtfertigungsgründe hingegen zu verneinen, kann zwar bei der materiellen Prüfung die Widerlegung der Vermutungsfolge offen bleiben. Allerdings macht es bei der Sanktionierung, die unter diesen Umständen zu erfolgen hat – es geht ja bei dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung gerade um sanktionierbare Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG – einen Unterschied, ob die Wettbewerbsabrede den wirksamen Wettbewerb beseitigt oder «bloss» erheblich beeinträchtigt.[3117] Entsprechend muss bei der Sanktionierung beurteilt werden, wie es sich damit verhält. Kurzum: In Sanktionsfällen muss früher (bei der materiellen Beurteilung) oder später (bei der Sanktionsbemessung) geklärt werden, wie es sich mit der Wettbewerbsbeseitigung resp. der Widerlegung der diesbezüglichen Vermutungsfolge verhält. Dasselbe gilt mutatis mutandis für die damit zusammenhängende Marktabgrenzung. In systematischer Hinsicht und vom Lesefluss her erscheint es deshalb angezeigt, diesen Punkt bereits an dieser Stelle zu beurteilen.

1612. Um zu beurteilen, ob die Vermutungsfolge widerlegt ist, muss zunächst der relevante Markt abgegrenzt werden. Bei dieser Wettbewerbsabrede geht es um den Weiterverkaufspreis von Kies von KAGA, also von unveredeltem Kies (da KAGA selber kein Kieswerk betreibt), womit die Nachfrager von unveredeltem Kies die massgebende Marktgegenseite bilden. Der Markt für Rohkies wurde sowohl in sachlicher (Rz 1356–1361) als auch in räumlicher (Rz 1367–1371, insbesondere Rz 1370) Hinsicht abgegrenzt, worauf verwiesen sei.

1613. Gemäss Art. 13 VertBek[3118] ist für die Widerlegung der Vermutungsfolge eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerbs massgebend.

1614. Wie ausgeführt, ist eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise hinsichtlich des Weiterverkaufspreises des Kieses, den die Aktionärinnen selbst abbauen, nicht rechtsgenüglich festgestellt. Dasselbe gilt auch für unveredelten Kies, den die Aktionärinnen aus anderen Quellen als von KAGA beziehen. Sowohl der von den Aktionärinnen selbst abgebaute Kies als auch der von ihnen aus anderen Quellen als von KAGA bezogene Kies gehören zum selben sachlich relevanten Markt wie der Kies von KAGA.[3119] Ebenfalls zum selben sachlich relevanten Markt gehört Rohkies, der von Dritten angeboten wird. Bezüglich diesem nicht von der vorliegenden Wettbewerbsabrede betroffenen Kies sind die Verkäufer, seien es nun die Aktionärinnen oder Dritte, in ihrem Wettbewerbsverhalten und insbesondere in der Preissetzung frei. Gesamthaft betrachtet reicht dies aus, um die Vermutungsfolge der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen.

D.6.5.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG

1615. Nachfolgend wird beurteilt, ob diese Wettbewerbsabrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen dazu finden sich in Rz 1439 ff., insbesondere Rz 1440.

1616. Wettbewerbsabreden, die unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen, beschränken den Wettbewerb grundsätzlich bereits aufgrund ihres qualitativen Aspekts erheblich i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG.[3120]

1617. Dieser Grundsatz erweist sich auch vorliegend als treffend, handelt es sich bei der vorliegenden Wettbewerbsabrede – der Vereinbarung eines Mindestpreises für den Weiterverkauf – doch um eine typische Kernbeschränkung.

1618. Ergänzend sei erwähnt, dass es sich dabei nicht etwa um einen Bagatellfall handelt. Zutreffend ist zwar, dass Wandkies in wirtschaftlich wesentlichem Ausmass einzig von Kieswerken nachgefragt wird, die diesen veredeln, und dass Kiesgewinnungsstätten und Kieswerke regelmässig vertikal integriert sind.[3121] Die Nachfrage nach Rohkies durch andere Abnehmerinnen als das dergestalt vertikal integrierte Kieswerk ist daher ausgesprochen bescheiden.[3122] Sie beschränkt sich auf die Nachfrage von (Strassen)Bauunternehmen und Landschaftsgärtner für die direkte Verwendung[3123] sowie auf die Nachfrage anderer Kieswerke für ergänzende Bezüge einzelner Komponenten, die sie für die Veredelung benötigen.[3124] Bei KAGA etwa machen Rohkiesbezüge von Dritten im Durchschnitt rund [<20] % ihrer Kiesverkäufe aus.[3125] Die Wettbewerbsabrede beschlägt nun den Weiterverkaufspreis an diese Nachfrager, weshalb das von der Wettbewerbsabrede betroffene Kiesvolumen und damit die Grösse des betroffenen Markts bescheiden ist. Aus der geringen Grösse des betroffenen Markts lässt sich aber nicht einfach auf das Vorliegen einer materiellrechtlichen Bagatelle schliessen. Der Umfang des möglichen volkswirtschaftlichen Schadens ist vielmehr nur eines von zahlreichen zu berücksichtigenden Kriterien. Diesem Kriterium ein (zu) grosses Gewicht beizumessen, würde bedeuten, «kleine» Märkte vom Schutz vor unzulässigen Wettbewerbsabreden auszunehmen, was jedoch nicht sachgerecht wäre. In Anbetracht der weiteren Kriterien, die für das Vorliegen eines Bagatellfalls als wesentlich erachtet werden,[3126] ist hier insbesondere aufgrund des Schweregrads des Abredetyps, der Umsetzung der Wettbewerbsabrede, der Grösse, Marktanteile und Bedeutung der Unternehmen sowie dem Umfang und der Dauer der Wettbewerbsbeschränkung ein Bagatellfall ohne Weiteres zu verneinen.

1619. Mehrere Parteien erachten diese Würdigung als falsch, und zwar primär mit der Begründung, es gäbe gar keinen eigentlichen Markt für Rohkies, der durch die Wettbewerbsabrede beeinträchtigt werden könnte.[3127]

[3117] Siehe nur etwa BGE 144 II 194 E. 6.4, *BMW*.
[3118] Dies galt gleichermassen auch unter der vormaligen VertBek, vgl. Ziff. 11 aVertBek.
[3119] Rz 1361.
[3120] Rz 1440.
[3121] Rz 286 ff. und auch Rz 1345.
[3122] Rz 1343.
[3123] Rz 273.
[3124] Rz 285 und auch Rz 1346.
[3125] Siehe Rz 411.
[3126] Etwa Schweregrad des Abredetyps, Grad der Umsetzung, Grösse, Marktanteile und Bedeutung der involvierten Unternehmen, Umfang, Schwere und Dauer der Wettbewerbsbeschränkung sowie Umfang des individuellen Schadens, siehe DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 1698), Art. 5 N 240.
[3127] Act. VIII.158 Rz 48; Act. VIII.163 Rz 36; Act. VIII.164 Rz 92–94, Act. IX.30 Beilage 5 Rz 31–35.

Diese Vorbringen betreffen, soweit die «Existenz eines Marktes für Rohkies» anbelangend, die Ebene des Sachverhalts. Sie wurden entsprechend dort abgehandelt, worauf verwiesen werden kann.[3128] Es hat sich gezeigt, dass dies so nicht zutrifft. Es gibt – nebst der Eigenversorgung der vertikal integrierten Kieswerke – durchaus Nachfrager nach Rohkies, also einen Markt. Dieser mag eine bescheidene Grösse haben, steht deshalb aber nicht ausserhalb des Schutzbereichs des Kartellgesetzes. Es kann insofern auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden, die nach wie vor zutreffen. Um einen Bagatellfall handelt es sich nicht. Kästli-Gruppe trägt vor, diese Beurteilung stehe im Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung.[3129] Das trifft nicht zu. So hat das Bundesgericht jüngst entschieden, dass selbst eine bloss erst abgeschlossene, aber noch nicht umgesetzte Wettbewerbsabrede, die unter Art. 5 Abs. 3 KG fällt, keinen Bagatellfall i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG darstellt, da sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen kann und mit ihr ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen wird.[3130] Das ist auch vorliegend der Fall. Vigier nennt als zusätzliche Argumente für das Vorliegen eines Bagatellfalls, dass diese Wettbewerbsabrede einzig den Weiterverkauf von KAGA-Rohkies, nicht aber selbst abgebauten Rohkies der Aktionärinnen betreffe, und KAGA zudem teilweise Rabatte an Dritte gewährt habe.[3131] Auch diese Gesichtspunkte ändern jedoch nichts an der Beurteilung, bleibt es doch dabei, dass diese Wettbewerbsabrede den Wettbewerb zumindest potenziell beeinträchtigen kann und mit ihr ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen wurde. Hätte die Wettbewerbsabrede auch noch den Preis des von den Aktionärinnen selbst abgebauten Kieses betroffen, wäre sie ohne Weiteres unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu subsumieren gewesen. Dass nicht eine noch stärker in den Wettbewerb eingreifende Wettbewerbsabrede vorliegt, ist nicht entlastend. Vigier übergeht zudem, dass trotz der von KAGA während einigen Jahren an ausgewählte Dritte gewährten Rabatte der Einkaufspreis von Dritten stets höher war als derjenige der Aktionärinnen. Die von KAGA gewährten Rabatte ändern im Übrigen nichts daran, dass den Aktionärinnen aufgrund dieser Wettbewerbsabrede untersagt war, ebenfalls Rabatte an Dritte, auch höhere als die von KAGA gewährten, einzuräumen.

D.6.5.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG

1620. Nachfolgend wird beurteilt, ob diese Wettbewerbsabrede aus wirtschaftlichen Effizienzgründen i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen dazu finden sich in Rz 1442 ff.

1621. Diese Wettbewerbsabrede diente von 1970 bis Ende 2014 dazu, die Verwirklichung der von KAGA während dieser Zeit praktizierten Preispolitik der Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Dritten beim Bezug von Kies von ihr sicherzustellen, indem sie verhinderte, dass Aktionärinnen diese Preispolitik durch Arbitragegeschäfte unterlaufen.[3132] Wie noch auszuführen sein wird, verstösst diese ungleichbehandelnde Preispolitik von KAGA gegen Art. 7 KG.[3133] Schon nur deshalb kann deren Absicherung kein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sein. Auch anderweitig sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich.

1622. Vigier macht in ihrer Stellungnahme zum Antrag geltend, diese Wettbewerbsabrede sei aus Gründen des Investitions- und Umweltschutzes gerechtfertigt. Inwiefern diese Wettbewerbsabrede über den Mindestweiterverkaufspreis von KAGA-Rohkies dem Umweltschutz dienen soll, erläutert Vigier nicht nachvollziehbar. Sie macht nur geltend, der Rohkiespreis bestimme die Menge des Abbaus und Ziel sei immer gewesen, den langfristigen Erhalt der bestehenden Kiesreserven innerhalb der Planungsregionen sicherzustellen. Es sei um Nachhaltigkeit gegangen. Inwiefern diese Vorbringen mit der hier zu beurteilenden Wettbewerbsabrede über den Mindestweiterverkaufspreis zusammenhängen sollen, ist nicht verständlich, zumal die Aktionärinnen den Rohkies bei KAGA ja zu einem deutlich tieferen Preis erwerben konnten. Aus Nachhaltigkeitssicht ist es einerlei, ob der Rohkies nun durch Aktionärinnen oder durch Dritte verwendet wird. Den Investitionsschutz begründet Vigier damit, dass Aktionärinnen immer wieder in KAGA investiert hätten. Inwiefern diese Investitionen mit einer Wettbewerbsabrede über den Mindestweiterverkaufspreis von KAGA-Rohkies abgesichert würden, legt Vigier nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Bloss ergänzend sei auf die Beurteilung der Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen verwiesen.[3134] Dort wird näher ausgeführt, weshalb die Vorzugskonditionen der Aktionärinnen nicht mit einer Entschädigung des Investitionsrisikos begründet oder gar gerechtfertigt werden können. Das trifft hier ebenso zu, wobei – wie ausgeführt – ohnehin nicht ersichtlich ist, inwiefern die vorliegende Wettbewerbsabrede dazu dienen könnte. Es bleibt bei der Beurteilung, dass keine Rechtfertigungsgründe vorliegen.

D.6.5.6 Ergebnis zur kartellrechtlichen Zulässigkeit nach Art. 5 KG

1623. Die sechs Aktionärs-Unternehmen und KAGA wirken bewusst und gewollt zusammen, indem sie vereinbart haben, dass die Aktionärinnen für Kies von KAGA von Dritten mindestens den Preis fordern, den auch KAGA von den Dritten für Kies verlangt. Damit ist den Aktionärinnen insbesondere untersagt, ihre im Vergleich zu Dritten vorteilhafteren Preise, die sie bei einem Kiesbezug bei KAGA geniessen, an Dritte weiterzugeben. Eine solche Preisvereinbarung bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung. Dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken begann 1970 resp. im Falle von Vigier 1977 und dauerte unverändert bis Ende 2014 an. Es liegt somit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

[3128] Rz 993 f.
[3129] Act. VIII.163 Rz 36 f.
[3130] BGer, 2C_785/2022 vom 16.4.2024 E. 5.6.3 f., *VPVW*.
[3131] Act. VIII.164 Rz 95–97.
[3132] Rz 919.
[3133] Rz 1850 ff. und zusammengefasst in Rz 1932.
[3134] Rz 1857 und 1911.

1624. Gegenstand dieser Wettbewerbsabrede ist ein Mindestpreis, den die Aktionärinnen bei einem Weiterverkauf von Kies von KAGA einzuhalten haben. Diese Wettbewerbsabrede fällt unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG. Auf eine zusätzliche Prüfung dieser Wettbewerbsabrede in horizontaler Hinsicht bezüglich einzelner Beteiligter wurde verzichtet. Die wegen Erfüllung von Art. 5 Abs. 4 KG vermutete Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist zwar widerlegt, jedoch liegt eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG vor. Effizienzgründe, die diese Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen vermöchten, gehen mit ihr nicht einher.

1625. Die Vereinbarung, dass die Aktionärinnen Kies von KAGA mindestens zu dem Preis an Dritte weiterveräussern, den auch KAGA von den Dritten verlangt, stellt demnach in vorliegendem Fall eine kartellrechtlich unzulässige Wettbewerbsabrede dar. Da diese Wettbewerbsabrede den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 (i.V.m. Abs. 1) KG erfüllt, sind die daran beteiligten Unternehmen, d.h. Alluvia, Daepp, Heimberg, Kästli-Gruppe, Marti-Gruppe, Vigier sowie KAGA, nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren.

D.6.6 Die Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben

1626. In diesem Kapitel wird beurteilt, ob die Abmachung darüber, dass die Aktionärinnen auch Preisvorteile, die sie aufgrund des seit 2015 bestehenden gestaffelten Mengenrabatts erhalten, nicht an Dritte weitergeben dürfen, als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist oder nicht. Diese Abmachung wurde im Sachverhalt im Kapitel C.7.4.2 «Exkurs: Der gestaffelte Mengenrabatt ab 2015»[3135] dargestellt.

1627. Zum besseren Verständnis sei an dieser Stelle Folgendes wiederholt: Bis und mit 2014 praktizierte KAGA ein Preissystem, das beim Preis explizit zwischen Aktionärinnen und Dritten unterschied – allein aufgrund der Aktionärseigenschaft war der Preis für alle Aktionärinnen wesentlich tiefer angesetzt als derjenige für Dritte. Damit ging der zuvor beurteilte Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen einher.[3136] Per 1. Januar 2015 änderte KAGA ihr Preissystem und wechselte von den früheren Vorzugspreisen zu Gunsten der Aktionärinnen zu einem allen Kundinnen gleichermassen offenstehenden, gestaffelten Mengenrabatt.[3137]

D.6.6.1 Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

D.6.6.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

1628. Als erstes Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG wird nachfolgend beurteilt, ob ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vorliegt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1408 ff.

1629. Festgestellt wurde, dass unter dem neuen Preissystem Einigkeit darüber besteht, dass die Aktionärinnen allfällige Preisvorteile, die sie aufgrund der von ihnen bezogenen Menge resp. des Mengenrabatts haben, beim Weiterverkauf von KAGA-Kies nicht an Dritte weitergeben dürfen.[3138] Hierbei handelt es sich um einen natürlichen Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen, also um eine Vereinbarung. Diese Vereinbarung ist als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren,[3139] womit das erste Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede erfüllt ist.

1630. Dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken begann mit der Einführung des neuen Preissystems von KAGA im Jahr 2015 und dauert bis heute an.[3140]

1631. Nicht bewiesen ist hingegen, dass die Beteiligten auch hinsichtlich des (Mindest-)Preises für Kies, den die Aktionärinnen selbst abbauen, eine Vereinbarung abgeschlossen oder sich diesbezüglich aufeinander abgestimmt verhalten haben.[3141] Ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken hinsichtlich des Preises für Kies, den die Aktionärinnen selbst abbauen, ist bei dieser Beweislage zu verneinen.

D.6.6.1.2 Mehrzahl von beteiligten Unternehmen

1632. Als zweites Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG ist zu beurteilen, ob an diesem bewussten und gewollten Zusammenwirken eine Mehrzahl von Unternehmen beteiligt ist. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1411 ff.

1633. Ebenso wie an der bereits beurteilten Vereinbarung unter dem früheren Preissystem[3142] sind auch an dieser Vereinbarung sowohl die Aktionärinnen von KAGA als auch KAGA selbst beteiligt.[3143] Seit 2004 sind es sieben Aktionärinnen, wobei diese nach dem Zusammenschluss von Hofstetter und Messerli im Jahr 2006 sechs unterschiedlichen Unternehmen i.S.d. KG zugehören.[3144]

1634. Damit ist eine Mehrzahl von Unternehmen, nämlich sieben, am bewussten und gewollten Zusammenwirken beteiligt,[3145] womit das zweite Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede erfüllt ist.

D.6.6.1.3 Wettbewerbsbeschränkung

1635. Als drittes Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG wird hiernach die Wettbewerbsbeschränkung beurteilt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1414 ff.

1636. Bei diesem bewussten und gewollten Zusammenwirken geht es um die Preissetzung für den Weiterverkauf von Kies; und zwar von unveredeltem, da KAGA keine Kiesveredelung vornimmt. Die Vereinbarung schränkt die Aktionärinnen darin ein, ihren Preis, den sie

[3135] Rz 1045–1053, siehe insb. Rz 1050; siehe zudem auch Rz 924.
[3136] Rz 1589 ff.
[3137] Rz 1040.
[3138] Rz 1050.
[3139] Vgl. Rz 1409.
[3140] Rz 1050.
[3141] Die Feststellung in Rz 1039 trifft auch hier zu.
[3142] Rz 1594 f. m.w.H.
[3143] Rz 1050.
[3144] Rz 516 f. und auch Rz 1292 f.
[3145] Rz 1413.

von Dritten für von bei KAGA bezogenem Kies verlangen, frei festzusetzen. Ihnen wird untersagt, bei ihrer eigenen Preisfestsetzung allfällige Preisvorteile, die sie beim Bezug von Kies bei KAGA aufgrund der von ihnen bezogenen Menge resp. des Mengenrabatts haben, ganz oder teilweise an Dritte weiterzugeben. Unabhängig davon, ob die beteiligten Unternehmen in einem horizontalen oder in einem vertikalen Verhältnis zueinander stehen, beschränken solche Preisvereinbarungen den wirksamen Wettbewerb.[3146] Das dritte Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede ist somit erfüllt.

D.6.6.1.4 Bezwecken oder Bewirken

1637. Als viertes Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG wird hiernach das Bezwecken oder Bewirken beurteilt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1419 ff.

1638. Bei einem bewussten und gewollten Zusammenwirken mit diesem Inhalt ist die Ausschaltung des Preiswettbewerbs das Ziel, womit die Wettbewerbsbeschränkung bezweckt ist.[3147] Das vierte Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede ist somit erfüllt.

D.6.6.1.5 Ergebnis zur Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

1639. Die sechs Aktionärs-Unternehmen und KAGA wirken bewusst und gewollt zusammen, indem sie vereinbart haben, dass es den Aktionärinnen untersagt ist, ihre allfälligen Preisvorteile, die sie bei einem Kiesbezug bei KAGA aufgrund der von ihnen bezogenen Menge resp. des Mengenrabatts geniessen, an Dritte weiterzugeben. Eine solche Preisvereinbarung bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung. Es liegt somit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

D.6.6.2 Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a oder nach Art. 5 Abs. 4 KG

1640. Nachfolgend wird beurteilt, ob diese Wettbewerbsabrede unter Art. 5 Abs. 3 und/oder Abs. 4 KG fällt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu den von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG erfassten Abredetypen finden sich in Rz 1422 ff.

1641. Bezüglich des zuvor beurteilten Ausschlusses der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen unter dem früheren Preissystem wurde erörtert, dass im hier interessierenden Bereich vertikale Verhältnisse zwischen KAGA auf der einen Seite und ihren Aktionärinnen auf der anderen Seite bestehen, und dass die vertikalen Effekte im Vordergrund stehen, weshalb dort darauf verzichtet wurde, jene Wettbewerbsabrede auch noch in horizontaler Hinsicht zu beurteilen.[3148] Dasselbe trifft aus den dort ausgeführten Gründen mutatis mutandis auch vorliegend zu; zu beurteilen sind auch hier vertikale Verhältnisse.

1642. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede ist, dass es den Aktionärinnen untersagt ist, ihre allfälligen Preisvorteile, die sie bei einem Kiesbezug bei KAGA aufgrund der von ihnen bezogenen Mengen resp. des Mengenrabatts geniessen, ganz oder teilweise an Dritte weiterzugeben.[3149] Inhaltlich wurde damit – qua Untersagung der Weitergabe eigener Preisvorteile – ein Mindestpreis für Kies von KAGA vereinbart, den die Aktionärinnen bei einem Verkauf von solchem Kies an Dritte einzuhalten haben, nämlich den nicht mengenrabattreduzierten Preis von KAGA für Kies. Dieser Abredegegenstand fällt unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG,[3150] womit die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt sind und eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet wird.

D.6.6.3 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

1643. Nachfolgend wird beurteilt, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt ist. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen dazu finden sich in Rz 1434 ff.

1644. Beim bereits beurteilten Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen unter dem früheren Preissystem war das Ergebnis der Beurteilung, dass die Vermutungsfolge der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt ist.[3151] Aus denselben Gründen trifft das dortige Ergebnis auch hier zu, weshalb zur Begründung auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann.

D.6.6.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG

1645. Nachfolgend wird beurteilt, ob diese Wettbewerbsabrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen dazu finden sich in Rz 1439 ff., insbesondere Rz 1440.

1646. Wettbewerbsabreden, die unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen, beschränken den Wettbewerb grundsätzlich bereits aufgrund ihres qualitativen Aspekts erheblich i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG.[3152]

1647. Dieser Grundsatz erweist sich auch vorliegend als treffend, handelt es sich bei der vorliegenden Wettbewerbsabrede – der Vereinbarung eines Mindestpreises für den Weiterverkauf – doch um eine typische Kernbeschränkung.

1648. Wie schon beim bereits beurteilten Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen unter dem früheren Preissystem ausgeführt, kann aus der geringen Grösse des betroffenen Marktes nicht einfach auf das Vorliegen einer materiellrechtlichen Bagatelle geschlossen werden.[3153] Bei der Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben, kommt allerdings

[3146] Illustrativ BGE 129 II 18 E. 4 und 5.1, *Buchpreisbindung* I: In diesem Fall war das vertikale Verhältnis unbestritten, das horizontale Verhältnis hingegen strittig (vgl. E. 4). Das BGer hielt noch vor der Klärung dieses Punktes fest, die Wettbewerbsabrede beeinträchtige den Wettbewerb (E. 5.1). Wird eine Wettbewerbsbeeinträchtigung (Art. 5 Abs. 1 KG) bejaht, liegt konsequenterweise auch eine Wettbewerbsbeschränkung (Art. 4 Abs. 1 KG) vor, wobei Zweites im vom BGer entschiedenen Fall gar nicht erst strittig war. Vgl. dazu, dass Abreden, welche die freie Preisfestsetzung unterbinden, wettbewerbsbeschränkend sind, auch BGE 147 II 72 E. 5.5, *Hors-Liste II*; BGE 144 II 246 E. 6.8, *Altimum*.

[3147] Vgl. BGE 147 II 72 E. 5.5 m.w.H., *Hors-Liste II*.

[3148] Rz 1605 f.

[3149] Rz 1050.

[3150] BGE 144 II 246 E. 7.3, *Altimum*. Siehe ferner auch Rz 1433.

[3151] Rz 1612–1614.

[3152] Rz 1440.

[3153] Rz 1618.

hinzu, dass der Umfang und die Schwere der mit dieser Wettbewerbsabrede einhergehenden Wettbewerbsbeschränkung geringer ist als beim früheren Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen. Denn aufgrund des neuen Preissystems werden dadurch faktisch nicht mehr sämtliche Aktionärinnen gleichermassen in ihrer Preissetzung eingeschränkt, sondern nur noch diejenigen, die aufgrund der von ihnen bezogenen Kiesmenge überhaupt in den Genuss eines Mengenrabatts kommen. Je grösser dabei der Mengenrabatt ist, desto grösser ist auch die faktische Einschränkung. Jeweils die […] Mengenrabattstufe haben die Aktionärinnen Daepp, Heimberg und Kästli erreicht, deren Standorte sich in der Nähe von KAGA befinden.[3154] Und weil sich deren Standorte in der Nähe von KAGA befinden, bedenken diese Aktionärinnen beim Anbieten von KAGA-Kies an Dritte auch mögliche Rückwirkungen, die ihre diesbezügliche Preisgestaltung generell auf sie und – bei Daepp und Kästli – auch auf die Preisgestaltung für von ihnen selbst abgebauten Kies haben könnte.[3155] Faktisch am meisten eingeschränkt sind also diejenigen Aktionärinnen, die auch ohne diesbezügliche Wettbewerbsabrede ein vergleichsweise geringeres Interesse daran hätten, KAGA-Kies zu günstigeren Preisen an Dritte zu veräussern.[3156] Der Umfang und die Schwere der mit dieser Wettbewerbsabrede einhergehenden Wettbewerbsbeschränkung ist daher – gerade auch im Vergleich zum bereits beurteilten Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen unter dem früheren Preissystem von KAGA – eher bescheiden.

1649. Gleichwohl ist in Anbetracht der weiteren Kriterien, die für das Vorliegen eines Bagatellfalls als wesentlich erachtet werden,[3157] das Vorliegen eines solchen zu verneinen. Der Schweregrad des Abredetyps ist auch hier gewichtig. Festzustellen ist sodann, dass die Preise, die Daepp und Heimberg für Kies ab Grube KAGA verlangen, höher sind als der nicht mengenrabattreduzierte Preis von KAGA (auf dem sowohl Heimberg als auch Daepp jeweils noch den Mengenrabatt erhalten).[3158] Sie halten damit den vereinbarten Mindestpreis ein – darüber, ob ihre Preisgestaltung auch ohne diese Wettbewerbsabrede ähnlich wäre, lässt sich nur mutmassen. Die Grösse, die Marktanteile und die Bedeutung der Unternehmen sprechen auch hier gegen einen Bagatellfall. Kommt hinzu, dass diese Wettbewerbsabrede in Gegenstand C der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA eingebettet ist, wonach der Wettbewerbsdruck durch die Aktionärinnen dosiert werden soll.[3159] Sie bekräftigt und konkretisiert – einmal mehr – das Verständnis «loyaler Konkurrenz» unter den Aktionärinnen und das Bestreben nach einer Dosierung des Wettbewerbsdrucks, der von den Aktionärinnen ausgehen soll. Von einem Bagatellfall kann aufgrund dessen – gerade auch im Lichte der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung[3160] – nicht die Rede sein.

D.6.6.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG

1650. Nachfolgend wird beurteilt, ob diese Wettbewerbsabrede aus wirtschaftlichen Effizienzgründen i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen dazu finden sich in Rz 1442 ff.

1651. Per 1. Januar 2015 wechselte KAGA ihr Preissystem. Sie wendet seither einen gestaffelten Mengenrabatt an, der formal nicht mehr an das Kriterium der Aktionärseigenschaft anknüpft. Allerdings wurde festgestellt, dass es primär einige Aktionärinnen sind, die von den höheren Rabattstufen profitieren.[3161] Würden diese Aktionärinnen die Preisvorteile, die sie aufgrund ihrer grösseren Bezugsmengen haben, ganz oder teilweise an Dritte weitergeben, würde dadurch weder der Kiesabsatz von KAGA reduziert noch eine mengenrabattbezogene Preispolitik von ihr untergraben: Diesfalls würden zwar Dritte, die den Kies von KAGA von diesen Aktionärinnen zu einem günstigeren Preis beziehen könnten als von KAGA selbst, ihre Bezüge von KAGA-Kies weg von KAGA auf diese Aktionärinnen verlagern. Trotzdem bliebe aber die Gesamtmenge Kies, die bei KAGA bezogen wird, gleich. Denn diese Aktionärinnen würden – der verlagerten Nachfrage dieser Dritten entsprechend – mehr Kies von KAGA beziehen, geht es hier doch um den Verkauf von KAGA-Kies. Für diesen zusätzlich bezogenen Kies würden diese Aktionärinnen aufgrund ihres Mengenrabatts zwar einen geringeren Preis an KAGA zahlen als es die Dritten ohne solchen Mengenrabatt getan hätten. Der Grund für Mengenrabatte sind jedoch die Kosteneinsparungen, die mit dem Bezug von grösseren Mengen einhergehen. Infolgedessen müsste der Mindererlös von KAGA durch den geringeren Preis für diesen Kies ihren Kosteneinsparungen entsprechen, die sie dank der grösseren Bezugsmenge hat. Diese Wettbewerbsabrede ist daher zur Realisierung oder Absicherung der neuen, mengenrabattbezogenen Preispolitik von KAGA nicht erforderlich, weshalb offenbleiben kann, ob, inwiefern und unter welchen Voraussetzungen eine solche Realisierung oder Absicherung einer Preispolitik als Rechtfertigungsgrund betrachtet werden könnte. Auch anderweitig sind keine Rechtfertigungsgründe i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG ersichtlich, die mit dieser Wettbewerbsabrede einhergehen könnten.

1652. Vigier macht in ihrer Stellungnahme zum Antrag geltend, da es sich bestenfalls um einen «unbedeutenden Verstoss» handle, seien tiefere Anforderungen an die Rechtfertigung zu stellen. Die von ihr hinsichtlich des Ausschlusses der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen vorgebrachten Rechtfertigungsgründe vermöchten diese Wettbewerbsabrede deshalb allemal zu rechtfertigen.[3162] Es kann auf die bereits vorgenommene Beurteilung der von Vigier vorgetragenen «Rechtfertigungsgründe» verwiesen werden.[3163] Sie ergab, dass keine

[3154] Rz 1046.
[3155] Rz 919.
[3156] Rz 919.
[3157] Etwa Schweregrad des Abredetyps, Grad der Umsetzung, Grösse, Marktanteile und Bedeutung der involvierten Unternehmen sowie Umfang des individuellen Schadens, siehe DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 1698), Art. 5 N 240.
[3158] Rz 1053.
[3159] Dazu Rz 910 ff. und zur rechtlichen Beurteilung davon Rz 1454 ff.
[3160] BGer, 2C_785/2022 vom 16.4.2024 E. 5.6.3 f., *VPVW*.
[3161] Rz 1046.
[3162] Act. VIII.164 Rz 125–127.
[3163] Rz 1622.

Rechtfertigungsgründe bestehen, was entsprechend auch hier gilt. Damit hat es sein Bewenden. Da keine Rechtfertigungsgründe vorliegen, braucht auch nicht auf die Auffassung von Vigier eingegangen zu werden, bei einem «unbedeutenden Verstoss» seien geringere Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe zu stellen.

D.6.6.6 Ergebnis zur kartellrechtlichen Zulässigkeit nach Art. 5 KG

1653. Die sechs Aktionärs-Unternehmen und KAGA wirken bewusst und gewollt zusammen, indem sie vereinbart haben, dass es den Aktionärinnen untersagt ist, ihre allfälligen Preisvorteile, die sie bei einem Kiesbezug bei KAGA aufgrund der von ihnen bezogenen Mengen resp. des Mengenrabatts geniessen, ganz oder teilweise an Dritte weiterzugeben. Eine solche Preisvereinbarung bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung. Dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken begann 2015 und dauert bis heute an. Es liegt somit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

1654. Gegenstand dieser Wettbewerbsabrede ist ein Mindestpreis, den die Aktionärinnen – qua Untersagung der Weitergabe von eigenen Preisvorteilen – bei einem Weiterverkauf von Kies von KAGA einzuhalten haben. Diese Wettbewerbsabrede fällt unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG. Auf eine zusätzliche Prüfung dieser Wettbewerbsabrede in horizontaler Hinsicht bezüglich einzelner Beteiligter wurde verzichtet. Die wegen Erfüllung von Art. 5 Abs. 4 KG vermutete Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist zwar widerlegt, jedoch liegt eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG vor. Effizienzgründe, die diese Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen vermöchten, gehen mit ihr nicht einher.

1655. Die Vereinbarung, dass es den Aktionärinnen untersagt ist, ihre allfälligen Preisvorteile, die sie bei einem Kiesbezug bei KAGA aufgrund der von ihnen bezogenen Mengen resp. des Mengenrabatts geniessen, ganz oder teilweise an Dritte weiterzugeben, stellt demnach in vorliegendem Fall eine kartellrechtlich unzulässige Wettbewerbsabrede dar. Da diese Wettbewerbsabrede den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 (i.V.m. Abs. 1) KG erfüllt, sind die daran beteiligten Unternehmen, d.h. Alluvia, Daepp, Heimberg, Kästli-Gruppe, Marti-Gruppe, Vigier sowie KAGA, nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren.

D.6.7 Die Koordination der Angebote für die Übernahme von [U01]

1656. In diesem Kapitel wird beurteilt, ob die Abmachung darüber, wer beim möglichen Kauf der [U01] zu welchem Preis mitbieten soll, als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist oder nicht. Diese Abmachung wurde im Sachverhalt an mehreren Orten dargestellt. Einerseits unter der Darstellung der Hinweise zum Inhalt der Abmachungen,[3164] andererseits unter allen drei Gegenständen der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA. Denn die Abmachung über den geplanten Kauf der [U01] sind mit den Ideen aller drei Gegenstände verknüpft, also neue Konkurrenz im Aaretal zu verhindern (Gegenstand A)[3165], die KAGA gezielt als Druckmittel gegen Dritte einzusetzen (Teil von Gegenstand B)[3166] und unter den Aktionärinnen loyale Konkurrenz zu betreiben (Teil von Gegenstand C)[3167].

D.6.7.1 Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

D.6.7.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

1657. Als erstes Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG wird nachfolgend beurteilt, ob ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vorliegt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1408 ff.

1658. Festgestellt wurde, dass im VR von KAGA besprochen wurde, wie bei einem möglichen Verkauf der [U01] agiert werden soll.[3168] Der VR von KAGA beschloss, dass KAGA ein Angebot unterbreite, und dass – sofern dieses nicht angenommen werde oder [U01] noch Angebote Dritter prüfe – Kiestag (Vigier) in eigenem Namen ebenfalls ein Angebot einreiche.[3169] Implizit wurde damit auch beschlossen, dass andere Aktionärinnen von KAGA keine Angebote in eigenem Namen einreichen werden. Im VR von KAGA informierten KAGA und Kiestag (Vigier) alsdann über den Stand ihrer Verhandlungen und die Angebote. Dabei teilte Kiestag (Vigier) unter anderem mit, sie sei bereit, CHF [4–8] Mio. zu offerieren, und schlug vor, KAGA solle diese Summe bieten, was der VR von KAGA in der Folge denn auch so beschloss. In einem späteren Beschluss erhöhte der VR von KAGA ihr Angebot sodann auf CHF [4–8] Mio.[3170] Schliesslich beschloss der VR nach Ablauf der Angebotsfrist, [U01] eine Absage mitzuteilen und gleichzeitig bei [U04] (von deren Interesse am Kauf von [U01] die VR-Mitglieder erfahren hatten) vorstellig zu werden, um diese durch Inaussichtstellen von Nachteilen in deren Geschäftsbeziehung mit KAGA dazu zu bewegen, von einem Kauf von [U01] abzusehen. Bei diesen Beschlüssen über das gemeinsame Vorgehen bezüglich den Kaufverhandlungen mit [U01] handelt es sich um einen natürlichen Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen, also um eine Vereinbarung. Diese Vereinbarung ist als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren,[3171] womit das erste Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede erfüllt ist.

1659. Dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken hinsichtlich des gemeinsamen Agierens bei einem möglichen Verkauf von [U01] begann 2002 und endete 2007.[3172] Die Koordinierung der Angebote und das Gespräch mit [U04] durch KAGA erfolgte dabei von 2006 bis Mai 2007.[3173] Da das relevante Geschehen bei diesem bewussten und gewollten Zusammenwirken mehr

[3164] C.6.3.3.3 Weitere Hinweise auf den Inhalt der Abmachungen zwischen den Aktionärinnen der KAGA bis heute, Rz 766–775.
[3165] C.6.3.5.3 Gegenstand A: Verhinderung von neuer Konkurrenz im Aaretal, insb. Rz 860–865.
[3166] C.6.3.5.4 Gegenstand B: Dosierung des Wettbewerbsdrucks der KAGA, insb. Rz 894 i.f.
[3167] C.6.3.5.5 Gegenstand C: Dosierung des Wettbewerbsdrucks durch die Aktionärinnen, insb. Rz 930.
[3168] Rz 766, zur dafür gebildeten Arbeitsgruppe auch Rz 769.
[3169] Rz 772.
[3170] Rz 773.
[1371] Vgl. Rz 1409.
[3172] Vgl. Rz 766 und 773.
[3173] Rz 773.

als fünf Jahre vor der Untersuchungseröffnung liegt, fällt eine Sanktionierung ausser Betracht (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG). Dies ändert aber nichts an einer allfälligen Unzulässigkeit des Verhaltens, sofern die weiteren Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 KG erfüllt sind. Ob dies der Fall ist, wird nachfolgend beurteilt.

D.6.7.1.2 Mehrzahl von beteiligten Unternehmen

1660. Als zweites Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG ist zu beurteilen, ob an diesem bewussten und gewollten Zusammenwirken eine Mehrzahl von Unternehmen beteiligt ist. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1411 ff.

1661. An dieser Vereinbarung waren offenkundig einerseits KAGA und andererseits Vigier beteiligt. Da die relevanten Beschlüsse im VR von KAGA gefällt wurden, ist die Zustimmung der einzelnen VR-Mitglieder zugleich auch den jeweiligen, sie entsendenden Aktionärinnen zuzuordnen.[3174] Abgesehen von der generellen Zuordnung von VR-Beschlüssen an die Aktionärinnen der zustimmenden VR-Mitglieder führt hier übrigens auch die Tatsache, dass sich die Aktionärinnen mit diesem Beschluss implizit verpflichteten, keine eigenen Angebote einzureichen, zu einer Beteiligung dieser Aktionärinnen an dieser Vereinbarung. Sämtliche der hier relevanten VR-Beschlüsse von 2006 bis Mai 2007 wurden einstimmig getroffen.[3175] Gemäss den Protokollen waren jeweils alle VR-Mitglieder anwesend. Allerdings war Marti während dieser Zeit nicht im VR von KAGA vertreten und infolgedessen auch nicht an den VR-Sitzungen anwesend.[3176] Entsprechend waren an dieser Vereinbarung nebst KAGA und Vigier auch die Aktionärinnen der zustimmenden VR-Mitglieder beteiligt, also Alluvia (umfassend die Aktionärinnen Hofstetter und Messerli), Daepp, Heimberg und Kästli-Gruppe.

1662. Damit ist eine Mehrzahl von Unternehmen, nämlich sechs, am bewussten und gewollten Zusammenwirken beteiligt,[3177] womit das zweite Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede erfüllt ist.

D.6.7.1.3 Wettbewerbsbeschränkung

1663. Als drittes Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG wird hiernach die Wettbewerbsbeschränkung beurteilt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1414 ff.

1664. Dass sowohl KAGA als auch Vigier an einem Erwerb von [U01] interessiert waren, ist erstellt.[3178] Es liegt aufgrund aktueller Konkurrenz ein horizontales Verhältnis vor. In Anbetracht der Tätigkeiten der übrigen Beteiligten (Alluvia, Daepp, Heimberg und Kästli-Gruppe)[3179] einerseits sowie den Tätigkeitsbereichen von [U01] andererseits sind diese weiteren Beteiligten zumindest als potenzielle Nachfrager nach dem Betrieb von [U01] einzustufen. Entsprechend liegen auch insofern horizontale Verhältnisse vor.

1665. Bei diesem bewussten und gewollten Zusammenwirken ging es darum, das Angebotsverhalten von KAGA und ihren Aktionärinnen (mit Ausnahme von Marti) für den Kauf von [U01] zu koordinieren, indem der Angebotspreis gemeinsam festgelegt und mit demjenigen des Ersatzangebots von Vigier harmonisiert wurde und die übrigen Aktionärinnen keine eigenen Angebote einreichten.[3180] Weiter ging es darum, auf [U04] einzuwirken, indem dieser Nachteile in der künftigen Geschäftsbeziehung mit KAGA in Aussicht gestellt wurden, damit [U04] auf ihr Kaufangebot gegenüber [U01] verzichtet.[3181] Dass ein Vergleich zwischen der Wettbewerbssituation mit diesem bewussten und gewollten Zusammenwirken und der hypothetischen Wettbewerbssituation ohne dieses Zusammenwirken ein «Minus» ergibt, ist evident und bedarf keiner weiteren Worte. Dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken beschränkt den wirksamen Wettbewerb. Damit ist auch das dritte Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede erfüllt.

D.6.7.1.4 Bezwecken oder Bewirken

1666. Als viertes Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG wird hiernach das Bezwecken oder Bewirken beurteilt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1419 ff.

1667. Bei einem bewussten und gewollten Zusammenwirken mit diesem Inhalt ist es das Ziel, den Wettbewerb zwischen den Angeboten der Beteiligten (und sogar demjenigen einer Aussenstehenden, namentlich von [U04]) auszuschliessen, womit die Wettbewerbsbeschränkung bezweckt ist.[3182] Damit ist auch das vierte Tatbestandmerkmal einer Wettbewerbsabrede erfüllt.

D.6.7.1.5 Ergebnis zur Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

1668. Fünf Aktionärs-Unternehmen (alle ausser Marti-Gruppe) und KAGA wirkten bewusst und gewollt zusammen, indem sie vereinbart haben, ihr Angebotsverhalten für den Kauf von [U01] zu koordinieren und auf das Angebotsverhalten von [U04] einzuwirken. Eine solche Koordination der eigenen Angebote (sei es durch gemeinsame Festsetzung der Preise resp. deren Harmonisierung oder durch Angebotsverzicht) und Beeinflussung von Angeboten Dritter bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung. Es liegt somit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

D.6.7.2 Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG

1669. Nachfolgend wird beurteilt, ob diese Wettbewerbsabrede unter Art. 5 Abs. 3 KG fällt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu den von Art. 5 Abs. 3 KG erfassten Abredetypen finden sich in Rz 1425 ff.

[3174] Rz 705.
[3175] Rz 773.
[3176] Vgl. zusammengefasst zum kurzen Unterbruch der Präsenz von Marti im VR von KAGA Rz 705.
[3177] Rz 1413.
[3178] Rz 772.
[3179] Rz 1448.
[3180] Rz 772 f., zur vorbereitenden Arbeitsgruppe ferner Rz 769.
[3181] Rz 773–775.
[3182] Vgl. BGE 147 II 72 E. 5.5 m.w.H., *Hors-Liste II*.

1670. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede ist primär die Angebotskoordination für den Kauf von [U01], indem der Angebotspreis gemeinsam festgelegt und mit demjenigen des «Ersatzangebots» von Vigier harmonisiert wurde und die übrigen Aktionärinnen von eigenen Angeboten absahen.[3183] Gegenstand war ausserdem, durch eine Intervention von KAGA auf [U04], eine Dritte, einzuwirken, damit diese von ihrem Angebot Abstand nimmt.

1671. Zwischen KAGA und Vigier besteht hinsichtlich des Kaufs des Betriebs von [U01] aufgrund aktueller Konkurrenz ein horizontales Verhältnis.[3184] In Bezug auf die weiteren an dieser Wettbewerbsabrede beteiligten Aktionärinnen[3185] besteht aufgrund zumindest potenzieller Konkurrenz ebenfalls ein horizontales Verhältnis.[3186]

1672. Die Abredepartnerinnen kamen überein, dass KAGA ein Angebot für den Kauf des Betriebs von [U01] abgibt. Falls [U01] nicht an KAGA verkaufen wollte oder auch von Dritten Angebote einholen sollte, sollte zudem Vigier ein Angebot abgeben. Die übrigen Aktionärinnen sollten demgegenüber keine Angebote abgeben. Damit haben die Abredepartnerinnen ausgemacht, wer von ihnen mit [U01] ins Geschäft kommen soll. Mit anderen Worten haben sie die Geschäftspartnerin [U01] unter sich aufgeteilt, womit Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfüllt ist.

1673. Zudem haben KAGA und Vigier den Angebotspreis von CHF [4–8] Mio. untereinander koordiniert. Damit haben sie den Angebotspreis direkt festgesetzt. Einkaufspreise sind ebenfalls als Preise i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu verstehen,[3187] womit die Wettbewerbsabrede zwischen KAGA und Vigier auch Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfüllt. Mit einem «blossen» Angebotsverzicht, wie ihn die übrigen Aktionärinnen vornahmen, wird demgegenüber weder direkt noch indirekt der Preis oder ein Element davon festgesetzt. Allerdings liessen es die Abredepartnerinnen nicht bei der Vereinbarung eines «blossen» Angebotsverzichts bewenden, sondern sie bestimmten zudem den Preis des einzureichenden Angebots. Damit setzten auch sie den Angebotspreis direkt fest. Damit liegt im Verhältnis zwischen den übrigen Aktionärinnen ebenfalls eine Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vor.

1674. Die Wettbewerbsabrede ist demnach sowohl als Kunden- als auch als Preisabrede zu qualifizieren (Art. 5 Abs. 3 Bst. c und a KG).

D.6.7.3 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

1675. Nachfolgend wird beurteilt, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt ist. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen dazu finden sich in Rz 1434 ff.

1676. Durch die Wettbewerbsabrede, von der soweit ersichtlich keine der Abredepartnerinnen abgewichen ist,[3188] wurde der Innenwettbewerb zwischen ihnen beim Angebot zum Kauf des Betriebs von [U01] ausgeschaltet. Wettbewerb konnte daher höchstens noch in Form von Aussenwettbewerb durch nicht an der Wettbewerbsabrede beteiligte Dritte bestehen. Allerdings schränkte die Wettbewerbsabrede sogar diesen Aussenwettbewerb ein, indem vereinbart wurde, dass KAGA Einfluss auf [U04] nimmt, um diese zum Verzicht auf ihr Angebot zu bewegen. Angebote weiterer Dritter sind nicht bekannt.

1677. Ob die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden kann, erscheint vor diesem Hintergrund fraglich. In Anbetracht der weiteren Beurteilung, insbesondere des Fehlens von Rechtfertigungsgründen,[3189] kann auf zusätzliche Abklärungen verzichtet werden und es ist zu Gunsten der Parteien zu unterstellen, dass sich die Vermutung widerlegen liesse.[3190] Weil hinsichtlich dieser Wettbewerbsabrede eine Sanktionierung aufgrund des Zeitablaufs nicht in Betracht fällt, muss weder für die materielle Beurteilung noch für die Sanktionsbemessung beurteilt werden, ob der Wettbewerb beseitigt oder «bloss» erheblich beeinträchtigt ist. Damit zusammenhängend erübrigt sich ebenfalls, den Markt abzugrenzen.[3191]

1678. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ohne abschliessende Beurteilung zu Gunsten der Parteien unterstellt wird, die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung sei widerlegt.

D.6.7.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG

1679. Nachfolgend wird beurteilt, ob diese Wettbewerbsabrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen dazu finden sich in Rz 1439 ff., insbesondere Rz 1440.

1680. Wettbewerbsabreden, die unter Art. 5 Abs. 3 KG fallen, beschränken den Wettbewerb grundsätzlich bereits aufgrund ihres qualitativen Aspekts erheblich i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG.[3192]

1681. Dieser Grundsatz erweist sich auch hier als treffend. Zwar betrifft die vorliegende Wettbewerbsabrede die Beschaffungsseite, d.h., bei der zugeteilten Geschäftspartnerin handelt es sich um die Verkäuferin (nicht um eine Käuferin) und beim Preis handelt es sich um den Einkaufspreis (nicht um den Verkaufspreis). Mit einer ebenfalls die Beschaffungsseite betreffenden Einkaufskooperation, für die eine Durchbrechung des Grundsatzes der Erheblichkeit befürwortet wird,[3193] hat diese Wettbewerbsabrede aber gleichwohl nichts zu tun. Vielmehr handelt es sich hier um eine Wettbewerbsabrede, bei der die «Koordinierung in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt».[3194] Im Einzelnen:

[3183] Rz 772 f.
[3184] Rz 1663.
[3185] Rz 1660.
[3186] Rz 1663.
[3187] RPW 2020/2, 408 Rz 29, *Beratung Einkaufskooperation*; RPW 2022/2, 311 Rz 49, *Beratung Internationale Einkaufskooperation*, je m.w.H.
[3188]
[3189] Dazu Rz 1684 f.
[3190] Vgl. Rz 1610.
[3191] Zu diesen Zusammenhängen siehe Rz 1610.
[3192] Rz 1440.
[3193] RPW 2020/2, 413 Rz 61 f., *Beratung Einkaufskooperation*; RPW 2022/2, 314 Rz 81, *Beratung Internationale Einkaufskooperation*, je m.w.H.
[3194] So die von HEINEMANN (Fn 2591), 112, verwendete, vom EuGH übernommene Formulierung.

1682. Der Betrieb von [U01] ist eine nicht vertretbare Sache und damit ein limitiertes Gut.[3195] Die zwei Kernwerte des Betriebs von [U01] sind die raumplanungsrechtlich bereits bewilligten Kies- und Auffüllreserven und die dazugehörigen Abbau- und Deponierechte.[3196] Dabei handelt es sich insbesondere aufgrund der (planungs- und bewilligungs)rechtlichen Restriktionen um limitierte Güter,[3197] zumal die Planung auf Richtwerten basiert, die zu einer mengenmässigen Beschränkung führen.[3198] Aufgrund dessen besteht zwischen den Interessenten an diesem Gut der Wettbewerb beschaffungsseitig primär darin, wer überhaupt an das Gut gelangt. Dass der angebotene Preis für die Verkäuferin von entscheidender Bedeutung dafür ist, mit wem sie ins Geschäft kommt, ist evident und im Übrigen auch durch die Erhöhungen des von KAGA angebotenen Preises belegt.[3199] Mit der vorliegenden Wettbewerbsabrede, die den Geschäftspartner zuteilt und den Angebotspreis festsetzt, wird gerade dieser beschaffungsseitige Wettbewerb zwischen den Abredepartnerinnen ausgehebelt. Auch die vereinbarte Einwirkung auf das Angebotsverhalten einer unabhängigen Dritten, namentlich von [U04], zielt auf die Beeinträchtigung ebendieses Wettbewerbs zwischen den Interessentinnen ab.

1683. In Anbetracht der Kriterien, die für das Vorliegen eines Bagatellfalls als wesentlich erachtet werden,[3200] ist hier ein Bagatellfall ohne Weiteres zu verneinen.

D.6.7.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG

1684. Nachfolgend wird beurteilt, ob diese Wettbewerbsabrede aus wirtschaftlichen Effizienzgründen i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen dazu finden sich in Rz 1442 ff.

1685. Rechtfertigungsgründe i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG, die mit dieser Wettbewerbsabrede einhergehen könnten, sind beim besten Willen nicht ersichtlich.

D.6.7.6 Ergebnis zur kartellrechtlichen Zulässigkeit nach Art. 5 KG

1686. Fünf Aktionärs-Unternehmen (alle ausser Marti-Gruppe) und KAGA wirkten bewusst und gewollt zusammen, indem sie vereinbart haben, ihr Angebotsverhalten für den Kauf von [U01] zu koordinieren und auf das Angebotsverhalten von [U04] einzuwirken. Eine solche Koordination der eigenen Angebote (sei es durch gemeinsame Festsetzung der Preise resp. deren Harmonisierung oder durch Angebotsverzicht) und Beeinflussung von Angeboten Dritter bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung. Im Kern erfolgte dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken von 2006 bis Mai 2007. Es liegt somit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

1687. Diese Wettbewerbsabrede ist sowohl als Kunden- als auch als Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c resp. Bst. a KG zu qualifizieren. Ohne abschliessende Beurteilung wird zu Gunsten der Beteiligten unterstellt, dass sich die vermutete Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegen lässt. Es liegt allerdings eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG vor. Effizienzgründe, die diese Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen vermöchten, gehen mit ihr nicht einher.

1688. Die Vereinbarung, das Angebotsverhalten von KAGA und ihren Aktionärinnen (mit Ausnahme von Marti) für den Kauf von [U01] zu koordinieren und auf das Angebotsverhalten von [U04] einzuwirken, stellt demnach in vorliegendem Fall eine kartellrechtlich unzulässige Wettbewerbsabrede dar. Obwohl diese Wettbewerbsabrede unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG fällt, können die daran beteiligten Unternehmen, d.h. Alluvia, Daepp, Heimberg, Kästli-Gruppe, Vigier sowie KAGA, aufgrund Zeitablaufs nicht nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert werden (vgl. Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG).

D.6.8 Das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet

1689. In diesem Kapitel wird beurteilt, ob das in Kapitel C.4.2.5.5 festgestellte Verbot zu Lasten der Aktionärinnen, im KAGA-Gebiet eigene Abbaurechte zu erwerben (mit Ausnahme fünf genau bezeichneter Grundstücke) oder sonstwie Kies und Sand abzubauen,[3201] als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist oder nicht.

D.6.8.1 Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

D.6.8.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

1690. Als erstes Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG wird nachfolgend beurteilt, ob ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vorliegt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1408 ff.

1691. Festgestellt ist, dass sich die Aktionärinnen im KAGA-Vertrag verpflichtet haben, in einem KAGA vorbehaltenen Gebiet «weder direkt oder indirekt eigene Ausbeutungsrechte zu erwerben oder sonstwie auf eigene Rechnung Kies und Sand auszubeuten»,[3202] was nachfolgend verkürzt als Konkurrenzverbot bezeichnet wird.[3203] Ausgenommen vom Konkurrenzverbot sind fünf genau bezeichnete Grundstücke in Kirchberg, die der Aare-Kies (Daepp) gehören, sowie das ursprüngliche Ausbeutungsareal der Heimberg.[3204] Das KAGA-Gebiet haben sie in einem Plan eingezeichnet.[3205] Anlässlich

[3195] Bereits deshalb ist ausgeschlossen, dass es vorliegend um eine Einkaufskooperation geht.
[3196] Rz 773.
[3197] Rz 331 ff.
[3198] Rz 341.
[3199] Vgl. Rz 773.
[3200] Etwa Schweregrad des Abredetyps, Grad der Umsetzung, Grösse, Marktanteile und Bedeutung der involvierten Unternehmen, Umfang, Schwere und Dauer der Wettbewerbsbeschränkung sowie Umfang des volkswirtschaftlichen und individuellen Schadens, siehe DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 1698), Art. 5 N 240.
[3201] Siehe Teilgegenstand C.1, Rz 914 ff.
[3202] Rz 583, Ziffer 1 des KAGA-Vertrags.
[3203] Marti-Gruppe erachtet die Bezeichnung als Konkurrenzverbot verwirrend, da es den Aktionärinnen nicht untersagt sei, Rohkies in dieses Gebiet zu liefern (Act. VIII.158 Rz 69). Wie ausgeführt, untersagt das Konkurrenzverbot den Erwerb von Abbaurechten und den Abbau von Rohkies in diesem Gebiet. Weshalb die Bezeichnung Konkurrenzverbot dafür verwirrend sein soll, bloss weil es nicht zudem auch noch den Rohkiesverkauf in dieses Gebiet untersagt, ist nicht ersichtlich.
[3204] Rz 583, Ziffer 1 des KAGA-Vertrags.
[3205] Rz 584.

der Aufnahme von Kiestag in das Aktionariat im Jahr 1977 haben sie den Plan aktualisiert[3206] und das Gebiet etwas reduziert («Linie Reutigen-Gwatt»). Beim ausgenommenen Teil handelte es sich um das «Wirkungsgebiet» von Kiestag, die dort bereits eine Abbaustelle betrieb.[3207] Im Jahr 2012 kam es zu einer weiteren Abänderung des Wirkungskreises, diesmal zugunsten der Aare-Kies (Daepp).[3208] Der Aare-Kies (Daepp) wurde damit erlaubt, an ihrem bisherigen Standort den Abbau zu erweitern. Das dadurch entstehende Auffüllvolumen wurde aber im Wirkungskreis der KAGA belassen.

1692. Vereinbart wurde im KAGA-Vertrag ferner, dass das Konkurrenzverbot für die Aktionärinnen auch noch während zehn Jahren nach einem «allfälligen Ausscheiden» aus der KAGA, also nach Aufgabe der Aktionärsstellung, gilt. Dieses nachvertragliche Verbot sicherten die Beteiligten zudem durch eine Konventionalstrafe, deren Begleichung weder von der Realerfüllung des Verbots noch allfälligen Schadenersatzzahlungen befreit.[3209]

1693. Bezüglich dieser Vertragsklauseln liegt ein natürlicher Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen vor,[3210] also eine Vereinbarung. Diese Vereinbarung ist als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren,[3211] womit das erste Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede erfüllt ist.

D.6.8.1.2 Mehrzahl von beteiligten Unternehmen

1694. Als zweites Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG ist zu beurteilen, ob an diesem bewussten und gewollten Zusammenwirken eine Mehrzahl von Unternehmen beteiligt ist. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1411 ff.

1695. An dieser Vereinbarung sind zunächst einmal die Aktionärinnen von KAGA beteiligt,[3212] zu deren Lasten das Verbot ist. Seit 2004 sind es sieben Aktionärinnen, wobei diese nach dem Zusammenschluss von Hofstetter und Messerli im Schosse der Alluvia im Jahr 2006 sechs unterschiedlichen Unternehmen zugehören.[3213]

1696. KAGA selbst ist ebenfalls als ein Unternehmen im Sinne des KG zu qualifizieren.[3214] Sie wird durch dieses Verbot nicht verpflichtet, d.h., es ist nicht zu ihren Lasten. Das Verbot ist vielmehr zu ihren Gunsten, indem es ihr das KAGA-Gebiet exklusiv vorbehält. Dass KAGA durch das Verbot ausschliesslich berechtigt, nicht aber verpflichtet wird, ändert allerdings nichts daran, dass sie an der Vereinbarung, mit der dieses Verbot stipuliert wurde, ebenfalls beteiligt ist. Anlässlich der Vertragsanpassung im Jahr 1977 hat sie diesen Vertrag nämlich auch unterzeichnet.[3215] Dass sich KAGA aus dem Verbot als berechtigt erachtet, zeigt sich im Übrigen auch daran, dass sie es war, die im November 2008 dessen Einhaltung gegenüber Daepp einleitete,[3216] was alsdann zur zweiten Anpassung des KAGA-Vertrags führte.[3217] Zudem war der Geschäftsführer der KAGA Anlaufstelle, als Kiestag im Jahr 2009 abklärte, ob ein von ihr geplanter Abbau im für sie verbotenen KAGA-Gebiet liegt: Dieser prüfte die Karte aus dem Jahr 1977 und gab grünes Licht für Kiestag.[3218]

1697. Damit ist eine Mehrzahl von Unternehmen, nämlich sieben, am bewussten und gewollten Zusammenwirken beteiligt,[3219] womit das zweite Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede erfüllt ist.

1698. Dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken begann mit dem KAGA-Vertrag im Jahr 1970 und dauert bis heute an. Daepp, Heimberg, Hofstetter, Kästli, Marti und Messerli sind seit Anbeginn Aktionärinnen der KAGA und unterzeichneten den KAGA-Vertrag am 20. März 1970.[3220] Kiestag (Vigier) stiess im Jahr 1977 dazu und erklärte ausdrücklich ihr Einverständnis damit.[3221] Hinsichtlich KAGA ist es nicht nötig, zu eruieren, ob sie sich bereits 1970 an diesem Verbot beteiligte, oder ob es sich zu Beginn bei diesen Unterlassungspflichten um einen echten Vertrag zugunsten Dritter, namentlich KAGA, handelte und gegebenenfalls ob sie als Dritte diesfalls als in einem kartellrechtlichen Sinne an der Vereinbarung beteiligt anzusehen wäre, oder ob sie damals kein eigenes Forderungsrecht bezüglich dieser Unterlassungspflichten erlangte. Denn jedenfalls unterzeichnete sie den modifizierten KAGA-Vertrag im Jahr 1977 und ist spätestens seit damals daran beteiligt. Ab 1996 misst sich die kartellrechtliche Zulässigkeit dieses bewussten und gewollten Zusammenwirkens am aktuellen Kartellgesetz (vgl. Rz 1505).

1699. Mehrere Parteien bringen vor, dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken sei spätestens 2014 beendet worden.[3222] Diese Argumente betreffen die Sachverhaltsebene und wurde entsprechend dort behandelt, worauf verwiesen sei.[3223] Wiederholt sei hier das Beweisergebnis. Es wurde festgestellt, dass dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken zwischen den Beteiligten nicht im Jahr 2014 (oder später) beendet wurde. Es dauert bis heute an. Marti-Gruppe macht ausserdem geltend, sie habe sich von diesem Zusammenwirken distanziert und das Konkurrenzverbot nicht mehr respektiert, wodurch jedenfalls sie nicht mehr daran beteiligt sei.[3224] Auch dieses Argument beschlägt die Sachverhaltsebene und wurde dort behandelt, worauf verwiesen werden kann.[3225] Es wurde festgestellt, dass Marti-Gruppe nach wie vor an diesem bewussten und gewollten Zusammenwirken beteiligt ist.

[3206] Rz 592.
[3207] Rz 591.
[3208] Rz 601.
[3209] Rz 583, Ziffer 9 des KAGA-Vertrags.
[3210] Rz 585 und 594.
[3211] Vgl. Rz 1409.
[3212] Rz 585 und 594.
[3213] Rz 516 f. und auch Rz 1292 f.
[3214] Rz 1304.
[3215] Rz 594.
[3216] Rz 595.
[3217] Rz 601.
[3218] Rz 780.
[3219] Rz 1413.
[3220] Rz 585.
[3221] Rz 591.
[3222] Siehe Rz 640 ff.
[3223] Rz 647 ff., insbesondere Rz 652 ff.
[3224] Rz 983.
[3225] Rz 984.

D.6.8.1.3 Wettbewerbsbeschränkung

1700. Als drittes Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG wird hiernach die Wettbewerbsbeschränkung beurteilt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1414 ff.

1701. Das Konkurrenzverbot verbietet es den Aktionärinnen, im KAGA-Gebiet eigene Abbaurechte zu erwerben oder sonstwie Kies oder Sand abzubauen. Das Konkurrenzverbot betrifft damit zunächst die Nachfrage der Aktionärinnen betreffend Abbaurechte und sodann das Angebot der Aktionärinnen betreffend Rohkies. Zudem zeitigt es unmittelbar Folgen für mehrere hiermit zusammenhängende Tätigkeiten:

- **Nachfrageseitig**: Die Aktionärinnen dürfen in diesem Gebiet[3226] keine Abbaurechte erwerben. D.h. sie sind als latente[3227] und aktuelle Nachfragerinnen von Abbaurechten ausgeschlossen.
- **Angebotsseitig**: Da die Aktionärinnen in diesem Gebiet keine eigenen Abbaurechte erwerben dürfen, können sie dort auch nicht selber Kies abbauen. Weiter ist ihnen verboten, sonstwie, also ohne eigene Abbaurechte, Kies in diesem Gebiet abzubauen. Folglich können sie in diesem Gebiet keinen Rohkies herstellen und keinen von ihnen dort selbst abgebauten Rohkies anbieten.
- **Angebotsseitige Folge 1**: Aufgrund der engen Verknüpfung von Kiesabbau und Kiesveredelung[3228] werden die Aktionärinnen dadurch, dass sie keine eigenen Abbaurechte im KAGA-Gebiet erwerben und keinen dortigen Kiesabbau betreiben dürfen, faktisch auch davon abgehalten, in diesem Gebiet eigene Kieswerke zu errichten und dort Kies zu veredeln.
- **Angebotsseitige Folge 2**: Schliesslich verhindert das Konkurrenzverbot faktisch, dass die Aktionärinnen in diesem Gebiet Aushubdeponien betreiben. Voraussetzung für eine Aushubdeponie ist nämlich zunächst einmal eine Kiesgrube, in der zuvor Kies abgebaut wurde.[3229] Da die Aktionärinnen aber in diesem Gebiet weder Abbaurechte erwerben noch sonstwie Kies abbauen dürfen, können sie nicht über eine dortige Kiesgrube verfügen. Exemplarisch erkennen lässt sich die Verknüpfung zwischen Abbau und Aushubdeponie im Falle der Erweiterung des bisherigen Abbaustandorts der Daepp. Die Abbauerweiterung wurde zwar erlaubt, aber nur unter der Voraussetzung, dass das dadurch entstehende, künftige Deponievolumen in die Hände der KAGA gelegt wird.[3230] Einzige, allerdings primär theoretische Möglichkeit für die Aktionärinnen, um dennoch in diesem Gebiet eine Aushubdeponie betreiben zu können, wäre daher, eine solche von einem Dritten zu erwerben, nachdem dieser den dortigen Kies vollständig abgebaut hat. Aufgrund des Konkurrenzverbots unbenommen wäre es den Aktionärinnen aber immerhin, eine Deponie «auf grüner Wiese» im KAGA-Gebiet zu betreiben. Die Verhinderung von Aushubdeponien der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet dürften die beteiligten Unternehmen bei der Statuierung des Konkurrenzverbots aufgrund der damals bescheidenen wirtschaftlichen Bedeutung des Deponiewesens zwar kaum im Blick gehabt haben.[3231] Das ändert jedoch nichts daran, dass diese Folge untrennbar mit dem vereinbarten Konkurrenzverbot einhergeht und sie wegen der gesteigerten wirtschaftlichen Relevanz des Deponiewesens unterdessen entsprechend bedeutungsvoll geworden ist.

1702. Die nachfolgende Beurteilung konzentriert sich auf den Erwerb von Abbaurechten an Grundstücken im KAGA-Gebiet, also auf den nachfrageseitigen Aspekt. Denn dieser Bereich steht am Anfang und die weiteren Tätigkeiten der Kiesherstellung und -veredelung sowie des Betriebs von Deponien für unverschmutzten Aushub hängen davon ab. Zudem stehen die Bereiche Kiesherstellung und -veredelung sowie die Deponierung von unverschmutztem Aushub bereits bei weiteren Verhaltensweisen im Zentrum der Beurteilung.[3232] Sollte allerdings die nachfolgende Beurteilung mit Fokus auf den Erwerb von Abbaurechten an Grundstücken im KAGA-Gebiet nicht Bestand haben, müsste freilich die Beurteilung dieser weiteren Bereiche, also der Angebotsseite, noch durchgeführt werden.

1703. Mehrere Parteien bringen vor, das Konkurrenzverbot könne den Wettbewerb auf dem Markt für den Erwerb von Abbaurechten gar nicht mehr beschränken, da es aufgrund der raumplanungs- und bewilligungsrechtlichen Vorschriften sowie aus faktischen Gründen ohnehin unmöglich sei, im KAGA-Gebiet eine neue Abbaustelle zu eröffnen und dort ein Kieswerk zu erstellen.[3233] Dieses Argument betrifft die Sachverhaltsebene und wurde entsprechend dort behandelt, worauf verwiesen sei.[3234] Wiederholt sei hier Folgendes: Erstens ist klarzustellen, dass das Konkurrenzverbot nicht «erst» den Kiesabbau untersagt, sondern bereits den vorangehenden Schritt, den Erwerb entsprechender Abbaurechte. Die raumplanungs- und bewilligungsrechtlichen Vorgaben beschlagen erst den zweiten Schritt, d.h. die Errichtung und den Betrieb von Abbaustellen, nicht auch schon den vorangehenden Schritt des Erwerbs von Abbaurechten. In der Sache hat sich sodann erwiesen, dass die Behauptung dieser Parteien, das Konkurrenzverbot bezüglich des Erwerbs von Abbaurechten und des Betriebs von Abbaustellen im KAGA-Gebiet könne aus faktischen Gründen oder aufgrund der raumplanungs- und bewilligungsrechtlichen Vorschriften keine Folgen mehr haben, unzutreffend ist.Wie dies in der

[3226] Dass es in geografischer Hinsicht nur um Grundstücke im KAGA-Gebiet gehen kann, ist auch die Ansicht von Marti-Gruppe (Act. VIII.158 Rz 80). Inwiefern die vorliegenden Ausführungen insofern merkwürdig vage sein sollen, wie Marti-Gruppe behauptet, ist nicht ersichtlich.

[3227] Siehe Rz 1389 dazu, was vorliegend unter einer latenten Nachfragerin verstanden wird.

[3228] Rz 286 ff.

[3229] Rz 321.

[3230] Rz 601.

[3231] Rz 886.

[3232] Siehe oben zu den Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA (Rz 1350 ff.), zum Informationsaustausch (Rz 1530 ff.), zum Ausschluss der Arbitragemöglichkeit (Rz 1589 ff.), zur Koordination der Angebote für die Übernahme von [U01] (Rz 1657 ff.) und unten zu den Vorzugskonditionen der Aktionärinnen für Kiesprodukte (Rz 1835 ff.), zur Kiesbezugspflicht (Rz 1945 ff.), zur Einschränkung des Einzugsgebietes bei der Deponierung (Rz 1991 ff.).

[3233] Rz 987.

[3234] Rz 988.

Natur eines seit Jahrzehnten bestehenden, gelebten Konkurrenzverbots liegt, ist KAGA das einzige beteiligte Unternehmen, das aktuell im KAGA-Gebiet gestützt auf entsprechende Abbaurechte Abbaustellen betreibt, zumal die von Daepp betriebenen Abbaustellen vom Konkurrenzverbot ausgenommen wurden (sodass deren Abbaustellen und die dafür erworbenen Abbaurechte nicht zum KAGA-Gebiet gehören).[3235] Für die Beurteilung, ob horizontale Verhältnisse zwischen den beteiligten Unternehmen bestehen, kann die Feststellung, dass in einem bestimmten Gebiet keines der beteiligten Unternehmen tätig ist, bei einem Konkurrenzverbot, jedenfalls bei einem gelebten, aber nicht entscheidend sein. Damit würden Ursache und Wirkung vertauscht und ein zirkelschlüssiges Ergebnis erreicht. Massgeblich ist vielmehr, wie sich die Verhältnisse zwischen den beteiligten Unternehmen ohne das Konkurrenzverbot präsentieren würden. Dabei ist zu beachten, dass mit einem zeitlich unbeschränkten Konkurrenzverbot[3236] der Markteintritt auf unbestimmte Zeit hin ausgeschlossen wird. Relevant kann daher – anders als bei der «gewöhnlichen» Beurteilung, ob ein Unternehmen als potenzielle Konkurrentin einzustufen ist und von diesem potenziellen Markteintritt disziplinierender Wettbewerbsdruck ausgeht – nicht sein, ob relativ zeitnah mit einem Markteintritt zu rechnen wäre,[3237] sondern ob während der Laufzeit des Konkurrenzverbots (also auf unbestimmte Zeit hin bzw. bis zur Aufhebung des Konkurrenzverbots) mit einem solchen zu rechnen wäre. Ergänzend sei an dieser Stelle sodann der ohnehin ausgesprochen lange zeitliche Horizont für einen Markteintritt im Kiesgruben-Bereich von regelmässig über zehn Jahren in Erinnerung gerufen[3238]

1704. Vieles spricht nun dafür, bei einem Konkurrenzverbot wie dem Vorliegenden ohne weitere Prüfung sämtliche beteiligten Unternehmen als in einem horizontalen Verhältnis zueinander stehend zu betrachten. Konkurrenzverbote werden vereinbart, um das dadurch verpflichtete Unternehmen vom Wettbewerb im vorbehaltenen Bereich und Gebiet fernzuhalten. Ein Bedürfnis, solches zu vereinbaren, haben die beteiligten Unternehmen an sich nur, wenn sie mit der Möglichkeit rechnen, dass das verpflichtete Unternehmen andernfalls am Wettbewerb in diesem Bereich und Gebiet teilnehmen würde. Rechnen sie von vornherein nicht damit, haben sie grundsätzlich keinen Grund, sich dennoch die Mühe zu machen, ein – diesfalls inhaltsleeres – Konkurrenzverbot auszuhandeln und zu vereinbaren.[3239] Mit anderen Worten: gerade weil sich die beteiligten Unternehmen als zumindest potenzielle Konkurrenten betrachten, vereinbaren sie ein Konkurrenzverbot. Die branchenkundigen beteiligten Unternehmen selber gehen also implizit in der Situation ohne Konkurrenzverbot von einem horizontalen Verhältnis zwischen sich aus. Jedenfalls im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG erscheint es in Anbetracht dieser (impliziten) fachkundigen Selbsteinschätzung naheliegend, ohne Weiteres von einem horizontalen Verhältnis zwischen den beteiligten Unternehmen auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise eine künftige Tätigkeit im ausgeschlossenen Bereich als von vornherein abwegig erscheint. Gleichwohl wird nachfolgend das zwischen den beteiligten Unternehmen bestehende horizontale Verhältnis hinsichtlich der (latenten)[3240] Nachfrage nach Abbaurechten im KAGA-Gebiet in der Situation ohne Konkurrenzverbot noch näher erörtert. Diese Beurteilung erscheint aufgrund der jüngst geäusserten Ansicht des BVGer, wonach die Vereinbarung eines Konkurrenzverbots nur, aber immerhin, ein Anhaltspunkt für ein horizontales Verhältnis sei,[3241] erst recht angezeigt.

1705. Alle Aktionärinnen mit Ausnahme von Heimberg bauen aktuell Wandkies ab.[3242] Zwangsläufig fragen sie daher auch Abbaurechte nach, sind diese doch Voraussetzung für den Wandkiesabbau. Diese Aktivitäten üben sie in mehr oder weniger grosser Distanz zu KAGA aus,[3243] wobei alle von ihnen im Kanton Bern aktiv sind.[3244] Für Anbieter von Abbaurechten an Grundstücken im oberen Aaretal (dasselbe gilt für das KAGA-Gebiet) kommen sie daher sowohl in sachlicher als auch in räumlicher Hinsicht als (latente)[3245] Nachfragerinnen in Frage.[3246] Gemessen am prozentualen Anteil an der Gesamtabbaumenge im Kanton Bern nehmen die Aktionärinnen von KAGA und KAGA die Ränge eins (Vigier), drei (KAGA), vier (Alluvia), fünf (Marti-Gruppe), sechs (Kästli-Gruppe) und acht (Daepp) im Kanton ein. Mit anderen Worten handelt es sich bei allen von ihnen um zentrale, grosse Akteure im Bereich Rohkiesabbau im Kanton Bern, die über das erforderliche Fachwissen und die entsprechenden Marktkenntnisse verfügen sowie regional verankert und dadurch auch politisch vernetzt sein dürften. Es handelt sich bei allen von ihnen um Unternehmen, deren «Nachfrageradius» sich in das KAGA-Gebiet erstreckt.[3247] In Anbetracht ihres Geschäftsfelds und ihrer Präsenz im Kanton Bern sind diese Aktionärinnen als latent am Erwerb von Abbaurechten im KAGA-Gebiet, um auch dort Kiesabbau zu betreiben, interessiert zu qualifizieren. Sie sind deshalb als aktuelle Konkurrentinnen zu werten und stehen in einem horizontalen Verhältnis zu KAGA.

[3235] Vgl. Ziffer 1 des KAGA-Vertrags zu bereits bei Gründung der KAGA ausgenommenen Abbaustellen von Daepp, Rz 583, und die Änderung des KAGA-Vertrags von 2012, Rz 601.

[3236] Anders die Ausgangslage in EuGH, C-491/16 P vom 25.3.2021, *Lundbeck*, bei dem es um Vereinbarungen ging, die bloss bewirkten, dass «mehrere Unternehmen *vorübergehend* vom Markt ferngehalten werden» (Rz 55; Hervorhebung hinzugefügt). Die dort beurteilten Vereinbarungen wiesen Laufzeiten von unter zwei Jahren auf (siehe Rz 6.25, 6.34, 6.40 und 6.46).

[3237] So aber BVGer, B-3290/2018 vom 28.11.2023, E. 148, *Engadin I – Lazzarini*, u.a. unter Hinweis auf das Urteil des EuG im in der vorangehenden Fn zitierten Fall, bei dem die Ausgangslage aber wie erwähnt (siehe vorangehende Fn) eine andere war.

[3238] Rz 350.

[3239] Ebenso EuGH, C-331/21 vom 26.10.2023, Rz 71, *EDP – Energias de Portugal SA et al* ; MOSER (Fn 2745), Rz 467 f.

[3240] Siehe Rz 1389 dazu, was vorliegend unter einer latenten Nachfragerin verstanden wird.

[3241] BVGer, B-3290/2018 vom 28.11.2023, E. 116 (ad Art. 4 Abs. 1 KG e contrario) sowie E. 148 (ad Art. 5 KG) m.w.H., *Engadin I – Lazzarini*. Das BVGer kam aufgrund der konkreten Umstände zum Schluss, dass das Konkurrenzverbot für die fragliche Partei von nachrangiger Bedeutung gewesen sein mochte (vgl. E. 149 in fine).

[3242] Rz 1448.

[3243] Rz 369.

[3244] Rz 366.

[3245] Siehe Rz 1389 dazu, was vorliegend unter einer latenten Nachfragerin verstanden wird.

[3246] Rz 1380 und 1383.

[3247] Siehe zu der dieser Beurteilung zugrundeliegenden Kategorisierung der (latenten) Nachfragerinnen Rz 1383.

[3248] Siehe Rz 1389 dazu, was vorliegend unter einer latenten Nachfragerin verstanden wird.

1706. Bei den meisten dieser Aktionärinnen ist im Übrigen sogar durch ihr Verhalten in der Vergangenheit belegt, dass ein solches Interesse für eine Aktivität im KAGA-Gebiet vorhanden ist. Oder mit anderen Worten hat sich die latente[3248] Nachfrage dieser Aktionärinnen zum einen oder anderen Zeitpunkt in der Vergangenheit bereits aktualisiert: So haben sowohl Kästli als auch Marti vor der Gründung von KAGA (und damit vor dem Konkurrenzverbot) für sich Abbauverträge im KAGA-Gebiet abgeschlossen, die sie alsdann auf die KAGA zu übertragen hatten.[3249] Daepp ist daran interessiert, ihre Abbaustelle ins KAGA-Gebiet zu erweitern, was zwischen 2008 und 2012 zu einem Einschreiten seitens KAGA führte.[3250] Und Vigier fasste die Gründung einer Nachfolgegesellschaft für die konkursite [U09] ins Auge, womit sie zwar nicht direkt ins KAGA-Gebiet gerückt wäre, aber in dessen unmittelbare Nähe, von wo aus eine Expansion auch ins KAGA-Gebiet nahegelegen wäre. Im Rahmen ihrer Aufnahme in die KAGA, bei der Vigier auch das Konkurrenzverbot akzeptierte, und der damit verbundenen Änderung des KAGA-Vertrags sah Vigier alsdann aber davon ab, den Standort von [U09] weiter zu betreiben.[3251] Zudem liegt die Abbaustelle Allmid von Vigier bloss knapp ausserhalb des KAGA-Gebiets, wie ihr KAGA auf Nachfrage hin im Jahr 2009 bestätigte.[3252] Für eine künftige Erweiterung dieser Abbaustelle könnten entsprechend Abbaurechte im KAGA-Gebiet erforderlich sein.

1707. Einzig die Aktionärin Heimberg baut aktuell keinen Kies mehr ab. Sie gehört daher momentan nicht zum sachlich relevanten Markt und ist entsprechend keine aktuelle Konkurrentin. Zu beurteilen bleibt, ob sie als potenzielle Konkurrentin zu werten ist: Als das Konkurrenzverbot begründet wurde, baute Heimberg sehr wohl noch Kies ab, und zwar in der Nähe von KAGA, musste doch ihr damaliges Abbaugebiet ausdrücklich aus dem exklusiv KAGA vorbehaltenen Gebiet ausgeklammert werden.[3253] Nach eigenen Angaben musste Heimberg ihre Abbaustellen wegen dem Grundwasserschutz aufgeben.[3254] Sie sah sich also aufgrund äusserer Umstände gezwungen, die Herstellung von Rohkies einzustellen, und nicht etwa, weil sie dieses Geschäftsfeld nicht mehr weiterverfolgen wollte. Ihr Kieswerk betreibt sie denn auch weiterhin, womit sie nach wie vor Kies veredelt und entsprechend auf eine stetige Versorgung mit Rohkies angewiesen ist. In Anbetracht dessen ist ein potenzielles Interesse von Heimberg, Abbaurechte in der Nähe ihres Kieswerks, insbesondere im KAGA-Gebiet, zu erwerben und wieder in den Kiesabbau einzusteigen, als realistisch zu qualifizieren, selbst wenn Heimberg derzeit – womöglich gerade auch unter dem Eindruck des jahrzehntelangen Konkurrenzverbots – keine dahingehenden Bestrebungen an den Tag legt. In räumlicher Hinsicht befindet sich der Standort von Heimberg im räumlich relevanten Markt und sie ist ein Unternehmen, dessen «Nachfrageradius» sich offenkundig in das KAGA-Gebiet erstreckt.[3255] Sie ist daher als potenzielle Konkurrentin einzustufen.

1708. Hinsichtlich des Erwerbs von Abbaurechten im KAGA-Gebiet besteht demnach ein horizontales Verhältnis zwischen KAGA und ihren Aktionärinnen Daepp, Kästli, Vigier, Messerli und Hofstetter (beide Alluvia) sowie Marti als aktuellen Konkurrentinnen sowie mit Heimberg als potenzieller Konkurrentin.

1709. Mehrere Parteien wenden sich in ihrer Stellungnahme zum Antrag und vor allem später mit separaten Eingaben, an den Anhörungen und in weiteren Eingaben gegen diese Beurteilung. Insbesondere bei den späteren Eingaben und den Anhörungen berufen sie sich dafür primär auf das Urteil des BVGer B-3290/2018 vom 28.11.2023, *Engadin I – Lazzarini*. Im Einzelnen bringen sie Folgendes vor:

1710. Marti-Gruppe trägt in ihrer Stellungnahme zum Antrag vor, für die Frage, ob die Aktionärinnen Konkurrentinnen seien, die im KAGA-Gebiet Abbaurechte erwerben könnten, stütze sich der Antrag weitestgehend auf reine Spekulationen. Es spreche bei einer Vereinbarung, die vor über 50 Jahren abgeschlossen worden sei, nicht vieles dafür, dass sämtliche Beteiligten Unternehmen miteinander in einem horizontalen Verhältnis stünden. Bei Abschluss des Vertrags möge dies so gewesen sein, aber die Interessenlage und unternehmerische Ausrichtung der Beteiligten habe sich im Laufe der Zeit geändert. Das sei insbesondere bei Marti-Gruppe so. Geradezu abwegig sei, aus der Tatsache, dass Marti-Gruppe 1970 Abbaurechte in KAGA eingebracht habe, ableiten zu wollen, Marti-Gruppe sei eine Konkurrentin. Sie habe damit ja gerade belegt, dass sie an eigenen Kiesabbaustellen nicht mehr interessiert sei. Seit den 1980er Jahren habe Marti-Gruppe nur noch ein beschränktes Interesse an KAGA. Seit Mitte der 2000er Jahre habe sich Marti-Gruppe zwar um den Erwerb von Abbaurechten bemüht. Das dürfe sich jedoch nicht zum Nachteil von ihr auswirken, zeige dies doch gerade, dass sie sich nicht mehr am Konkurrenzverbot beteiligt habe. Tatsache sei, dass Marti-Gruppe im KAGA-Gebiet weder eine Kiesabbaustelle noch ein Kieswerk noch eine Deponie betreibe. Sie sei daher keine aktuelle oder potenzielle Wettbewerberin von KAGA.[3256]

1711. Alluvia trägt in einer separaten Eingabe vor, im Urteil i.S. Lazzarini habe das BVGer ebenfalls ein Konkurrenzverbot beurteilt und dabei geprüft, ob ein potenzielles Wettbewerbsverhältnis bestehe. Es habe dies verneint und das Konkurrenzverbot daher rechtlich nicht unter Art. 5 Abs. 3 KG subsumiert. Gemäss BVGer erfordere die Feststellung eines potenziellen Wettbewerbsverhältnisses eine Analyse der konkreten Marktgegebenheiten. Es sei zu ermitteln, ob eine nach objektiver wirtschaftlicher Vernunft realisierbare Option bestehe, relativ zeitnah in den fraglichen Markt einzutreten,

[3249] Rz 581, ferner auch Rz 573.
[3250] Rz 595 ff.
[3251] Rz 590 ff.
[3252] Rz 780.
[3253] Vgl. Ziffer 1 in fine des KAGA-Vertrags, Rz 583.
[3254] Rz 1540 m.H. auf die Quellen.
[3255] Siehe zu der dieser Beurteilung zugrundeliegenden Kategorisierung der (latenten) Nachfragerinnen Rz 1383.
[3256] Act. VIII.158 Rz 81 f. und 84.

wobei insbesondere Marktzutrittsschranken, die Strategien und Ressourcen des Unternehmens zu berücksichtigen seien. Zudem habe es festgehalten, dass der blosse Abschluss eines Konkurrenzverbot nicht ausreiche, um ein potenzielles Konkurrenzverhältnis festzustellen. Der Antrag gehe dennoch davon aus, es könne allein aus der Existenz des Konkurrenzverbots auf ein potenzielles Konkurrenzverhältnis geschlossen werden. Entscheidend wäre jedoch, ob Alluvia während der Dauer des Konkurrenzverbots unter dem geltenden KG angesichts ihrer Geschäftsstrategie, der bestehenden Dichte an Kieswerken und Kiesabbaustellen im KAGA-Gebiet und den planungsrechtlichen Grundlagen ein weiteres Kieswerk im KAGA-Gebiet überhaupt wirtschaftlich hätte betreiben bzw. eine weitere Kiesabbaustelle überhaupt hätte errichten können. Aus dem Antrag liessen sich keine diesbezüglichen Schlüsse ziehen. Im Antrag werde vielmehr festgehalten, ein rascher Markteintritt sei ein Ding der Unmöglichkeit und dass die rechtlichen Rahmenbedingungen (Planungs- und Bewilligungsverfahren) ausschliessen würden, dass es kurz- oder mittelfristig zu Markteintritten von Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten komme. Damit stelle der Antrag klar, dass im Gebiet der KAGA faktisch keine weiteren Kiesabbaustellen errichtet werden könnten, was selbstverständlich auch eine solchen von Alluvia ausschliesse. Alluvia könne daher keine potenzielle Konkurrentin von KAGA sein. Zudem lägen keine Nachweise vor, dass Alluvia jemals die Absicht gehabt hätte, im KAGA-Gebiet selber eine Abbaustelle zu errichten. Damit sei ein potenzielles Konkurrenzverhältnis zwischen Alluvia und KAGA nicht rechtsgenüglich nachgewiesen. Das Konkurrenzverbot könne daher eben nicht mehr unter Art. 5 Abs. 3 KG subsumiert werden.[3257] Anlässlich der Anhörung ergänzte Alluvia diese Argumentation weiter: Sie sei keine aktuelle Konkurrentin, denn sie betreibe im KAGA-Gebiet keine Kiesgruben. Sie sei auch keine potenzielle Konkurrentin. Eine neue Abbaustelle und ein neues Kieswerk im KAGA-Gebiet zu errichten, sei für sie nie eine nach objektiver wirtschaftlicher Vernunft realisierbare Option gewesen. Sie habe nie irgendwelche konkreten Pläne oder Absichten gehabt, im KAGA-Gebiet ein neues Kieswerk zu erreichten – dies galt mit oder ohne das Konkurrenzverbot. Im Antrag werde trotz des Urteils des BVGer i.S. Lazzarini allein aus dem Bestehen des Konkurrenzverbots auf ein potenzielles Konkurrenzverhältnis geschlossen, was gemäss BVGer aber ausdrücklich nicht genüge.[3258] In einem weiteren Schreiben wiederholt Alluvia die bereits zweimal eingebrachten Argumente sodann nochmals.[3259]

1712. Kästli-Gruppe argumentiert ähnlich wie Alluvia, weshalb es redundant wäre, ihre Argumente ebenfalls en detail wiederzugeben. Die nachfolgende Zusammenfassung beschränkt sich auf die wesentlichen Punkte. Kästli-Gruppe trägt in einer separaten Eingabe vor, im Antrag werde das Konkurrenzverbot unter Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG subsumiert mit der Begründung, dass ein Konkurrenzverbot vereinbart worden sei. Das sei gemäss Urteil des BVGer i.S. Lazzarini aber gerade unzutreffend. Das Konkurrenzverbot sei laut BVGer nur ein Anhaltspunkt für ein potenzielles Konkurrenzverhältnis, reiche aber nicht aus, um ein solches festzustellen. Vielmehr müsse das im Einzelfall nachgewiesen werden. Im Antrag werde weder nachgewiesen noch überhaupt konkret geprüft, ob Kästli-Gruppe mit KAGA in einem potenziellen Konkurrenzverhältnis stehe, sondern dies werde einzig aus dem Vorliegen des Konkurrenzverbots geschlossen. Tatsächlich stehe Kästli-Gruppe nicht in einem potenziellen Konkurrenzverhältnis mit KAGA. Kästli-Gruppe habe eigene Kiesreserven, die ihren Bedarf noch über Jahrzehnte sichern würden. Zusätzliche eigene Kiesabbaustellen wären folglich ökonomisch unsinnig. Zudem könne sie jederzeit bei KAGA Rohkies zu Preisen beziehen die tiefer seien als bei anderen Kiesproduzenten. Ob eine neue Abbaustelle wirtschaftlich überhaupt zu ähnlich tiefen Preisen betrieben werden könnte, sei daher mehr als ungewiss. Sie habe entsprechend keinen wirtschaftlichen Anreiz, ein Konkurrenzwerk zur KAGA in Betracht zu ziehen. Zudem werde im Antrag selbst festgehalten, ein rascher Markteintritt sei ein Ding der Unmöglichkeit. Es bestehe also kein potenzielles Konkurrenzverhältnis, weshalb das Konkurrenzverbot jedenfalls im Verhältnis zu ihr nicht unter Art. 5 Abs. 3 KG falle.[3260] An ihrer Anhörung trägt sie diese Argumente erneut vor.[3261] In einem weiteren Schreiben vertieft sie ihre Argumentation noch: Sie vergleicht dabei den Inhalt des hier zu beurteilenden Konkurrenzverbots mit demjenigen im Fall Lazzarini und betont nochmals, im Antrag werde allein aus der Existenz des Konkurrenzverbots auf ein potenzielles Wettbewerbsverhältnis geschlossen. Sie hält sodann fest, entgegen dem Antrag sei sie keine aktuelle Konkurrentin in Bezug auf Kiesabbau im Sinne des Konkurrenzverbots im KAGA-Vertrag. Sie betreibe nachweislich keine eigene Abbaustelle im KAGA-Gebiet. Ihre Kiesabbaustelle liege in Rubigen, ausserhalb des KAGA-Gebiets, und sie habe diese bei Abschluss des Konkurrenzverbots bereits seit zwölf Jahren betrieben. Im Antrag werde gar nicht die Frage nach einem aktuellen Konkurrenzverhältnis thematisiert, wie dort festgehalten sei, sondern allenfalls nach einem potenziellen. Ein solches liege nicht vor. Sie habe bereits aufgezeigt, dass für Kästli-Gruppe keine nach objektiver wirtschaftlicher Vernunft realisierbare Option bestehe, um relativ zeitnah in den fraglichen Markt einzutreten. Der Antrag selbst halte sodann fest, dass Markteintritte kurz- oder mittelfristig ein Ding der Unmöglichkeit seien. Auch das bestätige, dass für Kästli-Gruppe keine realistische Option für einen Eintritt besteht. Da Kästli-Gruppe weder aktuelle noch potenzielle Konkurrentin sei, sei das Konkurrenzverbot nicht unter Art. 5 Abs. 3 KG zu subsumieren und sie sei deshalb nicht dafür zu sanktionieren.[3262]

1713. Heimberg äussert sich an ihrer Anhörung ebenfalls ähnlich und bezieht sich auf das Urteil des BVGer i.S. Lazzarini. Es sei eine Analyse der konkreten Verhältnisse erforderlich, um ein potenzielles Konkurrenzverhältnis bejahen zu können. Im konkreten Fall beziehe

[3257] Act. IX.8 Rz 7–13.
[3258] Act. IX.30 Beilage 1 Rz 5 ff., spezifisch Rz 13 f. zu den Ergänzungen.
[3259] Act. IX.37 Rz 10 ff.
[3260] Act. IX.9 Rz 5.
[3261] Act. IX.30 Beilage 2 S. 9.
[3262] Act. IX.36.

sich das Konkurrenzverbot auf den Kiesabbau. Heimberg habe keine Abbaumöglichkeiten und beziehe den Rohkies von KAGA. Heimberg habe keine Absichten und keine internen Pläne, die auf eine Erschliessung eines eigenen Kiesabbaugebiets hindeuten würden. Im Antrag werde sie als potenzielle Konkurrentin betrachtet, da sie ein Kieswerk betreibe und auf die Versorgung mit Rohkies angewiesen sei. Anders als vom BVGer gefordert, seien damit die konkreten Marktgegebenheiten gerade nicht geprüft worden. Wenn man diese prüfe, komme man zum Schluss, dass Heimberg keine potenzielle Konkurrentin sei. Folglich erfülle das Konkurrenzverbot Art. 5 Abs. 3 KG nicht und sie sei nicht dafür zu sanktionieren.[3263]

1714. KAGA bezieht sich in einem separaten Schreiben ebenfalls auf dieses Urteil des BVGer. KAGA teile die Einschätzung im Antrag, wonach ein rascher Markteintritt ein Ding der Unmöglichkeit sei. Folgerichtig hätten die Aktionärinnen denn auch ein potenzielles Konkurrenzverhältnis bestritten. Es hätte an der WEKO gelegen, mittels einer Analyse der konkreten Marktgegebenheiten und der Strategien und Ressourcen der Aktionärinnen abzuklären, ob ein potenzielles Wettbewerbsverhältnis bestehe. Das habe sie nicht getan, sondern das Beweisverfahren abgeschlossen. Ein potenzielles Wettbewerbsverhältnis sei folglich nicht bewiesen. Mangels eines horizontalen Verhältnisses entfalle die Grundlage für eine Sanktionierung für das Konkurrenzverbot und auch die Verfahrenskosten müssten korrigiert werden.[3264]

1715. Vigier hält an der Anhörung fest, das BVGer habe i.S. Lazzarini klargestellt, dass allein ein Konkurrenzverbot nicht ausreiche, um ein potenzielles Konkurrenzverhältnis anzunehmen. Werde das Urteil zum Massstab genommen, sei klar, dass weder ein aktuelles noch ein potenzielles Konkurrenzverhältnis vorliege. Der Antrag selber halte ja fest, ein rascher Markteintritt sei ein Ding der Unmöglichkeit. Mangels horizontalen Verhältnisses könne das vorliegende Konkurrenzverbot jedenfalls nicht sanktioniert werden.[3265] In einem weiteren Schreiben beruft sich Vigier nochmals auf das Urteil des BVGer i.S. Lazzarini. Demnach sei zu ermitteln, ob eine nach objektiver wirtschaftlicher Vernunft realisierbare Option bestehe, relativ zeitnah in den fraglichen Markt einzutreten. Dabei seien insbesondere Marktzutrittsschranken, Strategien und Ressourcen des Unternehmens zu berücksichtigen. Der Antrag mache genau das aber nicht. Gemäss BVGer sei allein ein Konkurrenzverbot nicht ausreichend, um ein potenzielles Konkurrenzverhältnis festzustellen, sondern das bedürfe einer Analyse im konkreten Fall. Es sei mit anderen Worten also gerade nicht naheliegend, von einem horizontalen Verhältnis auszugehen. Zudem sei für ein potenzielles Konkurrenzverhältnis begriffsnotwendig, dass ein Markteintritt innerhalb kurzer Zeit erfolgen könne, womit zwei bis drei Jahre gemeint seien. Wenn im Antrag ausgeführt werde, bei einem zeitlich unbeschränkten Konkurrenzverbot müsse beurteilt werden, ob ein Markteintritt während der Dauer des Konkurrenzverbots (also auf unbestimmte Zeit hin bzw. bis zur Aufhebung) möglich sei, sei diese Auffassung bestenfalls abenteuerlich und widerspreche dem Präjudiz des BVGer sowie der seit Jahrzehnten national und international etablierten Praxis. Da der Antrag selber festhalte, ein rascher Markteintritt sei ein Ding der Unmöglichkeit, stehe fest, dass kein aktuelles oder potenzielles Konkurrenzverhältnis zwischen Vigier und KAGA bestehe.[3266]

1716. Diese Vorbringen der Parteien, die weitestgehend eine Reaktion auf das Urteil des BVGer i.S. Lazzarini sind, überzeugen nicht. Sie enthalten teilweise unzutreffende Behauptungen, blenden Erwägungen im Antrag aus und gehen über weite Strecken an der Sache vorbei, da der Inhalt des konkret vorliegenden Konkurrenzverbots nicht berücksichtigt wird. Diese Vorbringen vermögen die vorgenommene Beurteilung nicht in Frage zu stellen. Im Einzelnen:

1717. Mehrere Parteien behaupten, im Antrag sei allein aus der Existenz des Konkurrenzverbots auf ein potenzielles Konkurrenzverhältnis geschlossen worden. Diese Behauptung trifft nicht zu. Im Antrag wurde nur, aber immerhin, ausgeführt, vieles spreche für einen solchen Schluss.[3267] Der Antrag liess es damit aber keineswegs bewenden, wie einige Parteien behaupten. Vielmehr wurde im Antrag anschliessend beurteilt, wie es sich bezüglich der einzelnen Aktionärinnen verhält. Das erfolgte übrigens bereits in einem Zeitpunkt, in dem das Urteil des BVGer i.S. Lazzarini noch gar nicht ergangen war. Mit den Erwägungen im Antrag bezüglich der Konkurrenzverhältnisse der einzelnen Aktionärinnen hinsichtlich des Konkurrenzverbots sowie der Abgrenzung des relevanten Marktes für Abbaurechte setzte sich mit Ausnahme von Marti-Gruppe keine Partei in ihrer Stellungnahme zum Antrag auseinander. Und auch in den später erfolgten Eingaben im Nachgang zum Urteil des BVGer i.S. Lazzarini werden diese Erwägungen meist bloss beiläufig, wenn überhaupt, behandelt.

1718. Der Antrag konzentrierte sich bei der Beurteilung des Konkurrenzverbots ausdrücklich auf den Markt für Abbaurechte,[3268] untersagt das Konkurrenzverbot doch unter anderem ausdrücklich den Erwerb von Abbaurechten im KAGA-Gebiet. Dass im Antrag die Konkurrenzverhältnisse auf dem Markt für Abbaurechte beurteilt wurden und selbstverständlich auch die WEKO diesen Markt beurteilt, übergehen oder übersehen die Parteien in ihren Vorbringen über weiteste Strecken: Zur Abgrenzung des relevanten Marktes für Abbaurechte[3269] äussern sie sich beispielsweise nicht und stellen diese nicht in Frage. Vor allem aber nehmen sie wiederholt und insistierend auf Feststellungen im Antrag Bezug, die gar nicht den Markt für Abbaurechte, sondern allesamt den Kiesabbau und damit den Markt für Rohkies betreffen. Das gilt für die Feststellung, kurz- oder mittelfristige Markteintritte seien ein Ding der Unmöglichkeit,[3270]

[3263] Act. IX.30 Beilage 3 Rz 1–8.
[3264] Act. IX.34 Rz 1–5.
[3265] Act. IX.30 Beilage 5 Rz 48–53.
[3266] Act. IX.35.
[3267] Rz 1704.
[3268] Rz 1701 f.
[3269] Rz 1372 ff.
[3270] Siehe zu dieser Feststellung Rz 350.

ebenso wie für die Erwägungen hinsichtlich der potenziellen Konkurrenzsituation auf dem Markt für Rohkies.[3271] All diese Vorbringen gehen daher von vornherein am relevanten Markt und damit auch an der Sache vorbei. Zu konstatieren ist allerdings, dass auch dem Sekretariat in dieser Hinsicht ein Lapsus unterlaufen ist, als es im angepassten Antrag ergänzend den ausgesprochen langen zeitlichen Horizont für einen Markteintritt im Kiesgruben-Bereich in Erinnerung rief.[3272] Auch dies beschlägt den Kiesabbau und damit den Markt für Rohkies. Klarzustellen ist an dieser Stelle deshalb, dass die raumplanungs- und bewilligungsrechtlichen Vorgaben, die einen Markteintritt kurz- und mittelfristig ausschliessen, den Kiesabbau und damit den Markt für Rohkies betreffen; sie gelten nicht bereits für den Erwerb von Abbaurechten, der ein zeitlich vorgelagerter Schritt ist, und beschlagen daher den Markt für Abbaurechte nicht.[3273] Der Erwerb dieser Abbaurechte erfolgt regelmässig Jahre, wenn nicht Jahrzehnte vor dem Beginn der Abbautätigkeit.[3274] Gemäss Kästli-Gruppe soll «der Erwerb von (privatrechtlichen) Kies-Abbaurechten [ist] grundsätzlich durch jedermann/-frau möglich» sein.[3275] Das mag in dieser Absolutheit plakativ sein, kommen als Nachfrager realistischerweise doch nur (aktuelle oder potenzielle) Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten in Frage (was nicht jedermann/-frau ist),[3276] doch zeigt diese Angabe der branchenkundigen Kästli-Gruppe eindrücklich, dass die raumplanungs- und bewilligungsrechtlichen Vorschriften nicht bereits den Markt für Abbaurechte betreffen und sie auf diesem Markt keine nennenswerten Markteintrittsschranken sieht.

1719. Aufgrund der Konzentration auf den Markt für Abbaurechte ist im Hinblick auf diesen zu beurteilen, ob aktuelle oder potenzielle Konkurrenzverhältnisse vorliegen. Das übersehen die Parteien, indem sie sich vor allem zum Kiesabbau und damit zum Markt für Rohkies äussern und aus ihrer Sicht prüfen, ob sie auf diesem Markt als aktuelle oder potenzielle Konkurrentinnen im KAGA-Gebiet zu betrachten sind. Diese Ausführungen gehen am relevanten Markt für den Erwerb von Abbaurechten und damit an der Sache vorbei.

1720. Hinsichtlich der Beurteilung der aktuellen oder potenziellen Konkurrenzsituation auf dem Markt für Abbaurechte kann auf die bereits im Antrag gemachten, zutreffenden Erwägungen hiervor verwiesen werden.[3277] Ergänzend sei Folgendes festgehalten:

- Marti-Gruppe stört sich daran, dass daraus, dass sie vor über 50 Jahren ihre Abbaurechte im KAGA-Gebiet an KAGA übertragen hat, darauf geschlossen wird, ihre latente Nachfrage nach Abbaurechten in diesem Gebiet habe sich aktualisiert. Die damaligen Verhältnisse seien für die heutige Beurteilung nicht mehr relevant, könnten sich doch die Interessen inzwischen verändert haben. Damit dringt sie nicht durch. Es geht darum, zu beurteilen, ob ohne Konkurrenzverbot ein (aktuelles oder potenzielles) Konkurrenzverhältnis bestünde. Und für diese Beurteilung ist das Verhalten vor Begründung des Konkurrenzverbots selbstverständlich aufschlussreich, auch wenn es zeitlich lange zurückliegen mag.
- Dasselbe gilt im Übrigen auch für Kästli-Gruppe. Sie trägt im jetzigen Zeitpunkt vor, sie verfüge über eine Abbaustelle und Kiesreserven in Rubigen, die sie bereits zwölf Jahre vor Abschluss des Konkurrenzverbots betrieben habe. Eine Abbaustelle im KAGA-Gebiet wäre für sie daher ökonomisch unsinnig gewesen und sie hätte auch ohne Konkurrenzverbot keine solche eröffnet. Vor Begründung des Konkurrenzverbots hat Kästli-Gruppe jedoch, trotz ihrer Abbaustelle in Rubigen, im KAGA-Gebiet Abbaurechte erworben gehabt, die sie sodann auf KAGA übertragen musste. Zum damaligen Zeitpunkt hat sie durch ihr Verhalten gezeigt, dass sie vor Begründung des Konkurrenzverbots durchaus Interesse an Abbaurechten im KAGA-Gebiet gehabt hat, indem sie dort Abbaurechte erworben hat, obwohl sie bereits in Rubigen eine Kiesabbaustelle hatte.
- Hinsichtlich Marti-Gruppe ist zu ergänzend, dass diese selber vorträgt, am Erwerb von Abbaurechten im KAGA-Gebiet interessiert zu sein und sich darum bemüht zu haben. Damit hält sie selber fest, dass sie eine aktuelle Konkurrentin ist, wobei sie nicht nur latente Nachfragerin sein will, sondern sogar aktuelle Nachfragerin. Dass Marti-Gruppe gleichwohl ein horizontales Konkurrenzverhältnis bestreitet, erklärt sich damit, dass sie nicht den für die Beurteilung relevanten Markt für Abbaurechte betrachtet, sondern andere Märkte.
- Bloss ergänzend sei erwähnt, dass im Teil-Richtplan Entwicklungsraum Thun die Festsetzung der Kiesabbaustelle Pfandern in Thun der [U50] verzeichnet ist, die im KAGA-Gebiet liegt. Dafür musste die [U50] vorgängig die dortigen Abbaurechte erwerben. Für die [U50] war der Eintritt in diesen Markt demnach eine nach objektiver wirtschaftlicher Vernunft realisierbare Option. Wenn das bei der [U50] der Fall ist, ist nicht nachvollziehbar, weshalb es das für die Parteien nicht ebenfalls sein sollte.

1721. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass auf dem Markt für Abbaurechte horizontale Konkurrenzverhältnisse zwischen KAGA und ihren Aktionärinnen bestehen. Mit Ausnahme von Heimberg handelt es sich dabei um aktuelle Konkurrenzverhältnisse, bei Heimberg ist es ein potenzielles Konkurrenzverhältnis.

1722. Ergänzend seien an dieser Stelle sodann einige Anmerkungen zum mehrfach angerufenen Urteil des BVGer i.S. Lazzarini erlaubt.[3278] Die WEKO ist ebenso wie das Sekretariat der Ansicht, dass es bei der Beurteilung, ob bei einem Konkurrenzverbot von einem potenziellen Konkurrenzverhältnis der Beteiligten auszugehen

[3271] Siehe zu dieser Beurteilung Rz 1790 ff.
[3272] Rz 1703 letzter Satz.
[3273] Rz 988.
[3274] Rz 352 drittes Lemma.
[3275] Siehe Rz 988.
[3276] Rz 1380.
[3277] Rz 1705 ff.
[3278] BVGer, B-3290/2018 vom 28.11.2023, *Engadin I – Lazzarini*.

ist, darauf ankommt, ob irgendwann während der gesamten Geltungsdauer des Konkurrenzverbots (also zeitlich unbestimmt resp. bis zur Aufhebung des Konkurrenzverbots) ein Markteintritt möglich erschiene. Das vom BVGer erwähnte Kriterium des «relativ zeitnahen» Markteintritts stammt aus einem anderen Zusammenhang und kann bei der Beurteilung eines Konkurrenzverbots nicht massgebend sein. «Relativ zeitnah» muss ein möglicher Markteintritt bevorstehen, wenn es um die Beurteilung geht, ob Unternehmen durch potenzielle Konkurrentinnen in ihrem aktuellen Verhalten diszipliniert werden; denn ein erst weit in Zukunft möglicher Markteintritt schränkt sie in ihrem jetzigen Verhalten nicht ein. Bei jener Beurteilung ist das Kriterium des «relativ zeitnahen» Markteintritts sachgerecht und entspricht der Praxis. Bei der Beurteilung eines Konkurrenzverbots geht es hingegen nicht darum, herauszufinden, ob ein drohender künftiger Markteintritt heute schon disziplinierende Wirkungen zu entfalten vermag. Hier geht es um die Beurteilung, ob mit dem Konkurrenzverbot ein möglicher Wettbewerber ausgeschlossen wird – und zwar in irgend einem Zeitpunkt während der gesamten Gültigkeitsdauer des Konkurrenzverbots. Es fällt denn auch auf, dass die vom BVGer angeführten Referenzen nicht zu überzeugen vermögen.[3279] Die drei angeführten Urteile des BVGer betreffen erstens denselben Fall (sind also nüchtern betrachtet eine Referenz), wurden zweitens vom BGer aufgehoben und beschlagen drittens und vor allem gar nicht ein Konkurrenzverbot. Das erwähnte Urteil des EuGH betrifft immerhin ein Konkurrenzverbot. Dies jedoch im Pharma-Bereich – es handelt sich um einen Pay-for-delay-Fall – zu dem sich eine spezifische Rechtsprechung gebildet hat. Die dort beurteilten Konkurrenzverbote waren sodann – anders als hier – zeitlich auf jeweils weniger als zwei Jahre beschränkt. Der EuGH hält in einem jüngeren Fall bezüglich eines Konkurrenzverbots im Übrigen fest, die spezifisch im Pharma-Bereich entwickelte Rechtsprechung könne nicht als allgemeingültig angesehen werden.[3280] Damit erweist sich auch diese Referenz als nicht einschlägig. Zu erwähnen ist sodann, dass der EuGH beim Abschluss eines Konkurrenzverbots von einem «starken Indiz» für das Bestehen einer potenziellen Konkurrenzsituation ausgeht.[3281] Abgesehen davon erscheint die Beurteilung des BVGer letztlich auch inkonsequent, wenn es zwar ein potenzielles Konkurrenzverhältnis und damit einen unter Art. 5 Abs. 3 KG zu subsumierenden Fall verneint, aber gleichwohl von einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung nach Art. 5 Abs. 1 KG ausgeht.[3282] Wird ein potenzielles Konkurrenzverhältnis verneint, bedeutet dies, dass das fragliche Unternehmen – mit oder ohne Konkurrenzverbot – nicht in den fraglichen Markt eintreten würde. Ist das der Fall, kann das Konkurrenzverbot nicht kausal für eine Wettbewerbsbeschränkung sein. Konsequenterweise müsste diesfalls auch eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG, spätestens aber eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG verneint werden. Ein potenzielles Konkurrenzverbot zu verneinen, aber gleichwohl von einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen, ist in sich unstimmig. Die dafür vom BVGer angeführte Begründung überzeugt denn auch nicht. Es kann nicht aus Art. 5 Abs. 3 KG abgeleitet werden, die dort für horizontale Verhältnisse statuierten Abredetypen seien in allen übrigen, nicht-horizontalen Verhältnissen ohne Weitere Beurteilung zumindest als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend gemäss Art. 5 Abs. 1 KG und zugleich als «Zweckabreden» gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu werten, bloss weil «qualitative Kriterien» zu bevorzugen seien.[3283] Bei dieser Logik wäre selbst die Abrede eines Bäckers in Genf mit einer Reiseanbieterin in Winterthur über den Kiespreis in Bern als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG und als «Zweckabrede» nach Art. 4 Abs. 1 KG zu werten, bloss weil in Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG horizontale Preisabreden aufgeführt sind. Dass eine solch formalistische Rechtsauslegung nicht richtig ist, ist evident.

1723. Abbaurechte beziehen sich jeweils auf spezifische Grundstücke. Deren Standort kann naturgemäss nicht verändert werden. Entsprechend können Anbieter von Abbaurechten ihr Angebot nicht relozieren, sondern dieses ist an den Lageort des fraglichen Grundstücks gebunden.[3284] Das Konkurrenzverbot hat für (latente) Anbieter von Abbaurechten an Grundstücken im KAGA-Gebiet daher zur Folge, dass die Aktionärinnen von KAGA als latente Nachfragerinnen, also als mögliche Geschäftspartnerinnen, ausscheiden. Bei den Aktionärinnen handelt es sich nun um Marktteilnehmerinnen, die aus Sicht dieser (latenten) Anbieter besonders geeignet erschienen, Abbaurechte im KAGA-Gebiet erwerben zu wollen. Bei Kästli, Marti, Daepp und Vigier zeigt sich diese besondere Eignung bereits an ihrer in der Vergangenheit aktualisierten Nachfrage nach solchen Rechten.[3285] Daepp, Heimberg, Kästli und Vigier erscheinen zudem aufgrund der räumlichen Nähe ihrer jetzigen Standorte zum KAGA-Gebiet als besonders geeignete Nachfragerinnen, ihr «Nachfrageradius» erstreckt sich offenkundig in das KAGA-Gebiet. Alluvia wiederum weist eine generell starke Präsenz im Kanton Bern auf und ist bereits mit mehreren Standorten in der Regionalkonferenz Bern-Mittelland aktiv, was sie zu einer geeigneten latenten Nachfragerin macht; ihr «Nachfrageradius» erfasst das KAGA-Gebiet ebenfalls. Aufgrund des Konkurrenzverbots sind diese latenten Nachfragerinnen nunmehr seit mehr als 40 Jahren «vom Markt genommen». Nur noch KAGA sowie allfällige Dritte kommen als Erwerber von Abbaurechen im KAGA-Gebiet in Frage. Gegen Angebote Dritter, die im KAGA-Gebiet Abbaurechte erwerben wollen, ist KAGA durch das Konkurrenzverbot freilich nicht gefeit; sie ist also nicht umfassend gegen jegliche Konkurrenz geschützt. Allerdings ist das Konkurrenzfeld stark gelichtet, wären doch gerade die Aktionärinnen als (latente) Nachfragerinnen besonders geeignet und verbleiben nebst ihnen nur noch wenige Unternehmen, die prima vista auch nur ähnlich

[3279] BVGer, B-3290/2018 vom 28.11.2023, E. 148, *Engadin I – Lazzarini*.
[3280] EuGH, C-331/21 vom 26.10.2023, Rz 65, *EDP – Energias de Portugal SA et al*.
[3281] EuGH, C-331/21 vom 26.10.2023, Rz 71, *EDP – Energias de Portugal SA et al*.
[3282] BVGer, B-3290/2018 vom 28.11.2023, E. 150, *Engadin I – Lazzarini*.
[3283] BVGer, B-3290/2018 vom 28.11.2023, E. 151, *Engadin I – Lazzarini*.
[3284] Rz 1381.
[3285] Rz 1706.

geeignet erscheinen ([U01] aufgrund der räumlichen Nähe ihres Standorts,[3286] [U05] aufgrund ihrer generell starken Präsenz im Kanton Bern[3287]). Mit dieser Reduktion der Anzahl wesentlicher latenter Nachfragerinnen wird der Wettbewerb um den Erwerb von Abbaurechten im KAGA-Gebiet beschränkt.

1724. Wie in den allgemeinen rechtlichen Grundlagen ausgeführt,[3288] ist eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG dann zu verneinen, wenn das Zusammenwirken offensichtlich prokompetitiv ist. Gemäss den vorangehenden Erörterungen beschränkt das Konkurrenzverbot den Wettbewerb. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass es nicht isoliert abgeschlossen wurde, sondern in den KAGA-Vertrag eingebettet ist. Sind mit diesem prokompetitive Effektive verbunden, welche die Wettbewerbsbeschränkung durch das Konkurrenzverbot derart deutlich aufwiegen, sodass letztlich eine offensichtlich prokompetitive Situation vorliegt, könnte das womöglich dazu führen, dass auch hinsichtlich des Konkurrenzverbots bereits im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG eine Wettbewerbsbeschränkung zu verneinen wäre. Ein solches «Durchschlagen» allfälliger prokompetitiver Effekte auf das Konkurrenzverbot wirft jedoch mehrere Fragen auf: Ist das Konkurrenzverbot notwendig, damit der KAGA-Vertrag überhaupt abgeschlossen werden konnte? Falls ja, ist der KAGA-Vertrag wiederum erforderlich, damit KAGA überhaupt realisiert werden konnte? Und falls auch dies zu bejahen sein sollte, wie sind der KAGA-Vertrag und KAGA hinsichtlich prokompetitiver Effekte – gerade auch im Verhältnis zur Wettbewerbsbeschränkung, die durch das Konkurrenzverbot ausgeht – zu beurteilen? Diese Fragen müssen allerdings nicht an vorliegender Stelle beantwortet werden (dies geschieht nachfolgend, soweit geboten, unter dem Titel der Beurteilung, ob Rechtfertigungsgründe vorliegen).[3289] An diesem Punkt der Beurteilung genügt vielmehr die Feststellung, dass allfällige prokompetitive Effekte des KAGA-Vertrags und der KAGA jedenfalls nicht derart offensichtlich sind, dass sie die Wettbewerbsbeschränkung des Konkurrenzverbots offenkundig überwiegen und als nebensächlich erscheinen lassen. Damit liegt eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor und diesen Fragen wird gegebenenfalls im Rahmen der Beurteilung der Zulässigkeit der Vereinbarung nach Art. 5 KG nachzugehen sein.[3290] Das dritte Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede ist demnach erfüllt.

1725. Wie ausgeführt,[3291] gehört zum Konkurrenzverbot weiter, dass diese Aktionärinnen im KAGA-Gebiet weder Kies herstellen, noch in diesem Gebiet Kies veredeln noch dort Aushubdeponien betreiben. Nur KAGA oder allfällige Dritte können dies tun. Wie es sich mit einer Wettbewerbsbeschränkung in diesen Bereichen verhält, braucht aber nicht vertieft zu werden, da bereits hinsichtlich des Erwerbs von Abbaurechten eine Wettbewerbsbeschränkung zu bejahen ist.

D.6.8.1.4 Bezwecken oder Bewirken

1726. Als viertes Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG wird hiernach das Bezwecken oder Bewirken beurteilt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu diesem Tatbestandsmerkmal finden sich in Rz 1419 ff.

1727. Der Regelungsinhalt des Konkurrenzverbots besteht darin, die Aktionärinnen im KAGA-Gebiet als wesentliche latente Nachfragerinnen hinsichtlich des Erwerbs von Abbaurechten aus dem «Markt zu nehmen». Der wettbewerbsbeschränkende Effekt wohnt dieser Klausel regelrecht inne. Auf das Zusammenspiel mit dem KAGA-Vertrag insgesamt und der Realisierung der KAGA ist wie ausgeführt im Rahmen der Beurteilung der Zulässigkeit der Vereinbarung nach Art. 5 KG einzugehen. Das vierte Tatbestandmerkmal einer Wettbewerbsabrede ist damit ebenfalls erfüllt.

1728. Obwohl für die Beurteilung nicht entscheidend, bleibt anzufügen, dass diese bezweckte Wettbewerbsbeschränkung von den beteiligten Unternehmen auch subjektiv verfolgt wurde. Das zeigt sich besonders deutlich bei den Überlegungen zur Aufnahme weiterer Mitglieder in die Vorgängerin der KAGA, die KWU: Bezüglich der späteren Aktionärin [U10] stellten die Mitglieder der KWU fest, dass diese in Uttigen mit Landeigentümern verhandle.[3292] Die Aufnahme von [U10] in die KWU wurde unter anderem mit der Begründung befürwortet, dass damit «auch der gegenseitigen Konkurrenz im Erwerb von Ausbeutungsrechten die Spitze gebrochen» werde.[3293] Die spätere Aktionärin Marti wurde aufgenommen, obwohl die bisherigen Mitglieder der KWU gegenüber der Aufnahme von Strassenbauunternehmen grundsätzlich kritisch eingestellt waren – Marti aber verfügte über Abbaurechte in Kirchdorf, die sie bei einer Aufnahme in die KWU in diese einbringen musste.[3294] Die spätere Aktionärin Heimberg, die drei Ausbeutungsrechte auf der südlichen Seite des Heimberghubels habe, wurde aufgenommen, da sie «als Aussenseiter der KWU grössten Schaden zufügen könnte».[3295] Und auch die Aktionärin [U11] wurde aus diesem Motiv in die KAGA aufgenommen. Zunächst hat sich [U11] erfolglos darum bemüht, bei der KWU mitzumachen; ihr Anliegen wurde abgelehnt. Dies änderte sich, nachdem [U11] Abbaurechte in Kirchdorf erworben hat. KAGA stand dadurch nach eigenen Worten «vor einer neuen Situation», und hielt weiter fest: «Die KAGA wird vom Beitritt auch profitieren, indem wir praktisch den gesamten Hügel zur Ausbeutung in unsere Hände bekommen».[3296]

[3286] Rz 385. [U02] verfügt ebenfalls über Standorte in der räumlichen Nähe des KAGA-Gebiets, und zwar gleich über mehrere. Das Gesamt-Abbauvolumen der Standorte von [U02] ist etwa halb so gross wie dasjenige von [U01], welches wiederum etwa halb so gross ist wie dasjenige von Kiestag (Vigier) in dieser räumlichen Nähe und dasjenige von Daepp, während dasjenige von Kästli noch grösser ist. Aufgrund der vergleichsweise geringen Grösse von [U02] qualifiziert sie nicht mehr als ähnlich geeignete latente Nachfragerin wie die Aktionärinnen. [U02] ist vielmehr ein Unternehmen, dessen «Nachfrageradius» lokal um ihre bisherigen Abbaustellen ist (siehe dazu Rz 1383). Vergleichbares gilt noch verstärkt auch für [U53] (siehe zu dieser auch Rz 1738).

[3287] Vgl. Rz 366.

[3288] Rz 1418.

[3289] Jedenfalls im Ergebnis in gleichem Sinne auch MOSER (Fn 2745), Rz 445.

[3290] Siehe dazu Rz 1756 ff.

[3291] Rz 1700.

[3292] Rz 571.

[3293] Rz 572.

[3294] Rz 573 f.

[3295] Rz 577.

[3296] Rz 722.

Dass die Beteiligten bestrebt waren, Wettbewerb beim Erwerb von Abbaurechten, z.B. hinsichtlich der Konditionen, zu vermeiden, zeigt auch folgende Orientierung des damaligen VRP im VR von KAGA, als er darüber informierte, «dass unter den Landwirten in Bezug auf die Kiesentschädigungen und Landvergütungen gewisse Unruhe entstanden ist, da unterschiedliche Preise bezahlt werden. Es sollte daher eine Angleichung der Preise erfolgen, was in der Region diskutiert werden muss».[3297]

D.6.8.1.5 Ergebnis zur Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

1729. Die sechs Aktionärs-Unternehmen und KAGA wirken bewusst und gewollt zusammen, indem sie vereinbart haben, dass die Aktionärinnen im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte erwerben und auch anderweitig in diesem Gebiet kein Kies und Sand abbauen dürfen. Faktisch sind die Aktionärinnen damit auch davon ausgeschlossen, im KAGA-Gebiet Kieswerke zu errichten und dort Kies zu veredeln sowie Aushubdeponien im KAGA-Gebiet zu betreiben. Die hier gegebene Reduktion der Anzahl wesentlicher latenter Nachfragerinnen für den Erwerb von Abbaurechten im KAGA-Gebiet bezweckt bereits eine Wettbewerbsbeschränkung, weshalb offen bleiben kann, wie es sich diesbezüglich in den Bereichen des Kiesabbaus, der Kiesveredelung und der Deponierung von unverschmutztem Aushub verhält. Es liegt somit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

D.6.8.2 Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG

1730. Nachfolgend wird beurteilt, ob diese Wettbewerbsabrede unter Art. 5 Abs. 3 KG fällt. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen zu den von Art. 5 Abs. 3 KG erfassten Abredetypen finden sich in Rz 1425 ff.

1731. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede ist ein Konkurrenzverbot, welches es den Aktionärinnen insbesondere verbietet, im KAGA-Gebiet eigene Abbaurechte zu erwerben.[3298] Das Konkurrenzverbot untersagt den Aktionärinnen somit die Nachfrage nach Abbaurechten im KAGA-Gebiet.

1732. Wie ausgeführt, besteht hinsichtlich des Erwerbs von Abbaurechten im KAGA-Gebiet ein horizontales Verhältnis zwischen KAGA und ihren Aktionärinnen Daepp, Kästli, Vigier, Messerli und Hofstetter (beide Alluvia) sowie Marti als aktuellen Konkurrentinnen sowie mit Heimberg als potenzieller Konkurrentin.[3299]

1733. Die Abredepartnerinnen kamen überein, dass sich die Aktionärinnen bezüglich des Erwerbs von Abbaurechten an Grundstücken im KAGA-Gebiet heraushalten. Oder umgekehrt ausgedrückt: sie kamen überein, dass von den beteiligten Unternehmen einzig KAGA befugt ist, Abbaurechte an Grundstücken in diesem Gebiet zu erwerben. Damit haben sie das KAGA-Gebiet resp. die Anbieter von Abbaurechten an Grundstücken in diesem Gebiet ausschliesslich KAGA zugeteilt. Diese Aufteilung des Gebiets resp. der Kundinnen, die in diesem Gebiet Abbaurechte anbieten, ist als Marktaufteilungsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zu qualifizieren.[3300]

D.6.8.3 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

1734. Nachfolgend wird beurteilt, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt ist. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen dazu finden sich in Rz 1434 ff.

1735. Weshalb an dieser Stelle – trotz gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bestehender grundsätzlicher Erheblichkeit einer Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG – beurteilt wird, ob die Vermutungsfolge der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt ist, wird in Rz 1611 erläutert, worauf verwiesen sei. Um zu beurteilen, ob die Vermutungsfolge widerlegt ist, muss in einem ersten Schritt der relevante Markt abgegrenzt werden.[3301] Die Beurteilung dieser Wettbewerbsabrede konzentriert sich, wie ausgeführt,[3302] auf den Erwerb von Abbaurechten. Da Gegenstand der Wettbewerbsabrede der Erwerb von Abbaurechten an Grundstücken im KAGA-Gebiet ist, bilden die Anbieter von solchen Abbaurechten im KAGA-Gebiet die massgebende Marktgegenseite. Der Markt für Abbaurechte an Grundstücken im oberen Aaretal wurde unter der einleitend allgemein vorgenommenen Abgrenzung der relevanten Märkte (D.5 Abgrenzung der relevanten Märkte) sowohl in sachlicher (D.5.4.2, Rz 1376–1380) als auch in räumlicher (D.5.4.3, Rz 1381–1383) Hinsicht abgegrenzt und die zeitliche Dimension wurde behandelt (D.5.4.4, Rz 1386–1389).[3303] Wiederholt sei an dieser Stelle, dass Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten den sachlich relevanten Markt bilden und der räumlich relevante Markt für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung als maximal kantonal abgegrenzt wurde. Der «Nachfrageradius» der im räumlich relevanten Markt tätigen Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten unterscheidet sich allerdings je nachdem, um was für ein Unternehmen es sich dabei handelt. Je nach Unternehmen ist dessen «Nachfrageradius» lokal, kantonal oder maximal national. Von der zeitlichen Dimension her wurde festgestellt, dass Abbaurechte an einem Grundstück nur einmal zum Erwerb stehen. Ausserhalb der «Angebotsphase» handelt es sich um latente Anbieterinnern und um latente Nachfragerinnen. In einem zweiten Schritt ist sodann die Wettbewerbssituation zu bewerten, wie sie sich trotz der Wettbewerbsabrede auf dem relevanten Markt noch darstellt.[3304]

[3297] Rz 748.

[3298] Rz 583, Ziffer 1 des KAGA-Vertrags; die weiteren mit diesem Verbot verbundenen Einschränkungen werden hier nicht zusätzlich geprüft (d.h. das Verbot, sonstwie Kies oder Sand abzubauen; Verhinderung der Errichtung von Kieswerken und Aushubdeponien; siehe dazu oben Rz 1473).

[3299] Rz 1702–1708.

[3300] Vgl. auch Rz 1429 dazu, dass Konkurrenzverbote eine mögliche Form von Gebietsabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG sind.

[3301] Rz 1434.

[3302] Rz 1725.

[3303] Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass bei der hier zu beurteilenden Wettbewerbsabrede über das Konkurrenzverbot aufgrund des klar definierten Gebiets im KAGA-Vertrag, dem KAGA-Gebiet (siehe Art. 1 des KAGA-Vertrags, Rz 583, und die exakte Karte in Rz 584 sowie deren Anpassung 1977 in Rz 592), die Marktgegenseite lediglich aus den Eigentümern an geeigneten Grundstücken in diesem genau definierten Gebiet besteht. Im Rahmen der allgemeinen Abgrenzung der relevanten Märkte wurde auf die Eigentümer an geeigneten Grundstücken im oberen Aaretal als Marktgegenseite abgestellt (Rz 1375 und Anwendung in Rz 1478). Auf die Beurteilung hat dieser Unterschied aber keinen Einfluss.

[3304] Rz 1436 f.

1736. Durch die Wettbewerbsabrede wird der Innenwettbewerb zwischen den Aktionärinnen und KAGA beim Erwerb von Abbaurechten an Grundstücken im KAGA-Gebiet ausgeschaltet. Soweit ersichtlich, hat von den bestehenden Aktionärinnen[3305] einzig Daepp bei der Erweiterung ihrer bestehenden Abbaustelle das Konkurrenzverbot in Bezug auf den Erwerb von Abbaurechten nicht beachtet. KAGA griff daraufhin ein – sie liess diese Erweiterung letztlich zwar zu, sicherte sich im Gegenzug aber die Deponierechte an diesen Grundstücken von Daepp und hielt zudem fest, dass künftige Erweiterungen der Abbaustelle von Daepp im KAGA-Gebiet sowohl bezüglich Kiesabbau als auch bezüglich Deponie ausschliesslich Sache der KAGA seien.[3306] Mit anderen Worten beharrte sie auf der künftigen Einhaltung des Konkurrenzverbots. Einige Parteien machen geltend, die Umsetzung des Konkurrenzverbots gegenüber Daepp sei kaum ernsthaft und bloss halbherzig gewesen.[3307] Dieses Argument betrifft die Sachverhaltsebene und wurde entsprechend dort behandelt, worauf verwiesen sei.[3308] An dieser Stelle sei bloss wiederholt, dass diese Behauptung schönfärberisch ist und nicht zutrifft. Diese eine Abweichung vom Konkurrenzverbot durch bestehende Aktionärinnen in den letzten 40 Jahren ist zudem inhaltlich als eher geringfügig einzustufen, da es sich um eine blosse Erweiterung der bereits bestehenden Abbaustelle von Daepp handelte, nicht um den Erwerb von Abbaurechten an irgendwo im KAGA-Gebiet gelegenen Grundstücken. Dieser eine Vorfall, auf den KAGA erst noch reagierte, ist jedenfalls nicht dergestalt, dass deshalb – weil die Aktionärinnen das Konkurrenzverbot nicht eingehalten hätten – von bestehendem Innenwettbewerb zwischen KAGA und ihren Aktionärinnen gesprochen werden könnte. Ausreichender Wettbewerb, der die Vermutungsfolge widerlegt, kann daher höchstens in Form von Aussenwettbewerb durch nicht an der Wettbewerbsabrede beteiligte Dritte bestehen.

1737. Marti-Gruppe macht geltend, sie habe sich seit langem nicht mehr an das Konkurrenzverbot gehalten und trotz diesem versucht, im KAGA-Gebiet Abbaurechte zu erwerben.[3309] Dieses Argument beschlägt die Sachverhaltsebene und wurde entsprechend dort behandelt, worauf verwiesen sei.[3310] An dieser Stelle ist zu wiederholen, dass ein Verstoss von Marti-Gruppe gegen das Konkurrenzverbot nicht erwiesen – und bei exakter Betrachtung nicht einmal behauptet – ist. Und selbst wenn Marti-Gruppe gegen das Konkurrenzverbot verstossen hätte, wäre dies nicht entlastend und würde nicht zu einem bestehenden Innenwettbewerb führen. Denn erstens hat sich Marti-Gruppe an der Durchsetzung des Konkurrenzverbots gegenüber Daepp mitbeteiligt resp. jedenfalls nicht davon distanziert. Zweitens – und damit in Zusammenhang stehend – haben die anderen Aktionärinnen das Konkurrenzverbot eingehalten, weshalb Marti-Gruppe deren Konkurrenz nicht fürchten musste. Drittens war Marti-Gruppe aufgrund ihrer Einsitznahme im VR von KAGA bekannt, an welchen Grundstücken KAGA Abbaurechte erwerben wollte. Von daher musste sie deren Konkurrenz ebenfalls nicht fürchten bzw. wusste, dass bei allen übrigen Grundstücken im KAGA-Gebiet keine Konkurrenz durch KAGA bestehen würde. Kurzum: Selbst wenn Marti-Gruppe das Konkurrenzverbot missachtet hätte, hätte kein Innenwettbewerb bestanden, da die übrigen Aktionärinnen sich daran hielten und Marti-Gruppe bekannt war, wo KAGA Abbaurechte erwerben wollte und – im Umkehrschluss – wo nicht.[3311]

1738. Zum Aussenwettbewerb: Beim Aussenwettbewerb steht zunächst der aktuelle Aussenwettbewerb im Fokus (nachfolgend Rz 1739 ff.). Aktueller Aussenwettbewerb geht von aktuellen Konkurrentinnen aus. Als solche sind die Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten, die im Kanton Bern liegen, zu werten. Allerdings ist der «Nachfrageradius» je nach Unternehmen unterschiedlich[3312] und Wettbewerbsdruck geht nur von denjenigen Unternehmen aus, deren «Nachfrageradius» auch ins KAGA-Gebiet reicht. Diesbezüglich sind zwei Situationen zu unterscheiden: Einerseits gibt es Betreiberinnen, die in der Vergangenheit bereits tatsächlich Abbaurechte an Grundstücken im KAGA-Gebiet nachgefragt haben. Bei diesen Betreiberinnen hat sich die Nachfrage in der Vergangenheit also bereits einmal aktualisiert, womit erstellt ist, dass ihr «Nachfrageradius» auch das KAGA-Gebiet erfasst. Sie sind daher als latente Nachfragerinnen an dortigen Abbaurechten zu werten. Andererseits gibt es Betreiberinnen, die bislang noch keine Abbaurechte an Grundstücken im KAGA-Gebiet nachgefragt haben. Bei diesen ist zu beurteilen, ob ihr «Nachfrageradius» gleichwohl bis ins KAGA-Gebiet reicht[3313] und sie daher latente[3314] Nachfragerinnen nach dortigen Abbaurechten sind, von denen Wettbewerbsdruck ausgeht. Zu berücksichtigen ist schliesslich auch die disziplinierende Wirkung, die vom potenziellen Aussenwettbewerb ausgehen kann (nachfolgend Rz 1748).[3315] Der potenzielle Aussenwettbewerb geht von den potenziellen Konkurrentinnen aus. Das sind Unternehmen, die bislang nicht auf dem (sachlich und/oder räumlich) relevanten Markt tätig waren, aber in diesen Tätigkeitsbereich vordringen könnten.

1739. Zum aktuellen Aussenwettbewerb: Nachfolgend wird unter dem Titel des aktuellen Aussenwettbewerbs zunächst betrachtet, welche Dritten in den vergangenen Jahren tatsächlich Abbaurechte an Grundstücken im KAGA-Gebiet nachgefragt haben. Alsdann wird unter diesem Titel betrachtet, wie es sich mit der latenten Nachfrage allfälliger weiterer Unternehmen verhält.

[3305] Von den ehemaligen Aktionärinnen hatte nur, aber immerhin, [U10] gleich zu Beginn der KAGA im Jahr 1970 vor, im KAGA-Gebiet ebenfalls Abbaurechte zu erwerben. Gestützt auf das Konkurrenzverbot schritt KAGA jedoch dagegen ein und verhinderte dies (Rz 721).
[3306] Rz 595 ff.
[3307] Rz 981.
[3308] Rz 981.
[3309] Rz 983.
[3310] Rz 984.
[3311] Siehe dazu auch Rz 986.
[3312] Rz 1383.
[3313] Siehe zu der dieser Beurteilung zugrundeliegenden Kategorisierung der (latenten) Nachfragerinnen Rz 1383.
[3314] Siehe Rz 1389 dazu, was unter einer latenten Nachfragerin zu verstehen ist.
[3315] Rz 1436.

1740. Zu den Nachfragerinnen, die bereits Abbaurechte im KAGA-Gebiet nachgefragt haben: Aktuell haben zwei Dritte im KAGA-Gebiet Kiesabbaustellen und verfügen entsprechend über dortige Abbaurechte. Zum einen ist dies [U01], die gemessen am prozentualen Anteil an der Gesamtabbaumenge im Kanton Bern den zehnten Rang belegt[3316] und deren Abbaustellen in der Nachbarschaft zu denjenigen von KAGA liegen[3317]. Zum anderen ist dies [U53], die in Oechtlen, Riggisberg, am Rande des KAGA-Gebiets eine Abbaustelle hat, welche sich jedoch in der Rekultivierungsphase befindet[3318] und deren Abbaumenge weniger als 1 % der Gesamtmenge der Planungsregion Bern-Mittelland der Jahre 2004–2015 ausmachte[3319]. Sowohl [U01][3320] als auch [U53][3321] bauten im KAGA-Gebiet bereits Kies ab, bevor die KAGA gegründet wurde.

1741. Wie sich die Situation bezüglich Abbaustellen im KAGA-Gebiet in Zukunft entwickeln wird (wofür bereits heute Abbaurechte gesichert werden könnten), lässt sich anhand der Richtpläne ADT Bern-Mittelland und Entwicklungsraum Thun einschätzen:

- Der Richtplan ADT Bern-Mittelland von 2017 zeigt, dass bei beiden bestehenden Abbaustellen Dritter im KAGA-Gebiet, d.h. derjenigen von [U01] und derjenigen von [U53], als Festsetzungen und Zwischenergebnisse im Plan berücksichtigte Erweiterungen anstehen.[3322] Anderweitige Festsetzungen, Zwischenergebnisse oder Vororientierungen, die im KAGA-Gebiet liegen würden, enthält der Richtplan nicht, insbesondere liegt die Vororientierung Neumatt, Oppligen, von der Marti-Gruppe (knapp) ausserhalb des KAGA-Gebiets.[3323]
- Der Teil-Richtplan ADT Entwicklungsraum Thun von 2019 zeigt, dass im KAGA-Gebiet die Festsetzung einer Abbaustelle in Pfandern, Thun, erfolgt ist, bei der als Betreiberin die [U50] aufgeführt wird.[3324] Ebenfalls im KAGA-Gebiet liegen die eingetragenen Standorte Eyacher, Thierachern, und Limpachmoos, Uetendorf, bei denen [U04] als Betreiberin aufgeführt ist. Dabei handelt es sich jedoch nicht um Abbaustellen mit späterer Wiederauffüllung, sondern um Deponien «auf grüner Wiese», bei denen zuvor kein Kiesabbau erfolgt.[3325] Mangels Eignung dieser Grundstücke zum Kiesabbau[3326] gehören deren Eigentümer gar nicht erst zur Marktgegenseite, wenn es um Abbaurechte geht.[3327] Für den Steinbruch Reutigen gilt Vergleichbares, wird dort doch nicht Kies und Sand gewonnen, sondern Fels gebrochen,[3328] weshalb die dortigen Grundstücke für Kiesabbaurechte aufgrund der natürlichen Gegebenheiten nicht in Frage kommen. Anderweitige Festsetzungen, Zwischenergebnisse oder Vororientierungen, die im KAGA-Gebiet liegen würden, enthält der Richtplan nicht, insbesondere liegt die Eintragung Allmid, Zwieselberg, – wie von der KAGA verifiziert[3329] – haarscharf ausserhalb des KAGA-Gebiets.[3330]

1742. Zusammengefasst verfügen demnach aktuell zwei Dritte im KAGA-Gebiet über Abbaustellen und damit auch über die dortigen Abbaurechte, wobei beide von ihnen bereits vor der Gründung der KAGA dort aktiv waren. Bei diesen beiden Abbaustellen sind Erweiterungen im Richtplan vorgesehen, was bedeutet, dass sich diese Dritten die entsprechenden Abbaurechte bereits gesichert haben. Eine weitere Abbaustelle im KAGA-Gebiet, deren Betreiberin eine [U50] ist, ist im Teil-Richtplan ADT Entwicklungsraum Thun in Pfandern festgesetzt, was ebenfalls den Erwerb entsprechender Abbaurechte durch diese Betreiberin bedingt. Abgesehen von diesen drei Akteuren, von denen zwei bereits vor der KAGA-Gründung in diesem Gebiet aktiv waren und «nur» ihre Standorte erweitern, sind keine Dritten bekannt, die in das KAGA-Gebiet eingedrungen wären und dort Abbaurechte erworben hätten. In Anbetracht des ausgesprochen langen Zeithorizonts ist die Möglichkeit, dass sich weitere Dritte in den letzten mehr als 40 Jahren Abbaurechte im KAGA-Gebiet gesichert haben, aber dennoch weder in der Vergangenheit mit dem dortigen Kiesabbau begonnen haben noch bei den letzten Richtplanrevisionen auch nur Vororientierungen eingegeben haben, bloss theoretischer Natur. Der «Nachfrageradius» dieser drei Unternehmen erfasst daher offensichtlich das KAGA-Gebiet und sie sind als latente Nachfragerinnen zu betrachten.

1743. Zu allfälligen weiteren latenten Nachfragerinnen: Zwar zählen alle Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten, die im räumlich relevanten Gebiet liegen, das für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung als maximal dem Kanton Bern entsprechend eruiert wurde, zu den

[3316] Rz 366.
[3317] Rz 369.
[3318] Act. VI.57, Antwort auf Frage 17.
[3319] Rz 379 e contrario.
[3320] So wurde bereits die Vorgängerin der KAGA, die KWU, 1970 bei der Gemeinde Uetendorf und beim Kanton vorstellig, als sie mitbekam, dass die Konkurrentin [U01] eine weitere Abbaustelle in der Aegerten in Uetendorf beabsichtigte (Rz 577 i.f.).
[3321] Der Kiesabbau wurde in den 30er-Jahren aufgenommen, siehe <[…]> (zuletzt besucht am 13.6.2023).
[3322] Rz 392, zu den Standorten dieser Abbaustellen siehe Rz 394.
[3323] Vgl. die Karte der Standorte gemäss Richtplan ADT Bern-Mittelland in Rz 394 mit der Karte des KAGA-Gebiets in Rz 592. Für den genauen Standort der Vororientierung zur Abbaustelle Neumatt siehe die vergrösserte Karte im Koordinationsblatt «Neumatt» im Richtplan ADT Bern-Mittelland (Fn 664).
[3324] Rz 398, zum Standort dieser Abbaustelle siehe Rz 400.
[3325] Siehe die Legende zur Karte in Rz 400.
[3326] Käme auf diesen Grundstücken Kiesabbau in Frage (vgl. Rz 282 zu Voraussetzungen dafür), wären ökonomisch-rational handelnde Grundeigentümer nämlich nicht damit einverstanden, dass dort Deponien «auf grüner Wiese» errichtet werden. Denn dadurch liessen sie sich nicht nur jetzt, sondern auch künftig, das Entgelt entgehen, dass sie für den Abbau des dortigen Kieses erhielten (Rz 281). In einer Deponie «auf grüner Wiese» wird Material abgelagert, was den Zugang zu allfälligen darunterliegenden Rohstoffvorkommen (weiter) erschwert. Von der Reihenfolge her muss zuerst abgebaut und erst danach aufgefüllt werden (Rz 240). Zunächst eine Deponie «auf grüner Wiese» zu betreiben, um später am selben Ort allfällige Rohstoffvorkommen, die nunmehr zusätzlich unter dem Deponiematerial liegen, abbauen zu wollen, wäre unsinnig.
[3327] Ein Grundstück muss überhaupt erst für den Kiesabbau in Frage kommen, damit dessen Eigentümer Teil der Marktgegenseite ist, siehe Rz 1378.
[3328] Siehe auch hier die Legende zur Karte in Rz 400.
[3329] Dazu Rz 780.
[3330] Vgl. die Karte der Standorte gemäss Teil-Richtplan ADT Entwicklungsraum Thun in Rz 400 mit der Karte des KAGA-Gebiets in Rz 592. Für den genauen Standort der Eintragung zur Abbaustelle Allmid siehe die vergrösserte Karte im Koordinationsblatt «Allmid» im Teil-Richtplan ADT Entwicklungsraum Thun (Fn 762).

aktuellen Konkurrentinnen. Dennoch ist die Situation, wie ausgeführt,[3331] von Betreiberin zu Betreiberin anders; insbesondere sind ihre «Nachfrageradien» und damit auch ihre Nachfrageinteressen nach Abbaurechten an Grundstücken im KAGA-Gebiet unterschiedlich. Die nachfolgende Beurteilung fokussiert daher auf diejenigen Unternehmen mit dem grössten latenten Nachfrageinteresse nach Abbaurechten an Grundstücken im KAGA-Gebiet, also auf solche Unternehmen, deren «Nachfrageradius» ins KAGA-Gebiet reicht.

1744. [U05] hat eine generell starke Präsenz im Kanton Bern und sie nimmt – gemessen am prozentualen Anteil an der Gesamtabbaumenge im Kanton Bern – den zweiten Rang ein.[3332] Bei ihr handelt es sich um einen internationalen börsenkotierten Konzern. Ihr «Nachfrageradius» erfasst daher ohne Weiteres auch das KAGA-Gebiet.[3333] Allerdings fällt auf, dass [U05] ihre Standorte im Kanton Bern nicht selber aufbaute, sondern bestehende Kiesabbauerinnen in ihren Konzern integrierte.[3334] Dass [U05] diese Expansionsstrategie im Kanton Bern ändern und eigene Abbaustellen aufbauen wird, erscheint unwahrscheinlich. Ihre Nachfrage richtet sich mit anderen Worten kaum direkt auf Abbaurechte, sondern auf Betriebe, die Kies abbauen. Ihr Interesse am Erwerb von Abbaurechten im KAGA-Gebiet ist daher, sofern überhaupt vorhanden, als gering einzustufen. [U07] und [U17] nehmen – gemessen am prozentualen Anteil an der Gesamtabbaumenge im Kanton Bern – immerhin die Ränge sieben und neun ein.[3335] Es sind Unternehmen, deren «Nachfrageradius» regional bis kantonal ist.[3336] Beide Unternehmen sind allerdings in der Regionalkonferenz Biel Seeland/Jura verankert und haben bislang keine Anstalten gemacht, in andere Regionen – und zwar insbesondere in das KAGA-Gebiet – zu expandieren. Das spricht für einen regionalen «Nachfrageradius» von ihnen. Jedenfalls ist bei ihnen das Interesse am Erwerb von Abbaurechten im KAGA-Gebiet als gering einzustufen, sofern es überhaupt vorhanden ist. Schliesslich ist erneut [U01] zu erwähnen, die bereits mit einer Abbaustelle im KAGA-Gebiet aktiv ist und den zehnten Rang im Kanton Bern einnimmt.[3337] Neben der Erweiterung der bestehenden Abbaustelle[3338] käme [U01] auch als latente Nachfragerin nach Abbaurechten an Grundstücken in Frage, die anderswo im KAGA-Gebiet liegen, um dort eine weitere Abbaustelle im KAGA-Gebiet zu errichten. Vor langer Zeit scheint sie dies denn auch angestrebt zu haben. Als KAGA und ihre Aktionärinnen davon erfuhren, beschlossen sie, beim Kanton und der zuständigen Gemeinde vorstellig zu werden.[3339] Ob diese Intervention tatsächlich erfolgte und ob sie erfolgreich war, lässt sich nicht mehr eruieren; fest steht nur, aber immerhin, dass [U01] heute keine Abbaustelle in der Aegerten in Uetendorf betreibt, wie sie es damals anstrebte. Ihr Interesse am Erwerb von Abbaurechten im KAGA-Gebiet, die nicht im Umfeld ihrer bisherigen Abbaustelle sind, um dort eine weitere Abbaustelle zu eröffnen, ist daher ebenfalls als gering einzustufen, sofern es überhaupt vorhanden ist. Die weiteren im Kanton Bern aktiven Betreiberinnen von Kiesabbaustellen decken eher geografische Nischen ab und sind aufgrund ihrer geringen Grösse nicht auf die Eröffnung weiterer Abbaustellen an anderen Orten ausgerichtet. Mit anderen Worten erstreckt sich ihr «Nachfrageradius» nicht ins KAGA-Gebiet. Ihr Interesse am Erwerb von Abbaurechten an Grundstücken im KAGA-Gebiet ist daher ausgesprochen gering, sofern überhaupt vorhanden. Es sind daher kaum weitere Unternehmen vorhanden, deren «Nachfrageradius» sich auch ins KAGA-Gebiet erstreckt. Jedenfalls erweist sich das latente Interesse weiterer Unternehmen am Erwerb von Abbaurechten an Grundstücken im KAGA-Gebiet als gering, sofern es denn überhaupt vorhanden ist.

1745. Zusammenfassend zum aktuellen Aussenwettbewerb ist daher festzuhalten, dass bloss drei Nachfragerinnen vorhanden sind, die bereits Abbaurechte im KAGA-Gebiet nachgefragt haben. Zwei von ihnen waren bereits vor der KAGA-Gründung in diesem Gebiet aktiv und erweitern «nur» ihre Standorte. Weitere Unternehmen, deren «Nachfrageradien» sich ins KAGA-Gebiet erstrecken, sind kaum vorhanden. Jedenfalls erweist sich das latente Interesse weiterer Unternehmen am Erwerb von Abbaurechten an Grundstücken im KAGA-Gebiet als gering, sofern es denn überhaupt vorhanden ist. Der aktuelle Aussenwettbewerb kann daher allerhöchstens als bescheiden bezeichnet werden.

1746. Kästli-Gruppe wendet sich in ihrer Stellungnahme zum Antrag sinngemäss gegen diese Beurteilung. Sie hält fest, dass es mit den Kiesunternehmen aus den angrenzenden geografischen Räumen stets auch eine Vielzahl von weiteren Interessenten für Kies-Abbaurechte im Aaretal gab und gibt, die nicht KAGA-Aktionärinnen sind und die für Wettbewerb sorgen würden.[3340] Dieses pauschale Vorbringen überzeugt nicht. Auf die vorangehenden Erwägungen geht Kästli-Gruppe nicht ein und sie versucht nicht einmal, aufzuzeigen, inwiefern diese unzutreffend sein soll. Sie begnügt sich vielmehr mit einer bloss anderslautenden, nicht näher spezifizierten Behauptung. Damit dringt sie nicht durch.

1747. Dass der aktuelle Aussenwettbewerb derart gering ausfällt, ist im Übrigen auch im Zusammenhang mit Gegenstand A der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA zu sehen, der Verhinderung neuer Konkurrenz im Aaretal.[3341] Schon die Vorgängerin der KAGA wurde ja seinerzeit geschaffen, «um unerwünschte Grosskonkurrenten aus dem Gebiet des oberen Aaretales fernzuhalten».[3342] Um das zu erreichen, sicherten sich KAGA und ihre Aktionärinnen zum einen Abbaurechte im Aaretal und wirkten zum anderen auch auf anderen Ebenen dahingehend.[3343] Schon Anfangs 1970 hielt der damalige Vorsitzende der KAGA fest, das Ziel, Grosskonkurrentinnen aus dem Aaretal fernzuhalten, sei «offensichtlich erreicht worden» bzw. «diesbezüglich [seien] schon erfreuliche Erfolge zu verzeichnen».[3344]

[3331] Rz 1383.
[3332] Rz 366.
[3333] Rz 1383.
[3334] Fn 713 und 714.
[3335] Rz 366.
[3336] Rz 1383.
[3337] Rz 366.
[3338] Dazu hiervor Rz 1740 ff.
[3339] Siehe Fn 3320 m.w.H.
[3340] Act. VIII.163 Rz 25.
[3341] Zu den diesbezüglichen Sachverhaltsfeststellungen Rz 844 ff. und Rz 956 ff.
[3342] Rz 845 m.w.H.
[3343] Vgl. Rz 956 f.
[3344] Rz 849.

1748. Zum potenziellen Aussenwettbewerb: Bereits das Interesse von schon existierenden Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten im Kanton Bern am Erwerb von Abbaurechten an Grundstücken im KAGA-Gebiet hat sich als höchstens gering erwiesen.[3345] Das Interesse von potenziellen Konkurrentinnen, d.h. von Unternehmen, die bislang noch nicht auf dem sachlich und/oder örtlich relevanten Markt tätig waren, aber in diesen Tätigkeitsbereich vordringen könnten, fällt aufgrund der zusätzlichen Hürden für sie noch geringer aus, sofern überhaupt ein Interesse vorhanden ist. Das ist wiederum im Zusammenhang mit Gegenstand A der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA zu sehen, der Verhinderung neuer Konkurrenz im Aaretal.[3346] Der potenzielle Aussenwettbewerb ist daher als verschwindend gering zu bezeichnen.

1749. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Konkurrenzverbot den Innenwettbewerb um Abbaurechte an Grundstücken im KAGA-Gebiet ausgeschlossen hat. Der aktuelle Aussenwettbewerb kann allerhöchstens als bescheiden bezeichnet werden, während der potenzielle Aussenwettbewerb verschwindend gering ist. Auch vor dem Hintergrund von Gegenstand A der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA, der Verhinderung neuer Konkurrenz im Aaretal, erstaunt der bescheidene Aussenwettbewerb nicht weiter. Insgesamt ist der trotz Konkurrenzverbot verbleibende Restwettbewerb derart gering, dass der wirksame Wettbewerb als beseitigt zu betrachten ist.

1750. Da die vermutete Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt, sondern vielmehr bestätigt ist, kann die Wettbewerbsabrede nicht mit Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden (Art. 5 Abs. 1 KG). Das Konkurrenzverbot erweist sich demnach als kartellrechtlich unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. c und Art. 5 Abs. 1 KG.

1751. Nachfolgend wird der Vollständigkeit halber noch beurteilt, wie es sich mit der kartellrechtlichen Zulässigkeit des Konkurrenzverbots verhalten würde, wollte man den geringen verbleibenden Restwettbewerb bereits als ausreichend erachten, damit der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt ist. Die nachfolgenden Erwägungen erfolgen mit anderen Worten für den Fall, dass die Vermutungsfolge der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs als widerlegt beurteilt werden sollte.

D.6.8.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG

1752. Nachfolgend wird beurteilt, ob diese Wettbewerbsabrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen dazu finden sich in Rz 1439 ff., insbesondere Rz 1440.

1753. Wettbewerbsabreden, die unter Art. 5 Abs. 3 KG fallen, beschränken den Wettbewerb grundsätzlich bereits aufgrund ihres qualitativen Aspekts erheblich i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG.[3347]

1754. Das vorliegend beurteilte Verbot zu Lasten der Aktionärinnen, im KAGA-Gebiet Abbaurechte zu erwerben, stellt wie gezeigt[3348] eine Abrede über die Aufteilung nach Gebieten dar. Es ist somit eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG. Entsprechend ist diese Abrede grundsätzlich bereits aufgrund ihres qualitativen Aspekts als erheblich i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Es handelt sich hier um eine Wettbewerbsabrede, bei der die «Koordinierung in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt».[3349] Dass auch der quantitative Aspekt des Konkurrenzverbots gravierend ist, zeigen die vorangehenden Erörterungen zur Widerlegung der Vermutungsfolge der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs,[3350] denen zu entnehmen ist, dass der verbleibende Restwettbewerb sehr bescheiden ausfällt. Das Konkurrenzverbot beeinträchtigt den wirksamen Wettbewerb demnach erheblich i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG.

1755. In Anbetracht der Kriterien, die für das Vorliegen eines Bagatellfalls als wesentlich erachtet werden,[3351] ist hier ein Bagatellfall ohne Weiteres zu verneinen.

D.6.8.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG

1756. Nachfolgend wird beurteilt, ob diese Wettbewerbsabrede aus wirtschaftlichen Effizienzgründen i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Die allgemeinen rechtlichen Grundlagen dazu finden sich in Rz 1442 ff.

1757. Dass das Konkurrenzverbot isoliert betrachtet nicht aus sich selbst heraus aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann, ist evident und bedarf keiner Weiterungen. Wie ausgeführt, ist das Konkurrenzverbot aber in den KAGA-Vertrag eingebettet.[3352] Zu beurteilen ist daher, ob sich aus dieser Verwobenheit mit dem KAGA-Vertrag und damit letztlich auch mit der KAGA selbst – der KAGA-Vertrag wurde immerhin innerhalb des Gründungsaktes der KAGA vereinbart[3353] – eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen für das Konkurrenzverbot ergibt.

1758. Klarzustellen ist dabei vorab, dass die nachfolgende Beurteilung nicht mit derjenigen zu verwechseln ist, die im Rahmen der Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 4 Abs. 3 i.V.m. Art. 9 f. KG hinsichtlich sogenannter Nebenabreden (ancillary restraints), die unmittelbar mit der Durchführung des Zusammenschlusses verbunden und für diese notwendig sind, erfolgt.[3354] Denn über KAGA hat, wie ausgeführt,[3355] weder eine einzelne Aktionärin noch mehrere eine (positive oder negative) Kontrollmöglichkeit. Mit anderen Worten ist KAGA selbst ein Unternehmen i.S.d.

[3345] Rz 1743 f.
[3346] Vorangehende Rz.
[3347] Rz 1440.
[3348] Rz 1733 m.w.H.
[3349] So die von HEINEMANN (Fn 2591), 112, verwendete, vom EuGH übernommene Formulierung.
[3350] Rz 1736 ff.
[3351] DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 1698), Art. 5 N 240.
[3352] Rz 1724.
[3353] Rz 581.
[3354] Dazu spezifisch bezüglich Konkurrenzverboten Moser (Fn 2745), Rz 441 f.; und allgemein etwa DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 1698), Art. 4 Abs. 1 N 205.
[3355] Rz 1294–1304. Vgl. auch Fn 2547, wonach selbst bei Bejahung einer negativen Kontrollmöglichkeit der Aktionärinnen kein Gemeinschaftsunternehmen i.S.v. Art. 4 Abs. 3 KG i.V.m. Art. 2 VKU vorliegen würde, sondern diesfalls vielmehr eine Abrede gegeben wäre.

KG und es handelt sich bei ihr insbesondere nicht um ein Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG i.V.m. Art. 2 VKU. Es geht denn auch vorliegend nicht darum, einen allfälligen Unternehmenszusammenschluss zu beurteilen.[3356] Kurzum: bei KAGA lag zu keiner Zeit ein Unternehmenszusammenschluss i.S.v. Art. 4 Abs. 3 KG vor, weshalb es sich beim Konkurrenzverbot im KAGA-Vertrag auch nicht um eine Nebenabrede zu einem solchen handeln kann; das sogenannte Konzentrationsprivileg interessiert daher vorliegend nicht weiter, sondern es geht um eine «gewöhnliche» Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG.

1759. Dies gesagt, ist freilich eine gewisse Parallele nicht zu übersehen, die bei der hier vorzunehmenden Beurteilung besteht.[3357] Auch vorliegend stellt sich nämlich in einem ersten Schritt die Frage, ob das Konkurrenzverbot für die erfolgreiche Realisierung des Hauptvertrags, also des KAGA-Vertrags resp. der KAGA selbst, erforderlich ist.[3358] Fehlt es an der Erforderlichkeit, können allfällige wirtschaftliche Effizienzen des KAGA-Vertrags resp. der KAGA selbst von vornherein nicht auf das Konkurrenzverbot durchschlagen, da das Konkurrenzverbot diesfalls nicht das mildeste mögliche Mittel darstellt,[3359] um den KAGA-Vertrag resp. KAGA selbst zu verwirklichen. Sofern die Erforderlichkeit gegeben ist, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, wie es sich mit den allfälligen wirtschaftlichen Effizienzen des KAGA-Vertrags resp. der KAGA selbst verhält, ob also überhaupt Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorhanden sind.

1760. Damit das Konkurrenzverbot das mildeste mögliche Mittel für die Realisierung des KAGA-Vertrags resp. der KAGA selbst sein kann, muss es kumulativ sowohl in persönlicher, sachlicher, räumlicher als auch zeitlicher Dimension erforderlich sein. In mehrfacher Hinsicht ist das jedoch nicht der Fall:

- In **persönlicher Hinsicht**: Wie ausgeführt, stehen hinsichtlich des Erwerbs von Abbaurechten im KAGA-Gebiet die KAGA und ihre Aktionärinnen Daepp, Kästli, Vigier, Messerli und Hofstetter (beide Alluvia) sowie Marti als aktuelle Konkurrentinnen sowie Heimberg als potenzieller Konkurrentin in einem horizontalen Verhältnis.[3360] Sowohl KAGA als auch ihre Aktionärinnen sind Vertragsparteien des KAGA-Vertrags. Dass alle Aktionärinnen und nicht nur einzelne von ihnen in das Konkurrenzverbot einbezogen wurden, erscheint daher naheliegend. Allerdings belegt insbesondere die Entstehungsgeschichte von KAGA, dass es für ihre Realisierung nicht derart vieler Beteiligter bedurft hätte. Gegründet wurde die Vorgängerin der KAGA, die einfache Gesellschaft Kieswerk Uttigen (KWU), 1966 von vier Gesellschaften (Hofstetter, Kästli, Messerli und [U09]).[3361] Erst später kamen weitere hinzu, nämlich Daepp im April 1967,[3362] [U10] und Marti im November 1967,[3363] Heimberg im September 1969[3364] und – nach der Gründung von KAGA – [U11] in den 70er-Jahren.[3365] Grund für die Aufnahme dieser weiteren Gesellschaften war nicht etwa, dass sich der anfängliche Kreis der Beteiligten als für die Realisierung des Vorhabens KAGA zu klein erwiesen hätte oder dass KAGA ihre Tätigkeit ohne deren Aufnahme nicht hätte ausüben können. Vielmehr wurden diese zusätzlichen Gesellschaften aufgenommen, weil sie in das KAGA-Gebiet vorzudringen drohten und teilweise bereits über dortige Abbaurechte verfügten, die bei einer Aufnahme an KAGA zu übertragen waren – mit ihrer Aufnahme sollte «der gegenseitigen Konkurrenz im Erwerb von Ausbeutungsrechten die Spitze gebrochen» werden.[3366] Oder anders gewendet: die zusätzlichen Gesellschaften wurden aufgenommen, damit das Konkurrenzverbot auch für sie gilt, und nicht etwa, um das Vorhaben KAGA realisieren zu können. Das Pferd wurde also vom Schwanz her aufgezäumt. Durch das Konkurrenzverbot werden demnach weit mehr Gesellschaften gebunden und von einer Konkurrenzierung abgehalten, als es für die Realisierung des KAGA-Vertrags resp. der KAGA selbst erforderlich wäre. Der Umfang des Konkurrenzverbots geht damit in persönlicher Hinsicht über das Erforderliche hinaus.
- In **räumlicher Hinsicht**: Gemäss Art. 2 Bst. a des KAGA-Vertrags soll KAGA «Wandkiesausbeutung in Uttigen, Jaberg, Kirchdorf, Heimberg-Kienersrütti» betreiben.[3367] Das Konkurrenzverbot gilt demgegenüber gemäss Art. 1 des KAGA-Vertrags «im Raume von Spiez-Thun (inkl. das rechts von See und Aare gelegene Gemeindegebiet von Thun)-Steffisburg-Heimberg-Kiesen (alles längs der Staatsstrasse und nördlich begrenzt durch Anschlussstrasse zur Autobahn) -entlang der Aare bis Höhe von Münsingen-

[3356] Rz 1308.
[3357] Mit ihren Ausführungen hinsichtlich des Konkurrenzverbots als zulässiger Nebenabrede in der Stellungnahme zum Antrag (Act. VIII.164 Rz 136–140, auch Act. IX.30 Beilage 5 Rz 46 f.) scheint Vigier eine Beurteilung zu fordern, wie sie hier (und auch bereits im Antrag) vorgenommen wird (resp. wurde). Auf die nachfolgende Beurteilung geht Vigier in ihrer Stellungnahme zum Antrag trotzdem nicht ein und äussert sich bloss sehr oberflächlich zum konkreten Fall (Act. VIII.164 Rz 141–143). Die persönliche Dimension erwähnt sie gar nicht erst. Zur räumlichen Dimension behauptet sie einzig, das Konkurrenzverbot beschränke sich auf die Kerntätigkeit der KAGA in ihrem Einzugsgebiet. Zur zeitlichen Dimension verweist sie auf den langen Planungshorizont und hält fest, damit werde lediglich sichergestellt, dass sich die Aktionärinnen nicht bereits während der Dauer der Zusammenarbeit zu konkurrenzieren begännen. Dass das Konkurrenzverbot auch noch nachvertraglich für zehn Jahre gilt, erwähnt sie nicht und geht entsprechend auch nicht darauf ein. Solch pauschale Vorbringen überzeugen nicht und sind kein Grund, von den nachfolgenden, detaillierten Erwägungen abzuweichen.
[3358] Vgl. auch die Ausführungen in BGE 124 III 495 E. 2 S. 298, *Kantenbrechgerät*, zur namentlich in Deutschland entwickelten Immanenztheorie, die das BGer allerdings nicht auf das schweizerische Recht übertrug, da es den Fall gestützt auf – nunmehr überholte – Erwägungen zur alten BV entschied (dazu Fn 2745). Ferner MOSER (Fn 2745), Rz 510 ff., insbesondere Rz 514., der diese Prüfung allerdings bei Art. 5 Abs. 1 KG und nicht wie hier bei Art. 5 Abs. 2 KG ansiedelt (vgl. aber auch Rz 518, wonach es angebracht ist, die entsprechenden Kriterien heranzuziehen unabhängig davon, unter welchem Titel man dies tue).
[3359] Zur «Notwendigkeit» als eine der Voraussetzungen einer Rechtfertigung aus Effizienzgründen und deren drei Elemente Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit i.e.S. vgl. Rz 1443.
[3360] Rz 1705–1708.
[3361] Rz 569.
[3362] Rz 570.
[3363] Rz 574.
[3364] Rz 577.
[3365] Rz 722.
[3366] Rz 1728 m.w.H.
[3367] Rz 583.

Zimmerwald-Riggisberg-Blumenstein-Stockental-Wimmis»,[3368] wobei dieses Gebiet 1977 nach der Aufnahme von Kiestag als Aktionärin auf die «Linie Reutigen-Gwatt» zurückgenommen wurde.[3369] Illustrativer als diese Beschreibung in Worten ist die in Rz 592 abgebildete Karte, auf die in Art. 1 des KAGA-Vertrags verwiesen wird. Das Gebiet, in dem die Aktionärinnen keine Abbaurechte erwerben dürfen, ist damit bedeutend grösser als das Gebiet, in dem KAGA Wandkies abbaut und dementsprechend auch auf den Erwerb von Abbaurechten an dortigen Grundstücken angewiesen ist. Um zu verhindern, dass Aktionärinnen die Entwicklung des Kiesabbaus durch KAGA behindern können, indem sie Abbaurechte an Grundstücken erwerben, auf die KAGA ihre Tätigkeit hätte ausweiten wollen, würde ein räumlich sehr viel enger gefasstes Konkurrenzverbot ausreichen. Der räumliche Umfang des Konkurrenzverbots lässt sich im Übrigen auch nicht mit Überlegungen zum Kiesabbau, zur Kiesveredelung und zum Deponiebetrieb erklären, die mit dem Erwerb von Abbaurechten zusammenhängen.[3370] Denn bei Gründung der KAGA waren die Aktionärinnen Aare-Kies (Daepp), Heimberg und [U09] bereits in diesen Bereichen tätig und Daepp ist es auch heute noch. Die Standorte dieser Aktionärinnen befanden resp. befinden sich nahe der Abbaustandorte von KAGA. Das KAGA-Gebiet ist so gefasst worden, dass einerseits diese Standorte davon ausgenommen sind und es sich andererseits ungleich viel weiter in andere Himmelsrichtungen erstreckt. Das so gewählte KAGA-Gebiet zeigt, dass es der Realisierung von KAGA nicht im Wege stand und steht, wenn Aktionärinnen in räumlicher Nähe zu ihr in den Bereichen Kiesabbau, Kiesveredelung und Deponie tätig sind. In andere Richtungen wurde es gleichwohl sehr viel weiter gefasst. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass das KAGA-Gebiet und damit der räumliche Umfang des Konkurrenzverbots sehr viel weiter geht als erforderlich wäre, damit KAGA überhaupt erfolgreich realisiert werden konnte. Der Umfang des Konkurrenzverbots geht somit auch in räumlicher Hinsicht über das Erforderliche hinaus.

- In **zeitlicher Hinsicht**: Ob es allenfalls erforderlich sein könnte, dass das Konkurrenzverbot in zeitlicher Hinsicht so lange gilt, wie eine Aktionärin an KAGA beteiligt ist, braucht hier nicht beurteilt zu werden. Denn das Konkurrenzverbot gilt gemäss Art. 9 des KAGA-Vertrags auch noch nachvertraglich für zehn Jahren, wobei dies zusätzlich mit einer Konventionalstrafe gesichert ist. Während eine gewisse Mindestdauer des Konkurrenzverbots in der Anfangsphase von KAGA – und zwar selbst nach Ausscheiden einer Aktionärin – womöglich noch als erforderlich angesehen werden könnte, fehlt es hieran, sobald KAGA genügend Abbaurechte erworben hat, um ihre Kiesabbautätigkeit erfolgreich aufnehmen und betreiben zu können. Das Konkurrenzverbot gilt nunmehr seit rund 50 Jahren und wird durch die nachvertragliche Verpflichtung um mindestens weitere zehn Jahre erstreckt. Der Umfang des Konkurrenzverbots geht schon nur wegen der zehnjährigen nachvertraglichen Laufzeit, die nicht auf die Anfangsphase beschränkt war, auch in zeitlicher Hinsicht weit über das Erforderliche hinaus.

1761. Das Konkurrenzverbot geht demnach sowohl in persönlicher, räumlicher als auch in zeitlicher Hinsicht über das hinaus, was zur Realisierung des KAGA-Vertrags resp. der KAGA erforderlich wäre. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz scheitert daher bereits im ersten Schritt – das vereinbarte Konkurrenzverbot ist nicht erforderlich, um den KAGA-Vertrag resp. die KAGA selbst zu realisieren. Bei diesem Ergebnis braucht nicht beurteilt zu werden, wie es sich mit Erforderlichkeit des Konkurrenzverbots in sachlicher Hinsicht sowie allfälligen wirtschaftlichen Effizienzen des KAGA-Vertrags und der KAGA selbst verhält. Ergänzend sei dennoch darauf hingewiesen, dass sich die Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend erwiesen haben; sie sind kartellrechtlich unzulässig. Es handelt sich bei ihnen also nicht um Vereinbarungen, die neutrale oder positive Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. Entsprechend kann es sich beim vorliegenden Konkurrenzverbot auch nicht um eine «Nebenabrede» zu einer Vereinbarung handeln, die neutrale oder positive Auswirkungen auf den Wettbewerb hat, und die infolgedessen als zulässig oder «gerechtfertigt» mitzubeurteilen wäre.[3371]

1762. In Anbetracht dieses Ergebnisses erübrigt es sich, vertieft auf das Argument von einigen Parteien einzugehen, wonach der KAGA-Vertrag ein Aktionärbindungsvertrag sei, der wiederum eine einfache Gesellschaft nach Art. 530 ff. OR darstelle, für deren Gesellschafter das Gesetz in Art. 536 OR ein Konkurrenzverbot vorsehe.[3372] In der gebotenen Kürze sei dazu Folgendes festgehalten: Art. 536 OR sieht vor, dass kein Gesellschafter zu seinem besonderen Vorteil Geschäfte betreiben darf, durch die der Zweck der einfachen Gesellschaft vereitelt oder beeinträchtigt wird. Die vorangehenden Erwägungen zeigen nun, dass das vereinbarte Konkurrenzverbot deutlich weiter gezogen ist als das in Art. 536 OR gesetzlich vorgesehene. So geht es in persönlicher und vor allem auch räumlicher und zeitlicher Hinsicht weit über das hinaus, was für die Realisierung von KAGA erforderlich ist. Oder anders gewendet: Das im KAGA-Vertrag statuierte Konkurrenzverbot untersagt auch Handlungen, die den Zweck der Gesellschaft nicht vereiteln oder beeinträchtigen können. Aus Art. 536 OR lässt sich demnach von vornherein nichts zu Gunsten der Beteiligten für ihr vertraglich vereinbartes, weitergehendes Konkurrenzverbot ableiten. Ob diese Argumentation der Parteien andernfalls durchschlagend sein könnte und sie nicht etwa zirkelschlüssig wäre, wie es zumindest prima vista

[3368] Rz 583.
[3369] Rz 591.
[3370] Vgl. dazu Rz 1700.
[3371] Siehe zu analogen Überlegungen im Zusammenhang mit dem Informationsaustausch Rz 1582.
[3372] So etwa Act. VIII.163 Rz 54, Act. VIII.164 Rz 128–135, Act. IX.30 Beilage 5 Rz 44 f.

erscheint, braucht daher nicht beurteilt zu werden. Bloss ergänzend sei schliesslich erwähnt, dass Vigier den Inhalt des Konkurrenzverbots unpräzise darstellt, wenn sie festhält, die Aktionärinnen hätten damals vereinbart, nicht auch selbst im Bereich der Kiesausbeutung tätig zu sein.[3373] Alle Aktionärinnen waren damals im Bereich des Kiesabbaus tätig und blieben dies auch nach Schaffung der KAGA weiterhin (Heimberg musste den Kiesabbau später zwar einstellen, aber nicht etwa aufgrund von KAGA, sondern aufgrund von Gewässerschutzbestimmungen). Die Aktionärinnen haben sich also gerade nicht aus diesen Tätigkeitsfeldern zurückgezogen, sondern sich einzig dazu verpflichtet, im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte zu erwerben und keine Kiesabbaustellen zu betreiben.

1763. Beim vereinbarten Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet handelt es sich demnach um eine unzulässige Wettbewerbsabrede. Da sie unter Art. 5 Abs. 3 KG fällt, sind die daran beteiligten Unternehmen, d.h. Alluvia, Daepp, Heimberg, Kästli-Gruppe, Marti-Gruppe, Vigier sowie KAGA, nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren.

D.6.8.6 Ergebnis zur kartellrechtlichen Zulässigkeit nach Art. 5 KG

1764. Die sechs Aktionärs-Unternehmen und KAGA wirken bewusst und gewollt zusammen, indem sie vereinbart haben, dass die Aktionärinnen im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte erwerben und auch anderweitig in diesem Gebiet kein Kies und Sand abbauen dürfen. Faktisch sind die Aktionärinnen damit auch davon ausgeschlossen, im KAGA-Gebiet Kieswerke zu errichten und dort Kies zu veredeln sowie Aushubdeponien im KAGA-Gebiet zu betreiben. Die hier gegebene Reduktion der Anzahl wesentlicher latenter Nachfragerinnen für den Erwerb von Abbaurechten im KAGA-Gebiet bezweckt bereits eine Wettbewerbsbeschränkung, weshalb offen bleiben kann, wie es sich diesbezüglich in den Bereichen des Kiesabbaus, der Kiesveredelung und der Deponierung von unverschmutztem Aushub verhält. Dieses bewusste und gewollte Zusammenwirken begann 1970 resp. im Falle von Vigier, allenfalls auch von KAGA, 1977 und dauert bis heute an. Es liegt somit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

1765. Diese Aufteilung des Gebiets resp. der Kundinnen, die in diesem Gebiet Abbaurechte anbieten, ist als Marktaufteilungsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zu qualifizieren. Das Konkurrenzverbot hat den Innenwettbewerb um Abbaurechte an Grundstücken im KAGA-Gebiet ausgeschlossen. Der aktuelle Aussenwettbewerb kann allerhöchstens als bescheiden bezeichnet werden, während der potenzielle Aussenwettbewerb verschwindend gering ist. Insgesamt ist der trotz Konkurrenzverbot verbleibende Restwettbewerb derart gering, dass der wirksame Wettbewerb als beseitigt zu betrachten ist, m.a.W. ist die vermutete Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt. Eine Selbst-Wenn-Prüfung zeigt, dass das Konkurrenzverbot den wirksamen Wettbewerb jedenfalls erheblich beeinträchtigt. Eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen scheitert aus mehreren Gründen.

1766. Die Vereinbarung, dass die Aktionärinnen im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte erwerben und auch anderweitig in diesem Gebiet kein Kies und Sand abbauen dürfen, stellt demnach in vorliegendem Fall eine kartellrechtlich unzulässige Wettbewerbsabrede dar. Da diese Wettbewerbsabrede den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. c (i.V.m. Abs. 1) KG erfüllt, sind die daran beteiligten Unternehmen, d.h. Alluvia, Daepp, Heimberg, Kästli-Gruppe, Marti-Gruppe, Vigier sowie KAGA, nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren.

D.7 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

1767. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.

1768. Nachfolgend ist in einem ersten Schritt die Marktstellung von KAGA zu beurteilen, die sie auf den relevanten Märkten innehat. Sofern KAGA als marktbeherrschendes Unternehmen zu qualifizieren sein sollte, ist anschliessend in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob ein Missbrauch i.S.v. Art. 7 KG vorliegt.

1769. Da, wie sich zeigen wird, KAGA in der Tat eine marktbeherrschende Stellung innehat, werden die folgenden Verhaltensweisen der KAGA auf ihre kartellrechtliche (Un)Zulässigkeit unter dem Blickwinkel der missbräuchlichen Verhaltensweise nach Art. 7 KG beurteilt:

- Die Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen (D.7.3).
- Die Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub (D.7.4).
- Die Einschränkung des Einzugsgebiets bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub (D.7.5).

D.7.1 Beurteilung der Marktstellung von KAGA

1770. KAGA übt verschiedene Tätigkeiten aus. In Anbetracht der konkret betrachteten Verhaltensweisen, die Rohkies resp. die Deponierung von unverschmutztem Aushub zum Gegenstand haben, ist hinsichtlich dieser zwei Güter resp. Dienstleistungen die jeweilige Marktstellung von KAGA zu untersuchen. Die Marktabgrenzungen ausgehend von diesen Gegenständen wurden bereits einleitend vorgenommen, worauf vorliegend, wie ausgeführt,[3374] zurückgegriffen werden kann. Um Redundanzen zu vermeiden, werden diese hiernach nicht im Einzelnen wiederholt. Stattdessen ist diesbezüglich auf die an anderer Stelle gemachten Ausführungen zu verweisen und auf das dort gewonnene Ergebnis abzustellen.

[3373] Act. VIII.164 Rz 132.
[3374] Rz 1334.

D.7.1.1 Rechtliche Grundlagen zur marktbeherrschenden Stellung

1771. Art. 4 Abs. 2 KG definiert, was im Kartellgesetz unter einem marktbeherrschenden Unternehmen zu verstehen ist: Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

1772. Um die Marktstellung eines Unternehmens beurteilen zu können, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Sofern in concreto relevant, tritt ferner eine zeitliche Dimension hinzu,[3375] was vorliegend jedoch nicht der Fall ist.

1773. Darauffolgend ist zu prüfen, ob das Unternehmen im so abgegrenzten Markt in der Lage ist, sich in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten zu können, insbesondere wenn die anderen Marktteilnehmenden keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben. Entscheidend ist die Möglichkeit des unabhängigen Verhaltens eines Unternehmens in einem bestimmten Markt. Marktbeherrschende Unternehmen können in wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbsparameter ohne Rücksicht auf Mitbewerberinnen bzw. Kundinnen nach eigenem Gutdünken festlegen.[3376] Dies setzt jedoch nicht voraus, dass sich ein Unternehmen vollständig unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten kann, sondern «bloss», dass es diese Möglichkeit in wesentlichem Umfang hat.[3377] Mit der Änderung des Kartellgesetzes im Jahre 2003 hat der Gesetzgeber zudem verdeutlicht, dass nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen ist, sondern auch konkrete Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen sind. Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu entscheiden. Die Lehre hat dazu verschiedene Beurteilungskriterien entwickelt.[3378] Massgebend für die Beurteilung der Stellung eines Unternehmens auf dem relevanten Markt ist dabei eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Möglichkeit eines unabhängigen Verhaltens sprechen.[3379] Dabei ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind auch konkrete Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen.[3380] Unerheblich für die Feststellung einer marktherrschenden Stellung sind die Gründe für deren Entwicklung.[3381]

1774. Praxisgemäss werden zur Beurteilung der Marktstellung insbesondere die aktuelle Konkurrenz (auch: aktueller Wettbewerb), die potenzielle Konkurrenz (auch: potenzieller Wettbewerb), die Stellung der Marktgegenseite[3382] sowie die Merkmale des fraglichen Unternehmens untersucht.[3383] Ergibt die Analyse der aktuellen Konkurrenzsituation einen hohen Marktanteil, ist allein daraus in der Schweiz gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwar nicht per se auf eine marktbeherrschende Stellung zu schliessen. Ein Marktanteil von 50 % ist jedoch als «kritische Schwelle» zu erachten, bei deren Überschreiten ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung vorliegt.[3384] Je höher der Marktanteil in einem konkreten Fall ist, desto stärker dürfte dieses Indiz für eine marktbeherrschende Stellung sprechen.[3385]

D.7.1.2 Stellung auf dem Markt für Rohkies

D.7.1.2.1 Der relevante Markt

1775. Gegenstand dieser Verhaltensweise ist der Rohkies von KAGA. Der diesbezügliche Markt wurde bereits abgegrenzt, worauf, wie ausgeführt,[3386] zurückgegriffen werden kann. Wie festgestellt, gehört vorliegend Rohkies ungeachtet seiner Quelle (Kiesgrube, aus Gewässern oder aus stark rohkieshaltigem Aushub) zum sachlich relevanten Markt, Stein und Fels sowie recyclierbares Baumaterial hingegen nicht.[3387] Während Stein und Fels auf dieser Marktstufe immerhin als marktnahe Produkte zu betrachten sind, ist dies bei recyclierbarem Baumaterial nicht der Fall.[3388] In räumlicher Hinsicht umfasst der relevante Markt vorliegend ein Gebiet von 20 Fahrkilometern resp. einer Fahrzeit von 20 Minuten um den jeweiligen Standort, wo der Nachfrager den Rohkies verwenden will. Aus Sicht der Anbieter, den Kiesabbaustätten, ergibt sich daraus ein «Absatzgebiet» von 20 Kilometern Fahrdistanz und 20 Minuten Fahrzeit um ihre Abbaustätten.[3389]

[3375] BGE 139 I 72 E. 9.1, *Publigroupe*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.1, *Hallenstadion*.
[3376] Zum Vorangehenden BGE 139 I 72 E. 9.3.1 m.w.H.; bestätigt in BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.5.1, *Hallenstadion*.
[3377] BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 in fine, *Publigroupe*.
[3378] Die vorangehenden Ausführungen entsprechen BGE 139 I 72 E. 9.3.1, wo sich auch zahlreiche weitere Hinweise finden. Bestätigt wurde das Ganze etwa in BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.5.1, *Hallenstadion*; BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 6.4, *WAN-Anbindung Post*; BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 9.2, *Sport im Pay-TV*.
[3379] BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.5.1 m.w.H., *Hallenstadion*; BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 9.2, *Sport im Pay-TV*.
[3380] BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 6.4, *WAN-Anbindung Post*; BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 9.2, *Sport im Pay-TV*.
[3381] BVGer, B-2798/2018 vom 16.2.2021 E. 10.2 zweitletzter Abschnitt m.w.H., *Naxoo*.
[3382] Siehe zu den drei vorerwähnten Punkten auch EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, Rz 12 ff.
[3383] Vgl. BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.5.2, *Hallenstadion*. Das BGer bestätigte diese Prüfpunkte im besagten Urteil implizit, indem es diese in der Folge selbst anwandte.
[3384] BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2, *Publigroupe*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.5.2, *Hallenstadion*; BGer, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 9.1, *Supermédia*.
[3385] Im Ergebnis in dem Sinn auch BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 Rz 442, *DCC*, wo dieses Indiz allerdings rechtsterminologisch ungenau als «Vermutung» bezeichnet wird. In Richtung einer Vermutung gehend auch die Formulierungen in BGer, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 9.1 und 9.3, *Supermédia*: «créant pratiquement une présomption» resp. «laisse supposer» sowie «à renverser ou à ébranler un tel présupposé».
[3386] Rz 1334.
[3387] Rz 1361.
[3388] Rz 8766.
[3389] Rz 1371.

D.7.1.2.2 Marktstellung von KAGA auf dem relevanten Markt

Aktueller Wettbewerb

1776. Rohkies wird einerseits und vor allem von Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten angeboten, wobei dieser primär aus Kiesgruben gewonnen wird und – jedenfalls im hier betrachteten Gebiet – nur in bescheidenem Ausmass aus Gewässern.[3390] Andererseits wird Rohkies auch in Form von stark rohkieshaltigen Aushüben angeboten, und zwar von denjenigen Unternehmen, welche die Aushübe vornehmen (Bauunternehmen, Aushubunternehmen, zuweilen auch Landschaftsgärtner) oder mit dem Abtransport beauftragt sind (Transportunternehmen). Der Fokus dieser Anbieterinnen ist wie festgestellt nicht auf den Rohkiesmarkt gerichtet, sondern vielmehr auf andere Tätigkeiten – ihr «Angebot» an stark rohkieshaltigen Aushüben ist eine blosse «Begleiterscheinung» dieser anderweitigen Tätigkeiten. Das Ausmass ihres Angebots können sie nicht gezielt kontrollieren und steuern; namentlich haben sie nicht die Möglichkeit, ihr Angebot je nach Nachfrage zu erhöhen oder zu senken. Ihr «Output» fällt vielmehr zufällig an und ist dadurch in der Menge auch unstet. Zudem sind diese Anbieter von Rohkies zugleich auch Nachfrager nach Deponievolumen für unverschmutzten Aushub – ihr Bedürfnis liegt vor allem darin, die (stark rohkieshaltigen) Aushübe «loszuwerden», d.h., sie ablagern zu können.[3391] Durch ihre «Rohkies-Aktivitäten» senken diese Anbieterinnen zwar in einem gewissen Umfang das Volumen von Rohkies, das bei Kiesgewinnungsstätten nachgefragt wird. Die Wettbewerbssituation auf dem Markt für Rohkies vermögen sie dadurch aber nicht nachhaltig zu beeinflussen. Denn aufgrund der vorgenannten Gegebenheiten geht von diesen Anbieterinnen kein nennenswerter Wettbewerbsdruck auf die Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten aus, obwohl auch ihr Angebot zum relevanten sachlichen Markt zu zählen ist. Oder anders gewendet: Die Verhaltensmöglichkeiten von Kiesgewinnungsstätten auf dem Markt werden durch diese Anbieterinnen nicht – zumindest nicht nachhaltig – eingeschränkt; eine beachtenswerte disziplinierende Wirkung geht von ihnen nicht aus. Bei den nachfolgenden Betrachtungen der aktuellen Konkurrenz sind sie deshalb nicht weiter zu berücksichtigen.

1777. Wie ausgeführt, handelt es sich beim Rohkiesmarkt aufgrund der mit zunehmender Fahrdistanz und -zeit steigenden, bedeutenden Transportkosten um einen entfernungsabhängigen Markt.[3392] Daraus ergeben sich besondere Herausforderungen hinsichtlich der Berechnung des Marktanteils, den KAGA auf dem räumlich relevanten Markt hat, resp. sind bei dessen Interpretation Besonderheiten zu berücksichtigen:[3393]

1778. Bei einem räumlich relevanten Markt von einer Fahrdistanz von 20 Kilometern und einer Fahrzeit von 20 Minuten aus Sicht der Nachfrager ergibt sich – damit das Nachfragegebiet aller Nachfrager abgedeckt ist, die sich im «Absatzgebiet» von KAGA befinden – ein «Radius» von 40 Kilometern Fahrdistanz und 40 Minuten Fahrzeit um den Standort von KAGA. Kiesgewinnungsstätten, die ihren Sitz innerhalb dieses «Radius» haben, sind grundsätzlich als Konkurrentinnen von KAGA zu berücksichtigen. Allerdings konkurrenzieren sie KAGA nicht hinsichtlich all deren Nachfragern, sondern nur hinsichtlich einer Teilmenge davon, nämlich denjenigen, in deren Nachfragegebiet sie liegen. Vereinfacht könnte man sagen: Konkurrenz zwischen zwei Kiesgewinnungsstätten besteht in erster Linie in Bezug auf die Nachfrager, die ihren Standort *zwischen* den beiden Kiesgewinnungsstätten haben. Kommt hinzu, dass die Wettbewerbssituation innerhalb der Nachfragegebiete der einzelnen Nachfrager unterschiedlich ist, hängt sie doch von der relativen Nähe der nächstgelegenen Kiesgewinnungsstätten ab. Und schliesslich erfasst ein «Radius» von 40 Fahrminuten resp. 40 Kilometern in bedeutendem Umfang auch Nachfrager, die ausserhalb des «Absatzgebiets» von KAGA sind. Denn das «Absatzgebiet» von KAGA als Anbieterin beschränkt sich als Pendant zum räumlich relevanten Markt aus Sicht der Nachfrager auf einen Umkreis von 20 Fahrminuten resp. 20 Kilometern Fahrdistanz um den Standort von KAGA. Schematisch kann diese Ausgangslage – stark vereinfacht – wie folgt veranschaulicht werden:

[3390] Rz 259 f.
[3391] Siehe zu alledem Rz 272.
[3392] Rz 274 ff.
[3393] Vgl. zu den hiernach angesprochenen Problemkreisen auch TILL STEINVORTH, Probleme der geografischen Marktabgrenzung, WuW 2014, 924–937, 932 ff.

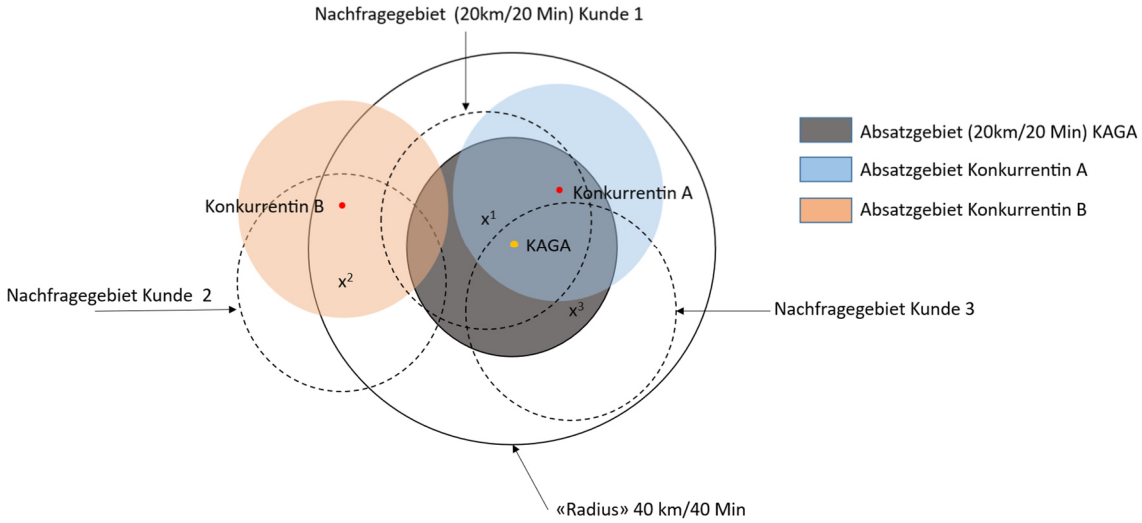


Abbildung 51: Schematische Darstellung Nachfrage- und Absatzgebiete.

1779. In dieser Darstellung befinden sich die Kundinnen 1 und 3 im Absatzgebiet von KAGA, während sich Kundin 2 ausserhalb dieses Gebietes, aber innerhalb des «Radius» von 40 Kilometern/40 Minuten um KAGA befindet. Da KAGA innerhalb des jeweiligen Nachfragegebiets der Kundinnen 1 und 3 liegt, handelt es sich bei diesen um (potenzielle) Nachfrager von ihr; bei Kundin 2 ist dies hingegen nicht der Fall. Bei Betrachtung der Konkurrentinnen fällt auf, dass sich sowohl das Absatzgebiet von Konkurrentin A als auch dasjenige von Konkurrentin B teilweise mit dem Absatzgebiet von KAGA überschneiden. Konkurrentin B befindet sich zwar ausserhalb des Absatzgebietes von KAGA, aber innerhalb des «Radius» von 40 Kilometern/40 Minuten um KAGA. Im überschneidenden Bereich (Schnittmenge) der jeweiligen Absatzgebiete konkurrieren die Konkurrentinnen A resp. B um dieselben Nachfrager wie KAGA. Eine solche Überschneidung besteht nun hinsichtlich Kundin 1 – in deren Nachfragegebiet liegen KAGA und Konkurrentin A. Da sich Kundin 1 näher bei KAGA als bei Konkurrentin A befindet, ist die Wettbewerbssituation in ihrem Nachfragegebiet aber nicht «ausgeglichen», sondern KAGA verfügt über einen transportkostenmässigen Vorteil gegenüber Konkurrentin A. Im Nachfragegebiet von Kundin 3 befindet sich demgegenüber einzig KAGA. Allerdings liegt Konkurrentin A nicht weit ausserhalb des Nachfragegebiets der Kundin 3, weshalb Konkurrentin A aus Sicht von Kundin 3 marktnahe ist; hinsichtlich Konkurrentin B ist dies aber nicht der Fall.

1780. Wird nun der Anteil von KAGA betrachtet, den sie an der in ihrem Absatzgebiet produzierten Menge hat, dürfte dieser Wert zu einer gewissen Überschätzung ihrer Marktstellung führen, da jedenfalls einige in diesem Gebiet gelegene Nachfrager ihren Bedarf ausserhalb decken dürften, was nicht erfasst wird. Mit anderen Worten werden dadurch Konkurrentinnen ausgeblendet, die zwar ausserhalb des Absatzgebiets von KAGA liegen, deren Absatzgebiet sich aber teilweise mit demjenigen von KAGA überschneidet, da sie sich innerhalb des «Radius» von 40 Kilometern/40 Minuten befinden (in der Beispielgrafik trifft dies auf Konkurrentin B zu). Solche Konkurrentinnen sind bei der Beurteilung mit einzubeziehen – allerdings nur insoweit, als dass sich ihre Absatzgebiete mit demjenigen von KAGA überschneiden. Ein Abstellen auf die im «Radius» von 40 Kilometern/40 Minuten produzierte Menge wiederum würde zu einer deutlichen Unterschätzung der Marktstellung von KAGA führen, da ein bedeutender[3394] Teil der in diesem Gebiet produzierten Menge von Kundinnen nachgefragt wird, die sich gar nicht im Absatzgebiet von KAGA befinden. Dies sind Kundinnen, die nicht Teil der zur Marktgegenseite gehörenden Nachfrager sind und deren Nachfrage daher bei der Beurteilung auszublenden ist. In die eine oder andere Richtung sind daher die Anteile der im entsprechenden Gebiet (Absatzgebiet oder «Radius») produzierten Menge gedanklich zu «korrigieren» resp. zu relativieren, um die Marktstellung von KAGA zu erfassen. Zentral ist vor allem, sich diesen Gegebenheiten hinsichtlich der Anteile an der in einem bestimmten Gebiet produzierten Menge bewusst zu sein und sie bei der Beurteilung zu bedenken und einfliessen zu lassen.

[3394] Bei Verdoppelung des Radius vervierfacht sich die Fläche.

1781. Vor dem Hintergrund der vorangehenden Ausführungen wurde im Sachverhalt der Anteil an der in einem Gebiet produzierten Menge für verschiedene räumliche Gebiete ermittelt: In ihrem Absatzgebiet, d.h., in einem Umkreis von 20 Fahrminuten resp. 20 Kilometern Fahrdistanz, erreicht KAGA einen Anteil von [45–50] %.[3395] Bei Zugrundelegung eines erweiterten, gezielt eine grössere Kiesgewinnungsstätte einer Konkurrentin gerade noch miterfassenden Gebiets, das ebenso gezielt zwei grössere Kiesgewinnungsstätten einer KAGA-Aktionärin gerade noch nicht erfasst (Gebiet von rund 30 Kilometern Fahrdistanz und ca. 35 Minuten Fahrzeit) – was für die Verfahrensparteien im Ergebnis vorteilhafter ist als der «Radius» von 40 Kilometern/40 Minuten – kommt KAGA auf einen Anteil von [35–40] %.[3396] Bei Zugrundelegung eines bedeutend grösseren, anhand öffentlich-rechtlicher Gebietseinteilungen umrissenen Gebiets, namentlich der beiden Planungsregionen, in denen KAGA aktiv ist, resultiert ein Anteil von [25–30] % (Bern-Mittelland) resp. [30–35] % (Thun-Oberland West) bzw. über beide Planungsregionen hinweg betrachtet von ca. 30 %.[3397] Diese Anteilszahlen mögen auf den ersten Blick zwar für eine bedeutende Marktstellung von KAGA sprechen, gleichzeitig aber nicht besonders eindrücklich erscheinen, zumal die «kritische Schwelle» von 50 %[3398] nicht überschritten wird. Bemerkenswert ist immerhin, dass KAGA selbst in einer internen Unternehmensanalyse im Jahr 2001 ihre Marktstellung mit «Marktanteil bedeutend (> 50 %)» – also über der «kritischen Schwelle» liegend – beschreibt.

1782. Diese Anteilszahlen von KAGA erzählen vorliegend jedoch nur die halbe Geschichte. Sie vermitteln für sich allein einen unzutreffenden Eindruck über die aktuelle Konkurrenz und vor allem über den von dieser ausgehenden Wettbewerbsdruck und damit über die Marktstellung von KAGA. Denn anders als üblich verteilen sich hier die verbleibenden Anteile nicht einfach auf diverse Konkurrenzunternehmen, die KAGA entsprechend unter Druck setzen würden Vielmehr entfallen die verbleibenden Anteile primär auf die Aktionärinnen von KAGA, die mit KAGA in mannigfaltiger Weise (insbesondere vertraglich, gesellschaftsrechtlich und organschaftlich) verbunden sind und im Vergleich zu Dritten nicht ernsthaft daran interessiert sind, KAGA zu konkurrenzieren (und umgekehrt).[3399] Wie festgestellt, gehören die KAGA-Aktionärinnen (mit Ausnahme von Heimberg) selbst zu den bedeutendsten Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten im Kanton Bern[3400] und etliche ihrer Kiesgewinnungsstätten liegen im Umfeld von KAGA.[3401] In diesem entfernungsabhängigen Markt[3402] bilden Kiesgewinnungsstätten von KAGA-Aktionärinnen letztlich geradezu eine «Pufferzone» um KAGA und deren Absatzgebiet herum:[3403] Im Umkreis von 20 Fahrminuten resp. 20 Kilometern Fahrdistanz um KAGA beläuft sich der Anteil der KAGA-Aktionärinnen an der in diesem Gebiet produzierten Menge auf [40–45] %.[3404] In den beiden Planungsregionen macht ihr Anteil [55–60] % (Bern-Mittelland) resp. [45–50] % (Thun-Oberland West) aus bzw. über beide Planungsregionen hinweg betrachtet etwas mehr als die Hälfte.[3405] Selbst bei einem gezielt so gewählten Gebiet von ca. 35 Fahrminuten und ca. 30 Kilometer Fahrdistanz, das zwei grössere Kiesgewinnungsstätten einer KAGA-Aktionärin gerade nicht erfasst, eine grössere Kiesgewinnungsstätte einer Konkurrentin hingegen schon, beläuft sich der Anteil der KAGA-Aktionärinnen auf [30–35] %.[3406]

1783. Entsprechend gering fallen die Anteile an den in diesen Gebieten produzierten Mengen aus, die auf Konkurrentinnen entfallen: Im Absatzgebiet von 20 Fahrminuten resp. 20 Kilometern Fahrdistanz um KAGA beläuft sich dieser auf [10–11] %.[3407] In den zwei Planungsregionen macht er [12,5–15] % (Bern-Mittelland) resp. [15–17,5] % (Thun-Oberland West) aus bzw. über beide Planungsregionen hinweg betrachtet etwa 15 %.[3408] Selbst bei einem gezielt so gewählten Gebiet von ca. 35 Fahrminuten und ca. 30 Kilometer Fahrdistanz, das zwei grössere Kiesgewinnungsstätten einer KAGA-Aktionärin gerade nicht erfasst, eine grössere Kiesgewinnungsstätte einer Konkurrentin hingegen schon, beläuft sich der Anteil der Konkurrentinnen bloss auf [25–30] %.[3409]

1784. Um die aktuelle Konkurrenzsituation richtig einzuschätzen und zu erfassen, inwiefern diese KAGA in ihrem Verhalten einschränkt, ist die Marktstellung von KAGA zu betrachten, die sie im Verhältnis zu Konkurrentinnen innehat. Hierfür sind bei den Anteilsberechnungen zumindest[3410] die Anteile auszublenden, die auf KAGA-Aktionärinnen entfallen.

[3395] Rz 384 ff.
[3396] Rz 387 f.
[3397] Rz 375 ff.
[3398] Hiervor Rz 1774.
[3399] Illustrativ für dieses Verständnis Rz 772, wonach KAGA zwar nicht direkt, aber indirekt beteiligt wäre, wenn eine Aktionärin von ihr [U01] übernehmen würde. Ferner Rz 771, wonach sich KAGA ernsthaft die Frage stellen müsse, was geschehe, wenn [U01] an eine *Nicht*-KAGA-Aktionärin verkauft werde – was im Umkehrschluss heisst, dass sich KAGA bei einer Übernahme durch eine KAGA-Aktionärin keine (ernsthaften) Gedanken zu machen braucht. In diesem Zusammenhang ist auch das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen zu erwähnen, vgl. Rz 1690 ff.
[3400] Rz 367.
[3401] Illustrativ Rz 369.
[3402] Hiervor Rz 1777 m.w.H.
[3403] Rz 407.
[3404] Rz 384 ff.
[3405] Rz 375 ff.
[3406] Rz 387 f.
[3407] Rz 384 ff.
[3408] Rz 375 ff.
[3409] Rz 387 f.
[3410] Denkbar wäre auch, die Anteile von KAGA und ihren Aktionärinnen zusammenzurechnen (so RPW 2020/1, 212 f. Rz 898 f., *KTB-Werke*). Zu Gunsten der Parteien wird hier davon abgesehen. Der Vollständigkeit halber sind diese Werte in der nachfolgenden Tabelle aber in Klammern angefügt.

1785. Die relevanten (gerundeten) Anteile präsentieren sich tabellarisch dargestellt wie folgt:

Gebiet	Wer	Marktanteil	
		Basis: inkl. KAGA-Aktionärinnen	Basis: ohne KAGA-Aktionärinnen
20km/20min-Gebiet	**KAGA**	**[45–50]% ([89–90]%)**	**80%**
	Konkurrenten	[10–11]%	20%
30km/35min-Mäander-Gebiet	**KAGA**	**[35–40]% ([70–75]%)**	**60%**
	Konkurrenten	[25–30]%	40%
PlanungsregionBern-Mittelland	**KAGA**	**[27,5–30]% ([85–90]%)**	**67%**
	Konkurrenten	[12,5–15]%	33%
PlanungsregionThun-Oberland West	**KAGA**	**[32,5–35]% ([80–85]%)**	**67%**
	Konkurrenten	[15–17,5]%	33%

Tabelle 69: Aufrechnung Anteile KAGA und Konkurrentinnen bei Ausblendung der Anteile der KAGA-Aktionärinnen (in Klammern = addierter Anteil von KAGA und ihren Aktionärinnen).

1786. Gegenüber ihren Konkurrentinnen beläuft sich der Anteil von KAGA in jedem der betrachteten Gebiete auf deutlich über 50 %. In ihrem Absatzgebiet beträgt der Anteil von KAGA 80 %. Auch wenn berücksichtigt wird, dass dieser Wert zu einer gewissen Überschätzung führt,[3411] zeigen die Berechnungen hinsichtlich der grösseren Gebiete, dass selbst nach einer Relativierung noch von einem Wert von weit über 60 % auszugehen ist. In den zwei Planungsregionen beläuft sich der Anteil von KAGA nämlich auf 2/3 und sogar beim gezielt zu Gunsten der Parteien konstruierten Gebiet von ca. 30 Kilometer Fahrdistanz und rund 35 Minuten Fahrzeit erreicht KAGA einen Anteil von 60 % – wobei diese Werte, wie ausgeführt, zu einer Unterschätzung der Marktstellung führen.[3412]

1787. Kommt hinzu, dass die jeweils grösste Konkurrentin in diesen Gebieten nicht annähernd so gross ist wie KAGA. Im Absatzgebiet von KAGA ist ihre grösste Konkurrentin achtmal kleiner als sie.[3413] In den zwei Planungsregionen ist sie fünf- (Thun-Oberland West) resp. sechsmal (Bern-Mittelland) kleiner.[3414] Und selbst im als «gekünstelt» zu bezeichnenden Gebiet, in dem gezielt eine grössere Kiesgewinnungsstätte einer Konkurrentin einbezogen wurde, ist diese Konkurrentin nicht einmal halb so gross wie KAGA. Zudem befindet sich deren grosse Kiesgewinnungsstätte ganz am Rande des Gebiets,[3415] was den von ihr ausgehenden Druck entsprechend verringert.

1788. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass KAGA auf dem relevanten Markt im Verhältnis zu ihren Konkurrentinnen einen jedenfalls über 60 % liegenden Anteil an der in diesem Gebiet produzierten Menge hat. KAGA ist in den diversen betrachteten Gebieten zudem bedeutend grösser als ihre jeweils nächstgrösste Konkurrentin. Gerade auch, weil die Kiesgewinnungsstätten ihrer Aktionärinnen eine Art «Pufferzone» um das Absatzgebiet von KAGA bilden und dadurch sichergestellt ist, dass nicht Konkurrentinnen diese Standorte besetzen (können), verfügt KAGA im aktuellen Wettbewerb über eine Marktstellung, die es ihr erlaubt, sich in wesentlichem Umfang unabhängig von den anderen Marktteilnehmern zu verhalten.

Berücksichtigung der marktnahen Produkte Stein und Fels ändert dieses Bild nicht

1789. Es wurde ausgeführt, dass Stein und Fels zwar nicht zum selben sachlich relevanten Markt gehören wie Rohkies, aber immerhin als marktnahe Produkte zu bezeichnen sind.[3416] Es wurde daher unter anderem untersucht, wie sich die Situation unter Einbezug der Felsbrüche, die Stein und Fels abbauen, präsentiert.[3417] Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass in der Planungsregion Bern-Mittelland der abgebaute Stein und Fels weniger als 2 % der gewonnenen Rohkiesmenge ausmacht, also verschwindend gering ist. In dieser Planungsregion kann bereits deshalb von Stein und Fels kein nennenswerter Druck ausgehen. Im Gegensatz dazu ist der Abbau von Stein und Fels im Verhältnis zur Rohkiesgewinnung in der Planungsregion Thun-Oberland West mengenmässig von Bedeutung. Bei genauerer Betrachtung zeigte sich aber, dass bloss vier Steinbrüche von ihren Abbaumaterialien und ihrem Standort her geeignet wären, Druck auf KAGA zu erzeugen, alle übrigen nicht. Bei drei dieser vier Steinbrüche kommt es jedoch nicht dazu, da sie der KAGA-Aktionärin Vigier gehören. Es verbleibt ein einziger Steinbruch, von dem in Anbetracht der Abbaumaterialien, dem Standort und dem Betrieb durch eine Konkurrentin ein gewisser Druck auf KAGA ausgehen kann. Und dieser Druck ist nicht derart gross, dass er an der Marktstellung von KAGA grundlegend etwas zu ändern vermöchte. Das zeigt

[3411] Rz 1780.
[3412] Rz 1780.
[3413] Rz 386.
[3414] Rz 379 f.
[3415] Rz 388.
[3416] Rz 1359.
[3417] Rz 381 ff.

folgende Überlegung: Selbst wenn die Menge an Stein und Fels, die von den vier relevanten Steinbrüchen abgebaut wird, bei der Berechnung der Anteile am abgebauten Rohkies in der Planungsregion Thun-Oberland West mit einbezogen würde (also als zum selben sachlich relevanten Markt gehörend behandelt würde anstatt bloss als marktnahe Produkte), würde KAGA noch auf einen Anteil von [52,5–55] % kommen, während die Konkurrentinnen nunmehr [45–47,5] % erreichen würden (Basis: ohne KAGA-Aktionärinnen).[3418] Obwohl mit einem solchen Einbezug in die Berechnung der Anteile auf dem sachlich relevanten Markt der Druck überbewertet wird, der von diesen marktnahen Produkten ausgeht, macht der Anteil von KAGA immer noch über 50 % aus.

Potenzieller Wettbewerb

1790. Wie festgestellt, schliessen die rechtlichen Rahmenbedingungen (Planungs- und Baubewilligungsverfahren) aus,[3419] dass es kurz- oder mittelfristig zu Markteintritten von Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten kommt.[3420] Oder anders gewendet: Die aktuelle Wettbewerbssituation ist über Jahre hinweg zementiert. Kommt weiter hinzu, dass aufgrund der bestehenden Richt- und Nutzungsplanverfahren die Marktakteure bereits lange im Voraus über künftig beabsichtigte Markteintritte informiert sind; und zwar sowohl hinsichtlich der Standorte als auch den dort erwarteten Volumina.[3421] Die Richtpläne, welche den Nutzungsplanverfahren vorausgehen, enthalten bereits die Informationen zu den Festsetzungen, den Zwischenergebnissen (welche der längerfristigen Reservesicherung ab 35 Jahren dienen) sowie den noch weiter in Zukunft liegenden Vororientierungen.[3422] Nebst dem, dass Markteintritte kurz- oder mittelfristig nicht möglich sind, ist dadurch für die Marktakteure sogar die langfristige Entwicklung der Konkurrenzsituation absehbar.

1791. Die rechtlichen Rahmenbedingungen sind somit wesentliche Marktzutrittsschranken. Im Rahmen der politischen Prozesse, die für einen Bewilligungserhalt zu durchlaufen sind, befindet sich KAGA in einer guten Position, auf die nachfolgend noch einzugehen ist.[3423] Gleichzeitig ist festzustellen, dass dieser planungs- und bewilligungsrechtliche Rahmen und insbesondere dessen politische Komponente auch auf KAGA zurückwirkt. Diese Marktzutrittsschranke resp. deren «Handhabung» und damit deren «Höhe» ist zu einem gewissen Teil von politischen Entscheiden abhängig,[3424] die KAGA beeinflussen, nicht aber kontrollieren kann. Besteht politischer Unmut gegenüber der Branche oder liegen auf politischer Ebene geäusserte Forderungen unzufriedener Akteure auf dem Tisch, besteht aus Sicht von KAGA die Gefahr, dass im politischen Prozess die Bedürfnisse Dritter mehr gewichtet werden. Beispielsweise könnte drohen, dass die Hürden für die Bewilligung neuer Abbaustellen gesenkt werden, indem etwa die Interessen Dritter für einen Markteinstieg höher gewichtet werden als die Interessen bereits bestehender Betreiber. KAGA ist entsprechend viel daran gelegen, in der Öffentlichkeit und in der Politik gut dazustehen, um solches zu verhindern. Dieses Bedürfnis nach einem «Saubermann-Image» hält KAGA in einem gewissen Ausmass zur Mässigung an. Besser als mit den eigenen Worten der Mitglieder der FIKO von KAGA, als diese eine weitere Erhöhung der Deponiepreise für das Jahr 2006 diskutierten, lässt sich dieses Kalkül, das ebenso sehr den Kiesbereich betrifft, nicht zusammenfassen:[3425]

«Die Preise sind auf dem Niveau von (…) 2005 zu belassen, dies auch bei den Deponiepreisen, obwohl hier der momentane Markt wahrscheinlich mangels Alternative eine Preiserhöhung 'schlucken' würde. Die Gefahr, dass die KAGA dadurch als 'Abzocker' in den Ruf kommen könnte, zusätzlich für Dritte ein Anreiz zur Selbstaktivität für einen Deponiebetrieb geschaffen werden könnte, scheint der FIKO zu gross. Dazu kommt, dass die KAGA wiederum ein überaus gutes Resultat mit dem Deponiebetrieb erwarten darf».

1792. Diese «Zurückbindung» durch die Gefahr politischer Reaktionen, die u.a. darin bestehen könnten, dass der politische Spielraum zu Gunsten des Markteintritts Dritter ausgeschöpft würde, hat nun allerdings nicht zur Folge, dass deshalb die planungs- und bewilligungsrechtlichen Marktzutrittsschranken nicht bestünden und kurz- oder mittelfristig mit Markteintritten gerechnet werden müsste. An der Marktstellung ändert sich dadurch mit anderen Worten nichts. Vielmehr hat dies eben nur, aber immerhin, zur Folge, dass sich KAGA aus politikbezogenen Überlegungen in ihrem Verhalten etwas zurückgebunden fühlen dürfte.

1793. Nebst diesen planungs- und bewilligungsrechtlichen Marktzutrittsschranken bestehen noch weitere, faktische Marktzutrittsschranken: So kommen gleich aus mehreren Gründen nur spezifische Grundstücke in Frage, um daraus Rohkies zu gewinnen (z.B. müssen dort Rohstoffvorkommen vorhanden sein und deren Abbau muss in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht möglich sein).[3426] Ohne über Abbaurechte an entsprechenden Grundstücken zu verfügen, ist ein Markteintritt nicht möglich. Weiter fallen schon vor Einreichung eines Standorts im Richtplanverfahren nicht unerhebliche Kosten an (z.B. Bodenanalysen, privatrechtliche Sicherung von Abbaurechten) – zu einem Zeitpunkt also, in dem noch nicht feststeht, ob der Standort überhaupt in die Richtplanung aufgenommen wird.[3427] Schliesslich dürften in den planungs- und bewilligungsrechtlichen Verfahren aus mehreren Gründen die Chancen für eine Erweiterung einer bestehenden Kiesgewinnungsstätte besser stehen als diejenigen für die erstmalige Erstellung einer Kiesgewinnungsstätte.[3428]

1794. Kurzum: es bestehen etliche Marktzutrittsschranken, wobei gerade die planungs- und baubewilligungsrechtlichen Schranken kurz- und mittelfristige Markteintritte verunmöglichen. Potenzieller Wettbewerb, der

[3418] Zum Vorangehenden Rz 383.
[3419] Zu dieser Marktzutrittsschranke auch BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.5.2, *Hallenstadion*.
[3420] Rz 331 ff., insbesondere Rz 350 ff.
[3421] Rz 351.
[3422] Rz 341.
[3423] Rz 1800 zweites Lemma.
[3424] Rz 352 zweites Lemma.
[3425] Vgl. Rz 483, auch für die Quellenangabe.
[3426] Rz 282.
[3427] Rz 340.
[3428] Rz 352 und 354.

KAGA in ihrem Verhalten in ausreichendem Masse hätte disziplinieren können, bestand demnach nicht und besteht auch derzeit nicht.

1795. Aber mehr noch: Aufgrund der aktuellen (Teil-)Richtpläne der Planungsregion Bern-Mittelland von 2017 und des Entwicklungsraums Thun von 2019 als relevantem Teilgebiet der Planungsregion Thun-Oberland West ist – wie ausgeführt – bereits jetzt absehbar, wie sich die Konkurrenzsituation längerfristig entwickeln dürfte. Die Auswertung der Richtpläne zeigt, dass das bisherige Kräfteverhältnis, das zwischen KAGA und ihren Aktionärinnen einerseits und den Konkurrentinnen andererseits in diesen Regionen besteht, auch künftig im Wesentlichen bestehen bleiben wird.[3429] Selbst längerfristig ist daher nicht mit potenziellem Wettbewerb zu rechnen, der KAGA in ausreichendem Masse zu disziplinieren vermöchte.

Stellung der Marktgegenseite

1796. Wie festgestellt, wird Rohkies von «direkten» Verwendern bloss in sehr bescheidenem Ausmass nachgefragt.[3430] Aufgrund der geringen wirtschaftlichen Bedeutung, die sie für KAGA haben, sowie der Relevanz der Transportkosten in diesem Bereich verfügen die «direkten» Verwender nicht über eine Marktstellung, die es ihnen erlauben würde, den Handlungsspielraum ihres Gegenübers, d.h. von KAGA, mehr als nur unbedeutend zu beschränken.

1797. Wie weiter festgestellt, wird Rohkies primär von Kieswerken nachgefragt.[3431] Von Konkurrentinnen betriebene Kieswerke fragen allerdings bloss in untergeordnetem Ausmass Rohkies bei KAGA nach. Sie tun dies im Wesentlichen, um ergänzend Kieskomponenten zu erwerben, die derzeit bei ihren eigenen Kiesgewinnungsstätten in zu geringem Ausmass vorhanden sind.[3432] Aufgrund der bescheidenen wirtschaftlichen Bedeutung, die diese Nachfrager für KAGA haben, und weil diese auf die bei ihnen aktuell fehlenden Kieskomponenten angewiesen sind sowie aufgrund der Relevanz der Transportkosten in diesem Bereich befinden sich diese Nachfrager nicht in einer Position, um den Handlungsspielraum von KAGA mehr als nur unbedeutend zu beschränken.

1798. Die Hauptabnehmerinnen von Rohkies bei KAGA sind ihre Aktionärinnen.[3433] Die Ausmarchung der in einem gewissen Ausmass unterschiedlichen Bezugsinteressen der einzelnen Aktionärinnen, von welchen einige deutlich mehr Rohkies bei KAGA nachfragen als andere,[3434] erfolgt im Verwaltungsrat der KAGA,[3435] nicht auf dem Markt. Bei den Aktionärinnen in ihrer Rolle als Marktgegenseite von KAGA handelt es sich daher nicht um Marktteilnehmer, die ihre Verhandlungsposition disziplinierend gegen das Marktverhalten von KAGA einsetzen. Mangels praktischen Einsatzes kann daher offen bleiben, wie es sich mit der theoretisch gegebenen Verhandlungsposition der einzelnen Aktionärinnen gegenüber KAGA verhalten würde. Kommt hinzu, dass die (theoretisch gegebene) Verhandlungsposition der KAGA-Aktionärinnen ohnehin nicht disziplinierend ist, soweit es um Verhaltensweisen von KAGA geht, die diese gegenüber Dritten an den Tag legt resp. die zu deren Nachteil sind.

1799. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Marktgegenseite nicht in einer Position ist, um KAGA in ihrem Verhalten in wesentlichem Ausmass zu disziplinieren.

Besondere Merkmale von KAGA

1800. Weitere Aspekte untermauern die Marktstellung, die KAGA innehat:

- Rohstoffvorkommen und insbesondere Grundstücke, die für eine Rohkiesgewinnung in Frage kommen, sind beschränkt. Dabei weisen die Rohkiesvorkommen an verschiedenen Orten – abhängig von der geologischen Entwicklung – unterschiedliche Ausmasse auf.[3436] Wie eine Einschätzung aus der Anfangszeit von KAGA zeigt, ist ihr Standort ideal: «Im Aaretal (Raum Bern-Thun) bildet dieser Hügelzug [Uttigen-Kirchdorf] die grösste noch unangetastete Kiesreserve».[3437] KAGA liess sich vor Jahrzehnten an diesem Standort nieder und konnte sich dort zivilrechtlich eine Vielzahl relevanter Abbaurechte sichern. Damit hat sie einen wesentlichen Standortvorteil.
- Selbstverständlich musste auch KAGA die Marktzutrittsschranken überwinden, um in den Markt einzutreten. Allerdings tat sie dies zu einem Zeitpunkt, in dem die planungs- und baubewilligungsrechtlichen Vorgaben noch deutlich weniger rigide waren (das RPG trat beispielsweise erst 1980 in Kraft). Bereits etabliert und daher auch bestandesgeschützt (Art. 37a RPG i.V.m. Art. 43 RPV), war es naheliegend, dass bei der erstmaligen Errichtung der Sach- und Richtpläne bereits bestehende Kiesgewinnungsstätten entsprechend eingezont werden. Zudem waren zwei VR-Mitglieder von KAGA beim erstmaligen Erlass des Sachplans von 1998 Teil der diesen erarbeitenden Projektgruppe[3438] und auch beim anschliessenden Controlling waren bis 2012 nebst dem Kanton zwei VR-Mitglieder von KAGA in die Verfassung des Controllingberichts involviert,[3439] was zumindest eine Mitgestaltungsmöglichkeit bezüglich der Planvorgaben erlaubt haben dürfte. Hinsichtlich der Planverfahren, die auch politische Prozesse sind, verfügt KAGA über langjährige, von aussen nicht zugängliche Erfahrungen, die anderen Konkurrentinnen nicht offen stehen. In einer Unternehmensanalyse von KAGA aus dem Jahre 2002 wird denn auch ihre «Fähigkeit, Bewilligungen zur Nutzung von [Kies]Vorkommen zu erhalten» mit der bestmöglichen Bewertung «++» eingestuft. Zur Begründung wird jeweils angeführt «Gute Anerkennung, da Erfahrung und Erfolg ausgewiesen werden kann».[3440]

[3429] Rz 391 ff.
[3430] Rz 1343.
[3431] Rz 273.
[3432] Rz 410 m.w.H.
[3433] Rz 410 f.
[3434] Siehe Rz 410 und 412.
[3435] Denn der VR von KAGA legte den Preis jeweils fest, vgl. Rz 1007 ff.
[3436] Rz 248 und Rz 282 erstes Lemma.
[3437] Rz 569.
[3438] Rz 334.
[3439] Rz 356.
[3440] Siehe Rz 352 zweites Lemma.

D.7.1.2.3 Ergebnis

1801. Insgesamt kommt KAGA eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Rohkies im vorliegend relevanten Gebiet zu; und zwar wegen ihrem ausgesprochen grossen Anteil, den sie am im relevanten Gebiet abgebauten Rohkies im Verhältnis zu ihren Konkurrentinnen aufweist; der «Pufferzone», welche die Kiesgewinnungsstätten ihrer Aktionärinnen in diesem entfernungsabhängigen Markt um das Gebiet von KAGA bilden; dem deutlichen Grössenunterschied zwischen ihr und den nächstgrössten Konkurrentinnen verbunden mit den dazwischenliegenden Fahrdistanzen und -zeiten; den zahlreichen, hohen Marktzutrittsschranken und dem dadurch fehlenden potenziellen Wettbewerb; der auch längerfristig im Wesentlichen gleichbleibenden Konkurrenzsituation und der fehlenden Macht der Marktgegenseite, wobei KAGA zudem über einen wesentlichen Standortvorteil verfügt.

D.7.1.3 Stellung auf dem Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub

D.7.1.3.1 Der relevante Markt

1802. Gegenstand dieser Verhaltensweise ist die Deponierung von unverschmutztem Aushub bei KAGA. Der diesbezügliche Markt wurde bereits abgegrenzt, worauf, wie ausgeführt,[3441] zurückgegriffen werden kann. Wie festgestellt, gehören vorliegend Aushubdeponien, Deponien des Typ A (ISD-BS) und Deponien «auf grüner Wiese» unabhängig vom Betreiber zum sachlich relevanten Markt, solange diese Deponien noch nicht voll, d.h. aufgefüllt sind.[3442] Inertstoffdeponien, also Deponien des Typ B (ISD), gehören zwar nicht zum sachlich relevanten Markt, sind aber als marktnahe zu bezeichnen.[3443] Gleichwohl wurde bei den Berechnungen auch der unverschmutzte Aushub mit einbezogen, der auf Inertstoffdeponien abgelagert worden ist,[3444] wodurch die disziplinierende Wirkung dieser marktnahen Deponien mehr als nur ausreichend Rechnung getragen wird. In räumlicher Hinsicht umfasst der relevante Markt vorliegend ein Gebiet von 20 Kilometern Fahrdistanz resp. einer Fahrzeit von 20 Minuten um die jeweilige Baustelle, wo der unverschmutzte Aushub anfällt («Anliefergebiet»).[3445] Spezifisch aus Sicht von KAGA ergibt dies ein «Einzugsgebiet», das grob den südöstlichen Teil des Ballungsgebiets Bern, das Ballungsgebiet Thun und die dazwischenliegenden Aare-, Gürbe- und Chiesentäler umfasst.[3446]

D.7.1.3.2 Marktstellung von KAGA auf dem relevanten Markt

Aktueller Wettbewerb

1803. Wie beim Rohkies handelt es sich bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub um einen entfernungsabhängigen Markt.[3447] Die besonderen Herausforderungen, die sich daraus hinsichtlich der Berechnung des Anteils ergeben, den KAGA auf dem räumlich relevanten Markt hat, treffen hier ebenso zu wie dort. Es kann auf die diesbezüglichen Ausführungen beim Rohkies verwiesen (Rz 1777–1780) und hier auf eine Wiederholung verzichtet werden.

1804. Aufgrund der erwähnten Herausforderungen wurde im Sachverhalt der Anteil an der in einem Gebiet deponierten Menge unverschmutzten Aushubs für verschiedene räumliche Gebiete ermittelt: Im Einzugsgebiet von 20 Fahrminuten resp. 20 Kilometern Fahrdistanz um KAGA herum erreicht diese einen Marktanteil von [50–55] % resp. [55–60] % – je nachdem, ob die von 2018 bis 2026 (bei Ausschöpfung des jährlichen maximalen Deponievolumens) vorhandene Deponie «auf grüner Wiese»[3448] einberechnet wird oder nicht.[3449] Im «Radius» von 40 Fahrminuten resp. 40 Kilometern Fahrdistanz, also in einem viermal so grossen Gebiet, kommt KAGA auf einen Anteil von etwa einem Drittel ([30–35] % resp. [30–35] %).[3450] Bei Zugrundelegung eines anhand öffentlich-rechtlicher Gebietseinteilungen umrissenen Gebiets (der Planungsregion Bern-Mittelland und der Teilregionen Entwicklungsraum Thun und Kandertal), resultiert in den Jahren 2004–2015 ein Anteil von [45–50] % (Bern-Mittelland) resp. [40–45] % (Entwicklungsraum Thun und Kandertal),[3451] wobei diese Zahlen aufgrund zweier Veränderungen[3452] aktuell etwas geringer sein dürften. Diese Anteilszahlen deuten bereits auf eine bedeutende Marktstellung von KAGA hin, zumal immerhin bei einem Umkreis von 20 Fahrminuten resp. 20 Kilometern Fahrdistanz die «kritische Schwelle» von 50 %[3453] überschritten wird.

1805. Wie bereits beim Rohkies vermitteln diese Anteilszahlen von KAGA für sich alleine einen unzutreffenden Eindruck über die aktuelle Konkurrenzsituation, den auf KAGA einwirkenden Wettbewerbsdruck und damit letztlich über die Marktstellung von KAGA. Denn auch hier entfallen die verbleibenden Anteile nicht einfach auf diverse Konkurrenzunternehmen, die KAGA unter Druck setzen würden. Vielmehr sind es primär Aktionärinnen von KAGA, welche die übrigen Anteile innehaben, und die aufgrund ihrer mannigfaltigen Verbindungen zu KAGA (insbesondere vertraglicher, gesellschaftsrechtlicher und organschaftlicher Natur) nicht ernsthaft daran interessiert sind, KAGA zu konkurrenzieren (und umgekehrt).[3454] Die meisten KAGA-Aktionärinnen (mit Ausnahme von Heimberg und Daepp) gehören selbst zu den bedeutendsten Betreiberinnen von Deponien für unverschmutzten Aushub im Kanton Bern[3455] und etliche ihrer Deponien liegen im Umfeld von KAGA.[3456] In diesem

[3441] Rz 1334.
[3442] Rz 1392 ff.
[3443] Rz 1396.
[3444] Rz 420.
[3445] Rz 1401.
[3446] Rz 1402.
[3447] Rz 318 ff.
[3448] Zu dieser Rz 453 zweites Lemma und 473.
[3449] Rz 474 ff.
[3450] Rz 474 ff.
[3451] Rz 457 resp. 459.
[3452] Siehe Rz 453.
[3453] Hiervor Rz 1774.
[3454] Illustrativ für dieses Verständnis Rz 772, wonach KAGA zwar nicht direkt, aber indirekt beteiligt wäre, wenn eine Aktionärin von ihr [U01] übernehmen würde. Ferner Rz 771, wonach sich KAGA ernsthaft die Frage stellen müsse, was geschehe, wenn [U01] an eine Nicht-KAGA-Aktionärin verkauft werde – was im Umkehrschluss heisst, dass sich KAGA bei einer Übernahme durch eine KAGA-Aktionärin keine (ernsthaften) Gedanken zu machen braucht. In diesem Zusammenhang ist auch das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen zu erwähnen, vgl. Rz 1690 ff.
[3455] Rz 443.
[3456] Illustrativ Rz 450 und 455.

entfernungsabhängigen Markt[3457] bilden Deponien für unverschmutzten Aushub von KAGA-Aktionärinnen geradezu eine «Pufferzone» um KAGA und deren Einzugsgebiet:[3458] Im Umkreis von 20 Fahrminuten resp. 20 Kilometern Fahrdistanz um KAGA beläuft sich der Anteil der KAGA-Aktionärinnen an der in diesem Gebiet deponierten Menge unverschmutzten Aushubs auf [25–30] % resp. [30–35] % (je nachdem, ob die von 2018 bis 2026 [bei Ausschöpfung des jährlichen maximalen Deponievolumens] vorhandene Deponie «auf grüner Wiese» einbezogen wird oder nicht).[3459] Im Umkreis von 40 Fahrminuten resp. 40 Kilometern Fahrdistanz – also bei einer Vervierfachung der Fläche des Gebiets – um KAGA beläuft sich der Anteil der Aktionärinnen auf [40–45] % resp. [45–50] %.[3460] Die vier – freilich nach KAGA – grössten Deponien für unverschmutzten Aushub, die sich in diesem Umkreis befinden, werden von KAGA-Aktionärinnen betrieben.[3461] In der Planungsregion Bern-Mittelland und den Teilregionen Entwicklungsraum Thun und Kandertal resultiert in den Jahren 2004–2015 ein Anteil der KAGA-Aktionärinnen von [40–45] % (Bern-Mittelland) resp. [40–45] % (Entwicklungsraum Thun und Kandertal).[3462]

1806. Entsprechend gering fallen die Anteile an den in diesen Gebieten deponierten Mengen von unverschmutztem Aushub aus, die auf Konkurrentinnen entfallen: Im Umkreis von 20 Fahrminuten resp. 20 Kilometern Fahrdistanz um KAGA beläuft sich deren Anteil an der in diesem Gebiet deponierten Menge unverschmutzten Aushubs auf [15–20] % resp. [5–10] % (je nachdem, ob die von 2018 bis 2026 [bei Ausschöpfung des jährlichen maximalen Deponievolumens] vorhandene Deponie «auf grüner Wiese» mitberücksichtigt wird oder nicht).[3463] Im Umkreis von 40 Fahrminuten resp. 40 Kilometern Fahrdistanz – also bei einem viermal grösseren Gebiet – um KAGA beläuft sich der Anteil der Konkurrentinnen auf [25–30] % resp. [20–25] %.[3464] In der Planungsregion Bern-Mittelland und den Teilregionen Entwicklungsraum Thun und Kandertal resultiert in den Jahren 2004–2015 ein Anteil der Konkurrentinnen von [10–15] % (Bern-Mittelland) resp. [10–15] % (Entwicklungsraum Thun und Kandertal).[3465]

1807. Um die aktuelle Konkurrenzsituation richtig einzuschätzen und zu erfassen, inwiefern diese KAGA in ihrem Verhalten einschränkt, ist es wie beim Rohkies angezeigt, die Marktstellung von KAGA zu betrachten, die sie im Verhältnis zu Konkurrentinnen innehat. Hierfür sind bei den Anteilsberechnungen zumindest[3466] die Anteile auszublenden, die auf KAGA-Aktionärinnen entfallen. Damit ist zugleich berücksichtigt, dass die Deponie von Kästli von Mitte der 90er-Jahre bis und mit 2014 für Dritte nicht offenstand,[3467] weshalb es sich bei ihrem Anteil am deponierten Volumen lediglich um eine für sie selbst produzierte Menge handelt, nicht um einen Marktanteil. Tabellarisch dargestellt ergibt sich gerundet Folgendes:

Gebiet	Wer	Marktanteil	
		Basis: inkl. KAGA-Aktionärinnen	Basis: ohne KAGA-Aktionärinnen
20km/20min-Gebiet inkl. temp. Dep.	**KAGA**	**[50–55]% ([80–85]%)**	**75%**
	Konkurrenten	[15–20]%	25%
20km/20min-Gebiet exkl. temp. Dep.	**KAGA**	**[55–60]% ([90–95]%)**	**90%**
	Konkurrenten	[5–10]%	10%
40km/40min-Gebiet inkl. temp. Dep	**KAGA**	**[30–35]% ([70–75]%)**	**55%**
	Konkurrenten	[25–30]%	45%
40km/40min-Gebiet exkl. temp. Dep.	**KAGA**	**[30–35]% ([75–80]%)**	**60%**
	Konkurrenten	[20–25]%	40%
Planungsregion Bern-Mittelland	**KAGA**	**[45–50]% ([85–90]%)**	**80%**
	Konkurrenten	[10–15]%	20%
Entwicklungsraum Thun und Kandertal	**KAGA**	**[40–45]% ([85–90]%)**	**75%**
	Konkurrenten	[10–15]%	25%

Tabelle 70: Aufrechnung Anteile KAGA und Konkurrentinnen bei Ausblendung der Anteile der KAGA-Aktionärinnen (in Klammern = addierter Anteil von KAGA und ihren Aktionärinnen).

[3457] Hiervor Rz 1803 m.w.H.
[3458] Rz 507.
[3459] Rz 476.
[3460] Rz 476.
[3461] Rz 475.
[3462] Rz 457 resp. 459.
[3463] Rz 476.
[3464] Rz 476.
[3465] Rz 457 resp. 459.
[3466] Denkbar wäre auch, die Anteile von KAGA und ihren Aktionärinnen zusammenzurechnen (so RPW 2020/1, 212 f. Rz 898 f., *KTB-Werke*). Zu Gunsten der Parteien wird hier davon abgesehen. Der Vollständigkeit halber sind diese Werte in der nachfolgenden Tabelle aber in Klammern angefügt.
[3467] Rz 432 f.

1808. Gegenüber ihren Konkurrentinnen beläuft sich der Anteil von KAGA in jedem der betrachteten Gebiete und auch bei Mitberücksichtigung der von 2018 bis 2026 vorübergehend vorhandenen Deponie «auf grüner Wiese» auf mehr als 50 % – und zwar meist auf deutlich mehr. Im Umkreis von 20 Fahrminuten resp. 20 Kilometern Fahrdistanz beträgt der Anteil von KAGA 75 % resp. – ohne Berücksichtigung der vorübergehend von 2018 bis 2026 bestehenden Deponie – auf 90 %. Die Werte in diesem Umkreis dürften zwar zu einer gewissen Überschätzung der Marktstellung führen,[3468] doch zeigen die Berechnungen hinsichtlich der grösseren Gebiete, dass selbst nach einer Relativierung noch von Werten von weit über 60 % auszugehen ist. Denn sogar im viermal grösseren Gebiet mit einem Umkreis von 40 Fahrminuten und 40 Kilometern Fahrdistanz erreicht KAGA einen Anteil von 55 % resp. 60 %, wobei mit diesen Werten, wie ausgeführt, eine (deutliche) Unterschätzung der Marktstellung verbunden sein dürfte.[3469] In der Planungsregion Bern-Mittelland beläuft sich der Anteil von KAGA auf 80 %, in den Teilregionen Entwicklungsraum Thun und Kandertal auf 75 %, wobei diese Anteile aktuell etwas geringer sein dürften, weil die vorübergehend von 2018 bis 2026 bestehende Deponie in den ausgewerteten Daten[3470] nicht enthalten ist. Wie man es dreht und wendet, fest steht jedenfalls, dass KAGA gegenüber ihren Konkurrentinnen einen Marktanteil von (weit) mehr als 60 % hat. Die «kritische» Schwelle von 50 % ist bei weitem überschritten.

1809. Kommt hinzu, dass KAGA in all diesen Gebieten auch relativ gesehen die mit Abstand grösste Deponie für unverschmutzten Aushub betreibt. In dem Gebiet, in dem KAGA den geringsten Marktanteil erreicht, also im Umkreis von 40 Fahrminuten resp. 40 Kilometern Fahrdistanz, sind die zwei grössten Deponien für unverschmutzten Aushub, die von Konkurrentinnen betrieben werden, je ca. viereinhalbmal kleiner als diejenigen von KAGA.[3471] Dabei ist weiter zu beachten, dass eine dieser zwei Deponien bloss vorübergehender Natur ist und nach ihrer Eröffnung im Jahr 2018 bereits 2026 vollständig aufgefüllt sein dürfte,[3472] während sich die andere in doch beachtenswerter Entfernung von KAGA befindet und damit zu weiten Teilen ein anderes «Einzugsgebiet» hat,[3473] was den von dieser ausgehenden Druck entsprechend verringert. Die grösste nicht bloss vorübergehend vorhandene Deponie von unverschmutztem Aushub einer Konkurrentin, die sich im Umkreis von 20 Fahrminuten resp. 20 Kilometern Fahrdistanz um KAGA befindet, ist etwa zwölfmal kleiner als diejenigen von KAGA.[3474]

1810. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass KAGA auf dem relevanten Markt im Verhältnis zu ihren Konkurrentinnen einen jedenfalls über 60 % liegenden Anteil hat. KAGA ist in den diversen betrachteten Gebieten zudem bedeutend grösser als ihre jeweils nächstgrösste Konkurrentin. Gerade auch, weil die Deponien für unverschmutzten Aushub ihrer Aktionärinnen eine Art «Pufferzone» um das Gebiet von KAGA bilden und dadurch sichergestellt ist, dass nicht Konkurrentinnen diese Standorte besetzen (können), verfügt KAGA im aktuellen Wettbewerb über eine Marktstellung, die es ihr erlaubt, sich in wesentlichem Umfang unabhängig von den anderen Marktteilnehmern zu verhalten.

1811. Diese Beurteilung steht im Übrigen auch im Einklang mit der Selbsteinschätzung von KAGA. Dies belegen mehrere Unternehmensanalysen von KAGA aus den Jahren 2001 und 2002. Darin ist bezüglich Deponie etwa die Rede von einem «übermässige[n] Marktanteil bedingt durch Deponieknappheit», von einer «teilweisen Monopolstellung» im Deponiebereich und die Fähigkeit, hohe Preise zu lösen, wird mit der bestmöglichen Bewertung von «++» eingestuft. Festgehalten wurde auch, dass aufgrund der Knappheit des Deponievolumens kein Konkurrenzdruck bestehe. Da sich die Deponieknappheit, wie ausgeführt,[3475] in den späteren Jahren noch verschärfte, wird sich diese Selbsteinschätzung sogar noch weiter akzentuiert haben. In einem VR-Protokoll zur Strategietagung «Strategie 2012+», also zehn Jahre nach diesen Unternehmensanalysen, stufte der VR von KAGA die Konkurrenzsituation anderer Deponien auch für die nächsten fünf Jahre als gering ein.[3476]

Potenzieller Wettbewerb

1812. Bezüglich des potenziellen Wettbewerbs verhält es sich bei Deponien für unverschmutzten Aushub weitestgehend gleich wie beim Rohkies: Wie festgestellt, schliessen die rechtlichen Rahmenbedingungen (Planungs- und Baubewilligungsverfahren) aus, dass es kurz- oder mittelfristig zu Markteintritten von Betreiberinnen von Deponien für unverschmutzten Aushub kommt.[3477] Die aktuelle Wettbewerbssituation steht über Jahre hinweg fest. Und auch hier sind die Marktakteure aufgrund der bestehenden Richt- und Nutzungsplanverfahren bereits lange im Voraus über künftig beabsichtigte Markteintritte informiert – sowohl hinsichtlich der Standorte als auch den dort erwarteten Volumina.[3478] Die Richtpläne, die den Nutzungsplanverfahren vorausgehen, enthalten bereits die Informationen zu den Festsetzungen, den Zwischenergebnissen (welche der längerfristigen Reservesicherung ab 35 Jahren dienen) sowie den noch weiter in Zukunft liegenden Vororientierungen.[3479] Nebst dem, dass Markteintritte kurz- oder mittelfristig nicht möglich sind, ist dadurch für die Marktakteure sogar die langfristige Entwicklung der Konkurrenzsituation absehbar.

1813. Bezüglich der politischen Komponente, die im Rahmen der planungs- und bewilligungsrechtlichen Verfahren eine Rolle spielt, verhält es sich bei Deponien für unverschmutzten Aushub gleich wie beim Rohkies. Es kann auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.[3480] Zusammenfassend kann wiederholt werden, dass die Gefahr politischer Reaktionen zwar zu einer

[3468] Die in Rz 1780.
[3469] Rz 1778 ff., insbesondere Rz 1780.
[3470] Siehe Rz 453 zweites Lemma.
[3471] Siehe Rz 474 f.
[3472] Rz 453 zweites Lemma.
[3473] Siehe Rz 476.
[3474] Rz 476.
[3475] Dazu Rz 426 ff., zusammenfassend in Rz 438 f.
[3476] Siehe zur gesamten Rz die Ausführungen in Rz 482 f.
[3477] Rz 358 m.H. auf Rz 350 ff.
[3478] Rz 351.
[3479] Rz 152.
[3480] Rz 1791.

gewissen Mässigung anspornt, aber nicht zur Folge hat, dass deshalb die planungs- und bewilligungsrechtlichen Marktzutrittsschranken nicht bestünden und kurz- oder mittelfristig mit Markteintritten gerechnet werden müsste.

1814. Im Regelfall[3481] handelt es sich bei Deponien für unverschmutzten Aushub um Aushubdeponien, bei welchen mit dem Aushub die Abbaustelle wieder aufgefüllt wird.[3482] Die faktischen Marktzutrittsschranken, die hinsichtlich Rohstoffabbau bestehen, schlagen entsprechend auf diese, dem Rohstoffabbau nachgelagerten Aushubdeponien durch. Es kann auf die diesbezüglichen Ausführungen betreffend Rohkies in Rz 1793 verwiesen werden. Bei den anderen Deponien, die ausschliesslich für unverschmutzten Aushub zur Verfügung stehen, d.h. bei Deponien «auf grüner Wiese» und Deponien vom Typ A,[3483] bestehen nebst den planungs- und bewilligungsrechtlichen Marktzutrittsschranken ebenfalls faktische Marktzutrittsschranken: Zwar ist hierfür nicht erforderlich, dass über Rechte an Grundstücken verfügt wird, die Rohstoffvorkommen aufweisen.[3484] Notwendig für einen Markteintritt sind aber auch hier zivilrechtliche Ablagerungsrechte an Grundstücken, auf denen eine Deponierung faktisch und rechtlich überhaupt möglich ist.[3485] Und auch hier fallen bereits vor Einreichung eines Standorts im Richtplanverfahren nicht unerhebliche Kosten an, z.B. eben gerade für die privatrechtliche Sicherung von Ablagerungsrechten. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass im ganzen Kanton Bern erst seit 2018 eine Deponie «auf grüner Wiese» besteht, deren Realisierung unter anderem den Erlass einer kantonalen Überbauungsordnung und den Gang bis vor das BGer erforderte.[3486] Es fehlt zwar an weiteren Erfahrungswerten, doch ist zumindest in diesem Fall festzustellen, dass das Projekt in den planungs- und bewilligungsrechtlichen Verfahren auf deutlichen Widerstand stiess – eine weitere faktische Marktzutrittsschranke. Deponien vom Typ A erfordern zudem eine kantonale Betriebsbewilligung.[3487]

1815. Kurzum: Es bestehen etliche Marktzutrittsschranken, wobei gerade die planungs- und baubewilligungsrechtlichen Schranken kurz- und mittelfristige Markteintritte verunmöglichen. Potenzieller Wettbewerb, der KAGA in ihrem Verhalten hätte disziplinieren können, bestand demnach keiner und besteht auch derzeit nicht.

1816. Bloss der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Deponie «auf grüner Wiese», die 2018 von einer Konkurrentin in der Nähe von KAGA eröffnet wurde und die voraussichtlich 2026 voll aufgefüllt sein wird, und deren Einfluss auf KAGA beim aktuellen Wettbewerb berücksichtigt wurde. Um eine potenzielle Konkurrentin handelt es sich bei dieser Deponiebetreiberin daher nicht (mehr), sondern um eine aktuelle, weshalb deren Einfluss auf KAGA nicht an dieser Stelle ein zweites Mal – und damit doppelt – zu berücksichtigen ist.[3488]

1817. Wie beim Rohkies ist auch bei Deponien für unverschmutzten Aushub bereits jetzt absehbar, wie sich die Konkurrenzsituation längerfristig entwickeln dürfte; dies dank der aktuellen (Teil-)Richtpläne der Planungsregion Bern-Mittelland von 2017 und der Teilregionen Entwicklungsraum Thun von 2019 und Kandertal von 2018. Die Auswertung der Richtpläne zeigt, dass das bisherige Kräfteverhältnis, das zwischen KAGA und ihren Aktionärinnen einerseits und den Konkurrentinnen andererseits in diesen Regionen besteht, auch künftig im Wesentlichen bestehen bleiben wird.[3489] Selbst längerfristig ist daher nicht mit potenziellen Konkurrentinnen zu rechnen, die KAGA zu disziplinieren vermöchten.

Stellung der Marktgegenseite

1818. Der Platz, der zur Deponierung von unverschmutztem Aushub zur Verfügung steht, ist durch die planungsrechtlichen Vorgaben beschränkt.[3490] Der zu einem bestimmten Zeitpunkt effektiv zur Verfügung stehende Platz ist jeweils abhängig vom konkreten Abbaufortschritt und macht daher bloss einen Bruchteil des planerisch insgesamt vorhandenen Platzes aus, wobei es den Betreiberinnen von Aushubdeponien aufgrund der etappenweisen Bewirtschaftung nicht möglich ist, den bei ihnen zur Verfügung stehenden Deponieplatz «ausserplanmässig» kurzfristig wesentlich zu erhöhen.[3491] Das Angebot ist also beschränkt und eine kurzfristige Erhöhung durch die Anbieterinnen ist nicht oder höchstens in bescheidenem Rahmen möglich.

1819. Wie festgestellt, bestand in gewissen Regionen im Kanton Bern ab ca. Ende der 90er-Jahre über etliche Jahre hinweg eine angespannte Situation hinsichtlich des verfügbaren Deponieplatzes für unverschmutzten Aushub. Ein Engpass bestand insbesondere in der Region Bern, wobei sich dieser auch in Richtung Aaretal auswirkte. Seit Ende 2014 hat sich diese Situation etwas entschärft, jedoch bleibt sie, zumindest in gewissen Gebieten, weiterhin eher angespannt.[3492] Davon betroffen waren unter anderem die Deponien von KAGA und ihren Aktionärinnen: Bei KAGA war die Situation angespannt, wobei diese zwischen 2012 bis 2014 den Höhepunkt erreichte;[3493] Kästli hat ihre Deponie von Mitte der 90er-Jahre bis Ende 2014 nur für sich selbst gebraucht und Dritten nicht geöffnet, wobei die Kästli-Gruppe ausserdem in beträchtlichem Umfang bei KAGA deponierte;[3494] die Deponie von Alluvia in Oberwangen konnte erst 2015 wieder in wesentlichem Umfang unverschmutzten

[3481] E contrario aus Rz 322 f.
[3482] Rz 321.
[3483] Rz 314, 316 und 420.
[3484] Rz 359.
[3485] Wenn auch nicht alle, so doch einige der in Rz 282 aufgeführten Anforderungen an die Grundstücke kommen auch bezüglich Ablagerungsrechten zum Zuge.
[3486] Rz 359.
[3487] Rz 313.
[3488] Siehe immerhin ergänzend zur Situation, als es sich bei dieser Deponie erst um eine potenzielle Konkurrentin handelte, Rz 1213. Als deren Markteintritt erst bevorstand, trug KAGA dieser Konkurrentin bereits in einem gewissen Ausmass Rechnung. Die Berücksichtigung beschränkte sich darauf, die Annahme von unverschmutztem Aushub im Sinne der «zu pflegende[n] Kundentreue» eher permissiv zu handhaben, zumal die Deponiesituation dies zum damaligen Zeitpunkt auch erlaubte. Mit weitergehenden Massnahmen oder gar einer Preissenkung reagierte KAGA aber nicht.
[3489] Zusammenfassend Rz 506, im Detail Rz 490 ff., insbesondere Rz 492 und 494 f. zur Planungsregion Bern-Mittelland und Rz 497 und 499 zu den Teilregionen Entwicklungsraum Thun und Kandertal.
[3490] Rz 358.
[3491] Rz 423 und 488.
[3492] Dazu Rz 426 ff., zusammenfassend in Rz 438 f.
[3493] Rz 431.
[3494] Rz 433, Tabelle in Rz 1024.
[3495] Rz 435.

Aushub entgegennehmen, in den Jahren zuvor nicht, während bei der Deponie in Mattstetten eine angespannte Situation vorlag;[3495] nur bei den nach Thun in Richtung Oberland gelegenen Deponien von Kiestag war die Situation entspannt.[3496] Angespannt war die Situation auch bei Konkurrentinnen, die in der Region Bern Deponien für unverschmutzten Aushub betreiben – bei ihnen konnte ebenfalls nicht unbeschränkt deponiert werden und zeitweise, zumindest als Dritter, gar nicht.[3497]

1820. Mit anderen Worten überstieg während der Dauer dieser angespannten Situation die Nachfrage das beschränkte, kurzfristig nicht oder kaum erhöhbare Angebot. Bei einer solchen Ausgangslage befindet sich die Marktgegenseite nicht in einer Position, um die Anbieterinnen von Deponieplatz für unverschmutzten Aushub resp. namentlich KAGA in ihrem Verhalten zu disziplinieren; schon gar nicht in wesentlichem Ausmass. Das belegen die Aussagen von [...] und [...] eindrücklich.[3498] [...] hielt fest, die Preise anderer Deponiebetreiber seien für KAGA kein Kriterium bei der eigenen Preissetzung gewesen. KAGA habe ein Luxusproblem gehabt und sei mit Aushub überschüttet worden; auf die Konkurrenz habe sie nicht schauen müssen, dies sei als Unternehmen immer das Schönste. Und [...] hielt fest, KAGA habe sukzessive den Deponiepreis erhöht, doch habe dies die Leute nicht davon abgehalten, dennoch zur KAGA zu fahren, um zu deponieren. Übereinstimmend damit konstatierte der VR von KAGA, dass sich die Preiserhöhung von CHF 6.– auf CHF 8. – pro Kubikmeter im Jahr 2002 nicht auf die angelieferte Deponiematerialmenge ausgewirkt habe.

1821. Aber auch abgesehen davon ist die Marktgegenseite nicht in einer Position, um den Handlungsspielraum von KAGA wesentlich einzuschränken. Fällt unverschmutzter Aushub an, muss dieser gesetzeskonform deponiert werden; Alternativen bestehen nicht. Und um auf andere Anbieterinnen von Deponieplatz für unverschmutzten Aushub auszuweichen, stellen die stark ins Gewicht fallenden Transportkosten eine wesentliche Hürde dar.

1822. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Marktgegenseite in den vergangenen Jahren und auch jetzt nicht in einer Position ist, um KAGA in ihrem Verhalten in wesentlichem Ausmass zu disziplinieren.

1823. Allenfalls könnte sich das Kräfteverhältnis zwischen KAGA und ihrer Marktgegenseite nur, aber immerhin, in der Zukunft einmal etwas zu Gunsten der Marktgegenseite verschieben. Dies dann, wenn künftig das Angebot an Deponieplatz für unverschmutzten Aushub die Nachfrage danach wesentlich übersteigen sollte. Denn KAGA, die Aushubdeponien betreibt, ist verpflichtet, diese wieder aufzufüllen, weshalb sie auf Materiallieferungen angewiesen ist. In den letzten Jahren und auch derzeit besteht diese Situation in der Region, in der KAGA tätig ist, aber nicht. Ob überhaupt und gegebenenfalls wann und in welchem Ausmass die Angebots-Nachfrage-Balance in dieser Region sich ausgleichen oder gar zu Gunsten der Nachfrager kippen könnte, ist derzeit nicht absehbar. Doch vermöchte eine in Zukunft allenfalls etwas stärkere Verhandlungsposition der Marktgegenseite so oder so die in der Vergangenheit liegende oder heutige Möglichkeit von KAGA, sich in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten, nicht einzuschränken, sondern könnte sich höchstens auf die künftige Möglichkeit von KAGA dazu beziehen.

Besondere Merkmale von KAGA

1824. Das bereits beim Rohkies angeführte Merkmal von KAGA bezüglich des Markteintritts zu einem frühen Zeitpunkt, als die planungs- und baubewilligungsrechtlichen Vorgaben noch nicht so streng wie heute waren, greift gleichermassen auch bezüglich Deponien für unverschmutzten Aushub, weshalb auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann.[3499] In der Unternehmensanalyse von KAGA aus dem Jahre 2002 wird entsprechend auch ihre Fähigkeit, Bewilligungen für Deponieplatz zu erhalten mit der bestmöglichen Bewertung «++» eingestuft. Zur Begründung wird auch hier angeführt «Gute Anerkennung, da Erfahrung und Erfolg ausgewiesen werden kann».[3500] Diese langjährige, auch politische Verankerung, die KAGA geniesst, steht Unternehmen, die neu in den Markt eintreten möchten, nicht offen.

D.7.1.3.3 Ergebnis

1825. Insgesamt kommt KAGA eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub im relevanten Gebiet (grob der südöstliche Teil des Ballungsgebiets Bern, das Ballungsgebiet Thun und die dazwischenliegenden Aare-, Gürbe- und Chiesentäler) zu; und zwar wegen ihrem ausgesprochen grossen Anteil, den sie an der im relevanten Gebiet deponierten Menge unverschmutzten Aushubs im Verhältnis zu ihren Konkurrentinnen aufweist; der «Pufferzone», welche die Deponien für unverschmutzten Aushub ihrer Aktionärinnen in diesem entfernungsabhängigen Markt um das Gebiet von KAGA bilden; dem deutlichen Grössenunterschied zwischen ihr und den nächstgrössten Konkurrentinnen verbunden mit den dazwischenliegenden Fahrdistanzen und -zeiten resp. der bloss vorübergehenden Präsenz der Deponie «auf grüner Wiese»; den zahlreichen, hohen Marktzutrittsschranken und dem dadurch fehlenden potenziellen Wettbewerb; der auch längerfristig im Wesentlichen gleichbleibenden Konkurrenzsituation und der bescheidenen Verhandlungsmacht der Marktgegenseite, deren Verhandlungsposition in den vergangenen Jahren aufgrund des Nachfrageüberhangs nochmals schlechter war.

[3496] Rz 437.
[3497] Rz 428.
[3498] Rz 430 zweites und fünftes Lemma.
[3499] Hiervor Rz 1800 zweites Lemma.
[3500] Siehe Rz 352 zweites Lemma.

D.7.1.4 Zusammenfassung zur marktbeherrschenden Stellung von KAGA

1826. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass KAGA über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, und zwar sowohl auf dem Markt für Rohkies als auch auf dem Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub im hier jeweils relevanten Gebiet.

1827. Für einen Verstoss gegen Art. 7 KG ist eine marktbeherrschende Stellung notwendig, aber noch nicht hinreichend. Nachfolgend ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob KAGA diese marktbeherrschenden Stellungen durch ihre Verhaltensweisen missbraucht und dadurch gegen Art. 7 KG verstossen hat.

D.7.2 Allgemeines zu missbräuchlichen Verhaltensweisen

1828. Das KG verbietet eine marktbeherrschende Stellung nicht, sondern einzig deren Missbrauch.[3501] Art. 7 Abs. 1 KG bringt dies wie folgt zum Ausdruck: «Marktbeherrschende (…) Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen». Wie der Gesetzestext zeigt, kann beim missbräuchlichen Verhalten zwischen einem Behinderungsmissbrauch und einem Benachteiligungs- oder Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden. Da ein und dieselbe Geschäftspraktik zugleich behindernd und ausbeutend sein kann, ist es nicht immer möglich, eine eindeutige oder ausschliessliche Zuordnung vorzunehmen; dies ist aber auch nicht erforderlich.[3502] Nachfolgend werden mit Oberbegriffen wie etwa Wettbewerbsbeschränkung oder Wettbewerbsverfälschung jeweils beide Missbrauchsvarianten angesprochen.

1829. Beim Behinderungsmissbrauch werden andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert. Dieser Missbrauch umfasst sämtliche Massnahmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich unmittelbar gegen aktuelle oder potenzielle Wettbewerber (Konkurrenten und Handelspartner) richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten einschränken. Dabei spielt es keine Rolle, auf welchem Markt sich die Behinderung aktualisiert, z.B. demjenigen der Marktbeherrschung oder einem dazu vor- oder nachgelagerten Markt.[3503]

1830. Beim Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch wird die Marktgegenseite, d.h. Lieferanten oder Abnehmer, benachteiligt, indem dieser z.B. ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. Charakteristisch für den Ausbeutungsmissbrauch ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung.[3504]

1831. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber einen nicht abschliessenden Beispielkatalog aufgestellt, der die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG verdeutlichen soll. Diese Beispiele indizieren jedoch nicht bereits per se eine unzulässige Verhaltensweise. Vielmehr sind sie stets im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen; dessen Tatbestandsmerkmale müssen erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt.[3505] Ob das der Fall ist, ist im Einzelfall anhand des dualen Prüfungsmusters zu eruieren. Dabei sind in einem ersten Schritt die Wettbewerbsverfälschungen, d.h. die Behinderung oder Benachteiligung, herauszuarbeiten und in einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe (legitimate business reasons) zu prüfen. Wenn kein sachlicher Grund für die Behinderung oder Benachteiligung vorliegt, handelt es sich bei der fraglichen Geschäftspraktik um ein unzulässiges Verhalten.[3506]

1832. Folgendes ist hinsichtlich des ersten Schritts, der Herausarbeitung der Wettbewerbsverfälschungen, zu präzisieren: Gemäss jüngster Rechtsprechung des BGer ist hierfür eine auswirkungsbezogene Analyse nicht notwendig.[3507] Erforderlich, aber auch hinreichend, ist der Nachweis *potenziell* nachteiliger Wettbewerbseffekte.[3508] Es ist also nicht der Eintritt des missbilligten Erfolgs (im Sinne einer Verletzung) selbst nachzuweisen, d.h. eine effektiv eingetretene Wettbewerbsverfälschung, sondern nur, aber immerhin, «die Gefahr des Eintritts des missbilligten Erfolgs».[3509] Gemäss BGer handelt es sich mit anderen Worten um einen «Gefährdungstatbestand».[3510] Indem das BGer im selben Urteil zugleich betont, dass aber allemal massgebend sei, «dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbsbeschränkung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt wird»[3511], hat es klargestellt, dass «die

[3501] BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *DCC*.
[3502] BGE 139 I 72 E. 10.1.1 m.w.H., *Publigroupe*; BGE 146 II 217 E. 4.1, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGer, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 10.1.2, *Supermédia*; BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 7.3, *WAN-Anbindung Post*.
[3503] BGE 139 I 72 E. 10.1.1, *Publigroupe*; bestätigt in BGE 146 II 217 E. 4.1, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *DCC*; BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 7.2, *WAN-Anbindung Post*.
[3504] BGE 139 I 72 E. 10.1.1, *Publigroupe*; bestätigt in BGE 146 II 217 E. 4.1, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *DCC*; BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 7.2, *WAN-Anbindung Post*.
[3505] Deutlich BGE 146 II 217 E. 8.3.3, *Preispolitik Swisscom ADSL*, wonach Art. 7 Abs. 2 KG nur, aber immerhin, «eine Hilfsfunktion für Art. 7 Abs. 1 KG» erfülle.
[3506] BGE 139 I 72 E. 10.1.2, *Publigroupe*; bestätigt in BGE 146 II 217 E. 4.2, *Preispolitik Swisscom ADSL*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.2, *DCC*; BGer, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 10.1.3, *Supermédia*; BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 7.4, *WAN-Anbindung Post*; BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 6.3, *Sport im Pay-TV*.
[3507] BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.6, *DCC*, unter Hinweis auf BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.2.3, *Hallenstadion*.
[3508] BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.3, *DCC*, unter Hinweis auf BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.2.1, *Hallenstadion*.
[3509] BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.6, *DCC*.
[3510] BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 10.2.3, *DCC*.
[3511] BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *DCC*, unter Hinweis auf BGE 146 II 217 E. 4.1, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

Gefahr des Eintritts des missbilligten Erfolgs» im konkreten Einzelfall dargetan sein muss. In der strafrechtlichen Diktion[3512] liegt somit ein konkretes Gefährdungsdelikt vor, bei dem es sich um ein Erfolgsdelikt handelt, dessen nachzuweisender Erfolg in einer Gefährdung (nicht einer Verletzung) des geschützten Rechtsguts besteht.[3513] Kurzum: Es ist beim ersten Schritt nur, aber immerhin, nachzuweisen, dass im spezifischen Fall eine Gefahr der Wettbewerbsverfälschung besteht.[3514] Dasselbe Erfordernis, d.h., dass im konkreten Fall die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung nachzuweisen ist, wird teilweise auch mit etwas anderen Begrifflichkeiten charakterisiert.[3515] So etwa, wenn die WEKO in einem Entscheid ausführt, zur «Beurteilung des Vorliegens einer Wettbewerbsverfälschung ist die *Wahrscheinlichkeit* massgebend, dass die zu beurteilende [Verhaltensweise] zu einer Wettbewerbsverfälschung führt»[3516], oder wenn sie nach der Beurteilung des spezifischen Einzelfalls festhält, die beurteilte Verhaltensweise «ist deshalb *geeignet*, den *Wettbewerb* im Markt für Strassenbau *zu verfälschen*»[3517]. Diese Rechtsprechung des BGer dürfte auch der Auffassung des BVGer entsprechen.[3518]

1833. Das BGer hat diese Rechtsprechung in Bezug auf Art. 7 Abs. 2 Bst. f i.V.m. Abs. 1 KG entwickelt. Da es sich bei Abs. 2 um einen blossen Beispielkatalog handelt und all diese Beispiele stets im Zusammenhang mit Abs. 1 zu beurteilen sind,[3519] kann es sich bei den anderen Beispielen, ja, bei Art. 7 KG insgesamt, nicht anders verhalten. Oder anders gesagt: Dass es sich um ein konkretes Gefährdungsdelikt handelt, bei dem die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung nachzuweisen ist, gilt für Art. 7 KG generell, nicht nur isoliert für Bst. f des Beispielkatalogs. In einem jüngeren Entscheid hat die WEKO dieses Verständnis von Art. 7 KG denn auch in Bezug auf eine Verhaltensweise angewandt, die sie unter Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Abs. 1 KG subsumierte.[3520]

1834. Nachfolgend werden einzelne Verhaltensweisen von KAGA daraufhin geprüft, ob sie dadurch ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht hat. Behandelt werden zunächst die Vorzugskonditionen, welche KAGA ihren Aktionärinnen, nicht aber Dritten gewährte (Rz 1835 ff.). Beurteilt wird alsdann die Pflicht, im Gegenzug zur Deponierung von unverschmutztem Aushub Kies zu beziehen (Rz 1933 ff.). Schliesslich wird die Einschränkung des Einzugsgebiets bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub behandelt (Rz 1991 ff.).

D.7.3 Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen

1835. In diesem Kapitel wird beurteilt, ob KAGA ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchte, indem sie beim Rohkiesverkauf zu Gunsten ihrer Aktionärinnen in mannigfaltiger Hinsicht Vorzugskonditionen – von generell besseren Listenpreisen[3521] über weitere Preisvorteile wie «Mengenrabatte» für Aktionärinnen,[3522] Rabatte für Minderqualität[3523] und Sonderaktionen[3524] bis hin zu einem Transportkostenausgleich[3525] – praktizierte. Die Vorzugskonditionen werden im Sachverhalt umfangreich im Kapitel C.7 «Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen»[3526] dargestellt.[3527] In erster Linie ist zu

[3512] Bei Kartellsanktionen handelt es sich nicht um strafrechtliche Sanktionen; sie sind nur, aber immerhin, strafrechtsähnlicher Natur (Rz 227). Die strafrechtlichen Normen des StGB, der StPO und des VStrR finden auf sie keine Anwendung (Fn 4318). Die strafrechtliche Diktion mag daher zwar für die gedankliche Einordnung hilfreich sein, für die Rechtsanwendung bleiben aber die Tatbestandsmerkmale und deren Auslegung entscheidend.

[3513] Zur strafrechtlichen Diktion, insbesondere zu den zwei Begriffspaaren bzw. -gegensätzen «Tätigkeitsdelikt vs. Erfolgsdelikt» sowie «Verletzungsdelikt vs. Gefährdungsdelikt» (mit der weiteren Unterscheidung zwischen konkreten Gefährdungsdelikten [die in aller Regel Erfolgsdelikte sind] und abstrakten Gefährdungsdelikten [die regelmässig Tätigkeitsdelikte sind]), siehe etwa ANDREAS DONATSCH/ GUNHILD GODENZI/BRIGITTE TAG, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 10. Aufl., 2022, 104 ff.; MARTIN KILLIAS/NORA MARKWALDER/ANDRÉ KUHN/NATHALIE DONGOIS, Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, 2017, Rz 214 ff.

[3514] In dieselbe Richtung geht die Rechtslage in der EU. Siehe überblicksartig dazu und mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen LINSEY MCCALLUM/INGE BERNAERTS/MASSIMILIANO KADAR/JOHANNES HOLZWARTH/DAVID KOVO/MARIE LAGRUE/EDOUARD LEDUC/LUCA MANIGRASSI/JORGE MARCOS RAMOS/ISABEL PEREIRA ALVES/VERA POZZATO/PINELOPI STAMOU, A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance, Competition policy brief, 1/2023, 2 f. Erforderlich, aber auch hinreichend, sind «potential effects». Blosse «hypothetical effects» genügen noch nicht, während «actual anticompetitive effects» nicht erforderlich sind. Zu berücksichtigen sind bei dieser Beurteilung die konkreten Umstände des Einzelfalls.

[3515] Ähnlich wiederum die Situation in der EU, wo z.B. von «likely», «capable», «potential» und «probable» effects die Rede ist und dabei stets dasselbe gemeint ist (für Nachweise dazu siehe die Fundstelle in der vorangehenden Fn).

[3516] So die Formulierung in WEKO, 6.12.2021, Rz 670, *Belagswerke Bern*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (zuletzt besucht am 13.6.2023), Hervorhebung nicht im Original.

[3517] So die Formulierung in WEKO, 6.12.2021, Rz 675, *Belagswerke Bern*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (zuletzt besucht am 13.6.2023), Hervorhebung nicht im Original.

[3518] Jüngst BVGer, B-5819/2020 vom 31.10.2023 E. 9.4.1, *Eishockey im Pay-TV*, wo von einer «potentiell nachteiligen Einwirkung» die Rede ist. Vgl. die Formulierungen in Rz 1202 ff. von BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018, *DCC*, und vor allem die Ausführungen zum Beweismass in Rz 1214 ff. hinsichtlich des «Nachweis[es] einer nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb». Das Bedürfnis dieses Nachweises existiert nur, wenn es ein Tatbestandsmerkmal gibt, dessen Beurteilung entsprechender Sachverhaltsfeststellungen bedarf. Das kann in vorliegendem Kontext nur heissen, dass das BVGer von einem konkreten Gefährdungsdelikt ausgeht, bei dem im konkreten Fall die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung als Erfolg nachzuweisen ist. Denn bei einem Tätigkeitsdelikt, insbesondere in Form eines abstrakten Gefährdungsdelikts, wäre kein irgendwie gearteter Erfolg nachzu-weisen, die Tätigkeit alleine wäre Tatbestandsmerkmal. Präzisierend ist anzufügen, dass das BVGer in Rz 1198 mit «Erfolgsdelikt» eigentlich «Verletzungsdelikt» meinen dürfte (zur strafrechtlichen Diktion vgl. Fn 3513), das Gegenstück zum in dieser Rz genannten «Gefährdungs-delikt».

[3519] Siehe Rz 1831.

[3520] WEKO, 6.12.2021, Rz 670, *Belagswerke Bern*, <www.weko. admin.ch> Praxis > Entscheide (zuletzt besucht am 13.6.2023).

[3521] Rz 1031 ff.

[3522] Rz 1067 ff.

[3523] Rz 1072 ff.

[3524] Rz 1085 ff.

[3525] Rz 1092 ff.

[3526] Rz 1006 ff.

[3527] Da die festgestellten Vorzugskonditionen einen (konkretisierenden) Teil der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA darstellen, werden sie auch im Kapitel über diese Zusammenarbeit aufgegriffen (Kapitel C.6, Rz 578 ff.). Dort sind sie Teil der Abmachungen darüber, wie sich die KAGA verhalten soll (Gegenstand B): Wohlwollend gegenüber den Aktionärinnen, indem sie ihnen Vorzugskonditionen gewährt (Rz 888 ff.), und gegenüber Dritten so, dass diese die Kies-Ressourcen der KAGA nicht in wirtschaftlich sinnvoller Weise nutzen können (Rz 891 f.). Für eine Übersicht über alle Aspekte der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA, siehe Gesamtbild, Rz 831 ff. Zum Aspekt, dass die Gewährung von Vorzugskonditionen zugleich eine Verhaltensweise von KAGA als auch eine Koordination zwischen den Aktionärinnen darstellt siehe Kapitel C.7.2 «Vorbemerkung: Das Gewähren von Vorzugskonditionen stellt vorliegend sowohl eine Koordination zwischen den Aktionärinnen als auch ein Verhalten von KAGA dar», Rz 1007.

beurteilen, ob diese Verhaltensweise die Tatbestandsmerkmale von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt (Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen).

D.7.3.1 Rechtliche Grundlagen zu Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG

D.7.3.1.1 Allgemeines

1836. Nach Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG fällt als Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 1 KG «die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen», in Betracht. Diskriminierungen können sowohl eine Ausbeutungs- als auch eine Behinderungsmissbrauchskomponente enthalten.[3528] Zusätzlich zur marktbeherrschenden Stellung enthält dieser Tatbestand folgende vier kumulativen Tatbestandsmerkmale:

- Ungleichbehandlung bezüglich Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Rz 1838 ff.) von
- Handelspartnern (Rz 1841), woraus sich eine
- Wettbewerbsverfälschung (Rz 1842 ff.) ergibt, für die
- keine sachliche Rechtfertigung (Rz 1845 ff.) besteht.[3529]

1837. In der Lehre und z.T. auch in der Rechtsprechung wird zuweilen als fünftes Element auch noch ein Kausalzusammenhang zwischen der Ungleichbehandlung und der Wettbewerbsverfälschung aufgezählt.[3530] Praxisgemäss wird vorliegend auf eine separate Thematisierung des Kausalzusammenhangs verzichtet. Dieses Element wird damit aber nicht etwa negiert. Vielmehr ist es im vorliegenden Fall in der Wettbewerbsverfälschung enthalten, da unter diesem Titel nur Wettbewerbsverfälschungen geprüft werden, die sich aus der Ungleichbehandlung ergeben; wofür also mit anderen Worten die Ungleichbehandlung kausal ist.

D.7.3.1.2 Ungleichbehandlung bezüglich Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen

1838. Eine Ungleichbehandlung liegt vor, wenn bei gleichartigen Sachverhalten ungleiche Geschäftsbedingungen angewandt werden (sogenannte direkte Diskriminierung) oder wenn bei ungleichartigen Sachverhalten gleiche Geschäftsbedingungen zur Anwendung gelangen (sogenannte indirekte Diskriminierung).[3531] Die zu vergleichenden Sachverhalte müssen dabei nicht identisch sein, sondern lediglich gleichwertig. Das ist insbesondere der Fall, wenn sich die Ungleichbehandlung auf gleichartige Produkte oder Dienstleistungen bezieht und sich die zu vergleichenden Geschäfte (Transaktionen) hinsichtlich der im Geschäftsverkehr als erheblich angesehenen Merkmale nicht wesentlich unterscheiden.[3532]

1839. Diskriminierungsgegenstand sind Preise oder sonstige Geschäftsbedingungen, wobei der Begriff der «sonstigen Geschäftsbedingungen» weit zu verstehen ist.[3533]

1840. Auf welchem Wege die Diskriminierung erreicht wird – sei es auf vertraglicher Basis oder durch anderes Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens – ist irrelevant.[3534]

D.7.3.1.3 Handelspartner

1841. Handelspartner sind Personen, die im Verhältnis zum marktbeherrschenden Unternehmen auf einer vor- oder einer nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem in geschäftlichem Kontakt stehen.[3535] Bei der Qualifikation einer Person als Handelspartner ist unerheblich, ob ein Geschäft tatsächlich realisiert wird oder ob es aufgrund der Ungleichbehandlung bereits in der Anbahnungsphase scheitert.[3536]

D.7.3.1.4 Wettbewerbsverfälschung

1842. Wie ausgeführt,[3537] können Diskriminierungen sowohl Ausbeutungs- als auch Behinderungsmissbrauchskomponenten enthalten. In diesem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung verkörpert sich letztlich ein wesentlicher Gehalt von Art. 7 Abs. 1 KG. Denn bei diesem ist zu beurteilen, ob eine Ungleichbehandlung seitens des marktbeherrschenden Unternehmens «andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behinder[t] oder die Marktgegenseite benachteilig[t]», wie dies Art. 7 Abs. 1 KG für die Unzulässigkeit unter anderem voraussetzt. Unter diesem Tatbestandsmerkmal lässt sich also im Einzelfall prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt, wie dies erforderlich ist.[3538] Wie ausgeführt, ist hierbei nachzuweisen, dass im konkreten Fall die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung besteht.[3539]

1843. Eine Wettbewerbsbehinderung liegt bei Diskriminierungen jedenfalls dann vor, wenn durch die Ungleichbehandlung die Stellung der benachteiligten Handelspartner im Wettbewerb auf den vor- oder nachgelagerten Märkten beeinträchtigt wird.[3540] Hierbei spielt unter anderem eine Rolle, ob die ungleich behandelten Handelspartner im Wettbewerb zueinander stehen.[3541] Mangels Relevanz im vorliegenden Fall braucht hier der Meinungsstreit nicht vertieft zu werden, ob Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG auch Wettbewerbsbehinderungen erfasst, die sich durch eine Behinderung von Konkurrenten des

---

[3528] BGE 139 I 72 E. 10.2.2, *Publigroupe*.
[3529] Siehe etwa RPW 2020/2, 572 Rz 843, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*; ebenso, wenn auch etwas weniger deutlich, BGE 139 I 72 E. 10.2.2, Publigroupe.
[3530] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1220), Art. 7 KG N 299; BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 11.2.2, *Sport im Pay-TV*.
[3531] BGE 139 I 72 E. 10.2.3 m.w.H., *Publigroupe*; zur Terminologie etwa RPW 2020/2, 572 f. Rz 844, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.
[3532] RPW 2016/1, 195 Rz 459, *Swisscom WAN-Anbindung*.
[3533] BGE 139 I 72 E. 10.2.3 m.w.H., *Publigroupe*.
[3534] BGE 139 I 72 E. 10.2.2 m.w.H., *Publigroupe*.
[3535] BGE 139 I 72 E. 10.2.2, *Publigroupe*.
[3536] RPW 2020/2, 573 Rz 845, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.
[3537] Rz 1836.
[3538] Vgl. Rz 1831.
[3539] Rz 1832 f.
[3540] BGE 139 I 72 E. 10.2.2 m.w.H., *Publigroupe*, aus der Lehre statt anderer etwa BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1220), Art. 7 KG N 297 m.w.H.
[3541] Vgl. etwa BGE 139 I 72 E. 10.4.2, *Publigroupe*, wo bei der Beurteilung u.a. ausgeführt wurde, dass nicht kommissionierte Vermittler «gegenüber ihren direkten Konkurrenten» benachteiligt waren.

marktbeherrschenden Unternehmens auf dem beherrschten Markt selber auszeichnen, oder ob hierfür ein anderer Buchstabe des Beispielkatalogs einschlägig ist.[3542]

1844. Bezüglich des Ausbeutungsmissbrauchs bei einer Ungleichbehandlung ist in allgemeiner Hinsicht Folgendes festzuhalten: Eine Ungleichbehandlung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen führt zwangsläufig dazu, dass gewisse Handelspartner des marktbeherrschenden Unternehmens schlechtere Preise oder andere Geschäftsbedingungen erhalten als andere Handelspartner dieses Unternehmens. Hierin liegt ja gerade die Ungleichbehandlung. Allein die Tatsache der vergleichsweise schlechteren Konditionen der einen Handelspartner kann deshalb noch nicht als Ausbeutung ebendieser Handelspartner und damit als die relevante Wettbewerbsverfälschung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG verstanden werden.[3543] Denn dadurch würde das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung inhaltsleer; die Ungleichbehandlung als solche durch ein marktbeherrschendes Unternehmen wäre bereits die Ausbeutung. Vielmehr ist Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG auch hinsichtlich eines Ausbeutungsmissbrauchs an den Anforderungen von Art. 7 Abs. 1 KG zu messen.[3544]

D.7.3.1.5 Fehlende sachliche Rechtfertigung

1845. Eine Diskriminierung, welche die vorangehenden Tatbestandsmerkmale erfüllt, kann gerechtfertigt sein. Erforderlich sind dafür sachliche Rechtfertigungsgründe.[3545]

1846. Solche legitimate business reasons liegen insbesondere dann vor, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze, z.B. das Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners, stützen kann. Auch andere sachliche Gründe wie etwa eine veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten sowie technische Gründe kommen in Frage.[3546] Ebenfalls zu berücksichtigen sind Effizienzgründe, d.h. das Überwiegen wettbewerbsfördernder Wirkungen.[3547] Kurzum: sowohl objektive Rechtfertigungsgründe als auch Effizienzgründe kommen als rechtfertigende sachliche Gründe in Frage,[3548] wobei bei Zweiteren eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung zu erfolgen hat.[3549] Sachliche Gründe zur Rechtfertigung einer Behinderung oder einer Ausbeutung müssen vom marktbeherrschenden Unternehmen hinreichend detailliert vorgetragen werden, pauschale Aussagen genügen nicht.[3550]

1847. Eine Verhaltensweise, die in einem ersten Schritt als wettbewerbsverfälschend qualifiziert wurde (Behinderung oder Ausbeutung), kann im zweiten Schritt durch sachliche Gründe nur dann gerechtfertigt werden, wenn der in der Praxis sogenannte «Grundsatz der Verhältnismässigkeit» eingehalten wird.[3551] Die wettbewerbsverfälschende Verhaltensweise muss erstens überhaupt geeignet sein, um damit die vorgebrachten sachlichen Gründe zu erreichen. Geht einer Verhaltensweise diese Geeignetheit ab, kann mit ihr der vorgebrachte sachliche Grund nicht verwirklicht werden, weshalb dieser die Verhaltensweise von vornherein nicht zu begründen und damit auch nicht zu rechtfertigen vermag.[3552] Zweitens muss die wettbewerbsverfälschende Verhaltensweise erforderlich sein, um den vorgebrachten sachlichen Grund zu verwirklichen, was als «Gebot der Unerlässlichkeit» bezeichnet wird. Gemeint ist damit, dass es sich bei der wettbewerbsverfälschenden Verhaltensweise um das mildeste der in Frage kommenden geeigneten Mittel handeln muss. Stehen einem marktbeherrschenden Unternehmen mehrere Verhaltensweisen zur Verfügung, um den bezweckten Erfolg zu verwirklichen, hat es die am wenigsten wettbewerbsfeindliche Verhaltensweise zu wählen, d.h. diejenige Verhaltensweise, die am wenigsten wettbewerbsverfälschend ist.[3553] Tut das marktbeherrschende Unternehmen dies nicht, geht mit der von ihm gewählten Verhaltensweise eine grössere wettbewerbsverfälschende Auswirkung einher als zur Verwirklichung des vorgebrachten sachlichen Grundes notwendig wäre, wofür es entsprechend an einer Rechtfertigung fehlt.[3554]

1848. Bei der Beurteilung, ob eine Diskriminierung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist, ist zu beachten, dass bereits unter dem Tatbestandsmerkmal der Ungleichbehandlung geprüft wurde, ob die ungleich behandelten Geschäfte äquivalent sind. Unterscheiden sich zum Beispiel zwei Kundinnen in wesentlicher Hinsicht bezüglich ihrer Zahlungsfähigkeit, würde es sich nicht um äquivalente Geschäfte und dementsprechend gar nicht erst um eine Ungleichbehandlung handeln. Bei der Beurteilung der Rechtfertigung muss diese Prüfung daher nicht erneut durchgeführt werden.

[3542] Eine Erfassung unter Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG bejahend etwa BGE 139 I 72 E. 10.2.2 m.w.H., *Publigroupe*; RPW 2020/2, 573 ff. Rz 851 ff., *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen, mit umfangreicher Darstellung von Lehre und Praxis*; verneinend etwa BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1220), Art. 7 KG N 296 m.w.H. und 314 ff.

[3543] So spricht das BGer in BGE 139 I 72 E. 10.2.2, *Publigroupe*, «ungünstige, aufgezwungene Bedingungen» an, womit es eine Brücke zu Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG – dem reinen Ausbeutungsmissbrauch – schlägt, in dem die Rede ist von der «*Erzwingung* unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen» (Hervorhebungen durch Wettbewerbsbehörde).

[3544] BGE 139 II 72 E. 10.1.2, *Publigroupe*: «Ob die darin [im Beispielkatalog von Art. 7 Abs. 2 KG] aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist allerdings im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen». Noch deutlicher die in späteren Urteilen gewählte Formulierung, vgl. BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, Hallenstadion, wiedergegeben in Fn 3780.

[3545] BGE 139 I 72 E. 10.2.2 und auch E. 10.2.3, *Publigroupe*.

[3546] BGE 139 I 72 E. 10.1.2, *Publigroupe*.

[3547] BVGer, B-5819/2020 vom 31.10.2023 E. 8.1.2, *Eishockey im Pay-TV*.

[3548] RPW 2016/4, 1006 Rz 679, *Sport im Pay-TV*.

[3549] BVGer, B-4003/2016 vom 10.5.2022 E. 9.3.5.3 m.w.H., *Sport im Pay-TV*; BVGer, B-5819/2020 vom 31.10.2023 E. 9.6.4, *Eishockey im Pay-TV*.

[3550] BGE 146 II 217 E. 4.2 in fine, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

[3551] RPW 2016/4, 1006 Rz 681, *Sport im Pay-TV*; RPW 2014/4, 687 Rz 125, *Preispolitik SDA*; RPW 2011/1, 165 Rz 409, *DCC*.

[3552] BVGer, B-4003/2016 vom 10.5.2022 E. 9.1.2 m.w.H., *Sport im Pay-TV*; vgl. auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1220), Art. 7 KG N 179.

[3553] BGE 146 II 217 E. 5.9. m.w.H., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

[3554] Vgl. etwa BVGer, B-4003/2016 vom 10.5.2022 E. 9.1.2 m.w.H., *Sport im Pay-TV*; RPW 2016/4, 1006 Rz 681, *Sport im Pay-TV*; RPW 2014/4, 687 Rz 125, *Preispolitik SDA*; RPW 2011/1, 165 Rz 409, *DCC*; ferner etwa BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1220), Art. 7 KG N 180.

1849. Sodann ist darauf hinzuweisen, dass die Branchenüblichkeit einer Verhaltensweise als solche kein Rechtfertigungsgrund ist. Verhalten sich zahlreiche Unternehmen einer Branche ähnlich, kann dies nur, aber immerhin, ein Indiz dafür sein, dass sachliche Gründe für ebendieses Verhalten vorliegen, zum Beispiel, dass dadurch Kosteneinsparungen erzielt werden können. Diese sachlichen Gründen sind alsdann – sofern sie denn bestehen – der Rechtfertigungsgrund, nicht aber bereits die Branchenüblichkeit allein.

D.7.3.2 Beurteilung der Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen

D.7.3.2.1 Einleitung

1850. Es wurde festgestellt, dass KAGA ihren Aktionärinnen beim Rohkiesverkauf in mannigfaltiger Hinsicht Vorzugskonditionen gewährte, die sie anderen Kundinnen nicht einräumte.[3555] Von 1970 bis und mit 2014[3556] begünstigte sie ihre Aktionärinnen mit generell besseren Listenpreisen.[3557] Sie gewährte ihnen auch noch weitere Preisvorteile wie «Mengenrabatte» für Aktionärinnen[3558] (von 2003 bis und mit 2014)[3559], Rabatte für die Minderqualität des Kieses aus der Grube Bümberg[3560] (von 2007 bis und mit 2014)[3561] und punktuelle Sonderaktionen[3562] (in den Jahren 2006, 2008 und 2009)[3563]. Ausserdem gewährte sie den Aktionärinnen mit Kieswerk von 2002 bis und mit 2014[3564] einen von der Fahrdistanz und -zeit zum Kieswerk abhängigen Transportkostenausgleich.[3565] Ab 1996 misst sich die kartellrechtliche Zulässigkeit dieser Verhaltensweise am aktuellen Kartellgesetz (siehe Rz 1505).

1851. Bereits weiter vorne geprüft und bejaht wurde die marktbeherrschende Stellung der KAGA auf dem Markt für Rohkies.[3566] Nachfolgend ist daher zu beurteilen, ob sie diese Stellung durch die praktizierte Ungleichbehandlung missbrauchte. Dass KAGA auch auf dem Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub eine marktbeherrschende Stellung innehat (was ebenfalls weiter vorne bereits geprüft wurde),[3567] ist an dieser Stelle nicht zentral, da es hier nicht um einen allfälligen Missbrauch auf dem Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub geht.[3568]

D.7.3.2.2 Ungleichbehandlung bezüglich Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen

1852. Nachfolgend werden die diversen, oben festgestellten Vorzugsbehandlungen zugunsten der Aktionärinnen auf die genannten Kriterien des Tatbestandsmerkmals der Ungleichbehandlung hin beurteilt und zwar in dieser Reihenfolge: Listenpreise[3569], als «Mengenrabatte» für Aktionärinnen bezeichnete Vergünstigungen[3570], Rabatte für Minderqualität[3571], Sonderaktionen[3572] und schliesslich der Transportkostenausgleich[3573].

1853. **Listenpreise**: Es wurde festgestellt, dass KAGA ihren Aktionärinnen seit Anbeginn bis und mit 2014 deutlich bessere Listenpreise für die diversen Kiesprodukte anbot als Dritten. Ab 2004 war der Listenpreis für Dritte zunächst 40 % höher als derjenige für Aktionärinnen, wobei KAGA die Differenz noch weiter erhöhte auf schliesslich 47 % von 2009 bis und mit 2014.[3574] Allerdings wurde auch festgestellt, dass KAGA ausgewählten Dritten in einzelnen Jahren Rabatte auf deren Listenpreis gewährte,[3575] insbesondere vier spezifischen Dritten während dreier Jahre (2012 bis und mit 2014). Jedoch war dieser eingeräumte Spezialpreis selbst bei der grössten mengenabhängigen Rabattstufe – die von keinem dieser Dritten je erreicht wurde – immer noch rund 15 % höher als der voraussetzungslose, d.h. mengenunabhängige Listenpreis der Aktionärinnen.[3576]

1854. Die Produkte, die von den unterschiedlichen Listenpreisen betroffen sind, sind nicht bloss gleichartig (was auch schon ausreichen würde[3577]), sondern identisch. Zu beurteilen bleibt damit, ob sich die zu vergleichenden Geschäfte (Transaktionen) hinsichtlich der im Geschäftsverkehr als erheblich angesehenen Merkmale wesentlich unterscheiden oder nicht.

1855. Entscheidungskriterium dafür, welchen Listenpreis KAGA gegenüber einer Kundin anwandte, war einzig und alleine, ob diese Kundin Aktionärin von KAGA ist oder nicht.[3578] Andere Kriterien, insbesondere solche, die mit den Gegebenheiten des konkreten Geschäfts zu tun hätten (wie etwa die Bezugsmenge), spielten hierfür keine Rolle.

1856. Die Aktionärseigenschaft für sich alleine erscheint bereits aus obligationen- und steuerrechtlicher Sicht ein wenig opportunes Kriterium für eine Aktiengesellschaft, um ihre Kundschaft danach in zwei Kategorien zu unterteilen (Aktionärinnen einerseits, Dritte andererseits), für die (wesentlich) unterschiedliche Konditionen gelten. Obligationenrechtlich haben u.a. Aktionärinnen gemäss Art. 678 Abs. 2 OR Leistungen zurückzuerstatten, die sie von einer Aktiengesellschaft erhalten haben, soweit diese Leistungen in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung (und zur wirtschaftlichen Lage der

[3555] Die Sachverhaltsfeststellungen zu den Vorzugskonditionen insgesamt finden sich unter Rz 1006 ff.
[3556] Rz 1041.
[3557] Rz 1031 ff.
[3558] Rz 1067 ff.
[3559] Rz 1068.
[3560] Rz 1072 ff.
[3561] Rz 1074–1081.
[3562] Rz 1085 ff.
[3563] Rz 1088–1090.
[3564] Rz 1100 und 1116–1128.
[3565] Rz 1092 ff.
[3566] Zusammenfassend Rz 1801.
[3567] Zusammenfassend Rz 1825.
[3568] Die indirekte Vergünstigung der Deponierung, die für gewisse Aktionärinnen durch den Transportkostenausgleich erfolgte, wird im Kontext der Wettbewerbsverfälschung des Vorzugspreises für Kies behandelt (Rz 1905; zum Hintergrund der indirekten Bevorzugung beim Deponiepreis siehe Kapitel C.7.3.2, Rz 1017–1028).
[3569] Nachfolgend Rz 1853, oben Rz 1031 bis Rz 1064, siehe insb. Tabelle in Rz 1054.
[3570] Nachfolgend Rz 1860, oben Rz 1067 bis Rz 1071.
[3571] Nachfolgend Rz 1862, oben Rz 1072 bis Rz 1084.
[3572] Nachfolgend Rz 1863, oben Rz 1085 bis Rz 1090.
[3573] Nachfolgend Rz 1870, oben Rz 1092 bis Rz 1137.
[3574] Rz 1054.
[3575] Der von Dritten durchschnittlich bezahlte Preis ist in der Tabelle bei Rz 1141 aufgeführt, woraus ersichtlich ist, dass KAGA Dritten in einzelnen Jahren keine Rabatte gewährte, beläuft sich ihr Durchschnittspreis doch auf den Listenpreis für Dritte.
[3576] Rz 1059.
[3577] Rz 1838.
[3578] Rz 1061 f.

Gesellschaft)[3579] stehen. Werden Aktionärinnen oder diesen nahestehenden Personen vermögenswerte Vorteile ohne entsprechende Gegenleistungen eingeräumt, kann das ferner eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Verwaltungsratsmitglieder oder der Geschäftsführer gemäss Art. 754 OR nach sich ziehen.[3580] Steuerrechtlich gelten Zuwendungen einer Aktiengesellschaft, denen keine oder keine genügenden Gegenleistungen des Aktionärs entsprechen (und die nicht eine Rückzahlung einbezahlten Kapitals darstellen) und die einem an der AG nicht beteiligten Dritten nicht oder in wesentlich geringerem Umfang erbracht worden wären, als verdeckte Gewinnausschüttungen. Dies misst sich anhand eines Drittvergleichs (Prinzip des «dealing at arm's length»).[3581] Die Be- resp. Entreicherungen durch verdeckte Gewinnausschüttungen werden bei den daran beteiligten (juristischen oder natürlichen) Personen steuerrechtlich aufgerechnet.

1857. Bezüglich der hier im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG zu beurteilenden Ungleichbehandlung erweist sich die Aktionärseigenschaft als solche resp. deren Fehlen als ein nicht valables Kriterium, um hieran eine unterschiedliche Behandlung der Kundinnen anzuknüpfen. Zwar liegt ein Unterschied zwischen den zwei gebildeten Kundengruppen vor – Aktionärinnen einerseits, Dritte andererseits –, jedoch betrifft dieser Unterschied für sich alleine nicht ein Merkmal, das bezüglich der zu vergleichenden Geschäfte, dem Bezug von Kies-Produkten durch die Kundinnen, als im Geschäftsverkehr erheblich anzusehen ist.[3582] Denn zur Begründung eines in der Aktionärseigenschaft verkörperten, als erheblich anzusehenden Merkmals lässt sich nicht anführen, von KAGA sei bei den Aktionärinnen mit Hilfe der vorteilhafteren Listenpreise das von diesen eingegangene Investitionsrisiko zu entschädigen, was bei Dritten nicht der Fall sei.[3583] Zur Entschädigung des Investitionsrisikos durch Ausschüttungen (nebst dem Vermögenszuwachs durch Erhöhung des Werts der gehaltenen Beteiligung) stehen bei Aktiengesellschaften (wie KAGA es eine ist) die Dividenden zur Verfügung. Jede Aktionärin hat Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn (Art. 660 Abs. 1 OR), wobei sich der Anteil nach dem jeweiligen Betrag des einbezahlten Aktienkapitals bemisst (Art. 661 OR). Abweichungen von dieser Verteilregel sind nur statutarisch zulässig (Art. 661 OR), insbesondere durch Schaffung von Vorzugsaktien (Art. 654 ff. OR, insbesondere Art. 656 Abs. 2 OR), Vorzugs-Partizipationsscheinen (Art. 656a ff. OR, insbesondere Art. 656a Abs. 2 i.V.m. Art. 656 Abs. 2 OR)[3584] oder Genussscheinen (Art. 657 OR).[3585] Im Gegensatz dazu richtet sich das Ausmass der jeweiligen «Entschädigung» der einzelnen Aktionärinnen durch vorteilhaftere Listenpreise nicht nach der jeweiligen Kapitalbeteiligung (oder statutarisch eingeräumten finanziellen Vorzugsrechten), sondern dem jeweiligen Produkte-Bezug der einzelnen Aktionärinnen.[3586] Eine solche Verteilung steht nun nicht im Einklang mit der kapitalbezogenen Natur von Aktiengesellschaften[3587] und dürfte mit dem Gebot zur Gleichbehandlung von Aktionärinnen nur schwerlich zu vereinbaren sein (vgl. zu diesem etwa Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 und Art. 717 Abs. 2 OR). Kurzum: Allein der Unterschied, ob eine Kundin nun zugleich Aktionärin ist oder nicht, führt nicht dazu, dass hinsichtlich der beiden so gebildeten Kundengruppen ungleiche Sachverhalte bezüglich des Bezugs von Kies-Produkten durch diese Kundinnen im hier relevanten Sinne vorliegen würden.

1858. Denkbar wäre somit nur, aber immerhin, dass das von KAGA gewählte, wie ausgeführt nicht als relevant anzusehende Unterscheidungskriterium «Aktionärin» vorliegend zufälligerweise zur Bildung von zwei Kundengruppen führte, die sich wesentlich hinsichtlich im Geschäftsverkehr als erheblich angesehenen Merkmalen bezüglich des Bezugs von Kies-Produkten unterscheiden. Das ist aber nicht der Fall. Dies zeigt sich bereits[3588] daran, dass die von KAGA in «Die KAGA in Zahlen» namentlich ausgewiesene Drittkundin [U01] in einem ähnlichen Rahmen Kies-Produkte bei KAGA bezogen hat wie dies auch gewisse Aktionärinnen von KAGA taten.[3589]

1859. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass KAGA Aktionärinnen und Dritte bezüglich der Listenpreise von identischen Produkten ungleich behandelte, obwohl gleichartige Sachverhalte vorlagen, da sich die Geschäfte nicht wesentlich hinsichtlich der im Geschäftsverkehr als erheblich anzusehenden Merkmale unterschieden. Das Tatbestandsmerkmal der Ungleichbehandlung bezüglich Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen ist demnach hinsichtlich der unterschiedlichen Listenpreise für Aktionärinnen und für Dritte erfüllt.

[3579] Dieses – zumindest bei einem wörtlichen Verständnis geradezu deplatziert erscheinende – Kriterium (vgl. dazu auch BGE 140 III 602 E. 9, insbesondere E. 9.3) wurde mit der am 1.1.2023 in Kraft getretenen Änderung des Obligationenrechts vom 19.6.2020 aufgehoben (AS 2020 4005, 4025).

[3580] Exemplarisch BGer, 4A_259/2016 vom 13.12.2016 E. 4 ff.; zum Verhältnis zwischen Art. 678 und Art. 754 OR BGE 140 III 533 E. 3.2.

[3581] Statt anderer BGE 138 II 57 E. 2.2, auch E. 4.1.

[3582] Rz 1838.

[5383] Dahingehend aber die Aussage einer einvernommenen Person, siehe Rz 808., ferner auch Rz 821.

[3584] Vgl. dazu auch BGE 147 III 126 E. 3.

[3585] Eine Möglichkeit, die Gründer bei der Gründung zu begünstigen, bestünde sodann darin, ihnen gemäss Art. 628 Abs. 3 OR besondere Vorteile auszubedingen, die jedoch in den Statuten nach Inhalt und Wert genau zu bezeichnen wären.

[3586] Dies bedeutet: Je mehr eine Aktionärin bezieht, desto grösser ist ihre «Entschädigung», da sie ja für jeden bezogenen m3 Wandkies eine Entschädigung in Form des günstigeren Listenpreises erhält.

[3587] Sondern wäre ein genossenschaftlicher Gedanke (vgl. Art. 859 Abs. 2 OR) und als solcher untrennbar mit dem bei Genossenschaften geltenden Prinzip der offenen Tür (Art. 828 und 839 OR) verwoben, wonach eine nicht geschlossene Mitgliederzahl besteht und der Eintritt neuer Mitglieder nicht übermässig erschwert werden darf.

[3588] Die nachfolgende Sachverhaltsfeststellung ist für diesen Befund hinreichend, keineswegs aber notwendig. Denn für die Dritten kamen ja höhere (Listen)Preise zur Anwendung als für die Aktionärinnen, weshalb es auch bloss Folge der ungleichen Preise sein könnte, wenn jegliche Dritten ein wesentlich geringeres Geschäftsvolumen aufweisen würden als selbst die am wenigsten beziehenden Aktionärinnen. Mit anderen Worten müsste eigentlich die hypothetische Situation erfasst und beurteilt werden, wenn für die Dritten dieselben Preise und Konditionen gegolten hätten wie für die Aktionärinnen und das hypothetische Geschäftsvolumen der Dritten in dieser Situation wäre entscheidend. Ist aber wie hier selbst trotz unterschiedlichen Preisen das Geschäftsvolumen mindestens eines Dritten ähnlich demjenigen der am wenigsten beziehenden Aktionärinnen, steht erst recht fest, dass das irrelevante Kriterium «Aktionärin» nicht per Zufall zugleich mit dem möglicherweise als erheblich anzusehenden Merkmal «Geschäfts-volumen» übereinstimmt.

1860. **«Mengenrabatte» für Aktionärinnen**: Es wurde festgestellt, dass KAGA ihren Aktionärinnen von 2003 bis und mit 2014 «Mengenrabatte» gewährte, welche sie Dritten nicht einräumte.[3590] Damit bestehen hinsichtlich identischer Produkte unterschiedliche Konditionen, indem KAGA ihren Aktionärinnen einen «Mengenrabatt» gewährte, Dritten hingegen nicht. Dass die Aktionärseigenschaft aus Sicht der hier vorzunehmenden Beurteilung kein valables Kriterium ist, um die Kundinnen beim Bezug von Kies-Produkten zu unterteilen, wurde vorangehend hinsichtlich der Listenpreise erörtert.[3591] Diese Ausführungen treffen hier ebenso zu, und es kann vollumfänglich darauf verwiesen werden. Zu ergänzen ist, dass das Kriterium «Aktionärin» auch bei den «Mengenrabatten» nicht zufälligerweise zur Bildung von zwei Kundengruppen führte, die sich wesentlich hinsichtlich im Geschäftsverkehr als erheblich angesehenen Merkmalen bezüglich des Bezugs von Kies-Produkten unterscheiden. Vielmehr «verkörpert» sich ein unterschiedliches Geschäftsvolumen, das als erheblich angesehenes Merkmal betrachtet werden könnte,[3592] gerade im «Mengenrabatt» als solchem, hängt dieser doch von der bezogenen Menge ab. Das zusätzliche Kriterium «Aktionärin» stimmt damit nicht überein (einige Aktionärinnen bezogen mehr, andere weniger Kies als die rabattberechtigende Menge), sondern führte zusätzlich zur Mengenabhängigkeit des «Mengenrabatts» ein weiteres, geschäftsfremdes Merkmal ein. Das Tatbestandsmerkmal der Ungleichbehandlung bezüglich Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen ist demnach hinsichtlich der «Mengenrabatte», die den Aktionärinnen von KAGA gewährt wurden, nicht aber Dritten, ebenfalls erfüllt.

1861. Der Vollständigkeit halber sei ergänzt, dass KAGA den «Mengenrabatt» für Aktionärinnen in der Anfangsphase, namentlich von 2003 bis und mit 2005, den Aktionärinnen einzig bei einem Kiesbezug für die anschliessende Veredelung im Kieswerk gewährte. Ab 2006 gewährte sie den «Mengenrabatt» den Aktionärinnen hingegen unabhängig vom weiteren Verwendungszweck des Kieses, also auch etwa für eine Verwendung auf Baustellen.[3593]

1862. **Rabatte für Minderqualität**: Es wurde festgestellt, dass KAGA all ihren Aktionärinnen von 2007 bis und mit 2014 Rabatte für Minderqualität des Kieses aus der Grube Bümberg gewährte, welche sie Dritten nicht einräumte.[3594] Damit bestehen hinsichtlich identischer Produkte unterschiedliche Preise. Dass die Aktionärseigenschaft kein valables Kriterium ist, um die Kundinnen beim Bezug von Kies-Produkten zu unterteilen, wurde vorangehend hinsichtlich der Listenpreise erörtert.[3595] Diese Ausführungen treffen hier ebenso zu und es kann vollumfänglich darauf verwiesen werden. Ergänzend ist anzuführen, dass sich die Drittkundinnen nicht systematisch von den Aktionärinnen bezüglich ihren Qualitätsanforderungen an die Kies-Produkte unterscheiden; vielmehr sind Drittkundinnen in denselben Bereichen tätig wie Aktionärinnen (Hoch-, Tief- und/oder Strassenbau, aber auch Betrieb eines Kieswerks)[3596] und haben entsprechend dieselben oder jedenfalls ähnliche Qualitätsbedürfnisse. Das Kriterium «Aktionärin» führte dementsprechend auch bei den «Rabatten für Minderqualität» nicht zufälligerweise zur Bildung von zwei Kundengruppen, die sich wesentlich hinsichtlich im Geschäftsverkehr als erheblich angesehenen Merkmalen bezüglich des Bezugs von Kies-Produkten (oder ihren Qualitätsanforderungen an diese) unterscheiden. Das Tatbestandsmerkmal der Ungleichbehandlung bezüglich Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen ist demnach hinsichtlich der «Rabatte für Minderqualität», die den Aktionärinnen von KAGA gewährt wurden, nicht aber Dritten, ebenfalls erfüllt.

1863. **Sonderaktionen**: Es wurde festgestellt, dass KAGA ihren Aktionärinnen in den Jahren 2006, 2008 und 2009 Sonderaktionen gewährte, welche sie Dritten nicht einräumte.[3597] Diese Sonderaktionen waren inhaltlich jeweils etwas unterschiedlich: Im Jahr 2006 konnten die Aktionärinnen unentgeltlich 2'143 m^3 Kies beziehen, wobei KAGA zudem die dafür entstehenden Transportkosten finanzierte. Marti erhielt stattdessen eine Gutschrift über CHF 30'000.– «für Maschinenmiete (z.B. Abdeckung Bümberg) + Verrechnung von Zins von Darlehen».[3598] Im Jahr 2008 gewährte KAGA all ihren Aktionärinnen einen zusätzlichen Rabatt von CHF 1.– pro Tonne bei Kiesbezügen ab Bergacher.[3599] Im Jahr 2009 gewährte sie all ihren Aktionärinnen einen zusätzlichen Rabatt von CHF –.50 pro Tonne bei Kiesbezügen (unabhängig der Kiesgrube). Mit Marti traf sie 2009 eine «Speziallösung» im Wert von CHF 35'000.–, wonach diese eine Rechnung über den entsprechenden Betrag stellen konnte.[3600]

1864. Die Sonderaktionen 2008 und 2009 sind eine zusätzliche Vergünstigung der Einkaufspreise der Aktionärinnen bezüglich Kies-Produkten, die Drittkundinnen nicht erhielten. Relevante Unterschiede zur bereits betrachteten Situation der unterschiedlichen Listenpreise bestehen nicht. Die dortigen Ausführungen – insbesondere auch dazu, dass das Kriterium «Aktionärin» nicht zufälligerweise zur Bildung zweier Kundengruppen führte, die sich hinsichtlich im Geschäftsverkehr als erheblich angesehenen Merkmalen wesentlich unterscheiden würden, – treffen hier ebenso zu. Zur Vermeidung von Wiederholungen ist umfassend auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.[3601] Auf die mit Marti bei der Sonderaktion 2009 getroffene «Speziallösung» braucht aus kartellrechtlicher Sicht nicht näher eingegangen zu werden. Das Tatbestandsmerkmal der Ungleichbehandlung bezüglich Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen ist hinsichtlich der Sonderaktionen 2008 und 2009, die den Aktionärinnen von KAGA gewährt wurden, nicht aber Dritten, ebenfalls erfüllt.

[3589] Rz 524.
[3590] Rz 1067 ff.
[3591] Rz 1855 ff.
[3592] Wie es sich damit grundsätzlich verhält und insbesondere vorliegend mit der konkret gewählten rabattberechtigenden Menge (die offenbar in Abhängigkeit zur transportkostenberechtigten Kiesmenge festgelegt wurde), kann offengelassen werden.
[3593] Rz 1070.
[3594] Rz 1072 ff.
[3595] Rz 1855 ff.
[3596] Vgl. Rz 525 für die Aktivitätsbereiche der Drittkundinnen, Rz 68 f., 72 f., 76, 79, 82 und 85 für diejenigen der Aktionärinnen.
[3597] Rz 1088 ff.
[3598] Rz 1088.
[3599] Rz 1089.
[3600] Rz 1090.
[3601] Rz 1854 ff.

1865. Die Sonderaktion 2006 bestand demgegenüber aus einer identischen Menge Kies pro Aktionärin im Wert von je CHF 30'000.– (bei Zugrundelegung des Aktionärslistenpreises), welche die Aktionärinnen unentgeltlich beziehen konnten, wobei KAGA zusätzlich die jeweils damit verbundenen, unterschiedlichen Transportkosten übernahm. Marti erhielt statt Kies eine Gutschrift über CHF 30'000.– «für Maschinenmiete [und] Verrechnung von Zins von Darlehen». Da eine zum vornherein fix beschränkte Menge Kies unentgeltlich sechs von sieben Aktionärinnen abgegeben wurde und die siebte Aktionärin eine Gutschrift des Kiesgegenwerts zum Aktionärslistenpreis erhielt, stellt sich aufgrund der im Kartellrecht herrschenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise[3602] die Frage, ob die Sonderaktion 2006 in eine Naturaldividende umzudeuten ist. Diesfalls könnte sich das Abgrenzungskriterium «Aktionärin» als erheblich anzusehendes Merkmal erweisen bzw. könnte es an einer Ungleichbehandlung bezüglich Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen fehlen.[3603] Im Einzelnen:

1866. Schüttet eine Aktiengesellschaft Dividenden aus, ist die Eigenschaft «Aktionärin» resp. – genauer – der einbezahlte Aktienkapitalbetrag im Verhältnis zum Gesamtaktienkapital gemäss den einschlägigen Bestimmungen im OR das massgebliche Kriterium bei der Ausrichtung und Verteilung der Dividenden. Mit anderen Worten sind Aktionärinnen einerseits und Dritte andererseits ungleichartige Sachverhalte, wenn es um die Ausschüttung einer Dividende geht, weshalb diesbezüglich eine ungleiche Behandlung der beiden Gruppen angezeigt ist. Abgesehen davon betrifft die Ausschüttung von Dividenden grundsätzlich nicht Preise oder sonstige Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG. Eine Dividendenausschüttung an Aktionärinnen, nicht aber an Dritte, ist demnach regelmässig keine Ungleichbehandlung nach Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG. Das gilt ohne Weiteres für Dividenden, die als solche bezeichnet und gemäss den obligationenrechtlichen Regeln[3604] gebildet und verteilt wurden.

1867. Ob dasselbe auch für andere Leistungen einer Aktiengesellschaft an ihre Aktionärinnen gelten kann, die von ihr selber nicht als Dividenden ausgewiesen wurden, aber bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise allenfalls in solche umzudeuten sind, kann vorliegend offenbleiben, da eine Umdeutung der Sonderaktion 2006 in eine Naturaldividende nicht in Frage kommt. Eine solche Umdeutung setzt zunächst voraus, dass sämtliche Aktionärinnen von diesen Leistungen der AG profitieren, aber keine Dritten. Aufgrund des kapitalbezogenen Charakters von Aktiengesellschaften und dem Gebot zur Gleichbehandlung der Aktionärinnen muss sodann die Höhe der Leistungen der AG im Verhältnis zum jeweiligen Kapitalanteil der einzelnen Aktionärinnen stehen resp. einer allfälligen statutarischen, aktienrechtlich zulässigen abweichenden Bemessungsregel bezüglich Dividendenverteilung entsprechen.[3605] Andernfalls entspricht die fragliche Leistung der AG wirtschaftlich nicht einer Dividendenausschüttung und kann daher auch nicht in eine solche umgedeutet werden. Ob für die Umdeutung einer Leistung in eine Dividende noch weitere Punkte erfüllt sein müssten, braucht hier nicht geklärt zu werden, da vorliegend bereits der zweitgenannte Punkt nicht erfüllt ist.

1868. Von der Sonderaktion 2006 profitierten sämtliche Aktionärinnen, nicht aber Dritte. Der erste Punkt für eine Umdeutung ist damit erfüllt. Hinsichtlich des zweiten Punkts, der Verteilung nach Kapitalanteil, verhält es sich so, dass alle sieben Aktionärinnen von KAGA ein gleich grosses Aktienpaket halten.[3606] Damit eine Umdeutung in eine Naturaldividende anginge, müssten daher alle sieben Aktionärinnen dieselbe Leistung von KAGA erhalten haben. Das ist jedoch in zweierlei Hinsicht nicht der Fall. Erstens: Der Gegenwert des Kieses, den sechs der sieben Aktionärinnen erhielten, belief sich auf CHF 30'000.– (auf Grundlage Aktionärslistenpreis). Die siebte Aktionärin erhielt hingegen kein Kies, sondern eine Gutschrift über CHF 30'000.– «für Maschinenmiete (z.B. Abdeckung Bümberg) + Verrechnung von Zins von Darlehen». Nebst dem, dass damit von vornherein nicht alle Aktionärinnen dieselbe Naturalleistung erhielten, sind auch die Werte der Leistungen unterschiedlich. Die Gutschrift erfolgte nämlich nur zum Teil unentgeltlich («Verrechnung von Zins von Darlehen), zum anderen Teil war sie als Entschädigung für Gegenleistungen («Maschinenmiete») ausgewiesen und als solche nicht gleichwertig mit einer unentgeltlichen Leistung. Die Gutschrift an die siebte Aktionärin wies damit einen geringeren Wert auf als der Gegenwert des Kieses, den die sechs übrigen Aktionärinnen erhielten. Zweitens: Der Wert der Leistungen, welche die übrigen Aktionärinnen erhielten, war ebenfalls nicht stets derselbe. Der Gegenwert des Kieses war zwar für alle der Gleiche, jedoch übernahm KAGA zudem noch die damit zusammenhängenden, unterschiedlichen Transportkosten. Im Jahr 2006 machten die Transportkosten, die gemäss Berechnungen von KAGA auszugleichen waren, zwischen CHF 0.– (Daepp) und CHF 5.95 (Hofstetter) pro Tonne Kies aus, was einem Betrag zwischen CHF 0.– und CHF 11.90 pro Kubikmeter Kies entspricht.[3607] Bei der Sonderaktion 2006 erhielten die sechs Aktionärinnen 2'143 m^3 Kies (mit einem Gegenwert zum Aktionärslistenpreis von CHF 30'000.–). Die von KAGA erstatteten Transportkosten machten für die Sonderaktion dementsprechend zwischen CHF 0.– und CHF 25'501.70 aus. Die grösste Kiesleistung inkl. Transport von CHF 55'501.70 war fast doppelt so gross wie die geringste Kiesleistung inkl. Transport von CHF 30'000.–. Die von KAGA bei der Sonderaktion 2006 an die einzelnen Aktionärinnen erbrachten Leistungen stehen daher nicht im Einklang mit deren Beteiligungsverhältnissen. Entsprechend können diese (nicht als Dividendenausschüttung ausgewiesenen) Leistungen auch bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht in Naturaldividenden umgedeutet werden.

[3602] Siehe dazu etwa Rz 675, insbesondere Fn 1222 und die dortigen Verweise.
[3603] Alternativ könnte bei der Ausschüttung von Naturaldividenden auch beim Tatbestandsmerkmal Handelspartner angesetzt werden.
[3604] U.a. etwa Art. 671 Abs. 1, 674 Abs. 1, 675 Abs. 2 oder 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR.
[3605] Siehe dazu Rz 1857.
[3606] Rz 516.
[3607] Rz 1120.

1869. Mangels Möglichkeit zur Umdeutung der Sonderaktion 2006 in eine Dividendenausschüttung geht es auch bei der unentgeltlichen Abgabe von Kies inkl. Übernahme der Transportkosten im Rahmen der Sonderaktion 2006 um die Beziehung von KAGA zu ihren Kundinnen. KAGA bot eine limitierte Menge Kies einigen Kundinnen unentgeltlich und unter Übernahme der Transportkosten an, während sie dies anderen Kundinnen nicht anbot. Zur Vermeidung von Wiederholungen ist umfassend auf die Ausführungen bezüglich der unterschiedlichen Listenpreise zu verwiesen.[3608] Das Tatbestandsmerkmal der Ungleichbehandlung bezüglich Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen ist demnach auch hinsichtlich der Sonderaktion 2006, die den Aktionärinnen von KAGA gewährt wurden, nicht aber Dritten, erfüllt.

1870. **Transportkostenausgleich**: Es wurde festgestellt, dass KAGA ihren Aktionärinnen mit Kieswerk von 2002 bis und mit 2014 einen Transportkostenausgleich für den Bezug von Kies bis zu einer bestimmten Maximalmenge gewährte, den sie Dritten sowie Aktionärinnen ohne Kieswerk nicht einräumte.[3609] Damit bestehen hinsichtlich identischer Produkte unterschiedliche Konditionen, indem KAGA für einige Kundinnen die Transportkosten übernahm, für andere nicht. Dass die Aktionärseigenschaft kein valables Kriterium ist, um die Kundinnen beim Bezug von Kies-Produkten zu unterteilen, wurde vorangehend hinsichtlich der Listenpreise erörtert.[3610] Diese Ausführungen treffen hier ebenso zu und es kann darauf verwiesen werden.

1871. Zu ergänzen ist, dass das Kriterium «Aktionärin» beim Transportkostenausgleich mit dem Zusatzkriterium «mit Kieswerk» weiter eingeschränkt wurde. Doch auch diese zusätzliche Einschränkung führte nicht zufälligerweise zur Bildung von zwei Kundengruppen, die sich wesentlich hinsichtlich im Geschäftsverkehr als erheblich angesehenen Merkmalen bezüglich des Bezugs von Kies-Produkten unterscheiden. Für KAGA als Verkäuferin des Kieses ist es belanglos, wofür die Kundinnen das Kies nutzen; beim weiteren Verwendungszweck handelt es sich beim Bezug von Kies-Produkten bei KAGA nicht um ein als im Geschäftsverkehr als erheblich anzusehendes Merkmal, das für eine unterschiedliche Behandlung je nach weiterem Verwendungszweck sprechen würde. Nur, aber immerhin, dürften Kundinnen mit Kieswerk generell einen höheren Bedarf an Kies haben als Kundinnen ohne Kieswerk. Als im Geschäftsverkehr als erheblich anzusehendes Merkmal wäre jedoch nicht der Bedarf an sich zu sehen, sondern – wenn schon – die bei KAGA bezogene Menge. Und dieses Merkmal liesse sich durch Rabatte erfassen, die abhängig von der bezogenen Menge sind,[3611] nicht aber durch das Zusatzkriterium «mit Kieswerk», das die bezogene Menge unbeachtet lässt. Kommt hinzu, dass die Bedarfsüberlegungen ohnehin für alle Kundinnen mit Kieswerk unabhängig ihres Aktionärsstatus zutreffen – so bezog[3612] eine Drittkundin mit Kieswerk, [U01], im jährlichen Durchschnitt von 2003 bis und mit 2014 etwa gleichviel Kies bei KAGA wie die Aktionärin Vigier, die in Steinigand ein Kieswerk betreibt.[3613] Das Doppelkriterium «Aktionärin mit Kieswerk» bildete demnach nicht zufälligerweise zwei Kundengruppen, die sich wesentlich hinsichtlich im Geschäftsverkehr als erheblich angesehenen Merkmalen bezüglich dem Bezug von Kies-Produkten unterscheiden. Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob die Differenzierung, die der distanzabhängige Transportkostenausgleich selbst schuf, für sich alleine auch als Ungleichbehandlung anzusehen wäre oder ob die Fahrdistanz und -zeit zwischen Kiesgrube und Verwendungsort des Kieses als ein im Geschäftsverkehr als erheblich anzusehendes Merkmal betrachtet werden könnte. Das Tatbestandsmerkmal der Ungleichbehandlung bezüglich Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen ist demnach hinsichtlich dem Transportkostenausgleich, der den Aktionärinnen von KAGA mit Kieswerk gewährt wurden, nicht aber Dritten oder Aktionärinnen von KAGA ohne Kieswerk, ebenfalls erfüllt.

1872. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass KAGA Aktionärinnen und Dritte in Bezug auf die Listenpreise (1970 bis und mit 2014), den «Mengenrabatt» für Aktionärinnen (2003 bis und mit 2014), den Rabatt für Minderqualität (2007 bis und mit 2014, die Sonderaktionen 2006, 2008 und 2009 sowie den Transportkostenausgleich (2002 bis und mit 2014) trotz gleicher Sachlage (identische Produkte und Geschäfte, die sich nicht wesentlich hinsichtlich im Geschäftsverkehr als erheblich angesehener Merkmale unterscheiden) ungleich behandelte. In all diesen Fällen liegt eine Ungleichbehandlung bezüglich Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG vor. Für die Zeit ab 2015 wurde hingegen keine preisliche Ungleichbehandlung mehr festgestellt.[3614]

D.7.3.2.3 Handelspartner

1873. Die Ungleichbehandlung bezüglich Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen betraf die Kundinnen von KAGA beim Bezug von Kies-Produkten. Die Kundinnen von KAGA stehen offensichtlich in einem geschäftlichen Kontakt mit dieser. Die Kundinnen – und zwar sowohl die Aktionärinnen als auch die Drittkundinnen – sind in verschiedenen Bereichen tätig. Einige sind

[3608] Rz 1854 ff.
[3609] Rz 1092 ff., insb. Rz 1102 bis 1105.
[3610] Rz 1855 ff.
[3611] Siehe dazu auch Rz 1860 und insbesondere Fn 3592.
[3612] Ausführlicher dazu, dass die nachfolgende Feststellung hinreichend, aber nicht notwendig ist, Fn 3588. Wollte man gegen die nachfolgende Feststellung einwenden, die fragliche Drittkundin mit Kieswerk hätte aufgrund ihrer Entfernung zu den Abbaustellen von KAGA im Ergebnis ohnehin nicht vom Transportkostenausgleich profitiert und andere Drittkundinnen mit Kieswerk, die ähnlich hohe Bezüge gemacht hätten, seien nicht festgestellt, ist zweierlei zu erwidern: Erstens trifft es auch auf eine Aktionärin mit Kieswerk zu, dass sie aufgrund ihrer Entfernung zu den Abbaustellen von KAGA (bis zur Berücksichtigung eines weiteren Kieswerks von ihr) nicht vom Transportkostenausgleich profitierte – und gleichwohl wurde sie nicht über das Kriterium «Aktionärin mit Kieswerk» ausgeschlossen. Auf diesen Punkt ist daher nicht bei der Ungleichbehandlung, sondern bei der Wettbewerbsverfälschung weiter einzugehen. Zweitens dürfte es gerade eine Folge des Transportkostenausgleichs (kombiniert mit den übrigen Vorzugskonditionen für Aktionärinnen) gewesen sein, dass weiter von KAGA entfernte Aktionärinnen mit Kieswerk ihren Kiesbezug bei KAGA wesentlich erhöhten (illustrativ folgende Aussage eines Vertreters von Alluvia: «Ich würde sonst [ohne Transportkostenausgleich] nie einen Kubikmeter Kies bei KAGA beziehen, wegen der Distanz»; vgl. dazu Rz 374). Hätten weiter von KAGA entfernte Drittkundinnen mit Kieswerk dieselben Preise, Konditionen und den Transportkostenausgleich erhalten wie die Aktionärinnen von KAGA, könnte auch deren Kiesbezug bei KAGA wesentlich anders aussehen.
[3613] Rz 524.
[3614] Rz 1045–1048.

als Bauunternehmen im Hoch-, Tief- und/oder Strassenbau aktiv. Andere sind – regelmässig kombiniert – in den Bereichen Aushub, Entsorgung, Materialaufbereitung und vor allem auch Transport tätig, wobei beim Bezug von Kies-Produkten der letztgenannte Aspekt im Vordergrund steht. Schliesslich sind Kundinnen auch im Bereich der Kiesveredelung aktiv, betreiben also ein Kieswerk.[3615] Wie es sich mit den Konkurrenzverhältnissen verhält und insbesondere inwieweit und in welchen Bereichen Aktionärinnen mit Drittkundinnen in Konkurrenz stehen, wird beim Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung näher zu betrachten sein.[3616] An dieser Stelle ist festzuhalten, dass es sich dabei jeweils um nachgelagerte Wirtschaftsstufen handelt. Das Tatbestandsmerkmal der Handelspartner ist damit erfüllt.

D.7.3.2.4 Wettbewerbsverfälschung

1874. Die diversen ungleichen Preise und Konditionen, die KAGA anwandte, kamen teilweise ohne weitere Voraussetzungen zum Zuge, teilweise setzte ihre Gewährung die Erfüllung zusätzlicher Bedingungen voraus (z.B. Aktionärin mit Kieswerk). Entsprechend waren nicht immer dieselben Aktionärinnen und nachgelagerten Märkte betroffen. Deshalb werden nachfolgend zunächst die Ungleichbehandlungen, die ohne weitere Voraussetzungen praktiziert wurden,[3617] d.h. die Listenpreise, Rabatte für Minderqualität und die Sonderaktionen 2006, 2008 und 2009, gemeinsam betrachtet und anschliessend die an weitere Bedingungen geknüpften Ungleichbehandlungen je separat, d.h. der «Mengenrabatt» für Aktionärinnen[3618] (abhängig von der Menge) und der Transportkostenausgleich[3619] (abhängig von der Transportdistanz und dem zusätzlichen Kriterium «mit Kieswerk»). Diese sequenzielle Betrachtung bedeutet aber keineswegs, dass die Ungleichbehandlungen deshalb isoliert und unabhängig voneinander zu beurteilen wären. Sie wurden in der Realität meist gleichzeitig praktiziert und spielten zusammen, da sie zum Teil aufeinander abgestimmt waren[3620] und da sie – wo kumuliert angewandt – einander verstärkten.

1875. Vorab und für sämtliche Ungleichbehandlungen gleichermassen geltend ist allerdings festzuhalten, dass im Grundsatz keine Arbitragemöglichkeit hinsichtlich der vorteilhafteren Preise der Aktionärinnen bestand. Denn zwischen den Aktionärinnen und KAGA bestand Konsens darüber, dass eine Weitergabe der ihnen von KAGA gewährten Vorzugskonditionen an Dritte nicht statthaft ist.[3621] Arbitrage, welche die unterschiedlichen Preise hätte einander angleichen und dadurch eine allfällige Wettbewerbsverfälschung nach einer gewissen Zeit hätte minimieren oder gar beseitigen können, wurde damit ausgeschlossen und war entsprechend nicht, jedenfalls nicht in relevantem Ausmass, vorhanden.

Wettbewerbsverfälschung durch Listenpreise, Rabatte für Minderqualität und Sonderaktionen 2006, 2008 und 2009

1876. Diese Ungleichbehandlungen betrafen sämtliche Handelspartnerinnen von KAGA beim Bezug von Kies unabhängig davon, in welchen Tätigkeitsbereichen diese Kundinnen tätig sind. Zu Wettbewerbsverzerrungen durch die Ungleichbehandlungen konnte es dementsprechend auf all diesen nachgelagerten Märkten kommen, in welchen die Kundinnen der KAGA tätig sind. Im Folgenden werden zunächst allgemeine, für sämtliche nachgelagerten Märkte gleichermassen geltende Erwägungen festgehalten, bevor auf spezifische nachgelagerte Märkte eingegangen wird.

1877. In den internen Unterlagen von KAGA wird festgehalten, dass KAGA in erster Linie für ihre Aktionärinnen da sei,[3622] den Aktionärinnen in ihrem jeweiligen Wettbewerb diene[3623] und die Wettbewerbsfähigkeit der Aktionärinnen in deren Geschäft fördere[3624]. Die Ungleichbehandlungen bezüglich der Preise und übrigen Geschäftsbedingungen beim Bezug von Kies ist in diese Grundhaltung eingebettet. In der Unternehmensstrategie 2003+ wird dies wie folgt umschrieben: «Die KAGA versorgt ihre Aktionäre laufend mit qualitativ hochstehendem und günstigem Wandkies zur Weiterverarbeitung und verhilft ihnen damit zu Wettbewerbsvorteilen».[3625] Ein externer Berater von KAGA brachte diese Strategie gestützt auf Einzelinterviews mit den VR-Mitgliedern von KAGA frank und frei auf den Punkt: «1. Sie [KAGA] dient den Aktionären in ihrem jeweiligen Wettbewerb. 2. KAGA soll im Kiesbereich: […] den Bezug von nicht allzu teurem Kies (Aktionärspreis) ermöglichen […] den Kiespreis für Dritte hochhalten (Diskriminierung). […] 4. KAGA soll im weiteren: […] Konkurrenz verhindern, Markt beruhigen»[3626] Wie diese Ausführungen zeigen, kann die Wettbewerbsstellung der Aktionärinnen von KAGA durch die Ungleichbehandlungen auf zwei Wegen gefördert werden – einerseits durch vorteilhafte, günstige Aktionärspreise für sie («nicht allzu teurem Kies»), andererseits durch nachteilige, hohe Preise für Dritte (Kiespreis für Dritte «hochhalten»). KAGA und ihre branchenkundigen VR-Mitglieder strebten also mit den Ungleichbehandlungen an, den Wettbewerb auf nachgelagerten Märkten durch Begünstigung der Aktionärinnen und durch Behinderung der Dritten zu Gunsten der Aktionärinnen zu verfälschen.[3627] Das spricht dafür, dass die Ungleichbehandlungen genau hierfür denn auch geeignet waren und dieses Ziel damit erreicht werden konnte.

[3615] Vgl. Rz 525 für die Aktivitätsbereiche der Drittkundinnen, Rz 68 f., 72 f., 76, 79, 82 und 85 für diejenigen der Aktionärinnen.
[3616] Siehe Rz 1843; dementsprechend behandelt hiernach unter Rz 1874 ff.
[3617] Rz 1876 ff.
[3618] Rz 1896 ff.
[3619] Rz 1902 ff.
[3620] So gewährten sich die Aktionärinnen den «Mengenrabatt» für Aktionärinnen ab der Menge, ab welcher der gewährte Transportkostenausgleich aufhörte (Rz 1067).
[3621] Siehe dazu die Sachverhaltsfeststellungen in Rz 1035–1037 und zur rechtlichen Würdigung dieses Konsenses Rz 1589 ff.
[3622] Rz 754, 760, 761 und 770.
[3623] Etwa Rz 768.
[3624] Rz 763, auch Rz 758.
[3625] Rz 768.
[3626] Rz 764.
[3627] Siehe auch Rz 1063 f.

1878. Nebst dieser allgemeinen Ausrichtung von KAGA ist für sämtliche nachgelagerten Märkte das Ausmass der Preisdifferenz relevant: Der Listenpreis für Dritte war ab 2004 mindestens 40 % höher als derjenige der Aktionärinnen, wobei KAGA die Differenz noch weiter erhöhte, so dass sie von 2009 bis und mit 2014 gar 47 % betrug. Hinzu kam für die Aktionärinnen ab 2007 noch der Rabatt für Minderqualität bei einem Bezug ab Bümberg, der den Aktionärslistenpreis zusätzlich um 7 % (2007, 2009–2014) resp. 14 % (im Jahr 2008) reduzierte. Bei der Sonderaktion 2008 wurde sodann ein zusätzlicher Preisnachlass von 14 % auf dem Aktionärslistenpreis auch auf Kiesbezügen ab Bergacher gewährt, während die Sonderaktion 2009 aus einer weiteren Preisreduktion von 7 % auf dem Aktionärslistenpreis unabhängig der Abbaustelle bestand. Bei der Sonderaktion 2006 wurde eine Kiesmenge von je über 2'000 Kubikmetern unentgeltlich und inklusive Übernahme der Transportkosten verteilt. In den «Spitzenjahren» 2008 und 2009, in denen sich die Listenpreise, der Rabatt für die Minderqualität und eine Sonderaktion kumulierten, war der Drittpreis 68 % (2008 unabhängig dem Bezugsort) resp. 72 % (2009 bei einem Bezug ab Bümberg) höher als der Aktionärspreis.

1879. Immerhin im Verhältnis zu vier Dritten war die Differenz insbesondere in den Jahren 2012 bis und mit 2014 etwas geringer. Denn im Zuge der Einführung der Kiesbezugspflicht[3628] schloss KAGA mit vier Dritten spezielle Vereinbarungen ab, die einen gestaffelten Mengenrabatt vorsahen. Aber auch so belief sich die Preisdifferenz zwischen den Aktionärinnen gegenüber [U01], die als einzige Dritte in den Jahren 2013 und 2014 die zweithöchste Rabattstufe erreichte, noch auf 31 % resp. im Jahr 2012, als [U01] die mittlere Rabattstufe erreichte, auf 35 %.[3629] Selbst wenn eine Dritte je die höchste Rabattstufe erreicht hätte, was nicht der Fall war, wäre ihr Preis weiterhin um 26 % höher gewesen als derjenige der Aktionärinnen.

1880. Unabhängig davon, in welchem Tätigkeitsbereich die Dritten aktiv sind, bezahlten sie demnach für den Bezug von Kies bei KAGA eklatant mehr als die Aktionärinnen, nämlich mindestens 31 % und bis zu 72 % mehr.

1881. Spezifisch bezüglich dem nachgelagerten Markt der Kiesveredelung, wenn also die Handelspartnerinnen von KAGA ein Kieswerk betreiben, hielt der VR von KAGA bereits früh, nämlich 1974, folgenden Grundsatz fest in Bezug auf [U01], d.h. in Bezug auf diejenige Dritte, die in unmittelbarer Nähe zu den Abbaustellen von KAGA ein Kieswerk betreibt: «Diese Firma [U01] sollte auf jeden Fall mit unserem Wandkies keine Konkurrenzierung der Aktionäre vornehmen können».[3630] Vergleichbare Überlegungen strengte der VR von KAGA 1976 auch in Bezug auf [U02] an, die ebenfalls im näheren Marktumfeld von KAGA ein Kieswerk betreibt.[3631] 2005 wurde im Hinblick auf eine VR-Sitzung von KAGA bezüglich [U01] Folgendes festgehalten: «Die KAGA verkauft ihren Kies zum Grossteil an die Aktionäre. Auch die [U01] ist Kieskunde der KAGA (…) Im Tagesgeschäft sind die [U01] und die KAGA keine Konkurrenten, da die KAGA gemäss Strategie nicht direkt im Kiesmarkt auftritt. Indirekt entsteht aber den auf dem Markt aktiven KAGA-Aktionären durch die [U01] Konkurrenz, und das Nebeneinander der beiden Kiesbetriebe [U01] und KAGA beinhaltet eine gewisse Unruhe und Unberechenbarkeit betreffend Kies- und Deponiepreis im Markt».[3632] Diese Passagen zeigen einerseits, dass KAGA und ihre branchenkundigen VR-Mitgliedern [U01] als eine Konkurrentin derjenigen Aktionärinnen einstufen, die Kiesveredelung praktizieren. Andererseits zeigen sie, dass KAGA die Preise für Dritte insbesondere mit Blick auf [U01] und [U02] so ausgestaltete, dass es [U01] und [U02] – und den Dritten ganz allgemein –, nicht möglich war, damit die Aktionärinnen effektiv zu konkurrenzieren.

1882. Nebst dieser bewussten Positionierung von KAGA bezüglich des nachgelagerten Markts der Kiesveredelung sind hinsichtlich der Wettbewerbssituation auf diesem Markt folgende Punkte relevant: Die Betreiber von Kieswerken, also die Anbieter auf dem Markt der Kiesveredelung, stellen normierte Produkte her.[3633] Bei normierten, einheitlichen Produkten – wie eben veredeltem Kies – steht für deren Nachfrager[3634] der Preis im Vordergrund. Elementar für die Betreiber von Kieswerken ist der Zugang zu Rohkies, den sie veredeln können.[3635] Es handelt sich dabei um den zentralen Produktionsfaktor bei der Kiesveredelung und entsprechend bedeutend sind die Kosten des Rohkieses für die Herstellung von veredeltem Kies.[3636] Weiter wurde festgestellt, dass die Betreiber von Kieswerken aufgrund der unterschiedlichen Zusammensetzung des selbst abgebauten Rohkieses darauf angewiesen sind, zur Ergänzung anders zusammengesetztes Rohkies aus weiteren Quellen (Abbaustellen, kieshaltige Aushübe) oder einzelne Komponenten (von anderen Kieswerken) zu beziehen.[3637] Auch die etappenweise Bewirtschaftung von Kiesabbau und Deponieauffüllung[3638] kann dazu führen, dass Betreiber von Kieswerken während gewissen Phasen auf die Zuführung von Rohkies aus weiteren Quellen, z.B. aus anderen, eigenen oder fremden Abbaustellen,[3639] angewiesen sind. Festgestellt wurde schliesslich, dass aufgrund des engen Zusammenspiels von Kiesgruben und Kieswerken diese wesensgemäss Hand in Hand gehen und meist eine vertikale Integration vorliegt.[3640] Die hohen Marktzutrittsschranken im Markt für Rohkies[3641] wirken sich daher auch auf den Markt der Kiesveredelung aus; die Anzahl Wettbewerbsteilnehmer ist entsprechend gering und Neueintritte sind sehr schwierig.

[3628] Dazu Rz 1933 ff.
[3629] Siehe zu den speziellen Vereinbarungen Rz 1059, zum Listenpreis, der in diesen Jahren für die Aktionärinnen galt, Rz 1054, und zur Höhe des Rabatts für Minderqualität in den Jahren 2012–2014 Rz 1079–1081.
[3630] Rz 732; siehe bereits die Vorgängerin der KAGA, die vor den «Gefahren eines Zwischenhandels» warnte, der namentlich von [U01] ausgehen könnte, Rz 714.
[3631] Rz 742.
[3632] Rz 771.
[3633] Rz 284.
[3634] Zu den Nachfragern nach veredelten Kiesprodukten Rz 297 ff.
[3635] Dazu Rz 286 ff.
[3636] Siehe Rz 295 Fn 527 für eine Angabe zum Grössenverhältnis der Aufbereitungskosten, die ins Verhältnis zu den Kiespreisen zu setzen sind.
[3637] Rz 285.
[3638] Rz 240.
[3639] Exemplarisch in diesem Zusammenhang etwa der turnusmässige Betrieb von nahegelegenen Deponien desselben Betreibers, vgl. Rz 363.
[3640] Rz 286 ff.
[3641] Rz 1790 ff.

1883. Bei beiden ungleich behandelten Kundengruppen – Aktionärinnen einerseits, Dritten andererseits – sind Kundinnen dabei, die auf dem Markt der Kiesveredelung als Anbieterinnen tätig sind. Abgestuft nach der Nähe zu den Abbaustellen von KAGA sind dies bei den Aktionärinnen Daepp, Heimberg, Kästli, Vigier, Messerli und Hofstetter (Marti-Gruppe betreibt zwar auch Kieswerke, jedoch in noch grösserer Entfernung, weshalb sie hier nicht als Betreiberin eines Kieswerks – im Übrigen ebenso wie von KAGA selbst, etwa bezüglich Berechtigung zum Transportkostenausgleich[3642] – gezählt wird). Bei den Drittkundinnen ist es vor allem [U01], die in unmittelbarer Nähe zu den Abbaustellen von KAGA ein Kieswerk betreibt[3643] und damit in Konkurrenz zu denjenigen Aktionärinnen von KAGA steht, die ebenfalls in der Umgebung von KAGA Kieswerke betreiben.[3644] Vereinzelt bezog auch [U02], die in Linden ein Kieswerk betreibt (das zeit- und distanzmässig etwa ähnlich weit entfernt ist von den Abbaustellen von KAGA wie das Kieswerk von Kästli in Rubigen)[3645], Kies bei KAGA.[3646] Zumindest diese zwei Drittkundinnen stehen mit den in der Kiesveredelung tätigen Aktionärinnen in aktueller Konkurrenz, wobei sich deren Tätigkeitsgebiete in räumlicher Hinsicht teilweise fast decken, teilweise aber auch «bloss am Rande» mehr oder weniger überschneiden[3647].

1884. Auf dem Markt für Kiesveredelung führte die Ungleichbehandlung der Handelspartnerinnen insbesondere in Anbetracht der grossen Preisdifferenz (zwischen 31 % und 72 %),[3648] der fehlenden Arbitragemöglichkeit,[3649] der Bedeutung von Rohkies als Produktions- und Kostenfaktor und aufgrund der notwendigen Ergänzungsbezüge aus anderen Rohkiesquellen wegen der unterschiedlichen Zusammensetzung des Rohkieses oder aufgrund einer etappenweisen Bewirtschaftung[3650] zu einer Wettbewerbsverfälschung bzw. – erst recht – zur Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung zwischen den begünstigten Aktionärinnen, die Kieswerke betreiben, und den behinderten Drittkundinnen, die ebenfalls Kieswerke betreiben. Das entspricht im Übrigen auch der Absicht von KAGA, sollte es auf dem Markt für Kiesveredelung den Drittkundinnen doch nicht möglich sein, die Aktionärinnen mit bei KAGA bezogenem Rohkies konkurrenzieren zu können.[3651]

1885. Spezifisch bezüglich der nachgelagerten Baumärkte (Hoch-, Tief- und Strassenbau), wenn also die Handelspartnerinnen von KAGA den Kies unveredelt auf Baustellen verwenden, lassen sich aus mehreren Passagen aus den Sachverhaltsfeststellungen diesbezügliche Einschätzungen von KAGA ableiten. So hielt etwa der VRP von KAGA bezüglich einer Kiesaktion im Jahr 2000 fest, mit dem Sonderpreis dürften die «Baufirmen» Kästli, Marti und [U11] keinen Handel betreiben. Die Differenz dürfe sich auf keinen Fall bis auf die Baustelle auswirken.[3652] Zum Transportkostenausgleich hielt der Geschäftsführer von KAGA fest, dieser habe «nicht für die Bauunternehmungen der Aktionäre» gegolten, «sonst wären wir im Wettbewerb gewesen und wir wollten nicht direkt mit dem Kies an den Markt. Die KAGA wollte die Baustellen nicht beeinflussen».[3653] Ebenfalls zum Transportkostenausgleich hielt der VRP von KAGA an seiner Einvernahme unter anderem fest: «Wir haben sehr bewusst geschaut, dass es keine Ungleichbehandlung auf dem Markt gibt. Der TA [Transportkostenausgleich] hat lediglich für die Lieferungen zum Kieswerk gedient [nota bene lediglich für Kieswerke der Aktionärinnen], also für die Veredlung des Kieses im Werk. Die KAGA hat das Kies nicht direkt auf den Markt gebracht. (…) Wir wollten keine Verzerrung oder Diskriminierung von Dritten. Wenn der TA direkt für die Baustellenlieferungen gegolten hätte, dann wäre dies sicher eine Diskriminierung für Dritte gewesen. Aber das haben wir nicht getan».[3654] Sodann wurde bei strategischen Arbeiten von KAGA etwa festgehalten: «Preisdifferenzierung für Kieswerk und Baustelle: für Kampf gegen Dritte»[3655] oder «KAGA soll nicht: […] Wandkiesverkauf an Bauunternehmen (höchstens mit genügender Preisdiskriminierung)»[3656].

1886. Aus diesen Passagen lässt sich dreierlei ableiten. Erstens lässt sich aus den Passagen schliessen, dass KAGA davon ausging, Preisunterschiede beim Kiesbezug hätten einen Einfluss auf die Wettbewerbssituation zwischen den Bauunternehmen, andernfalls hätte es die Baustellen von vornherein nicht beeinflussen können, wenn auch für Transporte auf Baustellen ein Transportkostenausgleich ausgerichtet worden wäre. Zweitens zeigt sich, dass KAGA darum bemüht war, den Rohkiespreis für Bauunternehmen, also für die Verwendung von unveredeltem Kies im Hoch-, Tief- und Strassenbau auf Baustellen, hoch zu halten. Die Preise für die Dritten setzte sie unter anderem mit diesem Hintergedanken fest. Drittens kann aus diesen Passagen abgeleitet werden, dass KAGA in diesem Wettbewerb möglichst wenig in Erscheinung treten wollte. Aus dem Willen, nicht als direkt im Markt auftretende Akteurin wahrgenommen zu werden, kann aber nicht – wie es der VRP der KAGA tun möchte – geschlossen werden, es finde keine Wettbewerbsverfälschung statt. Das zeigen die folgenden Erwägungen.

1887. Nebst diesen Einschätzungen und Absichten von KAGA und ihren Exponenten ist relevant, dass Rohkies fast nur im Tief- und Strassenbau und nicht im Hochbau zum Einsatz kommt, weshalb nachfolgend auf den Tief- und Strassenbau fokussiert wird. Im Tief- und Strassenbau ist aus Sicht der dortigen Marktgegenseite regelmässig der Preis der wichtigste Wettbewerbsparameter.[3657] Welche Bedeutung die Kosten für den Rohkies bei den Angeboten der Bauunternehmen im Tief- und

[3642] Rz 1133.
[3643] Rz 525.
[3644] Rz 1881 hiervor.
[3645] Siehe in diesem Kontext auch Rz 385.
[3646] Rz 525, Fn 993.
[3647] Zu diesem Thema vgl. Rz 1778 f.
[3648] Rz 1878 f.
[3649] Rz 1875.
[3650] Rz 1882.
[3651] Rz 1881.
[3652] Rz 757.
[3653] Rz 806.
[3654] Rz 1132.
[3655] Rz 758.
[3656] Rz 764.
[3657] Exemplarisch RPW 2020/3a, 1087 Rz 1052 ff., *Bauleistungen See-Gaster*.

Strassenbau haben, lässt sich nicht verallgemeinern, sondern hängt von den konkreten Bauprojekten ab – namentlich dem Bedarf an Rohkies und dessen Verhältnis zu den weiteren Arbeiten und Materialien. Insofern fällt in genereller Hinsicht zwar auf, dass Bauunternehmen vergleichsweise weniger Rohkies als veredelten Kies nachfragen,[3658] was bedeutet, dass der Kostenfaktor «Rohkies» verglichen mit dem Kostenfaktor «veredeltem Kies» über sämtliche Bauprojekte betrachtet von geringerer Bedeutung ist. Daraus lässt sich aber nicht schliessen, dass der Kostenfaktor «Rohkies» generell bei allen Tief- und Strassenbauprojekten bloss ein vernachlässigbar geringer Anteil an den Gesamtkosten ausmachen würde und daher für den Wettbewerb zwischen den Bauunternehmen von vornherein irrelevant wäre. Entscheidend dafür, welche Bedeutung der Kostenfaktor Rohkies hat, ist vielmehr letztlich der Gegenstand eines spezifischen Tief- oder Strassenbauprojekts.[3659] Bei einigen mag Rohkies als Kostenfaktor von keiner oder bloss einer geringen Bedeutung sein, bei anderen hingegen mag Rohkies eine nicht zu vernachlässigende Position sein.

1888. Bei beiden ungleich behandelten Kundengruppen – Aktionärinnen einerseits, Dritte andererseits – sind jeweils Kundinnen dabei, die auf den nachgelagerten Tief- und Strassenbaumärkten als Anbieterinnen tätig sind. Bei den Aktionärinnen sind dies Kästli-Gruppe und Marti-Gruppe. Bei den Drittkundinnen sind es – nebst zahlreichen weiteren – unter anderem [U25] und [U36].[3660] Die zwei genannten Aktionärinnen Kästli-Gruppe und Marti-Gruppe stehen mit den im Tief- und Strassenbau tätigen Drittkundinnen in Konkurrenz.

1889. Mit ihrem Angebot, das sich auf unveredelten Kies beschränkt, wollte KAGA ihren Einfluss «auf die Baustellen» zwar möglichst gering halten und gewährte daher den Transportkostenausgleich einzig Aktionärinnen zur Veredelung des Kieses in Kieswerken. Bei diesen Überlegungen zum Transportkostenausgleich überging sie jedoch, dass ihre übrigen Vorzugskonditionen beim Kiesbezug sehr wohl auch für die Bauunternehmen der Aktionärinnen galten und sie damit «die Baustellen» beeinflusst. Geradezu illusorisch erscheint es, einerseits den Bauunternehmen der Aktionärinnen Vorzugskonditionen einzuräumen und Kiesaktionen zu gewähren, und andererseits zu verlangen, dass sich dies nicht «auf die Baustellen auswirken» soll. Gemeint sein kann damit höchstens, dass in den jeweiligen Offerten der Bauunternehmen nicht ein tieferer Rohkiespreis als derjenige der Drittkundinnen ausgewiesen werden soll; dass der Bauherr also nicht von den unterschiedlichen Preisen erfahren soll. Auf «die Baustellen auswirken» kann sich die Preisdifferenz aber ohne Weiteres auch so, indem die Aktionärs-Bauunternehmen den nicht offengelegten Kostenunterschied beim Rohkiesbezug einfach bei anderen Positionen einrechnen und diese im entsprechenden Ausmass reduzieren können.

1890. Anders als auf dem nachgelagerten Markt für Kiesveredelung[3661] kann Rohkies auf den nachgelagerten Tief- und Strassenbaumärkten nicht allgemeingültig als ein relevanter Kostenfaktor bezeichnet werden; entscheidend für dessen Bedeutung ist letztlich der Gegenstand des jeweiligen konkreten Tief- oder Strassenbauprojekts. Dennoch: Werden die gesamten Umstände berücksichtigt, führte die Ungleichbehandlung der Handelspartnerinnen auch auf den nachgelagerten Tief- und Strassenbaumärkten zu einer Wettbewerbsverfälschung bzw. zur Gefahr einer solchen. Ausschlaggebend dafür sind folgende Punkte: Von grosser Bedeutung ist zunächst die eklatante Preisdifferenz von mindestens 40 % bis zu 72 %,[3662] wobei auch hier keine Arbitragemöglichkeit bestand.[3663] Bei denjenigen Tief- und Strassenbauprojekten, bei welchen Rohkies ein nicht zu vernachlässigender Kostenfaktor war, waren die Dritt-Bauunternehmen im Wettbewerb im Verhältnis zu den Aktionärs-Bauunternehmen behindert. Weiter fällt ins Gewicht, dass KAGA den Preis für die Drittkundinnen gezielt hoch ansetzte und sich darum bemühte, dass die geringeren Kiespreise, welche die Aktionärs-Bauunternehmen bezahlten, der Marktgegenseite auf den nachgelagerten Tief- und Strassenbaumärkten (den Bauherren), nicht offengelegt wurden.[3664] Damit sollte das Preisniveau von Rohkies auf diesen nachgelagerten Märkten hochgehalten werden, wodurch der ungleichen Behandlung auch eine ausbeuterische Komponente zukommt.

1891. Schliesslich ist noch spezifisch der Markt für Transportdienstleistungen zu betrachten, zu dem sich keine direkten Äusserungen von KAGA oder ihren Exponenten finden. Bei beiden ungleich behandelten Kundengruppen – Aktionärinnen einerseits, Dritte andererseits – sind jeweils Kundinnen dabei, die auf dem Markt für Transportdienstleistungen als Anbieterinnen tätig sind. Alle Aktionärinnen bis auf Marti-Gruppe führen Transportdienstleistungen bei ihren Angeboten im Internet ausdrücklich als einen Tätigkeitsbereich von sich auf,[3665] wobei Alluvia spätestens seit 2014[3666] mit Lehmann und Kästli-Gruppe spätestens seit 2011[3667] mit der Uhlmann AG zudem über hierauf spezialisierte Tochtergesellschaften verfügen. Bei den Drittkundinnen sind – nebst zahlreichen weiteren – unter anderem [U37],[3668] [U38],[3669] [U04], [U01], [U39], [U40], [U41] und [U43] als Transportunternehmen tätig.[3670] Diese sechs Aktionärinnen stehen mit den im Transportwesen tätigen Drittkundinnen in Konkurrenz.

[3658] Rz 273 einerseits und Rz 297 und 300 andererseits.

[3659] Was im Übrigen damit in Einklang steht, dass sich im Zusammenhang mit Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 KG einzelne Bauprojekte als einzelne sachlich und räumlich relevante Märkte abgrenzen lassen (exemplarisch etwa RPW 2018/4, 736 ff., *Engadin U*; RPW 2019/2, 302 ff., *Engadin V*; RPW 2013/4, 524 ff., *Strassen- und Tiefbau Zürich*; RPW 2012/2, 270, *Strassen- und Tiefbau Aargau*).

[3660] Rz 525, Fn 991.

[3661] Rz 1882.

[3662] Rz 1878 f. Spezielle Vereinbarungen hat KAGA mit keinem Dritt-Bauunternehmen abgeschlossen, vgl. die Hinweise in Fn 3629.

[3663] Rz 1875.

[3664] Rz 1885 und 1889.

[3665] <www.daeppbeton.ch>, <www.kwheimberg.ch>, <www.kaestligruppe.ch>, <www.hofstetter.ch>, <www.messerli-kieswerk.ch>, <www.vigier-beton-berner-oberland.ch> sowie <www.marti-bern.ch> (alle zuletzt besucht am 13.6.2023).

[3666] Zum zeitlichen Ablauf der Übernahme von Lehmann siehe Fn 2318.

[3667] Rz 196, Fn 331. Vgl. <uhlmannag.ch> Über uns > Geschichte (zuletzt besucht am 13.6.2023). Demnach übernahm 2008 eine Aktionärsgruppe unter Leitung von Kästli-Gruppe 2008 die Aktien an der Uhlmann AG und 2011 übernahm Kästli-Gruppe alsdann sämtliche Aktien.

[3668] Für die vollständige Firma siehe Fn 992.

[3669] Für die vollständige Firma siehe Fn 992.

[3670] Rz 525, Fn 992.

1892. Transportunternehmen sind darauf ausgerichtet und spezialisiert, die Transportkosten zu optimieren. Dazu gehört insbesondere, Leerfahrten zu vermeiden, also Retourfuhren zu machen,[3671] d.h., sowohl auf dem Hin- als auch auf dem Rückweg Material geladen zu haben. Auf dem Hinweg handelt es sich dabei regelmässig um Deponiematerial (sei es unverschmutzter Aushub oder Inertstoffe), auf dem Rückweg um Baumaterialien. Entscheidend für die Wahl eines bestimmten Anbieters sind die entstehenden Gesamtkosten, die sich aus den (zeit- und distanzabhängigen) Transportkosten, dem Deponiepreis sowie dem Materialpreis ergeben.[3672] Der Materialpreis, beim Angebot von KAGA der Preis für Rohkies, ist damit ohne Weiteres ein relevanter Kostenfaktor für die Transportunternehmen. Der Geschäftsführer eines Transporteurs brachte das wie folgt auf den Punkt:[3673]

«Warum sind die von Ihnen aufgezählten Deponien für die Lehmann Transport AG Bern 'interessanter' als die Deponien der KAGA?

Der Preis war ein Grund. Zudem haben wir an diesen Orten relativ viel Material bezogen, so dass wir Retourfahrten machen konnten. Unser Hauptziel ist, dass wir die Wagen auslasten können. (…)

Sind die von Ihnen aufgezählten Deponien billiger als die Deponien der KAGA?

Die meisten ja. Aber es geht vor allem um den Preis für die Kieskomponenten. Der ganze Preis ist massgebend, welcher sich aus dem Deponiepreis und dem Preis für die Kieskomponenten zusammensetzt. Dort war die KAGA nicht interessant. Sie bietet auch nur Wandkies an».

1893. Auf dem Markt für Transportdienstleistungen führte die Ungleichbehandlung der Handelspartnerinnen insbesondere in Anbetracht der grossen Preisdifferenz (zwischen 31 % und 72 %),[3674] der fehlenden Arbitragemöglichkeit[3675] und der Bedeutung von Rohkies als Kostenfaktor[3676] zu einer Wettbewerbsverfälschung und – erst recht – zur Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung zwischen den begünstigten Aktionärinnen, die im Transportwesen tätig sind, und den behinderten Drittkundinnen, die ebenfalls im Transportbereich aktiv sind.

1894. Gegen diese Beurteilung lässt sich nicht mit nachfolgender Argumentation einwenden, es handle sich dabei bloss um eine «zusätzliche Behinderung» der Dritt-Transportunternehmen, die für sich nicht ausreichend sei, um den Wettbewerb zu verfälschen resp. eine Gefahr dafür zu schaffen: KAGA biete bloss eine limitierte Palette von Kies-Produkten an, nämlich unveredelten Kies. Deshalb sei die Möglichkeit von Material-Retourfuhren bei ihr eingeschränkt. An Rohkies seien primär Kieswerke interessiert, weshalb eigentlich nur Transportunternehmen an diesem Material interessiert seien, die zugleich auch ein Kieswerk betreiben oder einem Kieswerkbetreiber nahestehen würden bzw. einen solchen als Kunden hätten. Transportunternehmen ohne eine Verknüpfung mit einem Kieswerk seien daher ohnehin gezwungen, eine andere Anbieterin aufzusuchen, wenn sie Retourfuhren machen wollten. Wie hoch KAGA den Preis für Rohkies für solche Dritt-Transportunternehmen ansetze, spiele daher gar keine Rolle mehr.

1895. Zutreffend an dieser Argumentation ist zwar, dass es für Transportunternehmen ohne Verbindung zu einem Kieswerk schwieriger ist als für Transportunternehmen mit einer solchen Verbindung, Interessenten für das bei KAGA erhältliche Rohkies zu finden, und dass insofern für sie schon eine Erschwernis im Wettbewerb besteht.[3677] Es verbleiben aber nebst Kieswerken noch andere Interessenten für Rohkies, etwa die hiervor betrachteten Bauunternehmen. Im Übrigen zeigt allein schon die Tatsache, dass Dritt-Transportunternehmen bei KAGA Rohkies bezogen haben, dass sie hierfür Interessenten fanden. Mit anderen Worten bestand trotz dem eingeschränkten Kies-Angebot von KAGA noch Wettbewerb zwischen Transportunternehmen mit und solchen ohne Verbindung zu einem Kieswerk bei einem Bezug von Rohkies bei KAGA. Abgesehen davon können «vorbelastete» Wettbewerbsverhältnisse ohnehin nicht einen Freipass für den Aufbau zusätzlicher Behinderungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen sein, worauf diese Argumentation jedoch hinauslaufen würde. Und erst recht können bereits vorhandene Erschwernisse keinen Freipass darstellen, wenn sie – wie hier – im Verantwortungsbereich des marktbeherrschenden Unternehmens selbst liegen (hier die Wahl von KAGA, bloss ein limitiertes Kies-Angebot zu führen). Schliesslich kommt hinzu, dass mit [U01] ein Dritt-Transportunternehmen mit einer Verbindung zu einem Kieswerk vorhanden ist, für das die Argumentation der vorbestehenden Erschwernis ohnehin nicht greift.

Wettbewerbsverfälschung durch «Mengenrabatte» für Aktionärinnen

1896. Diese Ungleichbehandlung betraf sämtliche Handelspartnerinnen von KAGA beim Bezug von Kies unabhängig davon, in welchen Tätigkeitsbereichen diese Kundinnen tätig sind. Zu Wettbewerbsverzerrungen durch die Ungleichbehandlung konnte es dementsprechend auf all diesen nachgelagerten Märkten kommen.

1897. Der «Mengenrabatt» für Aktionärinnen war so ausgestaltet, dass der Preis für jeden Kubikmeter Kies, den eine Aktionärin über der Mindestmenge bezog, nochmals reduziert wurde, und zwar anfänglich um CHF –.50 (2003–2006), in einer zweiten Periode um CHF 1.– (2007–2009) und schliesslich um CHF 1.95 (2010–2014) je Kubikmeter.[3678] Die zu überschreitende Mindestmenge war zunächst auf 25'000 Kubikmeter (2003–2005) festgelegt, während einem Jahr auf 30'000 (2006) und alsdann auf 35'000 (2007–2014).[3679] Die Höhe der Mindestmenge wurde an die Menge des transportkostenausgleichsberechtigten Kieses geknüpft, so dass der «Mengenrabatt» für Aktionärinnen griff, sobald das Maximum des Transportkostenausgleichs erreicht war.[3680]

[3671] Rz 275 f.
[3672] Rz 320, vgl. ferner Rz 275 f.
[3673] Rz 417.
[3674] Rz 1878 f.
[3675] Rz 1875.
[3676] Vorangehende Rz.
[3677] Siehe dazu bereits Rz 413.
[3678] Rz 1068.
[3679] Rz 1068.
[3680] Rz 1067.

Nicht ersichtlich ist, dass Kostenberechnungen oder betriebswirtschaftliche Überlegungen von KAGA für die Festsetzung einerseits der Höhe des «Mengenrabatts» für Aktionärinnen und andererseits der Mindestmenge eine Rolle gespielt hätten.[3681] Dies braucht wie ausgeführt allerdings nicht vertieft zu werden, da die Ausrichtung des «Mengenrabatts» für Aktionärinnen generell von der Aktionärseigenschaft abhängig gemacht wurde.[3682]

1898. Folge der festgesetzten Mindestmenge war, dass nicht alle Aktionärinnen in den Genuss dieser zusätzlichen Preisreduktion kamen: Daepp und Kästli-Gruppe überschritten die Mindestmenge in jedem Jahr von 2003 bis und mit 2014 – im Durchschnitt machte allein diese Zusatzvergünstigung für Daepp CHF 73'251.– und für Kästli-Gruppe CHF 58'397.– pro Jahr aus. Ausser im Jahr 2008 übertrafen auch Heimberg und – deutlich weniger ausgeprägt – Hofstetter die Mindestmengen, wobei die durchschnittliche Zusatzvergünstigung für sie CHF 27'809.– (Heimberg) resp. CHF 4'734.– (Hofstetter) pro Jahr ausmachte. Messerli bezog ziemlich genau jeweils die Maximalmenge des transportkostenausgleichsberechtigten Kieses,[3683] während Vigier und Marti die Mindestmenge in keinem Jahr erreichten.[3684]

1899. Ob der «Mengenrabatt» für Aktionärinnen für sich alleine bereits bedeutend genug gewesen wäre, um den Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten zu verfälschen bzw. eine Gefahr der Wettbewerbsverfälschung zu schaffen, ist hier nicht zu beurteilen, da dieses Szenario nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht. Denn in der Realität trat der «Mengenrabatt» für Aktionärinnen zu den bereits behandelten Vorzugskonditionen hinzu, entsprechend ist zu beurteilen, ob sich die Folgen durch die Gleichzeitigkeit der diversen Massnahmen abschwächten, verstärkten oder nicht weiter veränderten. In denjenigen Märkten, in denen die Aktionärinnen Daepp, Kästli-Gruppe und Heimberg tätig sind, verstärkte nun der «Mengenrabatt» für Aktionärinnen die mit den zuvor behandelten Listenpreisen, Rabatten für Minderqualität und Sonderaktionen 2006, 2008 und 2009 verbundenen Wettbewerbsverfälschungen zusätzlich resp. erhöhte die Gefahr der Wettbewerbsverfälschung noch weiter, da dadurch die Preisdifferenz der Aktionärinnen Daepp, Kästli-Gruppe und Heimberg gegenüber den Drittkundinnen noch weiter vergrössert wurde.

1900. Diese Verstärkungswirkung trat ohne Weiteres auf den Märkten für Kiesveredelung[3685] und Transportdienstleistungen[3686] ein, auf denen alle drei dieser Aktionärinnen tätig sind,[3687] zumal es sich dabei erst noch um die drei Aktionärinnen handelt, deren Kieswerke im Vergleich zu den weiteren Aktionärinnen am nächsten bei den Abbaustellen von KAGA gelegen sind.

1901. Auf den Tief- und Strassenbaumärkten ist von diesen drei Aktionärinnen hingegen einzig Kästli-Gruppe tätig,[3688] wobei der «Mengenrabatt» für Aktionärinnen erst ab 2006 auch für die Kiesbezüge zur Verwendung auf Baustellen galt.[3689] Eine differenziertere Betrachtung ist daher angezeigt: Während den Jahren 2003 bis und mit 2005 war der «Mengenrabatt» für Aktionärinnen für die Wettbewerbsverhältnisse auf den Tief- und Strassenbaumärkten bedeutungslos; an den Wettbewerbsverfälschungen durch die bereits behandelten Vorzugskonditionen änderte er entsprechend weder in die eine noch in die andere Richtung etwas. Anders verhält es sich hingegen ab 2006 bis und mit 2014. In diesen Jahren belief sich die jährliche Zusatzvergünstigung allein durch den «Mengenrabatt» für Aktionärinnen für Kästli-Gruppe auf durchschnittlich CHF 76'001.– pro Jahr.[3690] Freilich entfiel nicht der gesamte Betrag auf Kiesbezüge zur Verwendung auf Baustellen, sondern nur ein Teil davon, während der andere Teil auf Kiesbezüge zur Veredelung im Kieswerk entfiel. Doch auch so wurde die behindernde Komponente der Ungleichbehandlung auf diesen Märkten im Verhältnis zwischen der Aktionärin Kästli-Gruppe einerseits und den Dritt-Bauunternehmen andererseits durch den «Mengenrabatt» für Aktionärinnen noch weiter verstärkt.[3691] Aber mehr noch: nebst der Aktionärin Kästli-Gruppe ist auch die Aktionärin Marti-Gruppe auf diesen Märkten tätig.[3692] Da diese, anders als Kästli-Gruppe, kein Kieswerk im Umfeld von KAGA betreibt und von KAGA auch nicht zum Transportkostenausgleich zugelassen wurde,[3693] war absehbar, dass sie die Mindestmenge für den «Mengenrabatt» für Aktionärinnen, ebenfalls anders als Kästli-Gruppe, in keinem Jahr erreichen wird. Kästli-Gruppe konnte daher zusätzlich mit dem «Mengenrabatt» für Aktionärinnen vergünstigter Kies für Baustellen beziehen, während Marti-Gruppe dies nicht konnte und «nur» in den Genuss der bereits behandelten Vorzugskonditionen gelangte. Der «Mengenrabatt» für Aktionärinnen führte demnach – zusätzlich zur Verstärkung der generellen Diskrepanz zwischen dem Bauunternehmen der Aktionärin Kästli-Gruppe einerseits und Dritt-Bauunternehmen andererseits – zu einer Diskrepanz zwischen den beiden Aktionärinnen mit Bauunternehmen, Kästli-Gruppe und Marti-Gruppe, womit noch in einer weiteren Hinsicht die Wettbewerbsverhältnisse auf diesen Märkten verschoben wurden.

[3681] Rz 1071.
[3682] Rz 1860.
[3683] Die durchschnittliche jährliche Zusatzvergünstigung belief sich bei Messerli daher auf CHF 544.–.
[3684] Für die Berechnungen vgl. Rz 522 bezüglich der Kiesbezugsmengen der Aktionärinnen in Verbindung mit Rz 1068 bezüglich der Höhe des «Mengenrabatts» für Aktionärinnen sowie der Mindestmenge.
[3685] Rz 1881 ff., insbesondere Rz 1884 zum Fazit.
[3686] Rz 1891 ff., insbesondere Rz 1893 zum Fazit.
[3687] Dazu Rz 1883 (Markt für Kiesveredelung) resp. Rz 1891 (Markt für Transportdienstleistungen).
[3688] Rz 1888.
[3689] Rz 1861.
[3690] Für die Berechnungen vgl. Rz 522 bezüglich der Kiesbezugsmengen der Aktionärinnen in Verbindung mit Rz 1068 bezüglich der Höhe des «Mengenrabatts» für Aktionärinnen sowie der Mindestmenge. Obwohl die Mindestmenge in den Jahren 2003 bis und mit 2005 tiefer festgesetzt war als in späteren Jahren, überstieg die von Kästli-Gruppe in diesen drei Jahren bezogene Kiesmenge die Mindestmenge am wenigsten.
[3691] Rz 1890.
[3692] Rz 1888.
[3693] Rz 1883 m.w.H.

Wettbewerbsverfälschung durch Transportkostenausgleich

1902. Der Transportkostenausgleich wurde nur gewährt, wenn das Kies zur Veredelung in einem Kieswerk bezogen wurde. Dementsprechend waren die nachgelagerten Tief- und Strassenbaumärkte vom Transportkostenausgleich nicht direkt betroffen, da KAGA keine direkte Ungleichbehandlung zwischen verschiedenen Gruppen von Tief- und Strassenbauunternehmen betrieb (weder Aktionärinnen noch Dritte erhielten einen Transportkostenausgleich, wenn sie den zu transportierenden Rohkies für andere Zwecke als zur Kiesveredelung einsetzen wollten).[3694] An den Wettbewerbsverfälschungen resp. der Gefahr solcher auf den Tief- und Strassenbaumärkten durch die bereits behandelten Vorzugskonditionen änderte der Transportkostenausgleich demnach nichts.

1903. Näher zu betrachten sind hingegen die Märkte für Kiesveredelung und für Transportdienstleistungen. Der Transportkostenausgleich war so ausgestaltet, dass KAGA die zeit- und distanzabhängigen Transportkosten von den Abbaustellen KAGA bis zu den Kieswerken der Aktionärinnen für Kiesbezüge bis zu einer bestimmten jährlichen maximalen Kiesbezugsmenge übernahm.[3695] Die Maximalmenge pro Aktionärin war zunächst auf 25'000 Kubikmeter Kies (2003–2005) festgelegt, während einem Jahr auf 30'000 (2006) und alsdann auf 35'000 (2007–2014).[3696] Bei der Berechnung der von KAGA zu übernehmenden Transportkosten blieben jeweils Kosten in der Höhe unberücksichtigt, wie sie der Aktionärin Daepp bei einem Kiesbezug bei KAGA für eine Veredelung im Kieswerk in Oppligen entstanden (mit anderen Worten: alle transportkostenberechtigten Aktionärinnen sollten dieselben Beschaffungskosten für Rohkies [Kiespreis + Transport] haben wie Daepp).[3697] Die von KAGA gegenüber den Aktionärinnen Heimberg, Kästli-Gruppe, Vigier, Messerli, Hofstetter und Daepp (ab 2008 für ihr Kieswerk in Schüpbach), zu übernehmenden Transportkosten wurden vom VR von KAGA jährlich festgelegt.[3698]

1904. Folge des so bestimmten Transportkostenausgleichs war, dass betragsmässig nicht alle Aktionärinnen gleichermassen in Genuss dieser zusätzlichen Preisreduktion kamen: Marti erhielt von vornherein keinen Transportkostenausgleich. Bei Daepp belief sich der Transportkostenausgleich für ihr Kieswerk in Oppligen auf CHF 0.–, da diese Kosten ja bei der Berechnung der von KAGA übernommenen Transportkosten abgezogen wurden. Je weiter entfernt ein Kieswerk von den Abbaustellen von KAGA war, desto höher fiel auch der Transportkostenausgleich bei den weiteren Aktionärinnen aus – am wenigsten machte er für Heimberg aus, gefolgt von Kästli, Kiestag (Kieswerk Wimmis), Daepp (ab 2008 Kieswerk Schüpbach) und Messerli, während Hofstetter, Kästli-Gruppe (Kieswerk Schwarzenburg) und Vigier (Kieswerke Grünematt und Romandie) den Maximalbetrag erreichten.[3699]

1905. Weiter galt der Transportkostenausgleich seit 2003 nicht mehr nur bei «leerer Anfahrt», sondern ebenfalls, wenn auch reduziert, bei «Retourfuhren», d.h., wenn die Anfahrt beladen mit bei KAGA zu deponierendem Material erfolgte. KAGA übernahm demnach bei «Retourfuhren» einen Teil der gesamten Transportkosten.[3700] In zweierlei Hinsicht vergünstigte sie damit auch den Transport von Deponiematerial. Einerseits führte die gewählte Berechnungsmethode des reduzierten Transportkostenausgleichs dazu, dass KAGA bei jeder «Retourfuhre» von vornherein einen Teil der Transportkosten auch für den Transport des Deponiematerials übernahm, wovon alle transportkostenausgleichsberechtigten Aktionärinnen profitierten.[3701] Andererseits führte die für die Berechnungen des Ausgleichsanspruchs getroffene Annahme bezüglich dem Verhältnis von «leeren Anfahrten» und «Retourfuhren» dazu, dass bei den über die Annahme hinausgehenden «Retourfuhren» KAGA die gesamten Transportkosten auch für den Transport des Deponiematerials übernahm, wovon in der Praxis primär die Kästli-Gruppe profitierte, die übrigen Aktionärinnen nicht.[3702]

1906. Hinsichtlich des Marktes für Kiesveredelung ermöglichte der Transportkostenausgleich, dass die Vorzugskonditionen der Aktionärinnen beim Kiesbezug vollumfänglich «bei diesen ankamen». Für die Kundin [U01], die in unmittelbarer Nähe der Abbaustellen von KAGA ein Kieswerk betreibt,[3703] änderte sich durch den grundsätzlichen Ausschluss vom Transportkostenausgleich mangels Aktionärseigenschaft allerdings nichts. Ihr Transportkostenausgleich hätte sich ebenso wie bei Daepp für das Kieswerk in Oppligen auf CHF 0.– beschränkt. Dasselbe gilt aber nicht für die Kundin [U02], die in der Umgebung von den Abbaustellen von KAGA in Linden ein Kieswerk betreibt.[3704] Der Transportkostenausgleich dieser Drittkundin wäre über CHF 0.– gelegen, hätte KAGA diese Vergünstigung denn auch Dritten (mit Kieswerk) gewährt. Sodann ist nicht auszuschliessen, dass Drittbetreiberinnen von Kieswerken, die deutlich weiter entfernt von den Abbaustellen von KAGA sind, ebenfalls Kies bei KAGA bezogen hätten, wäre ihnen der Transportkostenausgleich (und die weiteren Vorzugskonditionen der Aktionärinnen) ebenfalls zuteil geworden. Dies etwa für notwendige Ergänzungsbezüge aufgrund unterschiedlicher Kieszusammensetzungen, bei einer etappenweisen Bewirtschaftung oder auch aus der Überlegung heraus, die eigenen Kiesvorräte durch einen Bezug bei KAGA zu schonen, wozu die Aktionärinnen von KAGA die Gelegenheit hatten und dies zuweilen auch taten.[3705] Letztlich «erstreckte» der Transportkostenausgleich die Ungleichbehandlung durch die übrigen Vorzugskonditionen in räumlicher Hinsicht. Dadurch verstärkte er die mit den bereits behandelten Vorzugskonditionen verbundenen Wettbewerbsverfälschungen resp. erhöhte die Gefahr dieser Wettbewerbsverfälschungen noch weiter.

[3694] Soweit ersichtlich, kontrollierte KAGA allerdings nicht, ob die Aktionärinnen den mit Transportkostenausgleich vergünstigten Rohkies auch tatsächlich vollständig zur Kiesveredelung einsetzten oder ob sie es auch für die direkte Verwendung auf der Baustelle einsetzten.
[3695] Rz 1102.
[3696] Rz 1116 ff.
[3697] Rz 1102.
[3698] Rz 1116 ff.
[3699] Vgl. die Aufstellung der Höhe der Transportkostenausgleiche im Jahr 2014 in Rz 1128.
[3700] Siehe dazu Rz 1017 ff.
[3701] Rz 1018 ff.
[3702] Rz 1023 ff.
[3703] Rz 1883 m.w.H.
[3704] Rz 1883.
[3705] Rz 412 und 823.

1907. Hinsichtlich des Marktes für Transportdienstleistungen, in dem alle Aktionärinnen ausser Marti-Gruppe aktiv sind,[3706] verstärkte der Transportkostenausgleich die mit den bereits behandelten Vorzugskonditionen verbundenen Wettbewerbsverfälschungen zusätzlich. Anders als die übrigen Vorzugskonditionen[3707] reduzierte der Transportkostenausgleich zwar nicht die Materialkosten des Rohkieses, sondern die Transportkosten. Für die entstehenden Gesamtkosten sind diese aber – nebst den Materialkosten und den Deponiegebühren – ebenfalls relevant und ein entscheidender Kostenfaktor.[3708] Die Diskrepanz zwischen Aktionärinnen, die im Transportwesen tätig sind, und Drittkundinnen, die ebenfalls in diesem Bereich aktiv sind, vergrösserte sich durch den Transportkostenausgleich also zusätzlich, die Wettbewerbsverfälschung wurde noch ausgeprägter resp. die Gefahr davon wurde noch grösser. Durch den Transportkostenausgleich kommt sogar noch eine weitere Diskrepanz hinzu, nämlich diejenige zwischen Kästli-Gruppe einerseits und den anderen Aktionärinnen, die im Transportwesen tätig sind, andererseits. Davon, dass KAGA auch bei «Retourfuhren» einen Transportkostenausgleich ausrichtete und so die Kosten von Transporten von Deponiematerial teilweise übernahm, profitierten all diese Aktionärinnen. Hingegen profitierte einzig die Aktionärin Kästli-Gruppe von der getroffenen Annahme zum Verhältnis zwischen «leeren Anfahrten» und «Retourfuhren», wodurch KAGA bei den über die Annahme hinausgehenden «Retourfuhren» von Kästli-Gruppe die gesamten Transportkosten auch für den Transport des Deponiematerials übernahm.[3709] Die Wettbewerbsverhältnisse auf diesem Markt wurden dadurch noch in einer weiteren Hinsicht, nämlich zwischen den Aktionärinnen selbst, verschoben.

1908. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Ungleichbehandlungen der Handelspartnerinnen bezüglich der Listenpreise, Rabatte für Minderqualität und Sonderaktionen 2006, 2008 und 2009 auf den nachgelagerten Märkten für Kiesveredelung, Tief- und Strassenbau sowie Transportdienstleistungen den Wettbewerb verfälschten bzw. – erst recht – die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung schufen. Der «Mengenrabatt» für Aktionärinnen verstärkte diese Wettbewerbsverfälschung zusätzlich resp. erhöhte diese Gefahr zusätzlich, und zwar von 2003 bis und mit 2014 auf den Märkten für Kiesveredelung und Transportdienstleistungen sowie von 2006 bis und mit 2014 auch auf den Märkten für Tief- und Strassenbau. Der Transportkostenausgleich tangierte die Tief- und Strassenbaumärkte nicht, jedoch verstärkte er diese Wettbewerbsverfälschungen auf dem Markt für Kiesveredelung und, noch ausgeprägter, auf dem Markt für Transportdienstleistungen bzw. erhöhte diese Gefahr noch weiter.

D.7.3.2.5 Fehlende sachliche Rechtfertigung

1909. Nachfolgend ist hinsichtlich der diversen Vorzugskonditionen, die KAGA ihren Aktionärinnen, nicht aber Drittkundinnen gewährte, zu beurteilen, ob sachliche Gründe vorliegen, welche die Ungleichbehandlungen und die damit verbundenen Wettbewerbsverfälschungen zu rechtfertigen vermögen. Die diversen Rabatte werden in dieser Reihenfolge beurteilt: Die Listenpreise, der Rabatt für Minderqualität, die Sonderaktionen, der «Mengenrabatt» für Aktionärinnen und schliesslich der Transportkostenausgleich.

1910. **Bessere Listenpreise für Aktionärinnen**: Mit den unterschiedlichen Listenpreisen sollten die Aktionärinnen besser- und die Drittkundinnen schlechtergestellt werden.[3710] Einziges Entscheidungskriterium dafür, welchen Listenpreis KAGA gegenüber einer Kundin anwandte, war, ob diese Kundin Aktionärin von KAGA ist oder nicht.[3711] Bereits bei der Beurteilung, ob überhaupt eine Ungleichbehandlung vorliegt, wurde ausgeführt, dass und weshalb die Aktionärseigenschaft einer Kundin kein Kriterium ist, das zu unterschiedlichen Sachverhalten führt, die entsprechend unterschiedliche Handhabungen zu begründen vermöchten.[3712] Darauf ist zu verweisen; diese Prüfung braucht hier nicht erneut durchgeführt zu werden.

1911. Erinnert sei hier bloss daran, dass sich die unterschiedlichen Listenpreise für Aktionärinnen und Drittkundinnen nicht mit einer Entschädigung des Investitionsrisikos der Aktionärinnen rechtfertigen lassen.[3713] Zum einen hängt das Ausmass des geldwerten Vorteils für die Aktionärinnen nicht von ihrer jeweiligen Kapitalbeteiligungen an KAGA ab, sondern von ihren jeweiligen Bezugsmengen.[3714] Zur Entschädigung des Investitionsrisikos, das von der Höhe des jeweils investierten Kapitals und damit von der jeweiligen Kapitalbeteiligung abhängt (und nicht vom jeweiligen Bezug als Kundin), sind unterschiedliche Listenpreise daher gar nicht erst geeignet. Zum anderen sind unterschiedliche Listenpreise auch nicht erforderlich, um das Investitionsrisiko zu entschädigen, selbst wenn sie den Aktionärinnen für einmal (was hier nicht der Fall ist) im Verhältnis ihrer jeweiligen Kapitalbeteiligung zufliessen sollten. Denn dafür sind die zu diesem Zweck vorgesehenen aktienrechtlichen Instrumente wie eben etwa Dividenden mildere taugliche Mittel.

1912. Andere Gründe nebst der – nicht durchschlagenden – Entschädigung des Investitionsrisikos, welche die Ungleichbehandlung durch die unterschiedlichen Listenpreise und die damit verbundenen Wettbewerbsverfälschungen rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich.

[3706] Rz 1891.
[3707] Vgl. Rz 1892 und Rz 1900.
[3708] Rz 1892 m.w.H.
[3709] Die KAGA-Aktionärinnen unterstellten pro Aktionärin jeweils ein gewisses Verhältnis zwischen leeren Anfahrten und deponiematerialbeladenen Anfahrten, um den Transportkostenausgleich zu berechnen. Für den angenommenen Anteil deponiematerialbeladener Anfahrten gewährte KAGA einen Transportkostenausgleich von zwei Drittel der Transportkosten, für die leeren Anfahrten den vollen. Während das angenommene Verhältnis bei den meisten Aktionärinnen mehr oder weniger zutraf, war dies bei Kästli-Gruppe über Jahre hinweg nicht der Fall. Ihr Anteil deponiematerialbeladener Anfahrten war deutlich grösser als angenommen, wodurch sie auch für deponiematerialbeladene Anfahrten den vollen Transportkosten-ausgleich erhielt (siehe dazu Rz 1025 und anschaulich die Tabelle in Rz 1024); siehe auch Rz 1905.
[3710] Rz 1063 f.
[3711] Rz 1855.
[3712] Rz 1856 f.
[3713] Rz 1857, ferner auch Rz 1866.
[3714] Rz 1857.
[3715] Rz 1073.

1913. **Rabatt für Minderqualität nur für Aktionärinnen**: Grund für den Rabatt für Minderqualität waren Qualitätsprobleme beim Rohkies ab der Abbaustelle Bümberg.[3715] Werden unterschiedliche Preise für qualitativ unterschiedliche Güter verlangt, dürfte regelmässig keine Ungleichbehandlung i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG vorliegen, da mangels äquivalenter Qualität der Waren der Ausgangssachverhalt ungleich ist. Das ist vorliegend jedoch irrelevant, denn die Ungleichbehandlung bestand hier darin, dass der Rabatt für Minderqualität einzig den Aktionärinnen, nicht aber den Drittkundinnen gewährt wurde. Für diese Ungleichbehandlung anhand der Aktionärseigenschaft sind keine sachlichen Gründe ersichtlich, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen.

1914. Dazu, dass diese Ungleichbehandlung für eine Entschädigung des Investitionsrisikos der Aktionärinnen nicht geeignet und auch nicht erforderlich ist, kann auf die bereits gemachten Ausführungen bei den Listenpreisen verwiesen werden.[3716]

1915. Zu erinnern ist an dieser Stelle an die Ausführungen zum Tatbestandsmerkmal der Ungleichbehandlung, wonach dieses Abgrenzungskriterium nicht allfällige, systematisch unterschiedliche Qualitätsanforderungen an das Kies aufgrund unterschiedlicher weiterer Verwendungszwecke des Kieses (worauf die Bemerkung im VR-Protokoll «Qualitätsprobleme/Mehraufwand bei Aufbereitung» hindeutet)[3717] abbildet.[3718] Denn einerseits sind auch Drittkundinnen im Bereich der Kiesaufbereitung tätig und andererseits erhielten auch Aktionärinnen, die nicht in diesem Bereich tätig sind oder den Kies anderweitig verwandten, den Rabatt für Minderqualität.[3719] Die Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Drittkundinnen bei der Gewährung des Rabatts für Minderqualität war mit anderen Worten nicht geeignet, um auf allfällige, systematisch unterschiedliche Qualitätsbedürfnisse zu reagieren. Ob bei systematisch unterschiedlichen Qualitätsanforderungen der unterschiedlich behandelten Kundinnen eine Ungleichbehandlung vorläge und, falls ja, ob diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden könnte, braucht nicht beurteilt zu werden, da hier kein solcher Sachverhalt vorliegt.

1916. **Sonderaktionen 2006, 2008 und 2009 nur für Aktionärinnen**: Grund für die Sonderaktion 2006 war, das Gewinnziel zu optimieren, da der Abschluss von KAGA voraussichtlich gut sein werde.[3720] Der Grund für die Sonderaktion 2008 dürfte im sehr guten Resultat von KAGA und deren erfreulichem Jahresabschluss liegen.[3721] Der Grund für die Sonderaktion 2009 ist unbekannt.[3722] Naheliegend ist aber, dass es ein ähnlicher ist wie bei den übrigen Sonderaktionen in den vorangegangenen Jahren, nämlich die guten Ergebnisse von KAGA.[3723] Was diese Gründe genau bedeuten, ist allerdings nicht eindeutig; zwei Deutungen, die in einem gewissen Masse ineinander übergehen, erscheinen möglich:

1917. Soweit damit eine Art vorgezogene Gewinnausschüttung angestrebt sein sollte, ist zunächst festzuhalten, dass die Ausschüttung von Dividenden aktienrechtlich in der Kompetenz der GV steht, nur aus dem Bilanzgewinn erfolgen darf und dementsprechend eine genehmigte Jahresrechnung voraussetzt.[3724] Im Übrigen wurden die Sonderaktionen von KAGA auch nicht als Dividendenausschüttungen bezeichnet. Dass die Sonderaktionen, insbesondere die Sonderaktion 2006, auch bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht in Dividendenausschüttungen umgedeutet werden können, wurde bereits bezüglich dem Tatbestandsmerkmal der Ungleichbehandlung beurteilt, worauf verwiesen sei.[3725] Und dass solche Ungleichbehandlungen, hier in Form von Sonderaktionen, für eine Entschädigung des Investitionsrisikos der Aktionärinnen nicht geeignet und auch nicht erforderlich sind, wurde bereits bezüglich der Listenpreise erörtert, worauf verwiesen sei.[3726] Ein sachlicher Grund, der die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermöchte, ist hierin demnach nicht zu sehen.

1918. Soweit damit eine Schmälerung des Gewinns zur «Steueroptimierung» gemeint sein sollte, erscheinen zwei Szenarien denkbar, einerseits verdeckte Gewinnausschüttungen, andererseits eine Reduktion des Gewinns durch Aufwanderhöhung oder Ertragsschmälerung. Zum Ersten ist festzuhalten, dass allfällige verdeckte Gewinnausschüttungen steuerrechtlich aufzurechnen sind.[3727] Eine Steuerreduktion liesse sich dadurch also nicht erreichen. Und falls doch, nämlich falls eine Aufrechnung faktisch unterbleiben sollte, könnte in dieser Steuerersparnis schon nur aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung nicht ein sachlicher Rechtfertigungsgrund i.S.d. Kartellgesetzes gesehen werden. Aus Kohärenzgründen wäre der Ungleichbehandlung die (rechtskonforme) Eignung zur Erreichung einer Steuerersparnis generell abzusprechen. Zum Zweiten ist festzuhalten, dass zusätzliche Aufwände oder reduzierte Erträge in der Tat den Gewinn und damit auch die Gewinnsteuer schmälern. Allerdings macht ein Streben nach tieferem Gewinn durch zusätzliche Aufwände oder reduzierte Erträge allein zur Verringerung der Gewinnsteuer aus unternehmerischer Sicht kaum, wenn überhaupt, Sinn, zumal die Gewinnsteuer auf Bundesebene proportional ist[3728] und im Kanton Bern «annähernd proportional»[3729], weshalb es nicht darum gehen kann, in eine tiefere Progressionsstufe zu fallen. Aus unternehmerischer Sicht sinnvoll mögen hingegen vorübergehende Preisreduktionen («Aktionspreise») oder anderweitige Massnahmen zur Kundengewinnung oder -bindung wie etwa Werbung sein, die zwar in einer ersten Phase Aufwand verursachen oder den Ertrag (pro Einheit) reduzieren, sich aber – so die unternehmerische Erwartung – in späteren Phasen rechnen. Solche Massnahmen zu treffen, wenn sich ein gutes Geschäftsjahr

[3716] Rz 1910 f. m.w.H.
[3717] Rz 1074.
[3718] Rz 1862.
[3719] Rz 1083 und 1883.
[3720] Rz 1088.
[3721] Rz 1089.
[3722] Rz 1090.
[3723] Rz 1086 ff.
[3724] Vgl. nur etwa Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 und Art. 675 Abs. 2 OR.
[3725] Rz 1865 ff.
[3726] Rz 1910 f. m.w.H.
[3727] Rz 1856.
[3728] Art. 68 des Bundesgesetzes vom 14.12.1990 über die direkte Bundessteuer (DBG; SR 642.11).
[3729] So die Formulierung von T. AMONN/N. FORTUZI, Skriptum zur Vorlesung Bernisches Steuerrecht, Ausgabe 2021, 56; vgl. Art. 95 des Steuergesetzes des Kantons Bern vom 21.5.2000 (StG; BSG 661.11).

abzeichnet und die Mittel dafür vorhanden sind, womit auch der Gewinn in diesem Jahr im entsprechenden Umfang reduziert wird, mag womöglich als vernünftige kaufmännische Überlegung einzustufen sein. Wie es sich damit verhält, kann hier jedoch offenbleiben. Denn zur Verwirklichung dieses Zwecks besteht kein Grund, die Aktionärinnen bei den entsprechenden Kunden-Massnahmen anders, insbesondere besser zu behandeln als die Drittkundinnen. Die Ungleichbehandlung wäre zur Zweckerreichung also nicht geeignet. Jedenfalls ist sie hierfür nicht erforderlich, da Kunden-Massnahmen, welche die Aktionärs- und Drittkundinnen gleich behandeln, ein milderes taugliches Mittel wären.

1919. Wie die Gründe für die Sonderaktionen 2006, 2008 und 2009 auch zu verstehen sein mögen, um sachliche Gründe, welche die Ungleichbehandlungen und die damit verbundenen Wettbewerbsverfälschungen rechtfertigen könnten, handelt es sich dabei nach dem Vorangehenden schon nur mangels Eignung und/oder Erforderlichkeit nicht.

1920. **«Mengenrabatt» für Aktionärinnen**: Aus welchen Gründen KAGA den «Mengenrabatt» für Aktionärinnen einführte, ist nicht feststellbar.[3730] Nicht erstellt ist daher unter anderem, dass Kostenberechnungen oder betriebswirtschaftliche Überlegungen von KAGA für die Festsetzung einerseits der Höhe des «Mengenrabatts» für Aktionärinnen und andererseits der Mindestmenge eine Rolle gespielt hätten; vielmehr fällt auf, dass die Mindestmenge auf die Menge des transportkostenausgleichsberechtigten Kieses abgestimmt wurde.[3731] Die Ausgestaltung des «Mengenrabatts» für Aktionärinnen interessiert hier aber auch nicht im Einzelnen, denn die Ungleichbehandlung bestand vorliegend darin, dass der «Mengenrabatt» für Aktionärinnen einzig den Aktionärinnen, nicht aber den Drittkundinnen gewährt wurden. Für diese Ungleichbehandlung anhand der Aktionärseigenschaft sind keine sachlichen Gründe ersichtlich, zumal bezugsmengenbezogene Überlegungen bei Drittkundinnen ebenso einschlägig wären wie bei Aktionärskundinnen. Dafür, dass eine solche Ungleichbehandlung für die Entschädigung des Investitionsrisikos der Aktionärinnen nicht geeignet und auch nicht erforderlich ist, kann auf die bereits gemachten Ausführungen bei den Listenpreisen verwiesen werden.[3732]

1921. **Transportkostenausgleich nur für Aktionärinnen**: Grund für den Transportkostenausgleich war, den Kiesbezug zu fördern, um dadurch zusätzliches Deponievolumen zu schaffen, das den Nachfragerinnen – gerade in Anbetracht der wahrgenommenen Deponieknappheit – angeboten werden konnte.[3733] Ob die Vergrösserung des bei KAGA vorhandenen Deponievolumens, das insbesondere aufgrund (planungs- und bewilligungs-)rechtlicher Restriktionen ein limitiertes Gut ist, als ein sachlicher Grund zu betrachten wäre, der für eine Rechtfertigung grundsätzlich geeignet sein könnte, kann offenbleiben.[3734] Denn wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ist der Transportkostenausgleich für die Erreichung dieses Ziels teilweise gar nicht erst geeignet oder aber, soweit er an sich geeignet wäre, hierfür nicht erforderlich. Eine Rechtfertigung der Massnahme Transportkostenausgleich scheidet daher bereits mangels Eignung respektive Erforderlichkeit zur Zielerreichung aus. Im Einzelnen:

1922. Der Transportkostenausgleich wurde ab 2003 in reduzierter Höhe auch für «Retourfuhren» ausgerichtet, d.h., wenn auf der Hinfahrt Deponiematerial transportiert wurde, um dieses bei KAGA zu deponieren, und auf der Rückfahrt Rohkies von KAGA mitgenommen wurde. «Retourfuhren» der Aktionärinnen schaffen regelmässig kein zusätzliches Deponievolumen.[3735] Insoweit als der Transportkostenausgleich auch für «Retourfuhren» ausgerichtet wurde, war er deshalb nicht geeignet, den angestrebten Zweck – Schaffung von zusätzlichem Deponievolumen – zu verwirklichen. Mehr noch: indem KAGA mit dem reduzierten Transportkostenausgleich für «Retourfuhren» einen Teil der Transportkosten des Transports von Deponiematerial übernahm,[3736] schuf dieser sogar noch einen Anreiz für die Aktionärinnen, Deponiematerial bei KAGA zu deponieren.[3737] Zudem richtete KAGA den reduzierten Transportkostenausgleich für «Retourfuhren» nicht anhand der effektiven «Retourfuhren» aus, sondern gestützt auf ein angenommenes Verhältnis zwischen «leeren Anfahrten» und «Retourfuhren». Dadurch wurde noch ein zusätzlicher Anreiz für die Aktionärinnen geschaffen, möglichst viele «Retourfuhren» zu machen.[3738] Die Handhabung von «Retourfuhren» betreffend war der Transportkostenausgleich demnach nicht bloss nicht geeignet, um das angestrebte Ziel zu verwirklichen, sondern sogar kontraproduktiv, indem er Anreize für eine gegenläufige Entwicklung setzte.

1923. Die Eignung fehlt dem Transportkostenausgleich sodann auch noch in einer weiteren Hinsicht. Wie der spiritus rector des Transportkostenausgleichs in seiner Einvernahme ausführte, war die Idee, dass «alle Aktionärinnen bei KAGA *zusätzlich* zu ihren normalen Bezügen Kies beziehen sollten».[3739] Das ist einleuchtend, denn nur mit zusätzlichen Kiesbezügen, die ohne Transportkostenausgleich nicht gemacht worden wären, lässt sich zusätzliches Deponievolumen schaffen. Erfolgen die Kiesbezüge ohnehin, also auch ohne Ausrichtung des Transportkostenausgleichs, schafft dieser kein zusätzliches Deponievolumen. Gleichwohl versuchte KAGA nicht einmal, den Transportkostenausgleich so auszugestalten, dass er nur bei zusätzlichen, nicht ohnehin erfolgenden Kiesbezügen griff[3740] – etwa indem er erst bei Kiesbezügen zur Anwendung gekommen wäre, mit denen diese Aktionärin die von ihr früher ohne Transportkostenausgleich bezogenen Kiesmengen überschritt.

[3730] Rz 1071.
[3731] Rz 1897.
[3732] Rz 1910 f. m.w.H.
[3733] Rz 1106–1111 und 1115.
[3734] Siehe in diesem Kontext immerhin Rz 1999.
[3735] Rz 1020 und 1116 sowie Fn 2127.
[3736] Rz 1905.
[3737] Rz 1022.
[3738] Rz 1026.
[3739] Rz 1107.
[3740] Freilich kann von KAGA nicht erwartet werden, dass sie die von einer Aktionärin in einem bestimmten Jahr ohne Transportkostenausgleich ohnehin bezogene Menge exakt kennt; und dies erst noch im Voraus. Wie das angeführte Beispiel zeigt, hätte es aber durchaus pragmatische, praktikable Wege gegeben, die ohnehin bezogenen Menge zumindest annäherungsweise zu bestimmen und diese zu berücksichtigen. Dass sich KAGA darüber Gedanken macht und den Transportkostenausgleich nach bestem Wissen und Gewissen so ausgestaltet, dass er möglichst nur für zusätzliche Kiesbezüge greift, kann von ihr ohne Weiteres erwartet werden.

Vielmehr galt der Transportkostenausgleich ab dem ersten Kubikmeter bezogenen Kieses bis zur Erreichung einer Maximalmenge. In Anbetracht der in den Jahren vor Einführung des Transportkostenausgleichs erfolgten Kiesbezüge der Aktionärinnen[3741] hat der Transportkostenausgleich dadurch über weite Strecken Kiesbezüge vergünstigt, die ohnehin erfolgt wären. Über diese weite Strecken war der Transportkostenausgleich daher nicht geeignet, sein Ziel zu erreichen, nämlich zusätzliches Deponievolumen zu schaffen.

1924. Aufgrund seiner Ausgestaltung (Berücksichtigung von «Retourfuhren», Ausrichtung ab dem ersten Kubikmeter bezogenen Kieses) war der Transportkostenausgleich als solcher höchstens zum Teil geeignet, den Kiesbezug zu fördern und dadurch zusätzliches Deponievolumen zu schaffen; zum anderen Teil fehlte es ihm ab ovo an dieser Eignung.

1925. Zu dieser grundsätzlichen, teilweisen Ungeeignetheit des Transportkostenausgleichs aufgrund seiner Ausgestaltung kommt vor allem hinzu, dass die Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Drittkundinnen beim Transportkostenausgleich nicht von der Natur der Sache her untrennbar verwoben ist mit dem verfolgten Ziel, zusätzliche Kiesbezüge zu fördern und so zusätzliches Deponievolumen zu schaffen. Ebenso wenig ist dies die Ungleichbehandlung von Kundinnen mit Kieswerk und solchen ohne. Oder anders gewendet: Die Ungleichbehandlungen sind nicht erforderlich, um einen Transportkostenausgleich zu realisieren und das verfolgte Ziel, zusätzliche Kiesbezüge zu fördern und so zusätzliches Deponievolumen zu generieren, zu erreichen. Im Einzelnen:

1926. Zusätzliches Deponievolumen wird ebenso sehr durch zusätzliche Kiesbezüge von Drittkundinnen geschaffen wie durch solche von Aktionärinnen. Eine mildere, sogar noch besser taugliche Massnahme wäre dementsprechend gewesen, den Transportkostenausgleich sämtlichen Kundinnen zu gewähren.

1927. Zusätzliches Deponievolumen wird sodann durch jedwelche zusätzlichen Kiesbezüge geschaffen, unabhängig davon, wofür die Kundinnen alsdann das erworbene Kies verwenden, sei es etwa zur Aufbereitung in einem Kieswerk oder unveredelt auf einer Baustelle. Eine mildere, sogar noch besser taugliche Massnahme wäre dementsprechend gewesen, den Transportkostenausgleich sämtlichen Kundinnen ungeachtet der weiteren Verwendungszwecke zu gewähren, also auf die Einschränkung zu verzichten, dass der Kies zur Veredelung in einem Kieswerk verwendet werden muss. Davon wurde jedoch gemäss Aussage des VRP von KAGA bewusst abgesehen: «Wir haben sehr bewusst geschaut, dass es keine Ungleichbehandlung auf dem Markt gibt. (…) Die KAGA hat das Kies nicht direkt auf den Markt gebracht. Wir wollten keine Verzerrung oder Diskriminierung von Dritten. Wenn der TA [Transportkostenausgleich] direkt für die Baustellenlieferungen gegolten hätte, dann wäre dies sicher eine Diskriminierung für Dritte gewesen».[3742] Diese Überlegung unterstellt als Selbstverständlichkeit, dass der Transportkostenausgleich (ebenso wie die übrigen Vorzugskonditionen) nur den Aktionärinnen von KAGA gewährt wird, nicht auch Drittkundinnen. Das entsprach zwar der von KAGA damals gelebten Preispolitik, ist aber von der Sache her nicht vorgegeben und hätte vom VR von KAGA jederzeit geändert werden können – um eine valable Prämisse handelt es sich dabei nicht. Bei Gewährung des Transportkostenausgleichs (sowie der übrigen Vorzugskonditionen) sowohl an Aktionärinnen als auch an Drittkundinnen wäre die befürchtete Ungleichbehandlung bei Baustellenlieferungen offensichtlich nicht eingetreten.

1928. Gegen eine Gewährung des Transportkostenausgleichs für andere Verwendungen als eine Veredelung in einem Kieswerk könnte prima vista vorgebracht werden, dies wäre für KAGA zu aufwändig, müsste doch für jeden Verwendungsort, insbesondere für jede Baustelle die Fahrzeit und -distanz ermittelt und die Höhe des konkreten Transportkostenausgleichs berechnet werden. Zutreffend ist, dass aufgrund der Vielzahl möglicher Verwendungsorte, z.B. Orte von Baustellen, eine gleich exakte Berechnung wie bei den (stets am selben Ort stehenden) Kieswerken wenig praktikabel erscheint und nicht erwartet werden kann. Das ist aber auch nicht nötig. Wie schon nur die Transportpreislisten der Aktionärinnen von KAGA zeigen,[3743] können Transportkosten-Berechnungen ohne Weiteres vereinfacht und schematisiert werden, z.B. indem pro Ort, Dorf oder Gemeinde ein Einheitspreis festgelegt wird. Selbst wenn KAGA bei den so schematisch festgelegten Transportkostenausgleichen jeweils die minimale Fahrdistanz und -zeit pro Ort, Dorf oder Gemeinde verwenden würde und daher in der Regel nicht die gesamten Transportkosten gedeckt wären, wäre dies immer noch ein milderes Mittel als ein vollständiger Ausschluss vom Transportkostenausgleich.

1929. Der Transportkostenausgleich ist demnach aufgrund seiner Ausgestaltung von vornherein bloss zum Teil geeignet, den Bezug von zusätzlichem Kies zu fördern und so zusätzliches Deponievolumen zu schaffen. Zudem sind die Ungleichbehandlungen zwischen Aktionärinnen und Drittkundinnen sowie zwischen Kundinnen mit und solchen ohne Kieswerk beim Transportkostenausgleich nicht untrennbar mit dem angestrebten Ziel verknüpft, sondern ergeben sich einzig aus der Entscheidung von KAGA, den Transportkostenausgleich nur den einen Kundinnen, nicht aber den anderen zu gewähren. Für die Erreichung des angestrebten Ziels sind diese Ungleichbehandlungen bei der Gewährung des Transportkostenausgleichs nicht erforderlich. Vielmehr wäre es ein milderes, erst noch besser taugliches Mittel gewesen, den Transportkostenausgleich allen Kundinnen zu gewähren.

[3741] Rz 523 f. und die Quellenangabe in Fn 988.
[3742] Rz 1885 m.w.H.
[3743] Exemplarisch S. 27 bis 30 der Preisliste 2023 von Heimberg (abrufbar unter <www.kwheimberg.ch/ images/content/KH_Preisliste_ 2023.pdf> [zuletzt besucht am 13.6.2023]).

1930. Kästli-Gruppe scheint in ihrer Stellungnahme zum Antrag andeuten zu wollen, dass KAGA mit dem Transportkostenausgleich die «Vorgabe» in den Sachplänen ADT umgesetzt habe, wonach Materialtransporte und Leerfahrten zu minimieren und Fahrten über längere Distanzen zu vermeiden seien.[3744] Das ist nicht nachvollziehbar und tatsachenwidrig. So hat etwa der Vertreter von Alluvia ausgesagt, ohne Transportkostenausgleich hätte Alluvia keinen Kies bei KAGA geholt, da diese zu weit entfernt gewesen sei.[3745] Beim Transportkostenausgleich ging es eigentlich gerade darum, Aktionärinnen zum Kiesbezug bei KAGA zu animieren, die dort ohne Ausgleich keinen Kies bezogen hätten, da die Abbaustellen von KAGA zu weit von ihnen entfernt sind. Mit anderen Worten sollte der Transportkostenausgleich fördern, dass längere Anfahrtswege als üblich in Kauf genommen werden; inwiefern dies zur Vermeidung von längeren Fahrtdistanzen beitragen soll, ist unerfindlich.

1931. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für alle beurteilten Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen von KAGA, d.h. der Listenpreise, dem Rabatt für Minderqualität, den Sonderaktionen 2006, 2008 und 2009, dem «Mengenrabatt» für Aktionärinnen sowie dem Transportkostenausgleich, keine sachlichen Gründe bestehen, welche die Ungleichbehandlungen von Aktionärinnen und Drittkundinnen rechtfertigen könnten. Es fehlt also bezüglich aller Ungleichbehandlungen an einer sachlichen Rechtfertigung.

D.7.3.3 Ergebnis zu den Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen

1932. Zur Ungleichbehandlung: KAGA behandelte Aktionärinnen einerseits und Drittkundinnen andererseits bei Preisen und sonstigen Geschäftskonditionen in mehrfacher Hinsicht unterschiedlich, obwohl sich die zu vergleichenden Geschäfte hinsichtlich der im Geschäftsverkehr als erheblich angesehenen Merkmale nicht wesentlich unterschieden. Solche Ungleichbehandlungen praktizierte sie bei den Listenpreisen (1970 bis und mit 2014),[3746] bei einem «Mengenrabatt» für Aktionärinnen (2003 bis und mit 2014),[3747] bei einem Rabatt für Minderqualität (2007 bis und mit 2014),[3748] bei drei Sonderaktionen[3749] sowie beim Transportkostenausgleich (2002 bis und mit 2014).[3750] Für die Zeit ab 2015 wurde hingegen keine preisliche Ungleichbehandlung mehr festgestellt.[3751] Zu den Handelspartnern: Die unterschiedlich behandelten Kundinnen sind allesamt Handelspartnerinnen von KAGA.[3752] Zu den Wettbewerbsverfälschungen: Diese Ungleichbehandlungen von Handelspartnerinnen führten zu Wettbewerbsverfälschungen auf den nachgelagerten Märkten für Kiesveredelung, Tief- und Strassenbau sowie Transportdienstleistungen, indem sie die Konkurrenzsituationen zwischen den auf diesen Märkten tätigen, begünstigten Aktionärinnen einerseits und den mit ihnen konkurrierenden, behinderten Drittkundinnen andererseits verfälschten. Namentlich führten die von keinen weiteren Voraussetzungen abhängigen Listenpreise, der Rabatt für Minderqualität sowie die drei Sonderaktionen[3753] zu Wettbewerbsverfälschungen auf all diesen drei nachgelagerten Märkten resp. schufen die Gefahr davon.[3754] Der «Mengenrabatt» für Aktionärinnen[3755] verstärkte diese Verfälschungen resp. erhöhte die Gefahr davon von Anbeginn seiner Ausrichtung auf den Märkten für Kiesveredelung und für Transportdienstleistungen,[3756] ab 2006 auch noch auf den Tief- und Strassenbaumärkten.[3757] Der von der Transportzeit und -distanz abhängige Transportkostenausgleich, der nur für Aktionärinnen «mit Kieswerk» galt,[3758] verstärkte diese Verfälschungen auf den Märkten für Kiesveredelung und für Transportdienstleistungen resp. erhöhte die Gefahr davon.[3759] Zur fehlenden sachlichen Rechtfertigung: Für diese wettbewerbsverfälschenden Ungleichbehandlungen anhand der Aktionärseigenschaft lagen keine sachlichen Gründe vor, die rechtfertigend sein könnten. Namentlich waren die Listenpreise nicht geeignet, um die Aktionärinnen für ihr Investitionsrisiko zu entschädigen.[3760] Von der Minderqualität des Kieses ab der Abbaustelle Bümberg waren alle Kundinnen betroffen, wobei die unterschiedlich behandelten Kundinnen nicht systematisch andere Qualitätsanforderungen hatten, weshalb kein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Handhabung bestand.[3761] Die Sonderaktionen wurden aufgrund des guten Geschäftsgangs ausgerichtet, wobei sie für eine Art vorgezogene Gewinnausschüttungen nicht geeignet waren und bei allfälligen Kundenbindungsaktionen die praktizierte Ungleichbehandlung für die Zielerreichung nicht geeignet, jedenfalls aber nicht erforderlich war.[3762] Beim «Mengenrabatt» für Aktionärinnen bestand ebenfalls kein sachlicher Grund dafür, die Kundinnen aufgrund gegebener resp. fehlender Aktionärseigenschaft unterschiedlich zu behandeln.[3763] Der Transportkostenausgleich hatte zum Ziel, einen Bezug von zusätzlichem Kies zu fördern, um so zusätzliches Deponievolumen zu schaffen. Ob das ein sachlicher Rechtfertigungsgrund sein könnte, konnte offengelassen werden, da der Transportkostenausgleich aufgrund seiner Ausgestaltung über weite Strecken gar nicht erst geeignet war, dieses Ziel zu erreichen. Soweit er geeignet war, war eine Ungleichbehandlung der Kundinnen zur Zielerreichung nicht erforderlich; vielmehr wäre eine Gleichbehandlung der Kundinnen dafür ein milderes und erst noch tauglicheres Mittel gewesen.[3764] Mit all diesen Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen verstiess KAGA gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG. KAGA ist nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren.

[3744] Act. VIII.163 Rz 42.
[3745] Fn 456.
[3746] Rz 1852–1859.
[3747] Rz 1860 f.
[3748] Rz 1862.
[3749] Rz 1863–1869.
[3750] Rz 1870.
[3751] Rz 1872.
[3752] Rz 1873.
[3753] Rz 1876 ff.
[3754] Rz 1881–1884 zum Markt für Kiesveredelung, Rz 1885–1890 zu den Tief- und Strassenbaumärkten sowie Rz 1891–1895 zum Markt für Transportdienstleistungen.
[3755] Rz 1896 ff.
[3756] Rz 1900 zu den Märkten für Kiesveredelung und für Transportdienstleistungen.
[3757] Rz 1901 zu den Tief- und Strassenbaumärkten.
[3758] Rz 1870 ff.
[3759] Rz. 1906 zum Markt für Kiesveredelung und Rz 1907 zum Markt für Transportdienstleistungen.
[3760] Rz 1910–1912.
[3761] Rz 1913–1915.
[3762] Rz 1916–1919.
[3763] Rz 1920.
[3764] Rz 1921–1929.

D.7.4 Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub

1933. In diesem Kapitel wird beurteilt, ob KAGA ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchte, indem sie ihre Kundinnen verpflichtete, Kies zu beziehen, wenn diese bei ihr unverschmutzten Aushub deponierten. Die für diese Beurteilung notwendigen Sachverhaltselemente werden im Kapitel C.8 dargestellt.[3765] In erster Linie ist zu beurteilen, ob diese Verhaltensweise die Tatbestandsmerkmale von Art. 7 Abs. 2 Bst. f i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt.

D.7.4.1 Rechtliche Grundlagen zu Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG

D.7.4.1.1 Allgemeines

1934. Nach Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG fällt als Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 1 KG «die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen», in Betracht. Koppelungsgeschäfte können sowohl eine Ausbeutungs- als auch eine Behinderungsmissbrauchskomponente enthalten. Zusätzlich zur marktbeherrschenden Stellung enthält dieser Tatbestand gemäss BGer folgende vier kumulativen Tatbestandsmerkmale:

- Getrennte Güter (Rz 1936 ff.), die durch eine
- Koppelung (Rz 1938) verbunden werden, woraus sich eine
- Wettbewerbsbeschränkung[3766] (Rz 1939 ff.) ergibt, für die
- Keine sachliche Rechtfertigung (Rz 1942 ff.) besteht.[3767]

1935. In der Lehre wird zuweilen als fünftes Element auch noch ein Kausalzusammenhang zwischen der Koppelung und der Wettbewerbsbeschränkung genannt, wobei auch darauf hingewiesen wird, dass dieses Element üblicherweise nicht explizit genannt wird.[3768] Vorliegend wird auf eine separate Thematisierung des Kausalzusammenhangs verzichtet. Dieses Element wird damit aber nicht etwa negiert. Vielmehr ist es im vorliegenden Fall in der Wettbewerbsbeschränkung enthalten, da unter diesem Titel nur Wettbewerbsbeschränkungen geprüft werden, die sich aus der Koppelung ergeben; wofür mit anderen Worten die Koppelung kausal ist.

D.7.4.1.2 Getrennte Güter

1936. Getrennte Güter liegen gemäss BGer vor, wenn die zusätzliche Leistung in keinem sachlichen Zusammenhang zur Hauptleistung steht. Zur Beantwortung dieser Frage kann darauf abgestellt werden, ob für die Güter eigene Märkte bestehen.[3769] Weitere Präzisierungen dazu, was unter einem «sachlichen Zusammenhang» zu verstehen ist, macht das BGer allerdings nicht und bei seiner materiellen Beurteilung im konkreten Fall, ob getrennte Güter vorliegen, greift es den sachlichen Zusammenhang nicht mehr auf.[3770] Vielmehr begründet es seinen Schluss, dass getrennte Güter vorliegen, damit, dass offensichtlich unterschiedliche Produkte vorliegen, die für einen unterschiedlichen Bedarf konzipiert sind und für die eigene Märkte mit eigener Nachfrage bestehen.[3771]

1937. In der Lehre wird ausgeführt, dass das Ziel des Kriteriums der getrennten Güter letztlich darin bestehe, rechtmässig erlangte Effizienzgewinne, die durch den Verbund in der Produktion oder dem Angebot entstehen, nicht zu verhindern. Es sei aber schwierig, die Abgrenzung aus theoretischer Sicht zu bestimmen. Bestimmungsschwierigkeiten könnten sich ergeben beim Auseinanderhalten von Bestandteilen von Warengesamtheiten, zusammengesetzten Produkten, Produktsystemen oder Produkten in Kombination mit Serviceleistungen. Das Prüfungsthema liege mit anderen Worten in der Frage, ob eine hinreichende Differenzierbarkeit der Komponenten bzw. der einzelnen Leistungen bestehe. Festgestellt werden könne das Vorliegen getrennter Güter auf verschiedene Arten: Einerseits direkt anhand des Verhaltens der Nachfrager – fragen diese die Güter separat nach oder nicht. Um aber das Vorliegen von zwei separaten Gütern aufgrund der Nachfrage zu bejahen, müsse eine erhebliche Nachfrage (significant demand) nach einem getrennten Kauf bestehen. Andererseits könne auch indirekt auf das Vorliegen getrennter Güter geschlossen werden, anhand des Angebotsverhaltens der Anbieter – etwa, ob es Anbieter gibt, die sich auf eines der Güter spezialisiert haben oder ob nicht marktbeherrschende Unternehmen die Güter separat anbieten oder nicht. Der indirekte Beweis habe allerdings beim Bestehen von dynamischen Märkten seine Schwächen, weil er innovative einheitlich-komplexe Güter nicht angemessen würdigen könne.[3772]

[3765] Rz 1142 ff. Die Kiesbezugspflicht ist zudem ein Aspekt der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA (Kapitel C.6): Sie wird dort als Beispiel zum Verhalten der KAGA (Gegenstand B) aufgeführt, das zeigt, dass die Aktionärinnen die wirtschaftliche Kraft von KAGA gegen Dritte einsetzten, siehe Rz 894. Für eine Übersicht über alle Aspekte der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA, siehe Gesamtbild, Rz 762 ff.

[3766] Synonym für «Wettbewerbsbeschränkung» wird – ohne inhaltliche Unterschiede – auch «nachteilige Wettbewerbseffekte» verwendet. So spricht das BGer in seinem Urteil 2C_113/2017 vom 12.2.2020, *Hallenstadion*, in E. 6.2.1 und E. 6.2.2 von «Wettbewerbs-beschränkung» und bei der Prüfung in E. 6.2.3, ob eine solche vorliegt, von «nachteiligen Wettbewerbseffekten». In BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.3, DCC, spricht es ebenfalls von «nachteilige[n] Wettbewerbseffekte[n]».

[3767] Zu alledem BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.2.1, *Hallenstadion*; bestätigt in BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.3, *DCC*.

[3768] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1220), Art. 7 KG N 720.

[3769] BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.2.2 m.H., *Hallenstadion*.

[3770] Auf diese Diskrepanz zwischen den allgemeinen rechtlichen Ausführungen und den konkret angewandten Beurteilungskriterien hinweisend auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1220), Art. 7 KG N 730, wobei sie sich kritisch zu Ersteren (N 729 und N 730), aber zustimmend zu Zweiteren äussern (N 730).

[3771] Zu alledem BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.2.3, *Hallenstadion*; so auch BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.4 in fine, *DCC*.

[3772] Siehe zum Ganzen BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1220), Art. 7 KG N 721 ff.

D.7.4.1.3 Koppelung

1938. Eine Koppelung liegt vor, wenn der Anbieter des koppelnden Gutes (dies kann sowohl eine Ware als auch eine Dienstleistung sein) dessen Lieferung oder Erbringung von der Abnahme einer zusätzlichen Ware oder Dienstleistung (das gekoppelte Gut) abhängig macht. Es werden also zwei Leistungen gekoppelt. Der Abnehmer, der das koppelnde Gut erwerben möchte, hat keine andere Wahl, als auch das gekoppelte Gut zu erwerben. Dabei kann dem Abnehmer das gekoppelte Gut auf zwei Arten aufgedrängt werden, sowohl auf direktem Wege (z.B. durch eine vertragliche, technologische oder technische Verknüpfung) als auch auf indirektem Wege (durch Anreize). Unterschieden werden dabei verschiedene Koppelungstechniken wie etwa das tying, pure bundling oder mixed bundling.[3773]

D.7.4.1.4 Wettbewerbsbeschränkung

1939. Weiter muss aus der Koppelung eine Wettbewerbsbeschränkung resultieren. Gemäss BGer kann diese in einer Ausbeutung oder in einer Behinderung – oder einer Kombination davon – liegen.[3774] Das BGer führt dazu zwei Beispiele an: Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt insbesondere vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine Stellung auf dem Markt des koppelnden Gutes ausnutzt, um diese auf den Markt des gekoppelten Gutes zu übertragen und so andere zu behindern. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt ferner insbesondere auch dann vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen durch Ausnutzung seiner Marktstellung die Marktgegenseite ausbeutet, indem es etwa seine Kundinnen zur Abnahme eines Gutes bewegt, das diese entweder gar nicht oder zumindest nicht zu den gegebenen Geschäftsbedingungen erwerben möchten.[3775] Wie ausgeführt, ist hierbei nachzuweisen, dass im konkreten Fall die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung besteht.[3776]

1940. Wie diese Ausführungen zeigen, verkörpert sich ein wesentlicher Gehalt von Art. 7 Abs. 1 KG bei genauer Betrachtung in diesem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung. Bei diesem ist nämlich zu beurteilen, ob eine Koppelung des marktbeherrschenden Unternehmens «andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behinder[t] oder die Marktgegenseite benachteilig[t]», wie dies Art. 7 Abs. 1 KG für die Unzulässigkeit unter anderem voraussetzt. Unter diesem Tatbestandsmerkmal lässt sich also im Einzelfall prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt, wie dies erforderlich ist.[3777]

1941. Bezüglich des Ausbeutungsmissbrauchs bei einer Koppelung ist in Anbetracht dessen Folgendes zu präzisieren: Einer Koppelung getrennter Güter durch ein marktbeherrschendes Unternehmen ist regelmässig immanent, dass sie die Auswahlfreiheit der Abnehmer einschränkt. Diese Einschränkung der Auswahlfreiheit der Marktgegenseite für sich allein ist aber noch nicht per se als Ausbeutung und damit als die relevante Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG zu werten.[3778] Denn dadurch würde das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung ad absurdum geführt und inhaltsleer; die Koppelung als solche durch ein marktbeherrschendes Unternehmen wäre bereits die Ausbeutung.[3779] Vielmehr ist Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG auch hinsichtlich eines Ausbeutungsmissbrauchs an den Anforderungen von Art. 7 Abs. 1 KG zu messen.[3780] Um dies zu beurteilen, wird vorliegend die Gegenleistung mitbetrachtet, welche die Kundin des marktbeherrschenden Unternehmens für die verbundenen Güter erbringen muss.[3781] Bei der Bewertung der gegenseitigen Leistungen und deren (Miss)Verhältnis kann der (geringe oder gar fehlende) Nutzen, den das gekoppelte Gut für typische Nachfrager oder zumindest bestimmte Nachfragegruppen des koppelnden Gutes hat, mit einfliessen.

D.7.4.1.5 Fehlende sachliche Rechtfertigung

1942. Eine Koppelung, welche die vorangehenden Tatbestandsmerkmale erfüllt, kann gerechtfertigt sein. Erforderlich sind dafür sachliche Rechtfertigungsgründe.[3782]

[3773] Zu alledem BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.2.2 m.w.H., *Hallenstadion*; bestätigt in BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.5.1, *DCC*. Weiterführend zu den verschiedenen Koppelungstechniken etwa BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1220), Art. 7 KG N 683 ff.; BLAISE CARRON, Les transactions couplées en droit de la concurrence, 2004, Rz 75 ff. Als tying wird dabei verstanden: Ein Gut wird immer nur in Kombination mit einem zweiten Gut verkauft, wobei das zweite Gut auch allein verkauft wird. Als pure bundling wird verstanden: Zwei Güter werden stets nur in Kombination angeboten. Als mixed bundling wird verstanden: Zwei Güter werden zwar auch getrennt angeboten, werden sie aber zusammen gekauft, erhält der Abnehmer einen reduzierten Preis.

[3774] Tendenziell anders BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1220), Art. 7 KG N 747 (vgl. auch N 769), welche Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG in erster Linie als einen Fall des Behinderungsmissbrauchs erachten.

[3775] BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.2.2 m.w.H., *Hallenstadion*; die illustrierenden Beispiele führt das BGer in seinem Urteil 2C_596/2019 vom 2.11.2022, *DCC*, nicht mehr an, bestätigt aber inhaltlich, dass es die Ausbeutung und/oder die Behinderung sind, die unter dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung zu prüfen sind, vgl. BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.6, *DCC*.

[3776] Rz 1832 f.

[3777] Vgl. Rz 1831.

[3778] Zumindest unglücklich (in dem Sinne BSK KG-AMSTUTZ/CARRON [Fn 1220], Art. 7 KG N 765 ff.) daher die Formulierungen des BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.2.2 und 6.2.3, *Hallenstadion*; bestätigt in BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.6, *DCC* («Ausbeutung der Marktgegenseite durch Einschränkung der Wahlfreiheit») und auch E. 10.2.3.

[3779] Im Übrigen ergäbe sich ein unauflösbarer Wertungswiderspruch, wenn zwar beim «Musterbeispiel» eines Ausbeutungsmissbrauchs von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG substanzielle Anforderungen an die Ausbeutung gestellt werden (BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 7.9 f. und 10.6, *WAN-Anbindung Post*), bei anderen Beispielen aus dem Beispielkatalog von Art. 7 Abs. 2 KG für einen Ausbeutungsmissbrauch hingegen bloss geringe Anforderungen erfüllt werden müssten.

[3780] BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*: «Ob die darin [im Beispielkatalog von Art. 7 Abs. 2 KG] aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist allerdings immer an den Anforderungen von Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen». Bestätigt in BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.2, *DCC*.

[3781] Dass das Verhältnis der gegenseitigen Leistungen mitentscheidend ist, zeigen auch andere Normen, die sich mit einer «Ausnutzung» des Gegenübers befassen: Das «Musterbeispiel» eines Ausbeutungsmissbrauchs von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG setzt «unangemessene Preise oder sonstige unangemessene Geschäftsbedingungen» voraus. Näher zur Beurteilung der Unangemessenheit BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 7.9 f., *WAN-Anbindung Post*. Bei der Übervorteilung nach Art. 21 OR ist ein «offenbares Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung» massgeblich. Der Wucher nach Art. 157 StGB verlangt nach einem «offenbaren Missverhältnis».

[3782] BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.2.3 in fine, *Hallenstadion*.

1943. Solche legitimate business reasons liegen insbesondere dann vor, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze, z.B. das Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners, stützen kann. Auch andere sachliche Gründe wie etwa eine veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten sowie technische Gründe kommen in Frage.[3783] Kurzum: sowohl objektive Rechtfertigungsgründe als auch Effizienzgründe kommen als rechtfertigende sachliche Gründe in Frage,[3784] wobei bei Zweiteren eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung zu erfolgen hat.[3785] Sachliche Gründe zur Rechtfertigung einer Behinderung oder einer Ausbeutung müssen vom marktbeherrschenden Unternehmen hinreichend detailliert vorgetragen werden, pauschale Aussagen genügen nicht.[3786]

1944. Eine Verhaltensweise, die in einem ersten Schritt als wettbewerbsverfälschend qualifiziert wurde (Behinderung oder Ausbeutung), kann im zweiten Schritt durch sachliche Gründe nur dann gerechtfertigt werden, wenn der in der Praxis sogenannte «Grundsatz der Verhältnismässigkeit» eingehalten wird.[3787] Die wettbewerbsverfälschende Verhaltensweise muss erstens überhaupt geeignet sein, um damit die vorgebrachten sachlichen Gründe zu erreichen. Geht einer Verhaltensweise diese Geeignetheit ab, kann mit ihr der vorgebrachte sachliche Grund nicht verwirklicht werden, weshalb dieser die Verhaltensweise von vornherein nicht zu begründen und damit auch nicht zu rechtfertigen vermag.[3788] Zweitens muss die wettbewerbsverfälschende Verhaltensweise erforderlich sein, um den vorgebrachten sachlichen Grund zu verwirklichen, was als «Gebot der Unerlässlichkeit» bezeichnet wird. Gemeint ist damit, dass es sich bei der wettbewerbsverfälschenden Verhaltensweise um das mildeste der in Frage kommenden geeigneten Mittel handeln muss. Stehen einem marktbeherrschenden Unternehmen mehrere Verhaltensweisen zur Verfügung, um den bezweckten Erfolg zu verwirklichen, hat es die am wenigsten wettbewerbsfeindliche Verhaltensweise zu wählen, d.h. diejenige Verhaltensweise, die am wenigsten wettbewerbsverfälschend ist.[3789] Tut das marktbeherrschende Unternehmen dies nicht, geht mit der von ihm gewählten Verhaltensweise eine grössere wettbewerbsverfälschende Auswirkung einher als zur Verwirklichung des vorgebrachten sachlichen Grundes notwendig wäre, wofür es entsprechend an einer Rechtfertigung fehlt.[3790]

D.7.4.2 Beurteilung der Kiesbezugspflicht

D.7.4.2.1 Einleitung

1945. Es wurde festgestellt, dass KAGA vom 6. März 2012 bis 31. Dezember 2014 eine Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub ab einer gewissen jährlichen Deponiemenge praktizierte.[3791] Nachfolgend wird beurteilt, ob KAGA damit eine Koppelung i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. f i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG zwischen der Annahme/Deponierung von unverschmutztem Aushub (koppelndes Gut) und dem Verkauf von Wandkies (gekoppeltes Gut) beging. Dabei wird jeweils vom «Gut» bzw. von den «Gütern» gesprochen, auch wenn die Annahme von Aushub auch als Dienstleistung betrachtet werden kann.[3792]

1946. Auf dem Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub ist KAGA marktbeherrschend.[3793] Nachfolgend ist daher zu beurteilen, ob sie diese Stellung durch die praktizierte Kiesbezugspflicht missbrauchte. Dass KAGA auch auf dem Markt für Rohkies eine marktbeherrschende Stellung innehat,[3794] ist an dieser Stelle nicht zentral, da es nicht um einen allfälligen Missbrauch jener Marktstellung geht.

D.7.4.2.2 Deponierung von unverschmutztem Aushub und Kies sind getrennte Güter

1947. Es wurde festgestellt, dass die Kiesbezugspflicht für eine Deponierung von unverschmutztem Aushub in Bümberg galt.[3795] Hierbei handelt es sich um das koppelnde Gut.

1948. Festgestellt wurde sodann, dass sich das gekoppelte Gut im Laufe der Zeit entwickelte: Im Jahr 2012 war die Deponierung von unverschmutztem Aushub wahlweise an den Bezug von «Kies ab Wand unsortiert» (z.B. musste über der Deponiemenge von 50'000 m^3 pro 1 m^3 weiterem Deponievolumen 1 m^3 Kies ab Wand unsortiert bezogen werden) oder einen doppelt so grossen Bezug von «Kies ab Wand sortiert» (z.B. musste über der Deponiemenge von 50'000 m^3 pro 1 m^3 weiterem Deponievolumen 2 m^3 Kies ab Wand sortiert bezogen werden) gebunden. In den Jahren 2013 und 2014 wurde eine solche Deponierung hingegen wahlweise an den Bezug von «Kies ab Wand unsortiert», «Kies ab Wand sortiert», «RC Produkte» oder «Spez. Material» geknüpft.[3796] Hierbei handelt es sich um die gekoppelten Güter.

1949. Zwar besteht zwischen der Deponierung von unverschmutztem Aushub und Rohkies insbesondere aus Sicht der Anbieter offensichtlich ein Zusammenhang. Wer Material wie Rohkies in einer Grube abbaut, ist regelmässig verpflichtet, die Grube anschliessend wieder aufzufüllen. Betreiber von Abbaustellen in Gruben sind entsprechend regelmässig auch Betreiber von Aushubdeponien.[3797] Ebenso offensichtlich ist der Zusammenhang, dass zunächst abgebaut werden muss und

[3783] BGE 139 I 72 E. 10.1.2, *Publigroupe*.
[3784] RPW 2016/4, 1006 Rz 679, *Sport im Pay-TV*.
[3785] BVGer, B-4003/2016 vom 10.5.2022 E. 9.3.5.3 m.w.H., *Sport im Pay-TV*.
[3786] BGE 146 II 217 E. 4.2 in fine, *Preispolitik Swisscom ADSL*.
[3787] RPW 2016/4, 1006 Rz 681, *Sport im Pay-TV*; RPW 2014/4, 687 Rz 125, *Preispolitik SDA*; RPW 2011/1, 165 Rz 409, *DCC*.
[3788] BVGer, B-4003/2016 vom 10.5.2022 E. 9.1.2 m.w.H., *Sport im Pay-TV*; vgl. auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1220), Art. 7 KG N 179.
[3789] BGE 146 II 217 E. 5.9. m.w.H., *Preispolitik Swisscom ADSL*.
[3790] Vgl. etwa BVGer, B-4003/2016 vom 10.5.2022 E. 9.1.2 m.w.H., *Sport im Pay-TV*; RPW 2016/4, 1006 Rz 681, *Sport im Pay-TV*; RPW 2014/4, 687 Rz 125, *Preispolitik SDA*; RPW 2011/1, 165 Rz 409, *DCC*; ferner etwa BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1220), Art. 7 KG N 180.
[3791] Zusammenfassend Rz 1161.
[3792] Siehe dazu Rz 1938.
[3793] Zusammenfassend Rz 1825.
[3794] Zusammenfassend Rz 1801.
[3795] Rz 1166.
[3796] Rz 1169.
[3797] Vgl. Rz 312 und 321.

erst anschliessend aufgefüllt werden kann, mithin die Möglichkeit zur Auffüllung mit unverschmutztem Aushub vom vorgängigen Abbau des Materials, hier Rohkies, abhängt.[3798] Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass dieser Zusammenhang zwischen der Deponierung von unverschmutztem Aushub und «RC Produkte[n]» nicht besteht.

1950. Trotz dieses offensichtlichen Zusammenhangs zwischen der Deponierung von unverschmutztem Aushub und Rohkies handelt es sich dabei aber – ebenso offensichtlich – um getrennte Güter. Die Güter befriedigen ganz unterschiedliche Bedürfnisse und decken einen anderen Bedarf, die Nachfrager unterscheiden sich denn auch.[3799] Es handelt sich dabei um eigene Märkte mit einer eigenen Nachfrage.[3800] Das Verhalten von KAGA selbst zeigt ebenfalls, dass es sich dabei um getrennte Güter handelt: Die Deponierung von unverschmutztem Aushub verknüpfte sie bloss während knapp dreier Jahre mit dem Bezug von Kies – vor und nach dieser beschränkten Phase bot sie die Güter hingegen separat an, verknüpfte sie also gerade nicht miteinander.

1951. Die Tatsache, dass Nachfrager, insbesondere Transportunternehmen, grundsätzlich an der Vermeidung von Leerfahrten interessiert sind und deshalb versuchen, wenn immer möglich sonstwo benötigtes Material nach einer Deponierung von unverschmutztem Aushub zurückzuführen,[3801] ändert an diesem Befund nichts. Sie tun das, um die Transportkosten zu optimieren, und nicht, weil die Güter als solche für sie «zusammengehören» oder gar dieselben Bedürfnisse befriedigen würden. Um Retourfuhren zu realisieren, sind diese Unternehmen darauf angewiesen, gerade diejenigen Materialien zurückführen zu können, für die bei ihnen oder ihren Kundinnen derzeit ein Bedarf besteht. Da KAGA nur Rohkies anbietet (der primär von Kieswerken nachgefragt wird), nicht auch veredelten Kies (der von weiteren Nachfragern nachgefragt würde), sind die Rückfuhrmöglichkeiten bei KAGA entsprechend von vornherein reduziert und letztlich primär für diejenigen deponierenden Unternehmen attraktiv, die entweder selber ein Kieswerk betreiben oder einem Kieswerkbetreiber nahestehen.[3802] Mit einer Ausnahme waren diese Voraussetzungen bei den Dritten, die bei KAGA in den relevanten Jahren grösseren Mengen unverschmutzten Aushub deponierten, nicht gegeben.[3803] Diese Dritten – und zwar inklusive desjenigen deponierenden Unternehmens, das ein Kieswerk betreibt[3804] – deponierten deutlich mehr unverschmutzten Aushub als sie Kies bezogen.[3805] Dieses unterschiedliche Nachfrageverhalten der Dritten belegt zusätzlich, dass diese Güter für die Nachfrager nicht «zusammengehören»; es sich dabei also um getrennte Güter handelt.

D.7.4.2.3 Koppelung

1952. Wer bei KAGA mehr als ein bestimmtes «Freivolumen» unverschmutzten Aushubs deponieren wollte, musste im Gegenzug Kies beziehen. In den Jahren 2012 und 2013 musste für Deponievolumen von 5'000 m³ bis 50'000 m³ im Umfang von 50 % davon Kies bezogen werden, für Deponievolumen über 50'000 m³ im Umfang von 100 %. Im Jahr 2014 musste für Deponievolumen von 10'000 m³ bis 50'000 m³ im Umfang von 50 % davon Kies bezogen werden, für Deponievolumen über 50'000 m³ im Umfang von 100 %.[3806] Im Jahr 2012 konnte anstatt «Kies ab Wand unsortiert» auch doppelt so viel «Kies ab Wand sortiert» bezogen werden; in den Jahren 2013 und 2014 konnten anstatt «Kies ab Wand unsortiert» auch «Kies ab Wand sortiert», «RC Produkte» oder «Spez. Material» bezogen werden.[3807]

1953. Die Annahme von unverschmutztem Aushub über einem «Freivolumen» wurde damit direkt an einen Kiesbezug gebunden. Ein Vertrag über die Deponierung kam nur zustande, wenn sich der Nachfrager gleichzeitig verpflichtete, Kies im geforderten Umfang zu beziehen. Da KAGA Rohkies auch losgelöst von Deponievolumen veräusserte, handelt es sich dabei um einen Fall des sogenannten tying.[3808]

1954. Ergänzend sei erwähnt, dass diese Koppelung auch gegenüber [U04] bestand. Zwar führten KAGA und [U04] nach Einführung der Kiesbezugspflicht durch KAGA noch zahlreiche Gespräche und weitere Vertragsverhandlungen, während denen [U04] bei KAGA unverschmutzten Aushub deponieren konnte, ohne im Gegenzug bereits Kies zu beziehen.[3809] Nach dem Scheitern dieser Verhandlungen[3810] beharrte KAGA allerdings auf die Erfüllung des ursprünglichen Vertrags vom 4. Mai 2012, in dem diese Koppelung ausdrücklich verankert war,[3811] und weigerte sich, weiteren unverschmutzten Aushub von [U04] anzunehmen, bis diese den bis dahin geäufneten Kiesbezugsrückstand aufgeholt hat.[3812]

D.7.4.2.4 Ergänzung: Auch beim «Tauschgeschäft» mit Deponievolumen handelt es sich um eine Koppelung von getrennten Gütern

1955. Es wurde festgestellt, dass in den Verträgen mit [U01] und [U04] eine «Kompensation von nicht eingehaltenen Kiesbezugsmengen» vorgesehen wurde. Anstatt die Kiesbezugspflicht zu erfüllen, hatten diese zwei Kundinnen von KAGA alternativ die Möglichkeit, KAGA stattdessen in der Zukunft Deponievolumen im Umfang ihrer Deponiemenge in einer eigenen (bei [U04] künftigen) Deponie zur Verfügung zu stellen.[3813]

[3798] Rz 240, auch etwa 1143 f.
[3799] Dazu Rz 273 (Rohkies), Rz 297 und 302 (RC Produkte) und Rz 317 (Deponierung von unverschmutztem Aushub).
[3800] Rz 1343 ff. und Rz 1390 ff.
[3801] Rz 275 f.
[3802] Rz 413–418.
[3803] Zum Tätigkeitsbereich dieser Dritten Rz 1193.
[3804] Rz 1194.
[3805] Rz 1197.
[3806] Zusammenfassend Rz 1161.
[3807] Siehe dazu Rz 1948.
[3808] Siehe zum Begriff des tying Fn 3773.
[3809] Rz 1229 ff.
[3810] Rz 1232.
[3811] Rz 1228.
[3812] Rz 1233.
[3813] Rz 1228.

1956. Bei dieser Alternative wird Deponievolumen zwischen den Vertragsparteien «getauscht». Koppelndes Gut und gekoppeltes Gut sind hier beide Male die Deponierung von unverschmutztem Aushub, allerdings zu unterschiedlichen Zeiten (jetzige Deponierung beim koppelnden Gut und künftige Deponierung beim gekoppelten Gut) und mit vertauschten Rollen – einmal als Anbieter, einmal als Nachfrager. Aufgrund der vertauschten Rollen handelt es sich dabei um getrennte Güter, wird doch der Nachfrager nach dem koppelnden Gut (jetziges Deponievolumen) bei diesem Reziprozitätsgeschäft[3814] in die Rolle des Anbieters des gekoppelten Gutes (künftiges Deponievolumen) gedrängt.

1957. Die Veräusserung des koppelnden Gutes wird bei dieser Alternative davon abhängig gemacht, dass der Vertragspartner eine zusätzliche Leistung (eigenes Deponievolumen zur Verfügung stellen) erbringt; bei der Kiesbezugspflicht hingegen, dass er eine zusätzliche Leistung (Kies) annimmt. Wie bereits der Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG zeigt, ist allein entscheidend, dass die Veräusserung des koppelnden Gutes von einer zusätzlichen Leistung abhängig gemacht wird – ob diese vom Vertragspartner zu erbringen oder abzunehmen ist, tut nichts zur Sache. Die Pflicht, künftig eigenes Deponievolumen zur Verfügung zu stellen, um das koppelnde Gut erwerben zu können, stellt demnach ebenso wie die Kiesbezugspflicht eine Koppelung dar.

1958. Hervorzuheben ist schliesslich, dass die Koppelung nicht deshalb entfällt, weil diese zwei Kundinnen zwischen zwei Alternativen auswählen konnten (Kiesbezug oder Zurverfügungstellung von eigenem Deponievolumen). Sie hatten beim Erwerb des koppelnden Gutes nur, aber immerhin, die Wahl zwischen Skylla und Charybdis bzw. welche zusätzliche Leistung sie erbringen. Die Wahl, auf die Erbringung einer zusätzlichen Leistung zu verzichten, hatten sie hingegen nicht, denn das koppelnde Gut wurde von der einen oder anderen zusätzlichen Leistung abhängig gemacht – und dies ist entscheidend.

D.7.4.2.5 Wettbewerbsbeschränkung

1959. Die Koppelung zeitigte vorliegend auf mehreren Ebenen und in unterschiedlicher Hinsicht Folgen für den Wettbewerb. Nachfolgend werden diese im Einzelnen beurteilt, nachdem einleitend kurz die wichtigsten Sachverhaltsfeststellungen in Erinnerung gerufen werden.

1960. Es wurde festgestellt, dass die Koppelung von KAGA so ausgestaltet war, dass sie für ihre Aktionärinnen zwar auf dem Papier bestand, faktisch aber bedeutungslos war. Diejenigen Aktionärinnen von ihr, die in grösserem Umfang unverschmutzten Aushub bei KAGA deponierten – vor allem Kästli-Gruppe, aber auch Alluvia und Heimberg[3815] –, wurden durch die Koppelung nicht dazu forciert, zusätzliches Kies zu beziehen, das sie nicht ohnehin bezogen hätten.[3816]

1961. Gerade anders verhielt es sich bei den Dritten, die ebenfalls in grösserem Umfang unverschmutzten Aushub bei KAGA deponierten – diese mussten aufgrund der Koppelung Kies beziehen, das sie sonst nicht abgenommen hätten, oder waren gezwungen, zu versuchen, auf andere Deponien auszuweichen.[3817] Aufgrund der Ausgestaltung der Koppelung waren sodann zwei Dritte, [U04] und [U01], besonders stark von dieser betroffen.[3818]

1962. In den Bereichen Rohkiesgewinnung und Deponierung von unverschmutztem Aushub dominieren KAGA und ihre Aktionärinnen als Anbieterinnen im relevanten Gebiet; konkurrenzierende Dritte sind dünn gestreut.[3819] Zudem sind die Eintrittshürden hoch und mit Markteintritten ist in absehbarer Zeit nicht zu rechnen.[3820]

1963. Im Bereich Rohkiesgewinnung ist [U01] die mit Abstand grösste unabhängige Betreiberin einer Kiesgrube in räumlicher Nähe von KAGA.[3821] In internen Dokumenten von KAGA wird sie als Hauptkonkurrentin der KAGA bezeichnet.[3822] KAGA zählt sowohl [U01] als auch [U04] zu den in ihrem direkten Marktgebiet tätigen Kieshändlern.[3823]

1964. Im Bereich Deponierung von unverschmutztem Aushub ist wiederum [U01] die mit Abstand grösste unabhängige Betreiberin einer «dauerhaften» Deponie in räumlicher Nähe von KAGA.[3824] Und auch bzw. gar insbesondere in diesem Bereich wird sie von KAGA in internen Dokumenten als Hauptkonkurrentin bezeichnet.[3825] [U04] wiederum betreibt seit 2018 eine «temporäre» Deponie auf grüner Wiese in räumlicher Nähe zu KAGA, die während der Dauer ihrer Existenz zu den 14 grössten Deponien von unverschmutztem Aushub im ganzen Kanton Bern zählt.[3826] Dass [U04] beabsichtigte, diese Deponie zu eröffnen, war spätestens seit 2006 allgemein bekannt.[3827] Kurzum: Bei [U01] und [U04] handelt es sich im Bereich Deponierung von unverschmutztem Aushub um die zwei grössten Konkurrentinnen von KAGA in räumlicher Nähe zu dieser,[3828] wobei [U04] von 2012 bis 2014 erst eine potenzielle Konkurrentin war, deren Eintrittsabsichten aber allgemein bekannt waren und einzig an planungsrechtlichen Hürden zu scheitern drohten.

[3814] Siehe dazu auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1220), Art. 7 KG N 681, mit dem Hinweis, dass bei solchen Geschäften nicht die gleiche Vertragspartei beide Güterleistungen erbringt und der zutreffenden impliziten Aussage, dass dies für die Erfüllung von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG aber auch nicht erforderlich ist.
[3815] Rz 1187 und 1189.
[3816] Zusammenfassend Rz 1218.
[3817] Zusammenfassend Rz 1219.
[3818] Zusammenfassend Rz 1220.
[3819] Die Beurteilung findet sich in Rz 1784 f. (Kies) resp. Rz 1807 (Deponie).
[3820] Die Beurteilung findet sich in Rz 1794 f. (Kies) resp. Rz 1815–1817 (Deponie).
[3821] Rz 1211.
[3822] Rz 1210.
[3823] Rz 1209.
[3824] Rz 1212.
[3825] Rz 1210.
[3826] Rz 1213.
[3827] Rz 1213.
[3828] Rz 1214.

1965. [U01] und insbesondere [U04], aber auch die weiteren Dritten, die in grösserem Ausmass unverschmutzten Aushub bei KAGA deponierten, sind noch in weiteren Bereichen aktiv:[3829] [U01] und [U04] etwa nehmen sich der Aufbereitung von Baumaterialien an (KAGA bezeichnete sie diesbezüglich in einem internen Dokument als Hauptkonkurrentinnen der KAGA in ihrem Gebiet[3830]) und führen (Ab)Transporte für Dritte durch. [U04] ist ferner auf Aushübe und Rückbauten spezialisiert, inklusive der Entsorgung des dabei anfallenden Materials. Aufgrund dieser Tätigkeiten fragen sie Deponievolumen für unverschmutzten Aushub nach, wobei ihre Nachfrage bei KAGA von 2009 bis 2011 stetig stieg.[3831] Soweit Aktionärinnen von KAGA in diesen Bereichen ebenfalls aktiv sind, handelt es sich bei [U01] und [U04] um Konkurrentinnen dieser Aktionärinnen, unter anderem insbesondere von Kästli-Gruppe und Alluvia.[3832] Ein Vertreter von Alluvia äusserte sich 2011 in der FIKO von KAGA sogar besorgt darüber, dass [U04] im Raum Bern mit «Tiefstpreisen» die Mitbewerber unterbiete.[3833] Und im November 2012 wurde im VR von KAGA ausgeführt, dass sich [U04] «nicht zur Freude der Berner Unternehmungen, in der Stadt Bern stark macht»[3834] – bei den «Berner Unternehmungen» handelt es sich um Kästli, Hofstetter und Messerli (die zwei letztgenannten nunmehr Alluvia).[3835]

1966. Nach diesem kurzen Rückblick auf die wichtigsten Sachverhaltsfeststellungen werden in den kommenden Abschnitten die Folgen für den Wettbewerb beurteilt.

1967. Indem KAGA die Dritten verpflichtete, das gekoppelte Gut zu beziehen, erhöhten sich die Deponie-Kosten der Dritten, da sie eben zusätzlich auch das gekoppelte Gut beziehen mussten. Anders verhielt es sich für die Aktionärinnen von KAGA, da diese das gekoppelte Gut (Kies) ohnehin benötigten und daher so oder so Kies bezogen hätten, was bei den Dritten gerade nicht der Fall war. Noch gewichtiger fällt dieser Kostenvorteil der Aktionärinnen dadurch aus, dass KAGA von den Dritten stets einen deutlich höheren Listenpreis für das Kies (gekoppeltes Gut) verlangte als von ihren Aktionärinnen,[3836] und den Aktionärinnen – nicht aber den Dritten – zudem eine zusätzliche Preisreduktion für die Minderqualität des Kieses in Bümberg[3837] sowie einen Transportkostenausgleich[3838] gewährte.[3839] Durch die Koppelung übertrug sich mit anderen Worten die von KAGA im Bereich Rohkies praktizierte Preisdifferenzierung zwischen Aktionärinnen und Dritten[3840] auch auf die Deponierung von unverschmutztem Aushub.

1968. Sind die Kosten für die Deponierung für Dritte höher als für deponierende Aktionärinnen, müssen sie ihrerseits entweder höhere Preise für ihre Entsorgungsangebote verlangen oder eine geringere Marge in Kauf nehmen, womit sie bei ihren Entsorgungsangeboten oder anderweitigen Leistungen, die Entsorgungen mitenthalten, – anders als die dort ebenfalls tätigen Aktionärinnen von KAGA – behindert werden. Diese Behinderung hat zur Folge, dass Entsorgungsaufträge teilweise nicht an das kostengünstigste Unternehmen vergeben werden oder anderweitige Leistungen, die Entsorgungen mitenthalten, nicht beim kostengünstigsten Unternehmen bezogen werden. Die Koppelung schafft die Gefahr, diese Märkte zu verfälschen.

1969. Vergleichbares trifft zu, wenn Dritte aufgrund der Koppelung von einer Deponierung bei KAGA absahen[3841] oder – mangels Einhaltung der Kiesbezugspflicht – von KAGA für eine Deponierung bei ihr gesperrt wurden.[3842] Obwohl KAGA in einem konkreten Fall die am besten gelegene Deponie gewesen wäre, konnten die Dritten dort nicht deponieren und mussten stattdessen auf andere, weniger gut gelegene Deponien ausweichen. Durch die weiteren Transportwege und längeren Transportzeiten bei diesen Ausweichmanövern entstanden diesen Dritten zusätzliche Kosten, die sich wiederum entweder in höheren Preisen oder geringeren Margen niederschlugen. Die zuvor geschilderte Behinderung trat so auch in diesem Fall ein.

1970. Eine gezielte Schwächung von [U01] und [U04] bei deren Entsorgungsangeboten und anderen Leistungen, die Entsorgungen mitenthalten, ist zudem geeignet, indirekt die Marktstellung von KAGA zu verfestigen. Diese beiden Unternehmen sind nicht nur Nachfragerinnen nach Deponievolumen für unverschmutzten Aushub und damit Konkurrentinnen einiger KAGA-Aktionärinnen, die dies ebenfalls tun, sondern zugleich auch Konkurrentinnen von KAGA. Fällt deren Marge in anderen Aktivitätsfeldern geringer aus oder erhalten sie in diesen aufgrund höherer Preise weniger Aufträge, werden diese Unternehmen geschwächt. Sie können es sich in der Folge auch weniger leisten, dort, wo sie mit KAGA in Konkurrenz stehen, im vollen Mass kompetitiv am Markt aufzutreten.

1971. Noch weitaus ausgeprägter ist die Behinderung dieser Konkurrentinnen von KAGA (also von [U01] und [U04]) bei der alternativen Koppelung mit künftigem Deponievolumen von [U01] und [U04], d.h. dem «Tausch» von jetzigem Deponievolumen gegen künftiges Deponievolumen.[3843] Beim Deponievolumen für unverschmutzten Aushub handelt es sich aufgrund der (planungs- und bewilligungs)rechtlichen Restriktionen um ein limitiertes Gut.[3844] KAGA fragt selber kein Deponievolumen für unverschmutzten Aushub nach, sondern bietet solches einzig an. Durch den «Tausch» hätte sie die Kontrolle über einen Teil des künftigen, limitierten

[3829] Rz 1193.
[3830] Rz 1210.
[3831] Rz 1182.
[3832] Rz 1215.
[3833] Rz 1216.
[3834] Rz 1216.
[3835] Rz 723, 736, 741 und 1010.
[3836] Siehe Rz 1059 bezüglich der mit [U01] und [U04] vereinbarten Sonderkonditionen.
[3837] Für die Jahre 2012 bis 2014 Rz 1079–1081.
[3838] Für die Jahre 2012 bis 2014 Rz 1126–1128.
[3839] Für eine Übersicht siehe Rz 1141.
[3840] Dazu Rz 1835.
[3841] Rz 1202.
[3842] Rz 1233, 1237 und 1240.
[3843] Dazu Rz 1955 ff.
[3844] Rz 331 ff.
[3845] Rz 1231.

Angebots ihrer in diesem Bereich zwei stärksten Konkurrentinnen in räumlicher Nähe erlangt. Damit würde die ohnehin schon beschränkte mögliche Angebotsmenge dieser Konkurrentinnen weiter reduziert bzw. von diesen Dritten auf KAGA verschoben, womit eine entsprechende Schwächung der Marktstellung dieser Dritten einhergeht. Mit dem alternativ gekoppelten Gut geht also eine Behinderung der zwei stärksten Konkurrentinnen in räumlicher Nähe zu KAGA als (künftige) Anbieterinnen von Deponie für unverschmutzten Aushub einher, welche die Gefahr schafft, diesen Markt zu verfälschen.

1972. Bei der – allerdings bloss versuchten – Koppelung gegenüber [U04] zum gemeinsamen Betrieb von deren künftiger Deponie für unverschmutzten Aushub[3845] ist die Behinderung auf Stufe Anbieterinnen von Deponievolumen für unverschmutzten Aushub sogar noch offenkundiger als beim «blossen Tausch» gegen künftiges Deponievolumen. Dadurch wäre KAGA nämlich Mitbetreiberin dieser neuen Deponie geworden, wodurch sie von Anfang an verhindert hätte, dass eine von einem unabhängigen Dritten betriebene Deponie entsteht. Dass mit dieser von KAGA euphemistisch als «Einbindung» von [U04] bezeichneten[3846] Koppelung eine wesentliche Konkurrentin von KAGA behindert und dadurch der – ohnehin schon durch wenige Konkurrentinnen geprägte – Wettbewerb strukturell geschwächt worden wäre bzw. eine Gefahr dafür geschaffen worden wäre, bedarf keiner weiteren Erläuterungen.

1973. Nebst diesen Behinderungen führte die Koppelung vorliegend auch zu einer Ausbeutung der Marktgegenseite. Zur Beurteilung einer Ausbeutung werden hier, wie ausgeführt,[3847] auch Leistung und Gegenleistung einander gegenüberzustellen. Bei der nachfolgenden Beurteilung wird einzig das verlangte Entgelt für das gekoppelte Gut (d.h. für Kies) und dessen Wert für die Erwerber beurteilt. Der Preis für das koppelnde Gut (d.h. für die Deponierung von unverschmutztem Aushub) als solcher wird hierbei keiner Prüfung unterzogen.

1974. Bei der Kiesbezugspflicht fällt zunächst ins Gewicht, dass die Dritten keinen Bedarf am gekoppelten Gut Kies hatten, zumindest aber keinen in der erforderlichen Grössenordnung, wie etwa sogar das Nachfrageverhalten von [U01] (die als einzige der Dritten ein Kieswerk betreibt) vor Einführung der Koppelung zeigte.[3848] Der Nutzen und Wert des gekoppelten Gutes war für sie – mit Ausnahme von [U01] – gering, zumal ein Weiterverkauf im erforderlichen Umfang an weitere Abnehmer unrealistisch war und eine Lagerung des Materials platzintensiv wäre und weitere Kosten verursacht hätte. Für das für sie wenig nützliche, gekoppelte Gut mussten die Dritten freilich auch noch ein Entgelt bezahlen. Wie festgestellt, praktizierte KAGA in der fraglichen Zeit unterschiedliche Preise für Aktionärinnen und für Dritte, wobei der Listenpreis für Dritte von 2012 bis 2014 47 % höher war als derjenige der Aktionärinnen.[3849] Nur, aber immerhin, vier Dritten ([U04], [U01], [U40] und [U43]) kam KAGA bei Einführung der Kiesbezugspflicht diesbezüglich entgegen und vereinbarte mit ihnen einen gestaffelten Mengenrabatt auf dem Listenpreis für Dritte. Aber selbst bei der höchsten Rabattstufe lag dieser «Spezialpreis» immer noch ca. 15 % über dem Listenpreis der Aktionärinnen, wobei die höchste Rabattstufe ohnehin von keiner dieser vier Dritten erreicht wurde. Ausserdem gewährte KAGA ihren Aktionärinnen einen zusätzlichen Preisnachlass von etwas mehr als 7 % auf deren Aktionärslistenpreis wegen der minderen Qualität des Kieses in Bümberg – den Dritten gab sie diesen Preisnachlass nicht.[3850] Bloss noch am Rande erwähnt sei schliesslich der Transportkostenausgleich, den KAGA ihren Aktionärinnen mit Kieswerk gewährte, Dritten hingegen nicht.[3851] [U01], die als einzige Dritte die zweithöchste Rabattstufe erreichte, bezahlte bei dieser Rabattstufe immer noch gut 30 % mehr für das Kies als die Aktionärinnen (ohne Berücksichtigung des Transportkostenausgleichs). Eine Dritte, die zum Dritt-Listenpreis Kies bezog, bezahlte dafür fast 60 % mehr als die Aktionärinnen von KAGA (ohne Berücksichtigung des Transportkostenausgleichs).

1975. Zusammengefasst zeigt sich, dass das gekoppelte Gut Kies für die Dritten mit Ausnahme von [U01] bloss wenig Nutzen und Wert hatte. Gleichzeitig mussten sie für dieses Gut aber als Gegenleistung einen erhöhten Preis bezahlen, d.h. einen Preis, der zwischen 30 % und 60 % höher war als derjenige, den die Aktionärinnen (noch ohne Berücksichtigung des Transportkostenausgleichs) dafür zu bezahlen hatten. Hinzu kommt, dass für die Aktionärinnen das gekoppelte Gut erst noch von Nutzen und Wert war. Nicht einmal der Rabatt für die mindere Qualität des Kieses wurde den Dritten gewährt. Dieses offenkundige Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung hinsichtlich des gekoppelten Gutes ist als Ausbeutung der Dritten zu werten;[3852] es bestand damit die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung.

1976. Beim alternativen gekoppelten Gut, dem «Tausch» von jetzigem Deponievolumen gegen künftiges Deponievolumen, liegt zu Lasten von [U04] ebenfalls eine Ausbeutung vor. Es wurde festgestellt, dass [U04] der KAGA das Deponievolumen zum selben Preis verkaufen sollte, den KAGA von [U04] für das Deponievolumen verlangte, abzüglich einer «Mehrtransportkostenreduktion» (berechnet anhand des Modells des Transportkostenausgleichs).[3853] In einem späteren Vertragsentwurf quantifizierte KAGA diese Mehrtransportkostenreduktion mit CHF 6.– pro Kubikmeter unverschmutztem Aushub, der über dem «Freivolumen» angeliefert wurde.[3854] Je nach Anfahrtsherkunft mag es zwar sein, dass die Deponie von [U04] weiter entfernt ist als diejenige von KAGA und daher höhere Transportkosten entstehen, wenn diese statt jene angefahren wird. Allerdings bietet KAGA einzig Deponievolumen für unverschmutzten Aushub an, fragt dies aber selber nicht nach. Transport(mehr)kosten entstehen also nicht ihr,

[3846] Rz 1230.
[3847] Rz 1941.
[3848] Rz 1193 ff.
[3849] Rz 1054.
[3850] Für die Jahre 2012 bis 2014 Rz 1079–1081.
[3851] Für die Jahre 2012 bis 2014 Rz 1126–1128.
[3852] Vgl. zur Beurteilung der Unangemessenheit bei Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 10.6, *WAN-Anbindung Post*. Bei der vorliegenden Koppelung ist bei dieser Beurteilung mitzuberücksichtigen, dass das gekoppelte Gut für die Abnehmer zudem bloss wenig Nutzen und Wert hatte, was bei einem «reinen» Anwendungsfall von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, bei dem der Abnehmer die fragliche Leistung ja gerade nachfragt, nicht der Fall ist.
[3853] Rz 1228.
[3854] Rz 1235.

sondern vielmehr ihrer Marktgegenseite, den Nachfragerinnen von Deponievolumen für unverschmutzten Aushub. Die von ihr verlangte «Mehrtransportkostenreduktion» lässt sich daher nicht mit zusätzlichen Kosten begründen, die KAGA durch den «Tausch» entstehen würden. Ohne damit der gesamten Tragweite der Alternative «Deponievolumentausch» gerecht zu werden, lässt sich die verlangte «Mehrtransportkostenreduktion» deshalb vereinfachend auch als Erhöhung des Preises verstehen, den [U04] für eine Deponierung von unverschmutztem Aushub über dem «Freivolumen» bei KAGA bezahlen musste. Der Listenpreis von KAGA für die Annahme von unverschmutztem Aushub belief sich im Jahr 2012 auf CHF 14.79 und in den Jahren 2013 und 2014 auf CHF 17.–.[3855] Im Jahr 2012 entsprach die verlangte «Mehrtransportkostenreduktion» damit einer Preiserhöhung von 40 %, in den Jahren 2013 und 2014 einer solchen von 35 % auf dem von [U04] bei KAGA für die Deponierung von unverschmutztem Aushub zu bezahlenden Preis. Diese in der alternativen Koppelung mit dem gekoppelten Gut «Tausch» verankerte Preiserhöhung ist als Ausbeutung zu werten; es bestand damit die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung.

1977. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die vorliegende Koppelung sowohl behindernd als auch ausbeutend ist. Es liegt eine Wettbewerbsbeschränkung und – erst recht – die Gefahr einer Wettbewerbsbeschränkung vor.

D.7.4.2.6 Fehlende sachliche Rechtfertigung

1978. Wie festgestellt, wurde die Koppelung vor dem Hintergrund der aus Sicht der Entscheidträger der KAGA bestehenden Deponieknappheit eingeführt, um ein ausgeglicheneres Verhältnis der Volumina von Kiesabbau und Deponierung zu erreichen.[3856] Das bei KAGA zur Verfügung stehende Deponievolumen sollte durch die Kiesbezugspflicht erhöht werden, entweder indem dadurch Kies bezogen wird, der ohne Kiesbezugspflicht nicht bezogen worden wäre, oder indem wegen der Kiesbezugspflicht auf eine Deponierung bei KAGA verzichtet wird, wodurch das dort vorhandene Deponievolumen im entsprechenden Umfang geschont worden wäre.[3857] Ob die Vergrösserung oder die Schonung des vorhandenen Deponievolumens, das insbesondere aufgrund (planungs- und bewilligungs-)rechtlicher Restriktionen ein limitiertes Gut ist, als ein sachlicher Grund zu betrachten wäre, der für eine Rechtfertigung grundsätzlich geeignet sein könnte, kann an dieser Stelle offenbleiben (vgl. dazu Rz 2001–2005, aber auch den Vorbehalt in Rz 1999). Denn wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ist die gewählte Koppelung für die Erreichung dieses Ziels teilweise gar nicht erst geeignet oder aber, soweit sie an sich geeignet wäre, hierfür nicht erforderlich. Eine Rechtfertigung der Massnahme Koppelung scheidet daher bereits mangels Eignung respektive Erforderlichkeit dieser Massnahme zur Zielerreichung aus. Im Einzelnen:

1979. Um eine Behinderung oder Ausbeutung zu rechtfertigen, muss eine Massnahme erstens geeignet sein, um damit den vorgebrachten sachlichen Grund zu erreichen, und sie muss hierfür zweitens auch erforderlich sein; es darf also kein milderes Mittel zur Verfügung stehen.[3858]

1980. Es wurde festgestellt, dass die Kiesbezugspflicht die deponierenden Aktionärinnen in deren Verhalten nicht einschränkte und insbesondere nicht dazu führte, dass diese zusätzliches Kies bezogen haben, dass sie ohne Bezugspflicht nicht abgenommen hätten.[3859] Soweit die deponierenden Aktionärinnen betreffend fehlt es der Kiesbezugspflicht daher bereits an der Eignung, um damit eine Vergrösserung oder eine Schonung des vorhandenen Deponievolumens zu erreichen.

1981. Die Massnahme ist also so ausgestaltet, dass es ihr zwar bezüglich der Aktionärinnen an der Eignung fehlt; bezüglich der übrigen Kundinnen, den Dritten, sieht dies allerdings anders aus, da diese, wie gezeigt, sehr wohl dazu gebracht wurden, ihren Kiesbezug zu erhöhen oder ihr Deponievolumen bei KAGA zu reduzieren. Diese unterschiedliche Behandlung zwischen Aktionärinnen und Dritten ergibt sich aber in keiner Weise aus dem angestrebten Grund selbst (d.h. das vorhandene Deponievolumen zu vergrössern oder zu schonen). Die Ungleichbehandlung folgt mit anderen Worten nicht zwangsläufig aus dem Ziel auf mehr Ausgeglichenheit zwischen Abbau und Deponierung, sondern vielmehr aus der konkret gewählten Massnahme. Kann KAGA aus Kapazitätsgründen nicht Deponiematerial ohne jegliche Restriktionen entgegennehmen, wären Massnahmen, welche die damit verbundene Bürde gleichmässig – oder zumindest gleichmässiger – auf alle Kundinnen verteilen,[3860] milder als die gewählte Massnahme, die diese Bürde einseitig den Dritten auferlegt und die Aktionärinnen davon verschont. Eine Kontingentierung des entgegenzunehmenden Deponiematerials etwa anhand eines prozentualen Anteils der in früheren Jahren von einer Kundin deponierten Menge wäre ein solch milderes Mittel gewesen. Der Geschäftsführer von KAGA hat eine solche sogar in der FIKO (bestehend aus Vertretern von Kästli und Alluvia sowie dem Geschäftsführer von KAGA) vorgeschlagen, ist damit aber nicht durchgedrungen.[3861] Die Massnahme der Koppelung ist demnach mit Blick auf ihre behindernde Komponente nicht erforderlich, da mildere, weniger wettbewerbsfeindliche Mittel bestanden hätten.

1982. Abgesehen davon fehlt es der Massnahme auch noch in weiterer Hinsicht an der Eignung oder an der Erforderlichkeit:

1983. Da die Kiesbezugspflicht unter anderem durch den Bezug von «RC Produkte» erfüllt werden konnte,[3862] geht ihr insofern die Eignung ab, das vorhandene Deponievolumen zu vergrössern oder zu schonen. Denn RC-Produkte werden nicht abgebaut und schaffen daher kein zusätzliches Deponievolumen.

[3855] Rz 1012.
[3856] Vgl. Rz 1144, 1152 und 1163.
[3857] Rz 1163.
[3858] Rz 1944.
[3859] Zusammenfassend Rz 1191.
[3860] Siehe in diesem Zusammenhang auch Rz 2003.
[3861] Rz 1230.
[3862] Rz 1170.

1984. Hinsichtlich der ausbeutenden Komponente der Massnahme ist festzuhalten, dass mit der Koppelung vorliegend untrennbar verbunden ist, dass die Dritten ein Gut beziehen mussten, das für sie wenig Wert hat.[3863] Dem braucht aber nicht näher nachgegangen zu werden, da jedenfalls eine darüber hinausgehende Benachteiligung, namentlich durch den im Vergleich zu den Aktionärinnen deutlich höheren Preis,[3864] in keiner Art und Weise erforderlich war. Den Preis für die Dritten auf mindestens den Preis für die Aktionärinnen zu senken, wäre offenkundig milder gewesen als die Dritten auszubeuten; aber nicht einmal der Rabatt für die Minderqualität des Kiesmaterials in Bümberg wurde den Dritten gewährt.

1985. Auch bezüglich des alternativ gekoppelten Guts, dem «Tausch» von jetzigem Deponievolumen gegen künftiges Deponievolumen,[3865] scheitert eine Rechtfertigung. Durch den «Tausch» wird nicht zusätzliches Deponievolumen geschaffen, sondern es ändert sich einzig, *wer* künftig das «getauschte» Deponievolumen kontrolliert – entweder eine Dritte, [U01] resp. [U04], oder KAGA. Insofern fehlt es der Massnahme bereits an der Eignung. Sofern diese Koppelung aber eigentlich dazu dienen sollte, diese zwei Dritten von einer Deponierung bei KAGA abzuhalten und dadurch das vorhandene Deponievolumen zu schonen, war es nicht die mildeste Massnahme. Die Massnahme legte die Bürde spezifisch und einseitig auf zwei ausgewählte Kundinnen, die grössten Konkurrentinnen von KAGA in deren räumlicher Nähe,[3866] und verteilte sie nicht insgesamt auf die Kundinnen, obwohl sich dies nicht aus dem angestrebten Grund ergab – es kann auf bereits Geschriebenes verwiesen werden.[3867]

1986. Für die ausbeutende Komponente beim «Tausch» mit [U04] wurde bereits ausgeführt, dass sich die verlangte «Mehrtransportkostenreduktion» nicht mit zusätzlichen Kosten von KAGA erklären lässt.[3868] Abgesehen davon, dass der «Tausch» bereits für sich nicht geeignet ist, das angestrebte Ziel damit zu erreichen, ist auch für diese Ausbeutung keine Rechtfertigung ersichtlich.

1987. Der Vollständigkeit halber sei schliesslich festgehalten, dass auch für die Sperrung der Deponie für unverschmutzten Aushub gegenüber [U04] ab September 2013 und bis über die Aufhebung der Kiesbezugspflicht hinausgehend,[3869] nachdem diese ihrer Kiesbezugspflicht nicht nachgekommen war und nicht zu einem «Tausch» bereit war,[3870] keine Rechtfertigung besteht. Freilich mag es prima vista als ein Verhalten gestützt auf einen kaufmännischen Grundsatz erscheinen, wenn auf das Einhalten einer Vereinbarung bestanden wird und weitere Geschäfte von der Erfüllung bisheriger Verpflichtungen abhängig gemacht werden. Hier verstiess das Koppelungsgeschäft von KAGA jedoch – wie gesehen – gegen das Kartellgesetz. KAGA beharrte also darauf, dass [U04] einer kartellrechtswidrig ausbedungenen Pflicht nachkommt und verweigert bis zu deren Erfüllung weitere Geschäfte bzw. die Annahme von Deponiematerial. Die Weigerung der Annahme von weiterem Deponiematerial ist damit in der (unzulässigen) Koppelung selbst angelegt und gehört zu dieser; es handelt sich dabei nicht um einen betriebswirtschaftlichen Rechtfertigungsgrund im Sinne des Kartellgesetzes.

1988. Kästli-Gruppe deutet in ihrer Stellungnahme zum Antrag an, mit der Koppelung habe KAGA die «Vorgabe» in den Sachplänen ADT umgesetzt, wonach u.a. Leerfahrten zu minimieren seien.[3871] Selbst wenn die Koppelung dazu geführt haben sollte, dass Dritte in einem gewissen Ausmass weniger Leerfahrten durchführten, weil sie auf dem Rückweg gezwungenermassen Rohstoffe mitnehmen mussten, liegt hierin keine Rechtfertigung für eine Behinderung und eine Ausbeutung durch eine Koppelung. Abgesehen davon gäbe es – schon nur in Anbetracht dessen, dass festgestellt wurde, dass das beschränkte Angebot von KAGA im Bereich Kies (nur Rohkies, kein veredelter Kies) dazu führt, dass Dritte Leerfahrten bei einer dortigen Deponierung kaum vermeiden können[3872] – andere, besser geeignete und mildere Mittel, um Leerfahrten zu vermeiden. Wiederholt sei schliesslich, dass es sich bei der Aussage in den Sachplänen ADT, Leerfahrten seien zu minimieren, um einen Wunsch handelt und nicht um eine verbindliche Vorgabe.[3873] KAGA sah sich also keineswegs in einer rechtlichen Zwickmühle, entweder nur die eine oder nur die andere Norm befolgen zu können. Das Vorbringen von Kästli-Gruppe stösst in mehrfacher Hinsicht ins Leere.

D.7.4.3 Ergebnis zur Kiesbezugspflicht

1989. KAGA koppelte zwei getrennte Güter, Deponievolumen für unverschmutzten Aushub einerseits, Rohkies[3874] resp. – gegenüber zwei Kundinnen alternativ – zukünftiges Deponievolumen[3875] andererseits, durch ein tying[3876]. Diese Koppelung führte zu einer Wettbewerbsbeschränkung, indem sie zum einen Konkurrentinnen von KAGA, insbesondere ihre zwei stärksten Konkurrentinnen im Deponiebereich in räumlicher Nähe zu ihr, die auch Konkurrentinnen einiger Aktionärinnen von KAGA sind, behinderte und zum anderen die Marktgegenseite ausbeutete.[3877] Erst recht wurde mit der Koppelung die Gefahr einer Wettbewerbsbeschränkung geschaffen. Die mit der Koppelung angestrebte Vergrösserung oder Schonung der vorhandenen Deponievolumina kann diese Wettbewerbsbeschränkung nicht rechtfertigen, da die Koppelung zur Verwirklichung dieses Ziels in der gewählten Form teilweise gar nicht erst geeignet ist und es sich bei ihr im Übrigen nicht um das mildeste Mittel handelt, sie also nicht erforderlich war.[3878] Mit der Kiesbezugspflicht verstiess KAGA daher gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. f i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG. KAGA ist nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren.

[3863] Rz 1974.
[3864] Rz 1974 f.
[3865] Rz 1228 und 1231.
[3866] Rz 1964.
[3867] Rz 1981.
[3868] Rz 1976.
[3869] Vgl. schon nur Rz 1237.
[3870] Zusammenfassend Rz 1240.
[3871] Act. VIII.163 Rz 42.
[3872] Rz 413–416.
[3873] Rz 1329 zweites Lemma.
[3874] Rz 1947 ff.
[3875] Rz 1955 ff.
[3876] Rz 1952 ff., zum Begriff des tying siehe Fn 3773.
[3877] Rz 1959 ff.
[3878] Rz 1978 ff.

1990. Diese Verhaltensweise liesse sich trotz Gleichbehandlung auf dem Papier in Anbetracht ihrer (schon vor ihrer Einführung offenkundigen) faktischen Differenzierung zwischen Aktionärinnen einerseits und Dritten andererseits bezüglich der Deponiemöglichkeit bei KAGA resp. der dafür zu erbringenden Gegenleistungen wohl zudem unter Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG subsumieren (Diskriminierung von Handelspartnern). Weiter kämen Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen durch Sperrung der Deponie für unverschmutzten Aushub gegenüber [U04] und den nicht koppelungsbereiten Dritten) und Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG (Erzwingung unangemessener Preise aufgrund der gegenüber Dritten qua Koppelung erzwungenen, deutlich höheren Kiespreise sowie der «Mehrtransportkostenreduktion» gegenüber [U04][3879]) in Betracht. Aber auch diese Varianten aus dem Beispielkatalog sind stets in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 KG zu lesen.[3880] Die Verhaltensweise sowie die durch sie ausgelösten Wettbewerbsbeschränkungen bleiben bei einer Subsumtion unter zusätzliche Beispieltatbestände stets dieselben. Bei der Koppelung (und konsequenterweise auch bei deren Sanktionierung) können sodann sowohl der behindernden als auch der ausbeutenden Komponente[3881] sowie der Tatsache, dass diese zwei Komponenten nicht, jedenfalls nicht durchwegs, dieselben Dritten tangierten, Rechnung getragen werden. Kurzum: Mit der Subsumtion unter weitere Beispieltatbestände wäre in der Sache nichts gewonnen, solches wäre bloss von akademischem Interesse. Entsprechend wird hier darauf verzichtet.[3882]

D.7.5 Einschränkung des Einzugsgebiets bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub

1991. In diesem Kapitel wird beurteilt, ob KAGA ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchte, indem sie das Einzugsgebiets bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub einschränkte.[3883] Die für diese Beurteilung notwendigen Sachverhaltselemente werden im Kapitel C.9 dargestellt.[3884] Die Beurteilung konzentriert sich auf die Zeit von März 2012 bis Ende 2014, als KA GA die Einschränkung des Einzugsgebiets strikt handhabte und kein Material mehr von ausserhalb entgegennahm.[3885]

1992. Es wurde festgestellt, dass KAGA die strikte Einschränkung des Einzugsgebiets gegenüber allen Kundinnen, also Aktionärinnen und Dritten, gleichermassen umsetzte.[3886] Die Einschränkung traf zudem alle Kundinnen faktisch bzw. effektiv in vergleichbarer Weise.[3887] Mangels Ungleichbehandlung erübrigt sich daher eine Prüfung nach Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG (Diskriminierung von Handelspartnern).

1993. In Betracht kommen in erster Linie Art. 7 Abs. 2 Bst. a oder Bst. e i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG (d.h. Verweigerung von Geschäftsbeziehungen oder Einschränkung des Absatzes), wobei vorab in Erinnerung gerufen sei, dass auch diese Tatbestände aus dem Beispielkatalog von Abs. 2 zusammen mit Abs. 1 von Art. 7 KG zu lesen sind. Ein Missbrauch ist auch hier nur zu bejahen, wenn erstens eine Wettbewerbsverfälschung, d.h. eine Behinderung[3888] oder eine Ausbeugung[3889], resp. die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung vorliegt, die zweitens nicht gerechtfertigt («legitimate business reasons») werden kann.[3890] Ist zumindest eines dieser beiden Merkmale nicht erfüllt, liegt kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vor; die Prüfung weiterer Tatbestandsmerkmale erübrigt sich diesfalls. Anstatt sämtliche Tatbestandsmerkmale von Art. 7 Abs. 2 Bst. a oder Bst. e KG im Einzelnen zu erörtern, wird nachfolgend mit der bei der Einschränkung des Einzugsgebiets im Zentrum stehenden Wettbewerbsverfälschung resp. der Gefahr davon und deren Rechtfertigung (resp. einem Fehlen davon) begonnen. Wie sich zeigen wird, kann in der Folge auf weitere Prüfschritte verzichtet werden.

D.7.5.1 Beurteilung der Wettbewerbsverfälschung und der Rechtfertigung der Einschränkung des Einzugsgebiets bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub

1994. Es wurde festgestellt, dass zumindest in bestimmten Regionen des Kantons Bern während etlichen Jahren Engpässe von Deponievolumen für unverschmutzten Aushub bestanden und teilweise weiterhin bestehen.[3891] Bezüglich der Deponien von KAGA ist erstellt, dass die Situation zumindest seit Beginn der 2000er-Jahre angespannt war und sich im Laufe der Jahre verschärfte. Ihren Höhepunkt erreichte die Situation etwa in den Jahren 2012 bis 2014 und seither entschärft sie sich nach und nach wieder.[3892]

1995. Erstellt ist sodann, dass KAGA das Einzugsgebiet einschränkte, um so die bei ihr angelieferten Deponiemengen von unverschmutztem Aushub zu drosseln. Das tat sie aufgrund der angespannten Deponieplatzsituation bei ihr, namentlich um zu verhindern, dass das Deponievolumen gänzlich «aufgebraucht» wird und sie anschliessend während einer gewissen Zeit gar kein Deponiematerial mehr entgegennehmen kann.[3893]

1996. Beim Deponievolumen handelt es sich aufgrund der (planungs- und bewilligungs)rechtlichen Restriktionen generell um ein limitiertes Gut.[3894] Bei Aushubdeponien kommt sodann der bereits mehrfach angesprochene Zusammenhang zwischen (Kies)Abbau und anschliessender Auffüllung hinzu[3895] sowie die etappenweise Bewirtschaftung, die dazu führen, dass vom planungsgemässen Deponievolumen zu einem gewissen

[3879] Die Tatbestandsmerkmale des Erzwingens und der Unangemessenheit (dazu BGer, 2C_698/2021 vom 5.3.2024 E. 7.7 f. resp. E. 7.9 f., *WAN-Anbindung Post*) wären vorliegend, wie gesehen, erfüllt.
[3880] Rz 1831.
[3881] Rz 1934.
[3882] Ebenso auch etwa die Vorgehensweise des BGer in BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.3, *Hallenstadion*; bestätigt in BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.1, *DCC*; BGer, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 10.5, *Supermédia*.
[3883] Die Sachverhaltsfeststellungen dazu finden sich unter Rz 1246 ff.
[3884] Rz 1245 ff.
[3885] Rz 1265.
[3886] Zusammenfassend Rz 1271.
[3887] Rz 1272.
[3888] Rz 1829.
[3889] Rz 1830.
[3890] Rz 1831.
[3891] Rz 426 ff.
[3892] Zusammenfassend Rz 431.
[3893] Rz 1249.
[3894] Rz 331 ff.
[3895] Bereits in Rz 240, vgl. auch etwa Rz 1949.

Zeitpunkt bloss ein Bruchteil effektiv zur Verfügung steht.[3896] Diese Ausgangslage betrifft Aushubdeponien generell, nicht bloss spezifisch diejenigen von KAGA.

1997. Das mögliche Angebot von Deponievolumen durch KAGA ist somit durch die ihr gewährten Bewilligungen beschränkt und hängt weiter vom Fortschritt des (Kies)Abbaus (der seinerseits von der Nachfrage nach diesem Material abhängt) sowie der etappenweisen Bewirtschaftung ab. Das Deponievolumen, das KAGA zur Verfügung steht und das sie anbieten kann, kann sie infolgedessen – jedenfalls kurz- und mittelfristig – nur bedingt und in bescheidenem Ausmass steuern resp. erhöhen. Anzeichen dafür, dass KAGA das ihr generell zur Verfügung stehende Deponievolumen «künstlich» gering hielt, bestehen nicht; vielmehr versuchte sie, dieses durch verschiedene Massnahmen zu erhöhen.[3897] Kurzum: Dass KAGA während einer gewissen Zeit bloss eine limitierte Menge des Gutes Deponievolumen für unverschmutzten Aushub anbieten konnte und sie diese Menge trotz gegebener Nachfrage nicht weiter erhöhte (also nicht mehr davon «produzierte»), ist durch die dargestellten Umstände bedingt und kann ihr nicht angelastet werden. Eine allfällige Wettbewerbsbeschränkung, die sich aus diesen Gegebenheiten ergeben könnte, ist nicht kausale Folge eines Verhaltens von KAGA; insofern ist daher kein Missbrauch auszumachen.

1998. KAGA sah sich also mit der Situation konfrontiert, dass die Nachfrage nach Deponievolumen für unverschmutzten Aushub dergestalt war, dass diese ohne Massnahmen, welche die Anlieferungen von Deponiematerial bei KAGA reduzierten, dazu geführt hätte, dass das Deponievolumen bei ihr «aufgebraucht» worden wäre und sie anschliessend während einer gewissen Zeit gar kein Deponiematerial mehr hätte entgegennehmen können. KAGA hätte nun darauf verzichten können, in dieser Situation Massnahmen zu ergreifen, welche die Anlieferung von Deponiematerial bei ihr reduzierten. Die sich daraus ergebende, zeitweise Schliessung der Deponie wegen mangelndem Deponievolumen wäre ihr nicht vorzuwerfen gewesen. Denn KAGA kann nicht dafür verantwortlich gemacht werden, wenn sie aufgrund äusserer Umstände (insbesondere planungs- und bewilligungsrechtliche Restriktionen, Zusammenhang Abbau und Auffüllung) das bei ihr vorhandene Deponievolumen nicht erhöhen kann und infolgedessen bei ihr – ebenso wie bei anderen Deponien in ihrem Umfeld, welche von diesen Umständen ebenfalls betroffen sind – zu einer gewissen Zeit weniger (oder gar kein) Deponievolumen zur Verfügung steht als nachgefragt wird.

1999. Mehr noch: Entgegen der Auffassung zumindest einiger VR-Mitglieder von KAGA ist es nicht Aufgabe von KAGA (oder ihren Aktionärinnen), das Marktgeschehen quasi planerisch selber zu kontrollieren.[3898] Kommt hinzu, dass Massnahmen von KAGA, mit welchen die Anlieferungen von Deponiematerial bei ihr reduziert werden, ohnehin bloss zu einer räumlichen Verschiebung der Nachfrage führen können, nicht aber das Problem des zu geringen Angebots von Deponievolumen in einem bestimmten Gebiet zu einer gewissen Zeit grundsätzlich beheben. KAGA hat sich vielmehr im planungs- und bewilligungsrechtlich vorgegebenen Korsett zu bewegen; es ist nicht an ihr, die Marktteilnehmer durch eigene Massnahmen vor diesbezüglich von ihr ausgemachten Defiziten zu «bewahren» und so selber eine Marktregelung zu übernehmen. Oder anders gewendet: Eine von KAGA getroffene Massnahme kann aus kartellrechtlicher Sicht nicht damit begründet oder gar gerechtfertigt[3899] werden, dass «es einen massiven Eingriff [brauchte], um am Markt das Deponievolumen bei der KAGA zur Verfügung zu stellen, damit sich der Markt nicht selber organisieren muss», wie dies ein VR der KAGA ausdrückte.[3900] Massnahmen zu treffen, damit «sich der Markt nicht selber organisieren muss», und damit die Absicht, den Markt nach eigener Einschätzung «gestalten» zu wollen, erscheinen kartellrechtlich vielmehr suspekt, da es gerade Teil des freien Wettbewerbs ist, dass sich der Markt resp. Angebot und Nachfrage «selber organisieren».

2000. Das heisst nun aber nicht, dass KAGA deshalb in der beschriebenen Situation auf jegliche Massnahmen hätte verzichten müssen und sämtliche Massnahmen von vornherein kartellrechtswidrig wären. Das gilt es vielmehr noch zu beurteilen. Allerdings sind «marktorganisierende oder -lenkende»[3901] Massnahmen besonders geneigt, wettbewerbsverzerrende Folgen zu zeitigen.

2001. KAGA hatte die Wahl, entweder durch Massnahmen das angelieferte Deponiematerial zu reduzieren, dafür aber kontinuierlich (in beschränktem Umfang) das limitierte Gut Deponievolumen anbieten zu können, oder ohne Massnahmen noch während einer gewissen Zeit unbeschränkt Deponiematerial anzunehmen, dafür aber anschliessend während einer gewissen Zeit das limitierte Gut Deponievolumen gar nicht mehr anbieten zu können. Beide Varianten sind für die Nachfrager aufgrund der jeweiligen Beschränkung des Deponiezugangs zwar nachteilig, aber deshalb noch nicht behindernd im Sinne von Art. 7 KG. Denn bei beiden Varianten führt die Beschränkung des Deponiezugangs als solchem weder zu einer Stärkung der Marktstellung von KAGA im von ihr beherrschten Markt (resp. einer Schwächung ihrer dortigen Konkurrentinnen) noch zu einer Behinderung einzelner Marktteilnehmerinnen gegenüber anderen auf dem nachgelagerten Markt. Hingegen kann die von KAGA konkret gewählte Vorgehensweise zur Reduktion des bei ihr angelieferten Deponiematerials behindernd oder ausbeutend sein. Das ist nachfolgend zu beurteilen.

[3896] Rz 423 und 426 zweitletztes Lemma.
[3897] Vgl. etwa Rz 430 viertes und fünftes Lemma, ferner etwa Rz 1248.
[3898] Rz 1114.
[3899] Vgl. auch BGE 146 II 217 E. 5.9, *Preispolitik Swisscom ADSL*, wonach sich «leistungsfremde Mittel nicht als sachliche Gründe anführen» liessen, um eine Verhaltensweise aus kartellrechtlicher Sicht zu rechtfertigen.
[3900] Siehe Rz 1114.
[3901] Deutlich dahingehend etwa die vom VR von KAGA diskutierte, aber nicht umgesetzte «Lenkungsmassnahme» eines Deponiematerialexports in fremde Deponien ausserhalb des Marktgebiets von KAGA bzw. dem Aktionskreis der Aktionärinnen (siehe Rz 1114).

2002. Übersteigt bei einem bestimmten Preis die Nachfrage das Angebot und kann das Angebot nicht erhöht werden, erscheint an sich naheliegend, dass der Preis steigt, bis sich Angebot und Nachfrage wieder in einem Gleichgewicht befinden. Mit anderen Worten erscheint eine Preiserhöhung die naheliegende Massnahme, um die Nachfrage zu drosseln. Allerdings hat KAGA diese Massnahme bereits früher mehrmals ergriffen[3902] und die Preise für Deponievolumen von unverschmutztem Aushub von 2001 bis 2012 sukzessive um insgesamt nahezu 250 % erhöht,[3903] ohne dass dies die Nachfrage in entscheidendem Umfang reduziert hätte. Weiter dürften Imagegründe und die Befürchtung möglicher politischer Reaktionen KAGA davon abgehalten haben, die Preise fortlaufend weiter zu erhöhen.[3904] Sodann dürfte sich das Risiko von KAGA, dem Vorwurf ausgesetzt zu sein, überhöhte Preise zu verlangen und gegen diesbezügliche Normen[3905] zu verstossen, mit jeder zusätzlichen Preiserhöhung weiter vergrössern.[3906] Dass KAGA vor diesem Hintergrund nicht ausschliesslich auf Preiserhöhungen als Massnahme zur Eindämmung der Nachfrage nach Deponievolumen für unverschmutzten Aushub bei ihr zurückgreifen wollte, ist daher naheliegend, zumal nicht jegliche anderen Massnahmen einen Verstoss gegen Art. 7 KG bedeuten müssen.

2003. Die Einschränkung des Einzugsgebiets ist eine Form der Rationierung, wobei die Beschränkung nicht in absoluten Zahlen oder relativ zum bisher bei KAGA beanspruchten Deponievolumen bezüglich der einzelnen Kundinnen bestimmt wird, sondern nach dem Ort der Baustelle, nämlich nach dem Kriterium, ob dieser innerhalb oder ausserhalb des Einzugsgebiets liegt. Bereits in der Botschaft zum Kartellgesetz von 1996 ist festgehalten, dass «Lieferbeschränkungen […] etwa bei Mangellagen gerechtfertigt [sind], sofern die Beschränkungen über alle Abnehmer gleichmässig verteilt werden».[3907] Die hier gegebene Situation[3908] ist mit einer Mangellage vergleichbar, weshalb einzig noch zu beurteilen ist, ob die Beschränkung über alle Kundinnen gleichmässig verteilt wurde.

2004. Wie bereits ausgeführt, wurde die Einschränkung des Einzugsgebiets gegenüber allen Kundinnen – Aktionärinnen und Dritten – unterschiedslos durchgesetzt und auch faktisch beschränkte sie alle Kundinnen effektiv gleichermassen.[3909] Speziell an der vorliegenden Rationierung ist allerdings deren Bestimmung anhand räumlicher Kriterien, nämlich dem in einer Karte festgelegten Einzugsgebiet.[3910] Entscheidend war jedoch nicht die Herkunft der jeweiligen Kundin (was womöglich als ungleichmässige Verteilung anzusehen wäre, hier aber nicht beurteilt zu werden braucht), sondern vielmehr der Ort der jeweiligen Baustelle. Im hier betroffenen Deponiegeschäft, in dem planungsrechtlich vom Prinzip der regionalen Selbstversorgung ausgegangen[3911] und bei der Planung eine anhand von Richtmengen bestimmte Mengenbeschränkung vorgesehen wird[3912], wird durch eine Rationierung anhand des Standorts einer Baustelle in einem gewissen Sinne der Ball zurück an die planenden resp. bewilligenden Behörden gespielt. Wie mehrmals erwähnt, sind zudem die Transportkosten von zentraler Bedeutung in diesem Bereich,[3913] weshalb sich die Nachfrage in räumlicher Hinsicht – zumindest ohne Mangellage – ohnehin auf einen eher bescheidenen Umkreis um die jeweilige Baustelle begrenzt[3914]. Der Ort der jeweiligen Baustelle ist bei den konkreten Gegebenheiten ein taugliches Kriterium, um daran die Rationierung festzumachen, ohne dass es dadurch zu einer aus Wettbewerbssicht heiklen «ungleichmässigen» Verteilung über alle Kundinnen käme.

2005. Schliesslich bestehen keine Anzeichen dafür, dass die Grenzen des konkreten Einzugsgebiets nach nicht sachgerechten Kriterien festgelegt worden wären.[3915] Insbesondere wurde nicht festgestellt, dass die Grenzen gerade so gezogen wurden, um dadurch bestimmte Kundinnen gezielt faktisch mehr zu beschränken als andere. Eine Behinderung ist mit dem konkret festgelegten Einzugsgebiet demnach nicht verbunden.

2006. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Einschränkung des Einzugsgebiets nicht behindernd (und ohnehin nicht ausbeutend) war resp. keine Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung schuf oder, sofern dies bejaht werden würde, jedenfalls gerechtfertigt war.

D.7.5.2 Ergebnis zur Einschränkung des Einzugsgebiets bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub

2007. Mit der Einschränkung des Einzugsgebiets bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub hat KAGA ihre marktbeherrschende Stellung nicht missbraucht. Es liegt insofern kein Verstoss gegen Art. 7 KG vor. Die Untersuchung ist insofern einzustellen.

D.8 Zusammenfassung der Beurteilung der Kartellrechtsverstösse

D.8.1 Unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 KG)

D.8.1.1 Die Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA (Art. 5 Abs. 1 KG)

2008. Die sechs Aktionärs-Unternehmen und KAGA wirken bewusst und gewollt zusammen, indem sie übereingekommen sind, gemeinsam den Wettbewerbsdruck zu dämpfen, der von den umfangreichen Kiesvorkommen im Aaretal resp. deren Abbau auf sie ausgeht. Dieses Zusammenwirken baut auf drei Gegenständen, erstens neue Konkurrentinnen im Aaretal zu verhindern,

[3902] Rz 430 fünftes Lemma.
[3903] Rz 1012.
[3904] Rz 1791.
[3905] Etwa Übervorteilung nach Art. 21 OR, Wucher nach Art. 157 StGB oder Erzwingung unangemessener Preise nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG.
[3906] Vgl. etwa Act. I.2.
[3907] BBl 1995 I 468, 571 Ziff. 232.
[3908] Rz 1994 ff.
[3909] Rz 1992.
[3910] Rz 1250.
[3911] Rz 335 i.V.m. Rz 358.
[3912] Rz 358.
[3913] Statt anderer Stellen etwa Rz 318 f. unter Hinweis auf Rz 274–277.
[3914] Rz 1399 ff.
[3915] Siehe dazu Rz 1273 ff.

zweitens den Wettbewerbsdruck von KAGA zu dosieren und drittens den Wettbewerbsdruck durch die Aktionärinnen zu dosieren.[3916] Die hier gegebene Drosselung des Wettbewerbs bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung.[3917] Es liegt somit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

2009. Diese Wettbewerbsabrede erfüllt den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG nicht.[3918] Sowohl der qualitative als auch der quantitative Aspekt dieser Wettbewerbsabrede sind aber je als sehr gewichtig einzustufen, weshalb die Erheblichkeitsschwelle in der Summe der qualitativen und quantitativen Aspekte offenkundig überschritten ist. Die Wettbewerbsabrede ist daher als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren.[3919] Ein wirtschaftlicher Effizienzgrund i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG geht mit dieser Wettbewerbsabrede nicht einher. Auch bezüglich der «kooperativen» Tätigkeit im Rahmen der KAGA, worin sich diese Wettbewerbsabrede weitgehend verkörpert, sind keine wirtschaftlichen Effizienzgründe auszumachen. Selbst wenn man insofern zu einem anderen Schluss kommen wollte, würde dies am Ergebnis nichts ändern. Denn um allfällige mit KAGA verbundene wirtschaftlichen Effizienzgründe zu realisieren, müssen nicht derart viele Unternehmen zusammenarbeiten, womit es an der in Art. 5 Abs. 2 KG vorausgesetzten Notwendigkeit fehlen würde. Kurzum: Die Wettbewerbsabrede lässt sich nicht nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen.[3920]

2010. Die Vereinbarung, zusammen den Wettbewerbsdruck zu dämpfen, der von den umfangreichen Kiesvorkommen im Aaretal resp. von deren Abbau auf die Aktionärinnen ausgeht, und die auf drei Gegenständen baut 1) neue Konkurrentinnen im Aaretal verhindern, 2) den Wettbewerbsdruck von KAGA dosieren und 3) den Wettbewerbsdruck durch die Aktionärinnen dosieren, ist demnach eine unzulässige Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG). An diesem Verstoss sind alle Aktionärs-Unternehmen, d.h. Alluvia (umfassend die Aktionärinnen Hofstetter und Messerli), Daepp, Heimberg, Kästli-Gruppe, Marti-Gruppe und Vigier, und KAGA beteiligt. Er begann 1970 resp. 1977 im Falle von Vigier und dauert bis heute an.[3921]

D.8.1.2 Das Recht der Aktionärinnen, je ein Mitglied in den VR von KAGA zu entsenden, die gelebte Entsendepraxis und der Informationsaustausch im VR (Art. 5 Abs. 1 KG)

2011. Die sechs Aktionärs-Unternehmen und KAGA wirken bewusst und gewollt zusammen, indem die Aktionärinnen einen Vertreter in den VR von KAGA abordnen können, aufgrund der gelebten Entsendepraxis die VR-Mitglieder von KAGA eine Doppelrolle innehaben und sämtliche Informationen im VR von KAGA untereinander, d.h. zwischen allen Aktionärs-Unternehmen sowie KAGA, ausgetauscht werden.[3922] Das Recht der Aktionärinnen, je ein VR-Mitglied von KAGA abzuordnen, die durch die Entsendepraxis gelebte Doppelrolle der VR-Mitglieder von KAGA und der damit untrennbar verbundene Informationsaustausch im VR von KAGA bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.[3923] Es liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

2012. Diese Wettbewerbsabrede erfüllt den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG nicht.[3924] Sowohl der qualitative als auch der quantitative Aspekt dieser Wettbewerbsabrede sind aber je als sehr gewichtig einzustufen, weshalb die Erheblichkeitsschwelle in der Summe der qualitativen und quantitativen Aspekte offenkundig überschritten ist. Die Wettbewerbsabrede beeinträchtigt daher den Wettbewerb erheblich i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG.[3925] Ein wirtschaftlicher Effizienzgrund i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG geht mit dieser Wettbewerbsabrede nicht einher; sie lässt sich mit anderen Worten nicht rechtfertigen.[3926]

2013. Die Vereinbarung, wonach die Aktionärinnen von KAGA je einen Vertreter in den VR von KAGA abordnen können, aufgrund der gelebten Entsendepraxis die VR-Mitglieder von KAGA eine Doppelrolle innehaben und sämtliche Informationen im VR von KAGA untereinander, d.h. zwischen allen Aktionärs-Unternehmen sowie KAGA, ausgetauscht werden, womit untrennbar verbunden ein Informationsaustausch im VR von KAGA einhergeht, ist demnach eine unzulässige Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG). An diesem Verstoss sind alle Aktionärs-Unternehmen, d.h. Alluvia (umfassend die Aktionärinnen Hofstetter und Messerli), Daepp, Heimberg, Kästli-Gruppe, Marti-Gruppe und Vigier, sowie KAGA beteiligt. Er begann 1970 resp. 1977 im Falle von Vigier und dauert bis heute an.[3927]

D.8.1.3 Der Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen (Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG)

2014. Die sechs Aktionärs-Unternehmen und KAGA wirken bewusst und gewollt zusammen, indem sie vereinbart haben, dass die Aktionärinnen für Kies von KAGA von Dritten mindestens den Preis fordern, den auch KAGA von den Dritten für Kies verlangt. Damit ist den Aktionärinnen insbesondere untersagt, ihre im Vergleich zu Dritten vorteilhafteren Preise, die sie bei einem Kiesbezug bei KAGA geniessen, an Dritte weiterzugeben.[3928] Eine solche Preisvereinbarung bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung.[3929] Es liegt somit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

[3916] Zum bewussten und gewollten Zusammenwirken Rz 1458 ff. und zur Mehrzahl von beteiligten Unternehmen Rz 1462 ff.
[3917] Zur Wettbewerbsbeschränkung Rz 1466 ff. und zum Bewirken Rz 1472 f.
[3918] Rz 1475 ff.
[3919] Rz 1486 ff.
[3920] Rz 1495 ff.
[3921] Rz 1464.
[3922] Zum bewussten und gewollten Zusammenwirken Rz 1530 ff. und zur Mehrzahl von beteiligten Unternehmen Rz 1533 ff.
[3923] Zur Wettbewerbsbeschränkung Rz 1536 ff. und zum Bewirken Rz 1558 f.
[3924] Rz 1564 ff.
[3925] Rz 1570 ff.
[3926] Rz 1581.
[3927] Rz 1535.
[3928] Zum bewussten und gewollten Zusammenwirken Rz 1589 ff. und zur Mehrzahl von beteiligten Unternehmen Rz 1593 ff.
[3929] Zur Wettbewerbsbeschränkung Rz 1597 f. und zum Bezwecken Rz 1600 f.

2015. Gegenstand dieser Wettbewerbsabrede ist ein Mindestpreis, den die Aktionärinnen bei einem Weiterverkauf von Kies von KAGA einzuhalten haben. In Bezug auf diese Wettbewerbsabrede steht das vertikale Verhältnis zwischen KAGA einerseits und den Aktionärs-Unternehmen andererseits im Mittelpunkt.[3930] Sie fällt unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG.[3931] Die deshalb vermutete Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist zwar widerlegt,[3932] jedoch liegt eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG vor.[3933] Effizienzgründe, die diese Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen vermöchten, gehen mit ihr nicht einher.[3934]

2016. Die Vereinbarung, dass die Aktionärinnen Kies von KAGA mindestens zu dem Preis an Dritte weiterveräussern, den auch KAGA von den Dritten verlangt, ist demnach eine unzulässige Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 und 1 KG). An diesem Verstoss sind alle Aktionärs-Unternehmen, d.h. Alluvia (umfassend die Aktionärinnen Hofstetter und Messerli), Daepp, Heimberg, Kästli-Gruppe, Marti-Gruppe und Vigier, sowie KAGA beteiligt. Er begann 1970 resp. 1977 im Falle von Vigier und dauerte unverändert bis Ende 2014 an.[3935]

D.8.1.4 Die Untersagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben (Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG)

2017. Die sechs Aktionärs-Unternehmen und KAGA wirken bewusst und gewollt zusammen, indem sie vereinbart haben, dass es den Aktionärinnen untersagt ist, ihre allfälligen Preisvorteile, die sie bei einem Kiesbezug bei KAGA aufgrund der von ihnen bezogenen Menge resp. des Mengenrabatts geniessen, an Dritte weiterzugeben.[3936] Eine solche Preisvereinbarung bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung.[3937] Es liegt somit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

2018. Gegenstand dieser Wettbewerbsabrede ist ein Mindestpreis, den die Aktionärinnen – qua Untersagung der Weitergabe von eigenen Preisvorteilen – bei einem Weiterverkauf von Kies von KAGA einzuhalten haben. Diese Wettbewerbsabrede fällt unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG.[3938] Die wegen Erfüllung von Art. 5 Abs. 4 KG vermutete Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist zwar widerlegt,[3939] jedoch liegt eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG vor.[3940] Effizienzgründe, die diese Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen vermöchten, gehen mit ihr nicht einher.[3941]

2019. Die Vereinbarung, wonach es den Aktionärinnen untersagt ist, ihre allfälligen Preisvorteile, die sie bei einem Kiesbezug bei KAGA aufgrund der von ihnen bezogenen Menge resp. des Mengenrabatts geniessen, an Dritte weiterzugeben, ist demnach eine unzulässige Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 und 1 KG). An diesem Verstoss sind alle Aktionärs-Unternehmen, d.h. Alluvia (umfassend die Aktionärinnen Hofstetter und Messerli), Daepp, Heimberg, Kästli-Gruppe, Marti-Gruppe und Vigier, sowie KAGA beteiligt. Er begann 2015 und dauert bis heute an.[3942]

D.8.1.5 Die Koordination der Angebote für die Übernahme von [U01] (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG)

2020. Fünf Aktionärs-Unternehmen (alle ausser Marti-Gruppe) und KAGA wirkten bewusst und gewollt zusammen, indem sie vereinbart haben, ihr Angebotsverhalten für den Kauf von [U01] zu koordinieren und auf das Angebotsverhalten von [U04] einzuwirken.[3943] Eine solche Koordination der eigenen Angebote (sei es durch gemeinsame Festsetzung der Preise resp. deren Harmonisierung oder durch Angebotsverzicht) und Beeinflussung von Angeboten Dritter bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung.[3944] Es liegt somit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

2021. Wettbewerbsabrede ist sowohl als Kunden- als auch als Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c resp. Bst. a KG zu qualifizieren.[3945] Ohne Beurteilung wird zu Gunsten der Beteiligten unterstellt, dass sich die vermutete Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegen lässt.[3946] Es liegt allerdings eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG vor.[3947] Effizienzgründe, die diese Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen vermöchten, gehen mit ihr nicht einher.[3948]

2022. Die Vereinbarung, das Angebotsverhalten von KAGA und ihren Aktionärinnen (mit Ausnahme von Marti-Gruppe) für den Kauf von [U01] zu koordinieren und auf das Angebotsverhalten von [U04] einzuwirken, ist demnach eine unzulässige Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c und Art. 5 Abs. 1 KG). An diesem Verstoss sind fünf der Aktionärs-Unternehmen, nämlich Alluvia (umfassend die Aktionärinnen Hofstetter und Messerli), Daepp, Heimberg, Kästli-Gruppe und Vigier, sowie KAGA beteiligt.[3949] Im Kern erfolgte dieser Verstoss von 2006 bis Mai 2007.[3950]

[3930] Rz 1605 f.
[3931] Rz 1603 ff.
[3932] Rz 1610 ff.
[3933] Rz 1615 ff.
[3934] Rz 1620 ff.
[3935] Rz 1591.
[3936] Zum bewussten und gewollten Zusammenwirken Rz 1628 ff. und zur Mehrzahl von beteiligten Unternehmen Rz 1632 ff.
[3937] Zur Wettbewerbsbeschränkung Rz 1635 f. und zum Bezwecken Rz 1637 f.
[3938] Rz 1640 ff.
[3939] Rz 1643 f.
[3940] Rz 1645 ff.
[3941] Rz 1650 ff.
[3942] Rz 1630.
[3943] Zum bewussten und gewollten Zusammenwirken Rz 1657 ff. und zur Mehrzahl von beteiligten Unternehmen Rz 1660 ff.
[3944] Zur Wettbewerbsbeschränkung Rz 1663 ff. und zum Bezwecken Rz 1666 f.
[3945] Rz 1669 ff.
[3946] Rz 1675 ff.
[3947] Rz 1679 ff.
[3948] Rz 1684 f.
[3949] Rz 1660.
[3950] Rz 1659.

D.8.1.6 Das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet (Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG)

2023. Die sechs Aktionärs-Unternehmen und KAGA wirken bewusst und gewollt zusammen, indem sie vereinbart haben, dass die Aktionärinnen im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte erwerben und auch anderweitig in diesem Gebiet kein Kies und Sand abbauen dürfen.[3951] Diese Reduktion der Anzahl wesentlicher potenzieller Interessenten für den Erwerb von Abbaurechten im KAGA-Gebiet bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung.[3952] Es liegt somit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

2024. Diese Aufteilung des Gebiets resp. der Kundinnen, die in diesem Gebiet Abbaurechte anbieten, ist als Marktaufteilungsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zu qualifizieren.[3953] Das Konkurrenzverbot hat den Innenwettbewerb um Abbaurechte an Grundstücken im KAGA-Gebiet ausgeschlossen. Der Aussenwettbewerb, und zwar sowohl der aktuelle als auch der potenzielle, kann allerhöchstens als bescheiden bezeichnet werden. Insgesamt ist der trotz Konkurrenzverbot verbleibende Restwettbewerb derart gering, dass der wirksame Wettbewerb als beseitigt zu betrachten ist, m.a.W. ist die vermutete Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt.[3954] Eine Selbst-Wenn-Prüfung hat gezeigt, dass das Konkurrenzverbot den wirksamen Wettbewerb jedenfalls erheblich beeinträchtigt[3955] und eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen aus mehreren Gründen scheitert.[3956]

2025. Die Vereinbarung, dass die Aktionärinnen im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte erwerben und auch anderweitig in diesem Gebiet kein Kies und Sand abbauen dürfen, ist demnach eine unzulässige Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. c und Abs. 1 KG). An diesem Verstoss sind alle Aktionärs-Unternehmen, d.h. Alluvia (umfassend die Aktionärinnen Hofstetter und Messerli), Daepp, Heimberg, Kästli-Gruppe, Marti-Gruppe und Vigier, sowie KAGA beteiligt. Er begann 1970 resp. 1977 im Falle von Vigier, allenfalls auch von KAGA, und dauert bis heute an.[3957]

2026. Durch das Konkurrenzverbot werden die Aktionärinnen nicht nur davon abgehalten, Abbaurechte im KAGA-Gebiet zu erwerben, sondern sie werden faktisch auch davon ausgeschlossen, im KAGA-Gebiet Kieswerke zu errichten und dort Kies zu veredeln sowie Aushubdeponien im KAGA-Gebiet zu betreiben.[3958] Da sich das Konkurrenzverbot bereits allein mit Blick auf den Erwerb von Abbaurechten im KAGA-Gebiet als unzulässig erweist, erübrigt es sich eine Beurteilung dieser weiteren Aspekte.

D.8.2 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 KG)

D.8.2.1 Im Kiesbereich: Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Abs. 1 KG)

2027. KAGA ist auf dem Markt für Rohkies marktbeherrschend.[3959] Sie behandelte Aktionärinnen einerseits und Drittkundinnen andererseits bei Preisen und sonstigen Geschäftskonditionen in mehrfacher Hinsicht unterschiedlich, obwohl sich die zu vergleichenden Geschäfte hinsichtlich der im Geschäftsverkehr als erheblich angesehenen Merkmale nicht wesentlich unterschieden. Solche Ungleichbehandlungen praktizierte sie bei den Listenpreisen,[3960] bei einem «Mengenrabatt» für Aktionärinnen,[3961] bei einem Rabatt für Minderqualität,[3962] bei drei Sonderaktionen[3963] sowie beim Transportkostenausgleich.[3964] Die unterschiedlich behandelten Kundinnen sind allesamt Handelspartnerinnen von KAGA.[3965] Diese Ungleichbehandlungen führten zu Wettbewerbsverfälschungen resp. – erst recht – zur Gefahr von Wettbewerbsverfälschungen, indem sie die Konkurrenzsituationen zwischen den auf diesen Märkten tätigen, begünstigten Aktionärinnen einerseits und den mit ihnen konkurrierenden, behinderten Drittkundinnen andererseits verfälschten. Im Einzelnen führten die Listenpreise, der Rabatt für Minderqualität und die drei Sonderaktionen[3966] zu Wettbewerbsverfälschungen auf den Märkten für Kiesveredelung und für Transportdienstleistungen sowie den Tief- und Strassenbaumärkten; erst recht schufen sie eine Gefahr dafür.[3967] Der «Mengenrabatt» für Aktionärinnen[3968] verstärkte die Verfälschungen resp. erhöhte die Gefahr davon von Anbeginn seiner Ausrichtung im Jahr 2003 auf den Märkten für Kiesveredelung und für Transportdienstleistungen,[3969] ab 2006 auch noch auf den Tief- und Strassenbaumärkten.[3970] Der Transportkostenausgleich verstärkte die Verfälschungen auf den Märkten für Kiesveredelung und für Transportdienstleistungen resp. erhöhte die Gefahr davon zusätzlich.[3971] Für diese wettbewerbsverfälschenden Ungleichbehandlungen anhand der Aktionärseigenschaft lagen keine sachlichen Gründe vor, die rechtfertigend sein könnten. Im Einzelnen waren die Listenpreise nicht geeignet, um die Aktionärinnen für ihr Investitionsrisiko zu entschädigen.[3972] Von der Minderqualität des Kieses ab der Abbaustelle Bümberg waren alle Kundinnen betroffen, wobei die unterschiedlich behandelten Kundinnen

[3951] Zum bewussten und gewollten Zusammenwirken Rz 1690 ff. und zur Mehrzahl von beteiligten Unternehmen Rz 1694 ff.
[3952] Zur Wettbewerbsbeschränkung Rz 1700 ff. und zum Bezwecken Rz 1726 ff.
[3953] Rz 1730 ff.
[3954] Rz 1734 ff.
[3955] Rz 1752 ff.
[3956] Rz 1756 ff.
[3957] Rz 1698.
[3958] Rz 1700.
[3959] Zusammenfassend Rz 1801.
[3960] Rz 1852–1859.
[3961] Rz 1860 f.
[3962] Rz 1862.
[3963] Rz 1863–1869.
[3964] Rz 1870.
[3965] Rz 1873.
[3966] Rz 1876 ff.
[3967] Rz 1881–1884 zum Markt für Kiesveredelung, Rz 1885–1890 zu den Tief- und Strassenbaumärkten sowie Rz 1891–1895 zum Markt für Transportdienstleistungen.
[3968] Rz 1896 ff.
[3969] Rz 1900 zu den Märkten für Kiesveredelung und für Transportdienstleistungen.
[3970] Rz 1901 zu den Tief- und Strassenbaumärkten.
[3971] Rz. 1906 zum Markt für Kiesveredelung und Rz 1907 zum Markt für Transportdienstleistungen.
[3972] Rz 1910–1912.

nicht systematisch andere Qualitätsanforderungen hatten, weshalb kein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Handhabung bestand.[3973] Die Sonderaktionen wurden aufgrund des guten Geschäftsgangs ausgerichtet,wobei sie für eine Art vorgezogene Gewinnausschüttungen nicht geeignet waren und bei allfälligen Kundenbindungsaktionen die praktizierte Ungleichbehandlung für die Zielerreichung nicht geeignet, jedenfalls aber nicht erforderlich war.[3974] Beim «Mengenrabatt» für Aktionärinnen bestand ebenfalls kein sachlicher Grund dafür, die Kundinnen aufgrund gegebener resp. fehlender Aktionärseigenschaft unterschiedlich zu behandeln.[3975] Der Transportkostenausgleich wiederum hatte zum Ziel, einen Bezug von zusätzlichem Kies zu fördern, um so zusätzliches Deponievolumen zu schaffen. Ob dies ein sachlicher Rechtfertigungsgrund sein könnte, blieb offen, da der Transportkostenausgleich aufgrund seiner Ausgestaltung über weite Strecken gar nicht erst geeignet war, dieses Ziel zu erreichen. Soweit er geeignet war, war eine Ungleichbehandlung der Kundinnen zur Zielerreichung aber nicht erforderlich; vielmehr wäre eine Gleichbehandlung der Kundinnen dafür ein milderes und erst noch tauglicheres Mittel gewesen.[3976]

2028. Mit all diesen Vorzugskonditionen zu Gunsten der Aktionärinnen missbrauchte KAGA ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Rohkies. Sie verstiess damit gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG. Der Verstoss dauerte bezüglich der Listenpreise, der «Mengenrabatte» für Aktionärinnen und des Transportkostenausgleichs von mindestens 2004 bis und mit 2014 an, bezüglich der Rabatte für Minderqualität von 2007 bis und mit 2014, während die punktuellen Sonderaktionen in den Jahren 2006, 2008 und 2009 erfolgten.[3977]

D.8.2.2 Im Deponiebereich: Kiesbezugspflicht bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub (Art. 7 Abs. 2 Bst. f i.V.m. Abs. 1 KG)

2029. KAGA ist auf dem Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub marktbeherrschend.[3978] Sie koppelte zwei getrennte Güter durch ein tying[3979], nämlich Deponievolumen für unverschmutzten Aushub einerseits, Rohkies[3980] resp. – gegenüber zwei Kundinnen alternativ – zukünftiges Deponievolumen[3981] andererseits. Diese Koppelung führte zu Wettbewerbsbeschränkungen resp. schuf – erst recht – eine Gefahr davon. Zum einen behinderte sie Konkurrentinnen von KAGA, und zwar insbesondere ihre zwei stärksten Konkurrentinnen im Deponiebereich in räumlicher Nähe zu ihr ([U01] und [U04]), die zudem Konkurrentinnen einiger Aktionärinnen von ihr sind.[3982] Zum anderen wurde durch das offenkundige Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung die Marktgegenseite ausgebeutet.[3983] Die mit der Koppelung angestrebte Vergrösserung oder Schonung der vorhandenen Deponievolumina kann diese Wettbewerbsbeschränkung nicht rechtfertigen. Denn die Koppelung ist zur Verwirklichung dieses Ziels in der gewählten Form teilweise gar nicht erst geeignet und – soweit sie geeignet ist – nicht das mildeste Mittel, weshalb sie nicht erforderlich ist.[3984]

2030. Mit der Kiesbezugspflicht missbrauchte KAGA ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub. Sie verstiess damit gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. f i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG. Die Kiesbezugspflicht galt vom 6. März 2012 bis 31. Dezember 2014.[3985] Da KAGA die gestützt darauf erlassene Annahmeverweigerung gegenüber [U04] auch nach Aufhebung der Kiesbezugspflicht noch aufrecht erhielt,[3986] wirkte die Behinderung zeitlich darüber hinaus nach.

D.8.2.3 Im Deponiebereich: Einschränkung des Einzugsgebiets bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub (Art. 7 Abs. 2 Bst. a oder e i.V.m. Abs. 1 KG)

2031. ausgeführt, ist KAGA auf dem Markt für die Deponierung von unverschmutztem Aushub marktbeherrschend.[3987] Sie schränkte während einer gewissen Zeit das Einzugsgebiet bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub ein, um so die bei ihr angelieferten Deponiemengen von unverschmutztem Aushub zu drosseln. Das tat sie aufgrund der angespannten Deponieplatzsituation bei ihr, die mit einer Mangellage vergleichbar ist. Es handelt sich bei der Einschränkung des Einzugsgebiets um eine Form der Rationierung, die KAGA gegenüber allen Kundinnen – Aktionärinnen und Dritten – unterschiedslos durchsetzte und die auch faktisch alle Kundinnen effektiv gleichermassen einschränkte. Die Einschränkung des Einzugsgebiets war weder wettbewerbsbehindernd noch ausbeutend und schuf keine Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung resp. war sie jedenfalls gerechtfertigt.[3988]

2032. In der konkreten Situation, die mit einer Mangellage vergleichbar ist, hat KAGA ihre marktbeherrschende Stellung mit der Einschränkung des Einzugsgebiets nicht missbraucht.[3989] Sie verstiess damit nicht gegen Art. 7 KG. Die Untersuchung ist insofern einzustellen.

[3973] Rz 1913–1915.
[3974] Rz 1916–1919.
[3975] Rz 1920.
[3976] Rz 1921–1929.
[3977] Rz 1850 m.w.H.
[3978] Zusammenfassend Rz 1825.
[3979] Rz 1952 ff., zum Begriff des tying siehe Fn 3773.
[3980] Rz 1947 ff.
[3981] Rz 1955 ff.
[3982] Rz 1960 ff.
[3983] Rz 1973 ff.
[3984] Rz 1978 ff.
[3985] Rz 1945.
[3986] Rz 1987.
[3987] Rz 1825.
[3988] Zum Vorangehenden Rz 1991 ff.
[3989] Zusammenfassend Rz 2007.

Abkürzungsverzeichnis
Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A

AF	Arrêté fédéral
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA	Bundesamt
BB	Bundesbeschluss
BBl	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BR	Bundesrat
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV	Bundesverfassung
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC	Code civil
CE	Communauté Européenne
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO	Code des obligations
Cost.	Costituzione federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile
CPS	Code pénal suisse
cst.	Constitution fédérale

D

DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG	Direction Générale (UE)

E

EU	Europäische Union

F

FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz

G

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen

H

HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz

I

IPRG	Bundesgsetz über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux

K

KG	Kartellgesetz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	Legge federale sul lavoro
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
LOTC	Legge federale sugli ostaccoli tecnicial commercio
LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
LSPr	Legge federale sulla sorveglienza dei prezzi

M

N

O

O	Ordonnance
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OFAP	Office fédéral des assurances privées
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege
OGer	Obergericht
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMP	Ordonnance sur les marchés publics
OR	Obligationenrecht
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée

P

PA	Loi fédérale sur la procédure administrative
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix
PüG	Preisüberwachungsgesetz

Q

R

RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)
RR	Regierungsrat
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)

S

SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt
SJ	La semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
StR	Ständerat
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)

T

TA	Tribunal administratif
TApp	Tribunale d'Appello
TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property

U

UE	Union Européenne
UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb

V

VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren

W

WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb

X

Y

Z

ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt fur Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Index

A

abgestimmtes Verhalten

abgestimmte Verhaltensweise 1458, 1615 f., 1626, 1658 f.

Abrede 1294 ff., 1298, 1303 f., 1307, 1326, 1427, 1458, 1491, 1593, 1595, 1598 f., 1603 f., 1615 ff., 1637, 1640 ff., 1651 ff., 1675, 1677, 1678, 1681 ff., 1729 ff.

Acquiring -

Anhörung 1311 ff., 1510, 1512, 1632, 1671 ff.

Apotheker/innen -

Ärzte(-Verband) -

B

Banken -

Befristung des Entscheids -

Breitbanddienste -

Bündelung vertikaler Restriktionen -

C

D

Debitkarten -

Domestic Interchange Fee -

E

Effizienzgründe 1294, 1296, 1326, 1512, 1604, 1615, 1621 ff., 1625, 1633 ff., 1642, 1654, 1660 ff., 1667, 1681 f., 1684, 1700, 1720, 1730 ff.

Effizienzprüfung 1622, 1635

Einstellung einer Untersuchung -

einvernehmliche Regelung 1297, 1309, 1311 f., 1315

Erheblichkeit 1603 f., 1621 f., 1633, 1642, 1654 f., 1666, 1677, 1730

Exklusivvertrieb -

F

G

geografische Beschränkungen -

Grosskunden-Märkte -

H

Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -

I

Indizienbeweis -

Interchange Fee -

Internalisierung eines Kostenfaktors -

J

K

kollektive Marktbeherrschung -

Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 1597

Koppelungsgeschäft 1718, 1726

Kostenraster -

Krankenversicherer -

Kreditkarten -

Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -

L

legitimate business reasons 1697, 1700, 1720, 1727

M

Marktaufteilung 1296, 1476, 1619, 1677, 1684, 1732

marktbeherrschende Stellung 1297, 1599, 1684 f., 1692, 1696 ff., 1701, 1718, 1720, 1727, 1729, 1733

Marktgegenseite 1286, 1297, 1604 f., 1609 f., 1612 f., 1621, 1629, 1633, 1659, 1677, 1679, 1684 f., 1687, 1691 f., 1695 ff., 1699, 1708 f., 1719, 1724 ff., 1733

Marktorganisation -

Marktstruktur 1628, 1646 f., 1649, 1652 f., 1685

Marktzutrittsschranken 1324, 1327, 1647, 1672 f., 1690 ff., 1695 f., 1707

Meldepflicht 1564, 1588, 1594, 1596

Missbrauch 1297, 1299, 1472, 1500, 1509, 1615, 1684 f., 1697 ff., 1718 ff., 1727 ff., 1733

N

Netzwerk 1611

Netzwerkkosten -

Nichtdiskriminierungsklausel -

O

P

Parallelverhalten -

potenzieller Wettbewerb 1685, 1690, 1694 f.

Preisabrede 1296, 1619, 1630, 1652 f., 1666 f., 1675, 1731

Preisbindung zweiter Hand -

Q

Quersubventionierung -

R

Rabatte 1295, 1338, 1423, 1481, 1506, 1515 f., 1525, 1528, 1533 ff., 1541, 1543 ff., 1561, 1563, 1619, 1660, 1663, 1698, 1701, 1703, 1705 f., 1710 f., 1713, 1733

Reduktion der Sanktion 1310, 1313

S

Sanktionen 1297 ff., 1326, 1528, 1531, 1582, 1698

Senkung Herstellkosten -

Submission 1462

Submissionskartell -

T

Tarife -

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 1276 f., 1285 f., 1295 f., 1299, 1303 f., 1306 f., 1309 1311 f., 1315, 1317, 1319 f., 1323 ff., 1330, 1336 f., 1343, 1345 f., 1352, 1373, 1382, 1392, 1416, 1433, 1437 f., 1448 f., 1455 ff., 1464, 1466, 1481 f., 1489, 1510, 1516 f., 1519, 1525, 1534, 1537, 1599 f., 1602, 1604, 1606 f., 1609, 1611, 1614, 1649, 1665, 1677, 1679, 1729, 1733

unzulässige Wettbewerbsabrede 1303, 1307, 1615, 1625, 1635, 1642, 1655, 1661, 1664, 1667, 1681, 1684, 1729 ff.

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede-

Veröffentlichung -

Verschulden -

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 1601 ff.

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt -

X

Y

Z

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte -