



Hinweis:

- **Diese Verfügung wurde durch einen Teil der Parteien beim Bundesverwaltungsgericht angefochten. Die Beschwerden sind derzeit dort hängig (Stand: Juli 2023). Die Verfügung ist daher gegenüber den beschwerdeführenden Parteien nicht rechtskräftig.**

Verfügung der Wettbewerbskommission

vom 6. Dezember 2021

in Sachen

Untersuchung **22-0497** gemäss Art. 27 KG
betreffend

Belagswerke Bern

wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG und
missbräuchlicher Verhaltensweisen marktbeherrschender
Unternehmen gemäss Art. 7 KG

gegen

1. **Adolf Künzi AG**, Holligenstrasse 117, 3008 Bern
2. **Andreas Wälti AG**, Rubigenstrasse 9, 3076 Worb
3. **Arm AG Konolfingen**, Emmentalstrasse 73a, 3510 Konolfingen
4. **BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG**, Altes Riedgässli 16, 3113 Rubigen,
vertreten durch Dr. Fritz Rothenbühler, Wenger Plattner
Rechtsanwälte, Jungfraustrasse 1, 3000 Bern 6
5. **BLH Belagswerk Hasle AG**, Dicki 200, 3415 Hasle b. Burgdorf,
vertreten durch Roger Thomi und Dr. Peter Reinert, Baker
McKenzie Zürich, Holbeinstrasse 30, 8034 Zürich
6. **Burkhart AG**, Kirchgasse 22, 3700 Spiez
7. **Cäsar Bay AG**, Emmentalstrasse 73c, 3510 Konolfingen
8. **Friedli & Caprani AG, Strassen- und Tiefbau**,
Wangenstrasse 142, 3018 Bern,
Frutiger AG, Frutigenstrasse 37, 3600 Thun,
beide vertreten durch Dr. Daniel Emch, Kellerhals Carrard,
Effingerstrasse 1, Postfach, 3001 Bern
9. **Huldi + Stucki Strassen- und Tiefbau AG**, Pfaffensteig 6, 3018
Bern
10. **K. & U. Hofstetter AG**, Ostermundigenstrasse 34a, 3006 Bern,
Messerli Kieswerk AG, Ostermundigenstrasse 34a, 3006 Bern,
beide vertreten durch Prof. Philipp Zurkinden und Bernhard
Lauterburg, Prager Dreifuss AG, Schweizerhof-Passage 7, 3001
Bern
11. **Kästli Bau AG**, Grubenstrasse 12, 3072 Ostermundigen,
vertreten durch Dr. Michael Meer, Sirius Legal GmbH,
Monbijoustrasse 23, Postfach, 3001 Bern
12. **KIBAG Bauleistungen AG**, Seestrasse 404, 8038 Zürich,
vertreten durch Dr. Jürg Borer, Borer Rechtsanwälte AG,
Olgastrasse 6, 8001 Zürich
13. **Marti AG Bern, Moosseedorf**, Bernstrasse 13, 3302
Moosseedorf
14. **Peter Batt AG**, Dorfstrasse 19, 3073 Gümligen
15. **STRABAG AG**, Unterrohrstrasse 5, 8952 Schlieren,
vertreten durch Mario Strebel und Fabian Koch, CORE
Rechtsanwälte AG, Talacker 41, 8001 Zürich
16. **Stucki AG Bern**, Stauffacherstrasse 85, 3014 Bern
17. **Walo Bertschinger AG Bern**, c/o Wenger Plattner,
Jungfraustrasse 1, 3005 Bern,
vertreten durch Dr. Mani Reinert, Bär & Karrer AG,
Brandschenkestrasse 90, 8027 Zürich

Besetzung

Andreas Heinemann (Präsident, Vorsitz),
Danièle Wüthrich-Meyer (Vizepräsidentin), Armin Schmutzler
(Vizepräsident),
Florence Bettschart-Narbel, Nicolas Diebold, Winand Emons,
Clémence Grisel Rapin, Pranvera Këllezi, Rudolf Minsch.

Inhaltsverzeichnis

A	Verfahren	7
A.1	Gegenstand der Untersuchung	7
A.2	Verfahrensparteien	7
A.2.1	Adolf Künzi AG.....	7
A.2.2	Andreas Wälti AG.....	7
A.2.3	Arm AG Konolfingen.....	8
A.2.4	BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG	8
A.2.5	BLH Belagswerk Hasle AG.....	9
A.2.6	Burkhart AG	9
A.2.7	Cäsar Bay AG	10
A.2.8	Frutiger AG und Friedli & Caprani AG, Strassen- und Tiefbau.....	10
A.2.9	Huldi + Stucki Strassen- und Tiefbau AG	11
A.2.10	K. & U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG (Alluvia)	11
A.2.11	Kästli Bau AG.....	12
A.2.12	KIBAG Bauleistungen AG.....	12
A.2.13	Marti AG Bern, Moosseedorf	12
A.2.14	Peter Batt AG	13
A.2.15	STRABAG AG.....	13
A.2.16	Stucki AG Bern.....	13
A.2.17	Walo Bertschinger AG Bern	13
A.3	Verfahrensgeschichte	13
A.3.1	Untersuchungseröffnung am 5. März 2019.....	13
A.3.2	Hausdurchsuchungen und weitere wesentliche Ermittlungshandlungen.....	14
A.3.3	Einvernehmliche Regelung.....	15
A.3.4	Gewährung der Akteneinsicht	15
A.3.5	Antrag des Sekretariats an die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG).....	16
A.3.6	Stellungnahmen der Parteien	18
A.3.7	Anhörung der Parteien und Entscheid der WEKO	20
B	Sachverhalt	21
B.1	Übersicht	21
B.2	Vorbemerkungen zum Beweis	21
B.3	Marktverhältnisse Asphaltmischgut Bern und Umgebung	21
B.3.1	Übersicht.....	21
B.3.2	Asphaltmischgut.....	22
B.3.3	Nachfrage	35
B.3.4	Anbieter und Anbieterinnen	40
B.3.5	Markt.....	48
B.4	Vorzugskonditionen der Aktionärinnen der BERAG	61
B.4.1	Übersicht.....	61
B.4.2	Grundsatz der Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären.....	61
B.4.3	Listenpreise.....	64
B.4.4	Offertpreise	74

B.4.5	Endpreise	77
B.4.6	Weitere Konditionen	87
B.4.7	Zweck.....	89
B.4.8	Auswirkungen auf den Markt für Strassenbau	91
B.4.9	Zusammenfassendes Beweisergebnis zu Vorzugskonditionen für Aktionärinnen..	93
B.5	Treuebonus der BERAG	95
B.5.1	Beweisthema.....	95
B.5.2	Beweismittel	95
B.5.3	Beweiswürdigung	97
B.5.4	Beweisergebnis	109
B.6	Konkurrenzverbot der Aktionärinnen der BERAG	111
B.6.1	Beweisthema.....	111
B.6.2	Beweismittel	111
B.6.3	Beweiswürdigung	116
B.6.4	Beweisergebnis.....	131
B.7	Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH	132
B.7.1	Beweisthema.....	132
B.7.2	Beweismittel.....	132
B.7.3	Beweiswürdigung	135
B.7.4	Beweisergebnis.....	142
C	Rechtliche Würdigung.....	144
C.1	Geltungsbereich.....	144
C.2	Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO	144
C.3	Vorbehaltene Vorschriften	144
C.4	Relevanter Markt	145
C.4.1	Einleitung	145
C.4.2	Marktgegenseite.....	146
C.4.3	Sachlich relevanter Markt.....	146
C.4.4	Räumlich relevanter Markt.....	147
C.4.5	Zeitlich relevanter Markt	153
C.4.6	Zwischenergebnis	153
C.5	Marktbeherrschende Stellung der BERAG.....	154
C.5.1	Einleitung	154
C.5.2	Aktuelle Konkurrenz	154
C.5.3	Potenzielle Konkurrenz	157
C.5.4	Stellung der Marktgegenseite.....	158
C.5.5	Zwischenergebnis	158
C.6	Vorzugskonditionen für Aktionärinnen der BERAG	160
C.6.1	Einleitung	160
C.6.2	Ungleichbehandlung.....	161
C.6.3	Handelspartner.....	163
C.6.4	Wettbewerbsbehinderung.....	163
C.6.5	Keine Rechtfertigungsgründe	166
C.6.6	Zwischenergebnis	167

C.7	Treuebonussystem der BERAG	168
C.7.1	Übersicht	168
C.7.2	Kartellrechtliche Beurteilung von Rabattsystemen.....	168
C.7.3	Eignung des Treuebonussystems der BERAG zur Wettbewerbsbehinderung.....	170
C.7.4	Keine hinreichenden Rechtfertigungsgründe	173
C.7.5	Einschränkung des Absatzes i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG	174
C.7.6	Zwischenergebnis	174
C.8	Konkurrenzverbot der Aktionärinnen der BERAG	175
C.8.1	Wettbewerbsabrede	175
C.8.2	Qualifikation der vorliegenden Wettbewerbsabrede.....	177
C.8.3	Relevanter Markt.....	178
C.8.4	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	178
C.8.5	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	179
C.8.6	Rechtfertigung aus Effizienzgründen	180
C.8.7	Zwischenergebnis	181
C.9	Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH	182
C.9.1	Wettbewerbsabrede	182
C.9.2	Qualifikation der Wettbewerbsabrede.....	184
C.9.3	Relevanter Markt.....	185
C.9.4	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	186
C.9.5	Rechtfertigung aus Effizienzgründen	186
C.9.6	Zwischenergebnis	187
D	Massnahmen	188
D.1	Anordnung von Massnahmen	188
D.1.1	Massnahmen in Bezug auf die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen und den Treuebonus.....	188
D.1.2	Massnahmen in Bezug auf das Konkurrenzverbot	189
D.1.3	Massnahmen in Bezug auf die Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH	191
D.2	Sanktionierung.....	193
D.2.1	Einleitung	193
D.2.2	Vorbemerkungen.....	193
D.2.3	Voraussetzungen	193
D.2.4	Zurechenbarkeit der Wettbewerbsverstösse.....	195
D.2.5	Bemessung	196
E	Kosten	207
E.1	Gebührenpflicht	207
E.2	Höhe der Verfahrenskosten	207
E.3	Verlegung	208
F	Ergebnis	211
G	Dispositiv	212

H	Appendix	217
H.1	Angaben der Belagswerke zu Werkeigenschaften und Mengen	217
H.2	Kostenrechnung BERAG	218
H.3	Koordinaten der Belagswerke	218
H.4	Listenpreise	219

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der Untersuchung 22-0497: Belagswerke Bern bilden folgende Verhaltensweisen, die als unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 KG und/oder Art. 7 KG zu qualifizieren sind:

- die Gewährung von Vorzugskonditionen durch die BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG (nachfolgend: BERAG) an ihre Aktionärinnen (Sachverhalt: Rz 242 ff., rechtliche Würdigung: Rz 644 ff.);
- die Entrichtung eines Treuebonus durch die BERAG an ihre Kunden und Kundinnen (Sachverhalt: Rz 389 ff., rechtliche Würdigung: Rz 694 ff.);
- die Vereinbarung eines Konkurrenzverbots zwischen den BERAG-Aktionärinnen (Sachverhalt: Rz 440 ff., rechtliche Würdigung: Rz 715 ff.);
- die Koordination des Marktverhaltens zwischen der BERAG und der BLH Belagswerk Hasle AG (nachfolgend: BLH) (Sachverhalt: Rz 518 ff., rechtliche Würdigung: Rz 747 ff.).

A.2 Verfahrensparteien

2. Im Folgenden werden die Verfahrensparteien und deren Geschäftstätigkeit erörtert. Dabei werden diejenigen Gesellschaften zusammen behandelt, die konzernmässig verbunden sind.

A.2.1 Adolf Künzi AG

3. Die Adolf Künzi AG wurde im Jahr 1947 gegründet und im Handelsregister eingetragen. Die Gesellschaft hat ihre Betriebsleitung und den Werkhof in Köniz-Moos sowie Zweigniederlassungen in Bern, Köniz, Biel/Bienne, Schwarzenburg und Worb. [...] Entsprechend ihrem Gesellschaftszweck ist die Adolf Künzi AG in den Bereichen Strassen- und Tiefbau, Umgebungsarbeiten und Deponiebau tätig.¹ Die Adolf Künzi AG ist seit dem Jahr 1976 Aktionärin der BERAG.²

A.2.2 Andreas Wälti AG

4. Die Andreas Wälti AG mit Sitz in Worb wurde im Jahr 1988 mit dem Kauf der Firma Jakovetz gegründet und im Handelsregister eingetragen.³ [...] Der Tätigkeitsbereich der Gesellschaft umfasst insbesondere den Strassenbau, Belagsarbeiten und Pflästerungen.⁴ Die Andreas Wälti AG ist seit dem Jahr 1995 Aktionärin der BERAG.⁵ [...] ist seit 2015 als Vertreter der Andreas Wälti AG im Verwaltungsrat der BERAG.⁶ Davor war er bereits als Mitglied der Betriebskommission in der BERAG tätig.⁷

¹ Vgl. <<https://www.kuenzibau.ch/portrait.html>> (06.12.2021).

² Act. II.1, S. 7.

³ Vgl. <<https://waeltiworb.ch/uber-uns/geschichte.html>> (06.12.2021).

⁴ Vgl. <https://waeltiworb.ch/assets/images/files/2_Organigramm_A_W_lti_AG_3.pdf> (06.12.2021); Act. IV.5, Zeile 107.

⁵ Vgl. <<https://waeltiworb.ch/angebot/>> (06.12.2021).

⁶ Act. III.A.28, S. 2.

⁷ Act. IV.5, Zeile 109; vgl. <<https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-107.880.490>> (06.12.2021).

⁸ Act. IV.5, Zeile 119.

A.2.3 Arm AG Konolfingen

5. Gegründet unter der Firma «*Bau- und Ofengeschäft Arm*» im Jahr 1911 wurde das Baugeschäft im Jahr 1976 in die heutige Arm AG Konolfingen umgewandelt.⁹ Die Gesellschaft mit Sitz in Konolfingen bezweckt heute gemäss Handelsregister die Führung eines Baugeschäftes.¹⁰ Ihre Dienstleistungen umfassen unter anderem Angebote im Hochbau sowie im Tief- und Strassenbau.¹¹ Die Arm AG Konolfingen ist seit den neunziger Jahren Aktionärin der BERAG.¹²

A.2.4 BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG

6. Die Aktiengesellschaft Belagslieferwerk Rubigen AG (BERAG) mit Sitz in Rubigen wurde am 23. Dezember 1976 gegründet.¹³ Verschiedene Betreiber von kleineren Belagswerken in der Region Bern gründeten die BERAG, um gemeinsam ein einziges grosses neues Belagswerk in Rubigen zu erstellen und zu betreiben.¹⁴ Die BERAG ist bis heute ein Gemeinschaftsunternehmen: Ihr Aktionariat besteht aus Strassenbauunternehmen und Kiesunternehmen. Seit 1995 ist ausserdem mit der BLH Belagswerk Hasle AG ein Belagswerk Aktionärin der BERAG.¹⁵ Die BERAG ist ihrerseits Aktionärin der BLH.¹⁶

7. Organe der BERAG sind die Generalversammlung, der Verwaltungsrat und die Revisionsstelle. Daneben hat die BERAG eine Geschäftsführung, eine Betriebskommission, einen Delegierten des Verwaltungsrates und eine interne Kontrollstelle. Nachfolgend wird beschrieben, welche Aufgaben diese Stellen wahrnehmen.

8. Die **Generalversammlung** ist das oberste Organ der BERAG. Sie findet in der Regel einmal pro Jahr statt. Die Generalversammlung wie auch die **Revisionsstelle** der BERAG nehmen im Wesentlichen die üblichen durch Gesetz und Statuten vorgesehenen Aufgaben wahr.¹⁷

9. Der **Verwaltungsrat** ist das oberste geschäftsleitende und strategische Organ der Gesellschaft. Er handelt als Kollektivorgan und besteht aus sechs bis acht Mitgliedern.¹⁸ Aktionärinnen mit einem Anteil von mindestens [...] % des Aktienkapitals haben Anspruch auf einen Sitz im Verwaltungsrat.¹⁹ Die folgenden Gesellschaften sind zur Zeit im Verwaltungsrat vertreten: Die Andreas Wältli AG (vertreten durch [...]), die Frutiger AG (vertreten durch [...], Präsident des Verwaltungsrates), die K. & U. Hofstetter AG sowie die Messerli Kieswerk AG (beide vertreten durch [...]), die Kästli Bau AG (vertreten durch [...], Delegierter des Verwaltungsrates) und die Marti AG Bern, Moosseedorf (vertreten durch [...], Vizepräsident des Verwaltungsrates).²⁰

⁹ Vgl. <<http://www.arm-ag.ch/de/Ueber-uns/Ueber-uns>> (06.12.2021).

¹⁰ Vgl. <<https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-107.208.074>> (06.12.2021).

¹¹ Vgl. <<http://www.arm-ag.ch/de/Angebot/Was-wir-bieten>> (06.12.2021).

¹² Act. II.1, S. 8.

¹³ Act. II.1, S. 6.

¹⁴ Act. IV.4, Zeilen 77 ff.; Act. IV.12, Zeilen 70 f. und 151 f.

¹⁵ Vgl. Act. III.A.26, Seite 1.

¹⁶ Act. III.A.45.

¹⁷ Vgl. Act. III.A.137, Art. 11 ff. sowie Act. III.A.27, Art. 10 ff. (Generalversammlung); Act. III.A.137, Art. 26 ff. sowie Act. III.A.27, Art. 27 ff. (Revisionsstelle).

¹⁸ Act. III.A.188, Ziff. 1; Act. III.A.21, Ziff I.1; Act. III.A.27, Art. 22.

¹⁹ Act. III.A.137, Art. 19 Abs. 2.

²⁰ Vgl. <<https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-107.880.490>> (06.12.2021).

10. Die Kompetenzen des Verwaltungsrates umfassen unter anderem die Verabschiedung des Vorschlags der Betriebskommission über die jährliche Preisgestaltung sowie die Erstellung eines Reglements über die Ausrichtung eines Treuebonus.²¹ Der Entscheid über die Aufnahme neuer Aktionärinnen liegt ebenfalls beim Verwaltungsrat.²²

11. Die **Geschäftsführung** nimmt operative und alltägliche Aufgaben wahr.²³ Geschäftsführer ist zurzeit [...].²⁴ Die Geschäftsführung wird durch die **Betriebskommission** unterstützt, welche sowohl dem Verwaltungsrat als auch der Geschäftsführung insbesondere in technischen Belangen, im Verkauf und in der Preisgestaltung beratend zur Seite steht. Neben dem Delegierten des Verwaltungsrates und dem Betriebsleiter nehmen bis zu drei weitere Personen Einsitz in der Betriebskommission. Die Betriebskommission wird vom Verwaltungsrat ernannt und ist wie die Geschäftsführung dem **Delegierten des Verwaltungsrates** unterstellt.²⁵ Dieser hat die Aufgabe, sicherzustellen, dass die strategischen Ziele des Verwaltungsrats im operativen Bereich umgesetzt werden.²⁶

12. Die **interne Kontrollstelle (auch interne Revisionsstelle genannt)** setzt sich aus zwei Personen zusammen, die jährlich von der Generalversammlung gewählt werden. Sie kontrolliert unter anderem die Abrechnungen zur Auszahlung des Treuebonus und prüft stichprobenweise, dass die BERAG alle Aktionärinnen in Bezug auf die Belagspreise gleich behandelt.²⁷

A.2.5 BLH Belagswerk Hasle AG

13. Die BLH wurde im Jahr 1994 gegründet.²⁸ Sie hat ihren Sitz in Hasle bei Burgdorf. [...] war bis am 18. August 2020 als Vertreter der BLH im Verwaltungsrat der BERAG vertreten.²⁹ Die BLH betreibt ein Belagswerk in Hasle bei Burgdorf. Sie ist seit 1995 Aktionärin der BERAG.³⁰ Die BERAG ist ihrerseits Aktionärin der BLH.³¹

A.2.6 Burkhart AG

14. Die Burkhart AG mit Sitz in Spiez ist seit dem Jahr 1979 im Handelsregister eingetragen. Gesellschaftszweck ist der Betrieb einer Bauunternehmung für Hoch- und Tiefbau. Die Burkhart AG wurde 1977 als Teil der Kollektivgesellschaft Gebr. Frei & Burkhart Thun Steffisburg Spiez ins Aktionariat der BERAG aufgenommen.³² Im Jahr 1979 teilte sich diese in die drei Unternehmen Burkhart AG, M. Frey AG und Frey + Partner auf, welche alle Aktionärinnen der BERAG blieben.³³

²¹ Vgl. Act. III.A.188, Ziff. 1.3.2.

²² Act. IV.4, Zeile 139; Act. III.A.137, Art. 6 Abs. 2.

²³ Act. III.A.188, Ziff. 5.

²⁴ Vgl. <<http://www.beragrubigen.ch/content/organigramm.php>> (06.12.2021); Act. IV.6, Zeile 59.

²⁵ Act. III.A.188, Ziff. 4; Act. IV.6, Zeilen 68 f.

²⁶ Act. IV.4, Zeilen 59 f.

²⁷ Act. III.A.188, Ziff. 6; Act. IV.8, Zeilen 94–103.

²⁸ Vgl. <<https://www.juramaterials.ch/de/ueber-uns/standorte-kontakte/blh-belagswerk-hasle-ag/portraet/portraet-blh.html>> (06.12.2021).

²⁹ Vgl. <<https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-107.648.556#>> (06.12.2021).

³⁰ Vgl. Act. III.A.26, Seite 1.

³¹ Act. III.A.45.

³² Act. II.1, S. 7. Auf Antrag der Burkhart AG wurde in dieser Passage die Unternehmensangabe in der Publikationsversion der Verfügung präzisiert («Teil der Kollektivgesellschaft (...)»).

³³ Act. II.1, S. 8. Auf Antrag der Burkhart AG wurde in dieser Passage die Jahresangabe in der Publikationsversion der Verfügung angepasst.

15. Im Jahr 2017 kaufte die BERAG die Aktien von der Burkhart AG zurück, womit diese aus dem Aktionariat ausgeschieden ist.³⁴ Bereits Ende 2015 stellte die Burkhart AG ihre Strassenbautätigkeit ein bzw. übertrug diese Sparte der Lanz AG Bauunternehmung.³⁵ Seither übt sie in geringem Umfang eine anderweitige Geschäftstätigkeit aus,³⁶ ist aber immer noch im Handelsregister eingetragen.³⁷

A.2.7 Cäsar Bay AG

16. Die Cäsar Bay AG mit Sitz in Konolfingen ist seit dem Jahr 1995 im Handelsregister eingetragen. [...] ³⁸ Gesellschaftszweck der Cäsar Bay AG ist der Betrieb einer Bauunternehmung. Tätig ist die Gesellschaft insbesondere in den Bereichen Hoch- und Tiefbau.³⁹ Die Cäsar Bay AG wurde im Jahr 2011 ins Aktionariat der BERAG aufgenommen.⁴⁰

A.2.8 Frutiger AG und Friedli & Caprani AG, Strassen- und Tiefbau

17. Die Frutiger AG, ursprünglich gegründet unter der Firma «*Johann Frutiger, Baumeister*» im Jahr 1869, mit Sitz in Thun, ist seit dem Jahr 1954 im Handelsregister eingetragen und hat sich seither zu einer national und international tätigen Unternehmung entwickelt.⁴¹ Die Frutiger-Gruppe besteht inzwischen aus 21 Gesellschaften⁴² und verfügt über diverse Zweigniederlassungen.⁴³ Die Gesellschaft bezweckt namentlich die Führung einer Unternehmung für Hoch-, Tief- und Strassenbau. [...] ⁴⁴ Die Frutiger AG ist seit dem Jahr 1976 Aktionärin der BERAG.⁴⁵ [...] war bis 2015 als Vertreter der Frutiger AG im Verwaltungsrat der BERAG.⁴⁶ Sein Nachfolger im Verwaltungsrat der BERAG für die Frutiger AG, [...], amtiert seit 2016 als deren Präsident des Verwaltungsrats.⁴⁷

18. Die Friedli & Caprani AG, eine weitere Gesellschaft der Frutiger-Gruppe, war bis 2019 ebenfalls Aktionärin der BERAG.⁴⁸ Eingetragen im Handelsregister wurde die Friedli & Caprani AG mit Sitz in Bern im Jahr 1967. Sie bezweckte unter anderem die Ausführung von Bauarbeiten aller Art, insbesondere Strassen- und Tiefbau. [...] war als Vertreter der Friedli & Caprani AG im Verwaltungsrat der BERAG.⁴⁹

19. Anfangs 2019 fusionierte die Friedli & Caprani AG rückwirkend per 1. Januar 2019 mit der Frutiger AG. Im Rahmen der Fusion wurden sämtliche Verträge, Vereinbarungen und Ge-

³⁴ Act. III.A.247, Traktandum 10 bzw. S. 6; Act. III.D.17.

³⁵ Vgl. <<https://lanzag.ch/ueber-uns/>> (06.12.2021); Act. III.A.276, S. 3, Traktandum 5; Act. IV.16, Zeilen 111 ff.; Act. VII.37 (Stellungnahme Burkhart AG).

³⁶ Act. V.35.

³⁷ Vgl. <<https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-107.919.531>> (06.12.2021).

³⁸ Vgl. <<https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-107.207.235>> (06.12.2021).

³⁹ Vgl. <<https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-107.207.235>> (06.12.2021); Act. IV.15 Rz. 78.

⁴⁰ Act. III.A.183; Act. IV.15 Zeilen 106 ff.; Act. III.D.17.

⁴¹ Vgl. <<https://frutiger.com/frutiger/geschichte/>> (06.12.2021); vgl. <<https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-105.799.374>> (06.12.2021).

⁴² Vgl. <<https://frutiger.com/frutiger/zahlen/>> (06.12.2021).

⁴³ Vgl. <<https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-105.799.374>> (06.12.2021).

⁴⁴ Vgl. <<https://frutiger.com/frutiger/organisation/>> (06.12.2021); vgl. <<https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-105.799.374>> (06.12.2021).

⁴⁵ Act. II.1, S. 6.

⁴⁶ Act. IV.9 Zeilen 434 ff.

⁴⁷ Act. IV.7 Zeilen 59 ff.

⁴⁸ Act. II.1, S. 6.

⁴⁹ Act. IV.7 Zeilen 59 ff.

schäftstätigkeiten der Friedli & Caprani AG sowie ihr Standort als Zweigniederlassung der Frutiger AG übernommen.⁵⁰ Die Friedli & Caprani AG wurde am 3. April 2019 im Handelsregister gelöscht. Das Verfahren gegen diese Gesellschaft wurde somit gegenstandslos.

A.2.9 Huldi + Stucki Strassen- und Tiefbau AG

20. Die Huldi + Stucki Strassen- und Tiefbau AG mit Sitz in Bern wurde im Jahr 1956 gegründet.⁵¹ [...] ⁵² Die Gesellschaft bezweckt die Ausführung von Strassen- und Tiefbauarbeiten, Schuttmuldentransporten und weiteren Arbeiten des Bauhaupt- und Baunebengewerbes. Die Huldi + Stucki Strassen- und Tiefbau AG ist seit dem Jahr 1977 (damals Bracher + Nobs AG⁵³) Aktionärin der BERAG.⁵⁴

A.2.10 K. & U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG (Alluvia)

21. Die K. & U. Hofstetter AG mit Sitz in Bern ist seit dem Jahr 1974 im Handelsregister eingetragen. [...] ⁵⁵ Die Gesellschaft bezweckt unter anderem den Betrieb von Kies- und Sandwerken sowie die Herstellung und Lieferung von Transportbeton. Dazu betreibt sie Kiesaufbereitungsanlagen in Hindelbank, Mattstetten und Berken und Transportbetonwerke in Hindelbank, Mattstetten, Berken und Worblaufen.⁵⁶ Die K. & U. Hofstetter AG ist seit dem Jahr 1976 Aktionärin der BERAG.⁵⁷ [...] war bis [...] für die K. & U. Hofstetter AG im Verwaltungsrat der BERAG.⁵⁸

22. Die Messerli Kieswerk AG mit Sitz in Bern wurde als Einzelfirma «Messerli» im Jahr 1907 gegründet⁵⁹ und ist seit dem Jahr 1974 als Aktiengesellschaft im Handelsregister eingetragen. [...] ⁶⁰ Die Gesellschaft ist tätig in den Bereichen Kies, Transportbeton, Aushub, Rückbau und Wiederverwertung von Baustoffen. Sie verfügt über eine Kiesaufbereitungsanlage in Oberwangen und Transportbetonwerke in Oberwangen und Bern Bethlehem. Die Messerli Kieswerk AG ist seit dem Jahr 1976 Aktionärin der BERAG.⁶¹ [...] war bis [...] als Vertreter der Messerli Kieswerk AG im Verwaltungsrat der BERAG.⁶² [...] war bis zum [...] als Mitglied des Verwaltungsrats in der BERAG für die Messerli Kieswerk AG vertreten.⁶³

23. Die K. & U. Hofstetter AG und die Messerli Kieswerk AG sind beide Tochtergesellschaften der Alluvia Holding AG.⁶⁴

⁵⁰ Vgl. <<https://frutiger.com/2018/12/04/friedli-caprani-ag-fusioniert-mit-der-frutiger-ag/>> (06.12.2021).

⁵¹ Vgl. <<https://www.huldi-stucki.ch/ueber-uns/firmengeschichte>> (06.12.2021).

⁵² Vgl. <<https://www.huldi-stucki.ch/ueber-uns/team>> (06.12.2021).

⁵³ Vgl. <<https://www.huldi-stucki.ch/ueber-uns/firmengeschichte>> (06.12.2021).

⁵⁴ Act. II.1, S. 7.

⁵⁵ Vgl. <<https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-105.959.525>> (06.12.2021).

⁵⁶ Vgl. <<https://www.hofstetter.ch/werke/uebersicht-werke>> (06.12.2021).

⁵⁷ Act. II.1, S. 6.

⁵⁸ Vgl. <<https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-107.880.490#>> (06.12.2021); Act. IV.18, Zeilen 64–65.

⁵⁹ Vgl. <<https://www.messerli-kieswerk.ch/geschichte/>> (06.12.2021).

⁶⁰ Vgl. <<https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-107.818.031#>> (06.12.2021).

⁶¹ Act. II.1, S. 7.

⁶² Vgl. <<https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-107.880.490#>> (06.12.2021).

⁶³ Vgl. <<https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-107.880.490#>> (06.12.2021); Act. IV.18, Zeilen 64–65.

⁶⁴ Vgl. <<https://www.hofstetter.ch/geschichte/>> (04.06.2020); <<https://www.messerli-kieswerk.ch/geschichte/>> (06.12.2021).

A.2.11 Kästli Bau AG

24. Die Kästli Bau AG mit Sitz in Rubigen ging aus der im Jahr 1886 gegründeten Gesellschaft «Kästli + Wettli» hervor. [...] ⁶⁵ Die Gesellschaft bezweckt den Betrieb einer Bauunternehmung, den Abbau von Sand und Kies sowie den Betrieb von Kies- und Recyclinganlagen aller Art. Dazu betreibt sie ein im Jahr 1958 eröffnetes Kieswerk und eine Kiesgrube in Rubigen. ⁶⁶ Die Gesellschaft verfügt über Zweigniederlassungen in Schwarzenburg und Thun. ⁶⁷ Die Kästli Bau AG ist seit dem Jahr 1976 Aktionärin der BERAG. ⁶⁸ [...] ist für die Kästli Bau AG im Verwaltungsrat der BERAG.

25. Die Kästli Bau AG ist eine Tochtergesellschaft der Kästli Beteiligungen AG, ebenfalls mit Sitz in Rubigen, welcher zahlreiche Gesellschaften der Bau-, Baustoff-, Recycling-, Baulogistik- sowie Transportbranche angehören.

A.2.12 KIBAG Bauleistungen AG

26. Die KIBAG Bauleistungen AG mit Sitz in Zürich entstand im Jahr 1926 aus dem Zusammenschluss von zwei Kies- und Baggerunternehmen (Gassmann & Co und Helbling & Cie). Heute besteht die KIBAG aus 14 Kies- und 25 Betonwerken sowie 17 Baubetrieben aus dem Strassen- und Tiefbaubereich. ⁶⁹ Die Betriebe der KIBAG-Gruppe sind an mehr als 60 Standorten, darunter auch in Bern, in der Schweiz vertreten. ⁷⁰ Zweck der Gesellschaft ist die Ausführung von Tiefbau- und Strassenarbeiten jeder Art. Tätig ist sie hauptsächlich in den drei Geschäftsbereichen Baustoffe, Bauleistungen sowie Umwelt und Entsorgung. ⁷¹ Die KIBAG Bauleistungen AG ist seit dem Jahr 2011 Aktionärin der BERAG. ⁷²

A.2.13 Marti AG Bern, Moosseedorf

27. Die Marti AG Bern, Moosseedorf mit Sitz in Moosseedorf ist seit dem Jahr 1951 im Handelsregister eingetragen. Sie hat Zweigniederlassungen in Frutigen, Burgdorf, Thierachern und Interlaken. [...] ⁷³ Die Gesellschaft bezweckt unter anderem die Übernahme und Ausführung von Bauarbeiten jeder Art. Ihr Leistungsangebot umfasst Hoch- und Ingenieurbau, Infrastrukturbau sowie Spezialtiefbau. ⁷⁴ Die Marti AG Bern, Moosseedorf ist seit dem Jahr 1976 Aktionärin der BERAG. ⁷⁵ [...] ist für die Marti AG Bern, Moosseedorf im Verwaltungsrat der BERAG vertreten. ⁷⁶

⁶⁵ Vgl. https://main.kaestli.net/wp/wp-content/uploads/2021/08/kaestli_organisation_2021_08_web_low.pdf (06.12.2021);

<https://www.kaestligruppe.ch/ueber-uns/unsere-geschichte> (06.12.2021).

⁶⁶ Vgl. <https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-345.919.415> (06.12.2021);

<https://www.kaestligruppe.ch/ueber-uns/unsere-geschichte> (06.12.2021).

⁶⁷ Vgl. <https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-345.919.415> (06.12.2021).

⁶⁸ Act. II.1, S. 6; vgl. <https://www.kaestligruppe.ch/ueber-uns/beteiligungen> (06.12.2021).

⁶⁹ Vgl. <https://www.kibag.ch/de/gruppe.html> (08.06.2020).

⁷⁰ Vgl.

https://www.kibag.ch/files/pdf/de/downloadbereich/organisation_geschaeftsbereiche/KIBAG_Unternehmen.pdf (06.12.2021).

⁷¹ Vgl. <https://zh.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-105.807.648> (06.12.2021).

⁷² Act. III.D.17.

⁷³ Vgl. <https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-105.830.073> (06.12.2021); Act. IV.2, Zeile 75.

⁷⁴ Vgl. <https://www.marti-bern.ch/de/über-uns/kurzportrait> (06.12.2021).

⁷⁵ Act. II.1, S. 7.

⁷⁶ Act. IV.2 Zeilen 79 f.

A.2.14 Peter Batt AG

28. Die Peter Batt AG mit Sitz in Muri bei Bern ist seit dem Jahr 1999 als Aktiengesellschaft im Handelsregister eingetragen.⁷⁷ [...] Die Gesellschaft bezweckt den Betrieb eines Baugeschäftes und ist in den Bausparten Hoch- und Tiefbau tätig.⁷⁹ Sie ist seit dem Jahr 2011 Aktionärin der BERAG.⁸⁰

A.2.15 STRABAG AG

29. Die STRABAG AG mit Sitz in Schlieren ist seit dem Jahr 1928 im Handelsregister eingetragen. [...] Die Gesellschaft bezweckt insbesondere die Planung und Ausführung von Bauarbeiten aller Art im Hoch- und Tiefbau sowie im Untertagebau und die Generalunternehmer-tätigkeit. Die STRABAG AG ist seit dem Jahr 2013 Aktionärin der BERAG.⁸¹

A.2.16 Stucki AG Bern

30. Die Stucki AG Bern mit Sitz in Bern ist seit dem Jahr 1986 im Handelsregister eingetragen. Die Gesellschaft bezweckt unter anderem die Ausführung von Spezialarbeiten für Hoch-, Tief- und Strassenbau. Die Stucki AG Bern ist seit dem Jahr 1976 Aktionärin der BERAG.⁸²

A.2.17 Walo Bertschinger AG Bern

31. Die Walo Bertschinger AG Bern mit Sitz in Bern ist seit dem Jahr 1968 im Handelsregister eingetragen. Sie verfügt über Zweigniederlassungen in Belp, Solothurn, Muri bei Bern und Wimmis. Die Gesellschaft bezweckt unter anderem die Übernahme und die Ausführung von öffentlichen und privaten Hoch- und Tiefbauten jeder Art. Die Walo Bertschinger AG Bern ist seit dem Jahr 1976 Aktionärin der BERAG.⁸³

A.3 Verfahrensgeschichte

A.3.1 Untersuchungseröffnung am 5. März 2019

32. Am 5. März 2019 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO gegen 19 im Raum Bern tätige Unternehmen der Baubranche die kartellrechtliche Untersuchung 22-0497: Belagswerke Bern nach Art. 27 ff. KG.

33. Die Untersuchungseröffnung gab das Sekretariat nach den Hausdurchsuchungen mittels amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG am 19. März 2019 im Schweizerischen Handelsamtsblatt bekannt.⁸⁴ Dritte hätten sich daraufhin innerhalb von 30 Tagen melden können, um ihre Beteiligung am Verfahren anzumelden. Solche Meldungen blieben jedoch aus.

⁷⁷ Vgl. <<https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-106.957.196>> (06.12.2021).

⁷⁸ Vgl. <<https://www.battbau.ch/firma/organigramm/>> (06.12.2021); <<https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-106.957.196>> (06.12.2021).

⁷⁹ Vgl. <<https://www.battbau.ch/bausparten/>> (06.12.2021); Act. IV.13 Rz. 78 f.

⁸⁰ Act. III.A.183; Act. III.D.17.

⁸¹ Act. III.D.17.

⁸² Act. II.1, S. 7.

⁸³ Act. II.1, S. 6.

⁸⁴ Vgl. SHAB vom 19.03.2019, Meldungsnummer: BB05-0000000029 (Act. I.57) und Untersuchungseröffnungsschreiben an die Parteien vom 25.02.2019 (Act. I.2 – I.20).

A.3.2 Hausdurchsuchungen und weitere wesentliche Ermittlungshandlungen

34. Die Wettbewerbsbehörden ordneten in der vorliegenden Untersuchung diverse Ermittlungsmassnahmen an (Hausdurchsuchungen, Einvernahmen, Fragebögen).

35. Am 5. März 2019 führte das Sekretariat Hausdurchsuchungen in den Räumlichkeiten der Andreas Wälti AG, der BERAG, der BLH, der Kästli Bau AG und der Marti AG Bern, Moosseedorf durch.⁸⁵ Im Rahmen der Hausdurchsuchungen wurden umfangreiche Beweismittel beschlagnahmt.

36. Zeitgleich mit den Hausdurchsuchungen sowie in den darauffolgenden Wochen befragte das Sekretariat insgesamt 17 Personen zum Sachverhalt: Zwischen dem 5. März 2019 und 15. Mai 2019 wurden Parteieinvernahmen mit der Marti AG Bern, Moosseedorf (aussagend durch [...])⁸⁶, der BERAG (aussagend durch [...], [...], [...], [...], [...] und [...])⁸⁷, der BLH (aussagend durch [...] und [...])⁸⁸, der Kästli Bau AG (aussagend durch [...])⁸⁹, der Andreas Wälti AG (aussagend durch [...])⁹⁰, der Friedli und Caprani AG (aussagend durch [...])⁹¹, der Adolf Künzi AG (aussagend durch [...])⁹², der Peter Batt AG (aussagend durch [...])⁹³, der STRABAG AG (aussagend durch [...])⁹⁴, der Cäsar Bay AG (aussagend durch [...])⁹⁵, eine Zeugeneinvernahme⁹⁶ und sechs Einvernahmen mit Auskunftspersonen⁹⁷ durchgeführt. Diese erste Serie von Einvernahmen erfolgte nicht parteiöffentlich (vgl. Art. 18 Abs. 2 VwVG). Weitere Parteieinvernahmen folgten am 30. Juni 2020 mit der Kästli Bau AG und der BERAG (aussagend durch [...])⁹⁸ und am 7. Juli 2020 mit der Messerli Kieswerk AG und der K. & U. Hofstetter AG (aussagend durch [...])⁹⁹. Diese weiteren Einvernahmen erfolgten parteiöffentlich (vgl. Art. 18 Abs. 1 VwVG).

37. Weiter hat das Sekretariat im Januar 2020 sowie Oktober 2020 von insgesamt 16 Belagswerken Auskünfte im Rahmen eines Fragebogens zur weiteren Abklärung der Marktgegebenheiten eingeholt.¹⁰⁰

38. Es sind keine Selbstanzeigen eingegangen.

⁸⁵ Act. III.E.1; Act. III.A.1; Act. III.C.1 – III.C.2; Act. III.B.1; Act. III.D.1.

⁸⁶ Act. IV.2.

⁸⁷ Act. IV.2; Act. IV.3; Act. IV.4; Act. IV.5; Act. IV.6; Act. IV.7.

⁸⁸ Act. IV.3; Act. IV.4.

⁸⁹ Act. IV.4.

⁹⁰ Act. IV.5.

⁹¹ Act. IV.7.

⁹² Act. IV.8.

⁹³ Act. IV.13.

⁹⁴ Act. IV.14.

⁹⁵ Act. IV.15.

⁹⁶ Act. IV.10.

⁹⁷ Act. IV.1; Act. IV.9; Act. IV.11; Act. IV.12; Act. IV.16; Act. IV.17. – Die Befragung ehemaliger Organe und Mitarbeitender von Verfahrensparteien ohne Organstellung als Auskunftspersonen und nicht als Zeugen bzw. Zeugin erfolgte aufgrund einer Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Aussageverweigerungsrecht (vgl. BVGE 2018 IV/12), die vom Bundesgericht inzwischen verworfen worden ist (BGer, 2C_383/2020 vom 8.3.2021 E. 5 [zur Publikation vorgesehen]).

⁹⁸ Act. IV.18.

⁹⁹ Act. IV.19.

¹⁰⁰ Detaillierte Angaben wurden von 13 Belagswerken angefordert (vgl. die in Tabelle 28 hinten aufgeführten entsprechenden Eingaben). Zusätzlich wurden von drei Belagswerken weniger detaillierte Angaben angefordert (Act. V.27; Act. V.28; Act. 29 sind die entsprechenden Antworten).

A.3.3 Einvernehmliche Regelung

39. Im Oktober 2020 zeigte die BLH dem Sekretariat ihr Interesse am Abschluss einer einvernehmlichen Regelung (nachfolgend: EVR) an. Das Sekretariat erklärte sich bereit, auf entsprechende Verhandlungen einzutreten.

40. Mit Schreiben vom 2. Dezember 2020 setzte das Sekretariat den anderen Verfahrensparteien Frist bis 11. Dezember 2020, um ein allfälliges Interesse am Abschluss einer EVR kundzutun.¹⁰¹ Acht weitere Parteien bekundeten Interesse am Abschluss einer EVR, so die Adolf Künzi AG, die Alluvia-Gruppe (K. & U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG), die Andreas Wälti AG, die Arm AG Konolfingen, die BERAG, die Frutiger AG, die Marti AG Bern, Moosseedorf und die Walo Bertschinger AG Bern. Die Gespräche über den Abschluss einer EVR fanden zwischen Februar und März 2021 statt.¹⁰² Sie erfolgten nach den Regeln der beidseitig unterzeichneten Rahmenbedingungen für Verhandlungen über eine EVR.¹⁰³

41. Die BLH Belagswerk Hasle AG, die Adolf Künzi AG, die Andreas Wälti AG, die Arm AG Konolfingen sowie die Walo Bertschinger AG Bern stimmten dem einvernehmlichen Abschluss des Verfahrens zu und unterzeichneten die entsprechende EVR. Die Arm AG Konolfingen hat darüber hinaus auch den ihr vorgeworfenen Sachverhalt anerkannt.¹⁰⁴ Die Walo Bertschinger AG Bern hielt explizit fest, dass sie mit der Unterzeichnung der EVR weder den Sachverhalt noch die rechtliche Würdigung der Wettbewerbsbehörden anerkenne. Die Unterzeichnung der EVR erfolge seitens der Walo Bertschinger AG Bern ausschliesslich im Sinne eines schnellen und kostensparenden Abschlusses des Verfahrens.¹⁰⁵

42. Mit der Marti AG Bern, Moosseedorf, der Alluvia-Gruppe, der BERAG sowie der Frutiger AG kam keine EVR zustande.¹⁰⁶

A.3.4 Gewährung der Akteneinsicht

43. Mit Schreiben vom 5. Februar 2020, 17. Juli 2020, 14. Oktober 2020, 30. Juni 2021 und 26. Oktober 2021 wurde allen Parteien in elektronischer Form Akteneinsicht gewährt.¹⁰⁷ Der BERAG wurde zudem auf Antrag¹⁰⁸ mit Schreiben vom 28. Mai 2021 in elektronischer Form Akteneinsicht gewährt.¹⁰⁹

44. In Bezug auf das zu untersuchende Verhalten der BERAG wurden Datenauswertungen vorgenommen. Das Sekretariat hat der BERAG mit Schreiben vom 7. Januar 2020¹¹⁰ und vom 17. Juli 2020¹¹¹ erste Datenauswertungen zur Stellungnahme vorgelegt. Mit Antragsversand vom 30. Juni 2021 wurde der BERAG erneut Einsicht in die Datenauswertungen gewährt.¹¹² Zusammen mit diesen Auswertungen liess das Sekretariat der BERAG jeweils auch den Programmcode sowie die verwendeten Rohdaten zukommen. Ausgenommen waren Datensätze, welche Geschäftsgeheimnisse Dritter beinhalten. Eine Beschreibung der Auswertung sowie

¹⁰¹ Act. I.441 – I.456.

¹⁰² Act. I.472.

¹⁰³ Vgl. Act. I.A.1; Act. I.B.1; Act. I.C.1; Act. I.D.1; Act. I.E.1; Act. I.F.1; Act. I.G.1; Act. I.H.1; Act. I.I.1.

¹⁰⁴ Act. I.B.2; Act. I.C.2; Act. I.D.2; Act. I.E.2; Act. I.I.2.

¹⁰⁵ Act. V.33.

¹⁰⁶ Act. I.472.

¹⁰⁷ Vgl. Act. I.279 – I.296; Act. I.390 – I.394 und Act. I.398; Act. I.413 – I.437; Act. VII.2 – VII.18 und Act. VIII.5.

¹⁰⁸ Act. I.467 und Act. I.472.

¹⁰⁹ Act. I.474 – I.476.

¹¹⁰ Act. I.252.

¹¹¹ Act. I.389.

¹¹² Act. VII.2.

der verwendeten Datensätze wurde anlässlich des Antragsversandes vom 30. Juni 2021 ebenfalls der BERAG zugesandt.¹¹³ Die BERAG nahm am 10. August 2021 vertreten durch die Polynomics AG Einblick in die geschäftsgeheimnisbehafteten elektronischen Daten von Drittunternehmen und konnten Datenauswertungen vornehmen.¹¹⁴ Der anwesende Rechtsvertreter der BERAG konnte der Einsichtnahme beiwohnen, aber selbst keine Einsicht nehmen.¹¹⁵ Die betroffenen Drittunternehmen hatten der Einsichtnahme durch Mitarbeitende der Polynomics AG zugestimmt.¹¹⁶

A.3.5 Antrag des Sekretariats an die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG)

45. Mit Schreiben vom 30. Juni 2021 stellte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag zur Stellungnahme zu.¹¹⁷ Darin beantragte es den Erlass des folgenden Dispositivs:

1. Der BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG wird untersagt,
 - 1.1. das Gewähren von Vorteilen bei den Geschäftsbedingungen gegenüber ihren Kunden und Kundinnen, insbesondere das Gewähren von preislichen Vorteilen, von deren Eigenschaft als Aktionärin der BERAG abhängig zu machen. Davon ausgenommen sind Vorteile, welche die BERAG ihren Aktionärinnen für Bezüge von Asphaltmischgut für Bauprojekte gewährt, die weiter als 32 Fahrminuten vom Asphaltmischgutwerk der BERAG in Rubigen entfernt sind.
 - 1.2. das Gewähren von Rabatten und Rückvergütungen für den Bezug von Asphaltmischgut oder deren Höhe gegenüber ihren Kunden und Kundinnen von künftigem Bezug von Asphaltmischgut bei der BERAG abhängig zu machen. Davon ausgenommen sind Rabatte und Rückvergütungen, welche die BERAG ihren Kunden und Kundinnen:
 - a) einzig aufgrund der Gesamtbezüge innerhalb von maximal 12 Monaten gewährt, sofern durch deren Ausgestaltung für die Kunden und Kundinnen nicht die Verpflichtung oder der Anreiz geschaffen wird, den ganzen oder überwiegenden Teil des Asphaltmischguts bei der BERAG zu beziehen, zum Beispiel durch entsprechende Staffelung oder Progression der Höhe des Rabatts oder der Rückvergütung oder durch die Bedingung, dass der Kunde oder die Kundin eine bestimmte Bezugsmenge erreicht (Zielrabatt);
 - b) für den Bezug von Asphaltmischgut für Bauprojekte gewährt, die weiter als 32 Fahrminuten vom Asphaltmischgutwerk der BERAG in Rubigen entfernt sind.
 - 1.3. eine Person in den Verwaltungsrat aufzunehmen oder als Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerin anzustellen, die zugleich bei einem Konkurrenzunternehmen eine Organfunktion ausübt (zum Beispiel Mitglied des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung) oder Aufgaben bei der Preisgestaltung wahrnimmt (zum Beispiel Verkaufsleiter oder Verkaufsleiterin).
 - 1.4. sich im Zusammenhang mit dem Verkauf von Asphaltmischgut mit Konkurrenzunternehmen vor Auftragserteilung über Offertpreise, Preiselemente oder die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen oder Gebieten im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG auszutauschen. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit:
 - a) der Bildung und Durchführung von Liefergemeinschaften und/oder Einkaufsgemeinschaften;
 - b) Aushilfslieferungen bei Revisionen des Asphaltmischgutwerks, bei Betriebsausfällen oder Lieferschwierigkeiten; sowie

¹¹³ Vgl. Act. VII.1.

¹¹⁴ Vgl. Act. VII.70.

¹¹⁵ Act. VII.70.

¹¹⁶ Vgl. Act. VII.38 – VII.47, Act. VII.50, Act. VII.51, Act. VII.53, Act. VII.54, Act. VII.58 – VII.64.

¹¹⁷ Act. VII.2 – VII.18.

c) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

1.5. sich mit Konkurrenzunternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG über künftige Listenpreise, die künftige Preis- und Rabattpolitik oder das künftige Liefergebiet auszutauschen.

1.6. Als Konkurrenzunternehmen im Sinne von Ziffer 1 gilt jedes Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG, das selber in Entfernung von bis zu 90 Fahrminuten zu einem Asphaltmischgutwerk der BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG ein eigenes Asphaltmischgutwerk betreibt.

2. Der Burkhart AG, Frutiger AG, Huldi + Stucki Strassen- und Tiefbau AG, K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Kästli Bau AG, Marti AG Bern, Moosseedorf und Stucki AG Bern wird untersagt, sich zu verpflichten, die BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG (BERAG) nicht durch eigene oder gemeinsam mit anderen Unternehmen betriebene Asphaltmischgutwerke zu konkurrenzieren. Dies gilt nicht, falls sie über die BERAG alleinige oder gemeinsame Kontrolle haben.

3. Die WEKO genehmigt die nachfolgenden von der Adolf Künzi AG, der Andreas Wälti AG, der Arm AG Konolfingen und der Walo Bertschinger AG Bern mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarten einvernehmlichen Regelungen vom 1. April 2021 (Andreas Wälti AG), 7. April 2021 (Arm AG Konolfingen), 8. April 2021 (Adolf Künzi AG) und 9. April 2021 (Walo Bertschinger AG Bern):

Der [Adolf Künzi AG, Andreas Wälti AG, Arm AG Konolfingen, Walo Bertschinger AG Bern] ist es untersagt, sich zu verpflichten, die BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG (BERAG) nicht durch eigene oder gemeinsam mit anderen Unternehmen betriebene Asphaltmischgutwerke zu konkurrenzieren. Dies gilt nicht, falls die [Adolf Künzi AG, Andreas Wälti AG, Arm AG Konolfingen, Walo Bertschinger AG Bern] über die BERAG alleinige oder gemeinsame Kontrolle hat.

4. Die WEKO genehmigt die nachfolgende von der BLH Belagswerk Hasle AG mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 27. April 2021:

Die BLH verpflichtet sich:

4.1. keine Person in den Verwaltungsrat aufzunehmen oder als Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerin anzustellen, die zugleich bei einem Konkurrenzunternehmen eine Organfunktion ausübt (zum Beispiel Mitglied des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung) oder Aufgaben bei der Preisgestaltung wahrnimmt (zum Beispiel Verkaufsleiter oder Verkaufsleiterin).

4.2. im Zusammenhang mit dem Verkauf von Asphaltmischgut nicht mit Konkurrenzunternehmen vor Auftragserteilung über Offertpreise, Preiselemente oder die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen oder Gebieten im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG auszutauschen. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit:

a) der Bildung und Durchführung von Liefergemeinschaften und/oder Einkaufsgemeinschaften;

b) Aushilfslieferungen bei Revisionen des Asphaltmischgutwerks, bei Betriebsausfällen oder Lieferschwierigkeiten; sowie

c) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

4.3. mit Konkurrenzunternehmen nicht im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG über künftige Listenpreise, die künftige Preis- und Rabattpolitik oder das künftige Liefergebiet auszutauschen.

Als Konkurrenzunternehmen im Sinne von Ziffer 4 gilt jedes Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG, das selber in Entfernung von bis zu 90 Fahrminuten zu einem Asphaltmischgutwerk der BLH Belagswerk Hasle AG ein eigenes Asphaltmischgutwerk betreibt.

5. Wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG (Vorzugskonditionen für Aktionärinnen und Treuebonus) wird die BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG mit einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG von Fr. [1,5–2 Mio. Fr.] belastet.

6. Wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabrede (Konkurrenzverbot) werden mit folgenden Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet:
 - 6.1. die Adolf Künzi AG mit einem Betrag von Fr. 19 200.
 - 6.2. die Andreas Wälti AG mit einem Betrag von Fr. 19 200.
 - 6.3. die Arm AG Konolfingen mit einem Betrag von Fr. 16 800.
 - 6.4. die Burkhart AG mit einem Betrag von Fr. 3600.
 - 6.5. die Frutiger AG mit einem Betrag von Fr. 90 000.
 - 6.6. die Haldi + Stucki Strassen- und Tiefbau AG mit einem Betrag von Fr. 21 600.
 - 6.7. die Kästli Bau AG mit einem Betrag von Fr. 21 600.
 - 6.8. die K. & U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG solidarisch mit einem Betrag von Fr. 45 000.
 - 6.9. die Marti AG Bern, Moosseedorf mit einem Betrag von Fr. 90 000.
 - 6.10. die Stucki AG Bern mit einem Betrag von Fr. 21 600.
 - 6.11. die Walo Bertschinger AG Bern mit einem Betrag von Fr. 80 000.
7. Das Verfahren gegen die Cäsar Bay AG, die KIBAG Bauleistungen AG, die Peter Batt AG und die STRABAG AG wird eingestellt.
8. Das Verfahren gegen die gelöschte Friedli & Caprani AG, Strassen- und Tiefbau wird als gegenstandslos abgeschrieben.

46. Zudem beantragte das Sekretariat, den Verfahrensparteien, soweit sie sich an unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen beteiligt hätten, die Verfahrenskosten anteilmässig 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.

A.3.6 Stellungnahmen der Parteien

47. Die Parteien erhielten die Gelegenheit, zum Antrag des Sekretariats an die WEKO schriftlich Stellung zu nehmen (Art. 30 Abs. 2 KG). Die Adolf Künzi AG, die Andreas Wälti AG, die Arm AG Konolfingen, die Cäsar Bay AG, die Haldi + Stucki Strassen- und Tiefbau AG, die Peter Batt AG und die Stucki AG Bern verzichteten auf eine Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats. Im Folgenden werden die Rechtsbegehren der Parteien gemäss ihren Stellungnahmen wiedergegeben. Auf die einzelnen Vorbringen der Parteien wird – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen.

A.3.6.1 BERAG

48. Die BERAG stellte mit ihrer Stellungnahme vom 15. Oktober 2021 zum Antrag des Sekretariats¹¹⁸ folgende Rechtsbegehren:

1. Die Untersuchung «22-0497: Belagswerke Bern» sei ohne Kosten- und Sanktionsfolgen für die BERAG einzustellen;

¹¹⁸ Act. VII.107.

2. Die Kosten der Untersuchung «22-0497: Belagswerke Bern» seien ausschliesslich vom Staat zu tragen.

A.3.6.2 BLH

49. Die BLH verzichtete mit ihrem Schreiben vom 1. September 2021 zum Antrag des Sekretariats¹¹⁹ auf eine materielle Stellungnahme.

A.3.6.3 Burkhart AG

50. In ihrer Stellungnahme vom 15. Juli 2021 zum Antrag des Sekretariats¹²⁰ beantragte die Burkhart AG sinngemäss, dass das Verfahren gegen sie ohne Folgen einzustellen sei.

A.3.6.4 Frutiger AG

51. Die Frutiger AG stellte mit ihrer Stellungnahme vom 29. September 2021 zum Antrag des Sekretariats¹²¹ folgende Rechtsbegehren:

1. Das Untersuchungsverfahren 22-0497 sei – soweit es die Frutiger AG betrifft – einzustellen.
2. Eventualiter sei auf eine Sanktion zu verzichten.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

A.3.6.5 K. & U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG (Alluvia)

52. In ihrer Stellungnahme vom 30. September 2021 zum Antrag des Sekretariats¹²² beantragte die Alluvia Gruppe, die Untersuchung 22-0497: Belagswerke Bern sei ohne Kosten- und Sanktionsfolgen für die Alluvia Gruppe einzustellen.

A.3.6.6 Kästli Bau AG

53. Die Kästli Bau AG stellte mit ihrer Stellungnahme vom 1. Oktober 2021 zum Antrag des Sekretariats¹²³ folgende Rechtsbegehren:

1. Das Untersuchungsverfahren sei einzustellen.
2. Eventualiter sei das Untersuchungsverfahren ohne Sanktion abzuschliessen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MwSt. zulasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

A.3.6.7 KIBAG Bauleistungen AG

54. In ihrer Stellungnahme vom 1. September 2021 zum Antrag des Sekretariats¹²⁴ beantragte die KIBAG Bauleistungen AG – wie vom Sekretariat vorgesehen – die Einstellung des Verfahrens ihr gegenüber, wobei die Verfahrenskosten auf die Staatskasse zu nehmen seien.

¹¹⁹ Act. VII.89.

¹²⁰ Act. VII.37.

¹²¹ Act. VII.100.

¹²² Act. VII.103.

¹²³ Act. VII.104.

¹²⁴ Act. VII.91.

A.3.6.8 Marti AG Bern, Moosseedorf

55. In ihrer Stellungnahme vom 3. Januar 2018 zum Antrag des Sekretariats¹²⁵ beantragte die Marti AG Bern, Moosseedorf sinngemäss, dass das Verfahren gegen sie ohne Folgen einzustellen sei.

A.3.6.9 STRABAG AG

56. Mit Schreiben vom 12. Juli 2021 betreffend den Antrag des Sekretariats¹²⁶ teilte die STRABAG AG mit, dass sie in der Annahme, die WEKO folge dem Antrag, auf eine Stellungnahme verzichte, da der Antrag vorsehe, das Untersuchungsverfahren gegen die STRABAG AG folgenlos einzustellen.

A.3.6.10 Walo Bertschinger AG Bern

57. Die Walo Bertschinger AG stellte mit ihrer Stellungnahme vom 1. September 2021 zum Antrag des Sekretariats¹²⁷ folgende Rechtsbegehren:

1. Die einvernehmliche Regelung sei zu genehmigen.
2. Die Sanktion sei von den vom Sekretariat beantragten CHF 80'000 auf CHF 72'000 zu reduzieren.

A.3.7 Anhörung der Parteien und Entscheid der WEKO

58. Am 22. November 2021 hörte die WEKO die Alluvia-Gruppe, die Kästli Bau AG, die Frutiger AG und die BERAG an. Die übrigen Parteien verzichteten auf eine Anhörung.¹²⁸ Sämtliche angehörten Parteien bestätigten ihre in den schriftlichen Stellungnahmen gestellten Rechtsbegehren.

59. Nach Beratung fällte die WEKO am 6. Dezember 2021 den vorliegenden Entscheid.

¹²⁵ Act. VII.98.

¹²⁶ Act. VII.24.

¹²⁷ Act. VII.90.

¹²⁸ Act. VII.24, VII.29, VII.32, VII.34.

B Sachverhalt

B.1 Übersicht

B.2 Vorbemerkungen zum Beweis

60. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)¹²⁹ anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Auch im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP¹³⁰).

61. Der Beweis einer Tatsache ist im Allgemeinen erbracht, wenn die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von deren Verwirklichung überzeugt sind (Beweismass des Überzeugungsbeweises). Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit (also ohne Zweifel) festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.¹³¹ Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und unüberwindliche Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.¹³² Hinsichtlich bestimmter Tatsachen, namentlich komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte, sind im Einklang mit der Rechtsprechung keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Vielmehr schliesst die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, eine strikte Beweisführung regelmässig aus.¹³³

62. Diesen Grundsätzen ist im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt Rechnung zu tragen.

B.3 Marktverhältnisse Asphaltmischgut Bern und Umgebung

B.3.1 Übersicht

63. In diesem Kapitel wird zunächst das von den vorliegend untersuchten Verhaltensweisen betroffene Produkt – Asphaltmischgut – beschrieben (Rz 64 ff.). Anschliessend werden die Nachfrager bzw. Nachfragerinnen (Rz 128 ff.) sowie die Anbieter und Anbieterinnen dieses Produkts (Rz 145 ff.) identifiziert und analysiert. Schliesslich wird die Funktionsweise des Marktes dargestellt (Rz 181 ff.).

¹²⁹ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

¹³⁰ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

¹³¹ BVGer, B-880/2012 vom 25.6.2018 E. 8.4.4.1, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; BVGer, B-8430/2010 vom 23.9.2014 E. 5.3.2 f., *Paul Koch AG/WEKO*; BVGer, B-8399/2010 vom 23.9.2014 E. 4.3.2 f., *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; vgl. auch etwa BGer, 2A.500/2002 vom 24.3.2003 E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

¹³² Vgl. z.B. BGE 124 IV 86 E. 2a.

¹³³ BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.2 (= RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; BVGer, B-8430/2010 vom 23.9.2014 E. 5.3.7, *Paul Koch AG/WEKO*; BVGer, B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.7, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; je m.w.Hinw.

B.3.2 Asphaltmischgut

B.3.2.1 Beweisthema

64. Als erstes wird definiert, was unter «*Asphaltmischgut*» zu verstehen ist (Rz 65). Anschliessend werden die Eigenschaften verschiedener Arten von Asphaltmischgut (Rz 66 ff.) sowie die Bestandteile dieses Produkts (Rz 71 ff.) behandelt. Herstellungsprozess (Rz 82 ff.), Transport (Rz 84 f.) und Einbau von Asphaltmischgut (Rz 91 f.) werden ebenfalls dargestellt. Schliesslich werden die wichtigsten Kostenfaktoren in Produktion und Transport von Asphaltmischgut identifiziert (Rz 93 ff.).

B.3.2.2 Definition

65. Die zu untersuchenden Verhaltensweisen beziehen sich auf sämtliche Arten von Asphaltmischgut ausser Gussasphalt, da die Verfahrensparteien keinen Gussasphalt herstellen. Die Begriffe «*Asphaltmischgut*» und «*Gussasphalt*» sind in der Asphalt Grundnorm des Schweizerischen Verbands der Strassen- und Verkehrsfachleute (nachfolgend: VSS) SN 640 420 definiert (vgl. Tabelle 1 unten).¹³⁴ Demnach handelt es sich bei Gussasphalt um eine spezielle Art von Asphaltmischgut. Der Einfachheit halber werden nachfolgend für die vorliegend relevanten Arten von Asphaltmischgut (alle Arten ausser Gussasphalt) die Begriffe «*Asphaltmischgut*», «*Mischgut*» und «*Belag*» synonym zueinander verwendet.

Tabelle 1: Definitionen von Asphaltmischgut und Gussasphalt gemäss SN 640 420.

Asphaltmischgut
Asphaltmischgut ist zusammengesetzt aus Gesteinskörnungen, Bitumen oder bitumenhaltigen Bindemitteln und allfälligen Zusätzen. Asphaltmischgut wird in der Regel in einer Aufbereitungsanlage hergestellt. Ausnahmsweise können auch mobile Aufbereitungseinrichtungen für die Herstellung eingesetzt werden. Beim Asphaltmischgut wird je nach Aufbereitungstemperatur unterschieden <ul style="list-style-type: none">- Kaltes Asphaltmischgut- Halbwarmes Asphaltmischgut- Warmes Asphaltmischgut- Heisses Asphaltmischgut Kaltes und halbwarmes Asphaltmischgut wird mit Aufbereitungstemperaturen < 100 °C hergestellt, bei warmem und heissem Asphaltmischgut ist die Aufbereitungstemperatur ≥ 100 °C.
Gussasphalt
Gussasphalt gemäss SN EN 13108-6 « <i>Asphaltmischgut – Mischgutanforderungen – Teil 6: Gussasphalt</i> » ist giessfähiges bitumenhaltiges Mischgut, das beim Bau von Strassen, Flugplätzen und sonstigen Verkehrsflächen für Deck-, Binder-, Schutz- oder Abdichtungsschichten Verwendung findet.

B.3.2.3 Verschiedene Arten von Asphaltmischgut

66. Asphaltmischgut ist im Wesentlichen ein Gemisch aus Gesteinskörnungen und Bitumen. Durch Variation dieser Komponenten nach Art und Menge kann Belag mit unterschiedlichen Eigenschaften hergestellt werden. Diese verschiedenen Arten werden gemäss der Grundnorm

¹³⁴ Die Asphalt Grundnorm wird vom VSS online vertrieben (<<https://www.vss.ch>>, 7.4.2021). Vorliegend wird die Ausgabe 2015-09 verwendet.

Asphalt des VSS in sogenannte Mischgut**gruppen** eingeteilt (z.B. Asphaltbeton, kurz AC). Innerhalb dieser Mischgutgruppen wird zusätzlich nach Mischgut**sorten** unterschieden. Die Mischgutsorten werden anhand des Durchmessers der grössten beigemischten Gesteinskörnung identifiziert. Die Sorte AC 11 enthält zum Beispiel Gesteinskörnungen mit einem Durchmesser von maximal 11 mm. Zusätzlich werden die verschiedenen Belagsarten aufgrund der vorgesehenen Beanspruchung in Mischgut**typen** eingeteilt. Die Bezeichnung «AC 11 L» wird zum Beispiel für Asphaltbeton mit Gesteinskörnungen mit einem Durchmesser von maximal 11 mm verwendet, der sich für eine leichte Beanspruchung eignet. Zusätzlich dazu werden verschiedene **Schichten** unterschieden. Die Bezeichnung «AC T 11 L» wird zum Beispiel für Asphaltbeton verwendet, der sich für eine Tragschicht mit leichter Beanspruchung eignet.¹³⁵

67. Die Unterscheidung nach Gruppen, Sorten, Arten und Schichten ist für die vorliegende Untersuchung unbedeutend und dient lediglich der Klärung der entsprechenden Begriffe. Insbesondere in Bezug auf die sachliche Marktabgrenzung ist hingegen die Tatsache relevant, dass es zahlreiche unterschiedliche Arten von Asphaltmischgut gibt, die sich in Bezug auf ihre Eigenschaften zum Teil stark unterscheiden. Relevante Eigenschaften sind zum Beispiel Witterungsbeständigkeit, Verschleissfestigkeit oder Ermüdungsbeständigkeit. Auch die bei der Befahrung der fertiggestellten Strasse entstehenden Lärmemissionen oder die Griffigkeit des Strassenbelags können eine wichtige Rolle spielen. Je nach Verwendungszweck werden deshalb unterschiedliche Arten von Asphaltmischgut eingesetzt.

B.3.2.4 Inhaltsstoffe

B.3.2.4.1 Übersicht

68. Wie bereits aus der Definition hervorgeht (vgl. Tabelle 1 vorne), wird Asphaltmischgut aus Gesteinskörnungen, Bitumen und allfälligen Zusätzen hergestellt. Diese Stoffe werden als «*Inhaltsstoffe*» oder «*Zuschlagsstoffe*» bezeichnet.

69. Die Eigenschaften der verschiedenen Belagsarten werden in den relevanten Normen weitgehend über die Vorgabe der zu verwendenden Gesteinskörnungen und Bitumenarten definiert.¹³⁶ Die Eigenschaften der zur Belagsproduktion verwendeten Gesteinskörnungen und Bitumenarten werden ihrerseits in eigenständigen Normen festgelegt.

70. Die relevanten Eigenschaften der verschiedenen Inhaltsstoffe werden nachfolgend einzeln beschrieben (Rz 71 ff.). Da diese Stoffe auch durch Wiederverwertung gewonnen werden können, werden zusätzlich die entsprechenden Möglichkeiten dargelegt (vgl. 77 ff.).

B.3.2.4.2 Gesteinskörnungen

71. Der Anteil der Gesteinskörnungen am Gesamtgewicht von Asphaltmischgut beträgt ca. 95 %.¹³⁷ Je nachdem, welche Eigenschaften die herzustellende Belagsart aufweisen soll, werden unterschiedliche Gesteinskörnungen verwendet. Neben der Grösse der Körner haben zum Beispiel auch die Festigkeit, die Witterungsbeständigkeit, das Haftverhalten gegenüber

¹³⁵ Enthält eine Bezeichnung keine Bezeichnung der Schicht, handelt es sich gemäss SN 630 420 um eine Deckschicht.

¹³⁶ «Die Schweizer Normen stützen sich traditionell auf empirisch ermittelte Mischgutrezepturen in Kombination mit Anforderungen an die Baustoffe (wie Gesteinskörnungen, bitumenhaltige Bindemittel) ab» (SN 640 430, Rz 12).

¹³⁷ In den Ergänzungen zum Geschäftsbericht der BERAG befindet sich jedes Jahr eine «*Nachkalkulation Recycling*». Darin ist für die Jahre 2012–2015 sowie 2017 jeweils angegeben, wie gross der Anteil von Bitumen und anderen Materialien am Gesamtgewicht des von der BERAG hergestellten Asphaltmischguts ist. Der Gewichtsanteil von Bitumen schwankt von Jahr zu Jahr zwischen [3–7 %] (Act. III.A.200, S. 11; Act. III.A.215, S. 9; Act. III.A.216, S. 9; Act. III.A.245, S. 9; Act. III.A.284, S. 9).

dem Bindemittel oder die Farbe der Gesteinskörnungen einen Einfluss auf die Eigenschaften des damit hergestellten Asphaltmischguts.

72. Gesteinskörnungen werden aus Gruben, Gewässern und Steinbrüchen gewonnen. Im Kanton Bern kommt der Gewinnung aus Kiesgruben mit Abstand die grösste Bedeutung zu.¹³⁸ Das so gewonnene Rohmaterial wird in Kieswerken weiterverarbeitet. Für die Belagsproduktion werden vorwiegend gebrochene Gesteinskörnungen verwendet. Dazu wird das Rohmaterial mechanisch zerkleinert. Je nach Grösse werden die zur Belagsproduktion verwendeten gebrochenen Gesteinskörnungen als «*Füller*» (Durchmesser < 0,063 mm), «*Sand*» (0,063 mm < Durchmesser < 2 mm) oder «*Splitt*» (2 mm < Durchmesser < 32 mm) bezeichnet.¹³⁹

73. Gesteinskörnungen sind relativ zum Materialwert sehr schwer. Deshalb sind die Transportkosten im Verhältnis zu den Materialkosten relativ hoch. Bei den im Raum Bern 2007–2013 von den lokalen Kieswerken verkauften Gesteinskörnungen entfielen je nach Werkstandort 20–35 % der Gesamtkosten auf den Transport.¹⁴⁰ Wegen der hohen Transportkosten sind die meisten Belagswerke direkt neben einem Kieswerk angesiedelt. Die meisten Kieswerke befinden sich ihrerseits zur Minimierung der Transportwege in der Nähe einer Kiesabbaustelle.

B.3.2.4.3 Bitumen

74. Die verbleibenden 5 % des Gesamtgewichts von Asphaltmischgut entfallen im Wesentlichen auf Bitumen. Bitumen wird aus Erdöl gewonnen und unterliegt erheblichen Preisschwankungen. Da der Preis in der Regel mit der bezogenen Menge sinkt,¹⁴¹ kaufen manche Belagswerke Bitumen gemeinsam ein.

75. Die Eigenschaften der für die Belagsproduktion verwendeten Arten von Bitumen sind genauso wie die Eigenschaften der verwendeten Gesteinskörnungen in Normen festgelegt. Verschiedene Arten von Bitumen unterscheiden sich zum Beispiel in Bezug auf das Ausmass ihrer Zähflüssigkeit, was seinerseits einen Einfluss auf die Eigenschaften des hergestellten Asphaltmischgutes hat.

B.3.2.4.4 Zusätze

76. Zusatzstoffe spielen bei den meisten Asphaltmischgutsorten weder in Bezug auf den Anteil am Gesamtgewicht noch in Bezug auf den Anteil an den Herstellungskosten eine wesentliche Rolle. Bei einzelnen Spezialsorten (z.B. Farbbelägen) stellen sie allerdings einen relevanten Kostenfaktor dar.

B.3.2.4.5 Wiederverwertung

77. Gesteinskörnungen und Bitumen zur Herstellung von Asphaltmischgut können auch durch Wiederverwertung gewonnen werden: Wenn z.B. Strassenbelag erneuert wird und dazu die alte Belagsschicht abgefräst wird, fällt sogenannter Ausbauasphalt an. Dabei handelt es sich um das ausgebaute Asphaltmischgut. Dieser Ausbauasphalt kann aufbereitet und zur

¹³⁸ RPW 2020/1, 93 f. Rz 65 ff., *KTB-Werke*.

¹³⁹ MANFRED PARTL, Unterlagen zur Vorlesung Werkstoffe 1, ETH Zürich, 2011, S. 16; abrufbar unter <https://ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/baug/ifb/ifb-dam/homepage-IfB/Education/bsc_courses/bsc-materials-l/documents/Werkstoffe1_Bitumen2011.pdf> (23.07.2020).

¹⁴⁰ RPW 2020/1, 96 Rz 84 f., *KTB-Werke*.

¹⁴¹ BUNDESKARTELLAMT, Sektoruntersuchung Walzasphalt, 2012, Rz 17. Verfügbar unter <<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20Walzasphalt%20-%20Abschlussbericht.html?nn=3591074>> (24.07.2020).

Herstellung von neuem Asphaltmischgut wiederverwendet werden (vgl. Rz 101 hinten). Asphaltmischgut, welches einen bestimmten Anteil von Ausbauasphalt enthält, wird als «Recyclingmischgut» oder kurz als «RC-Mischgut» bezeichnet.¹⁴²

78. Der maximal verwendbare Anteil von Ausbauasphalt am Gesamtgewicht des neu herzustellenden Asphaltmischguts ist unter anderem von der Produktionsanlage, den Eigenschaften des Ausbauasphalts sowie den Anforderungen an die herzustellende Asphaltmischgutsorte abhängig.¹⁴³ Insbesondere können Belagswerke, die über eine Paralleltrommel verfügen, einen höheren Anteil an Ausbauasphalt beimischen.¹⁴⁴

79. Gemäss Angaben des Deutschen Asphaltverbandes belief sich der Anteil von Ausbauasphalt am im Jahr 2018 in Deutschland produzierten Asphaltmischgut auf rund 26 %.¹⁴⁵ Der von der BERAG beigemischte Anteil von Ausbauasphalt ist in Abbildung 1 dargestellt und liegt seit dem Jahr 2013 bei über [20–40] %. [...] [N3] gibt den von der BERAG beigemischten Anteil von Ausbauasphalt mit [25–40] % an.¹⁴⁶

80. Die BERAG bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vor, der Anteil von Ausbauasphalt steige seit einigen Jahren bei allen Belagswerken, insbesondere weil die öffentlichen Auftraggeber und Auftraggeberinnen den Belagswerken erlauben würden, die in den einschlägigen Normen vorgesehenen Maximalanteile von Ausbauasphalt zu überschreiten oder in ihren Ausschreibungen sogar einen Mindestanteil an Ausbauasphalt verlangen würden.¹⁴⁷ Damit konsistent ist die Aussage von [N24], wonach es vorkomme, dass öffentliche Bauherren und Bauherrinnen wünschten, dass ein höherer Anteil an Ausbauasphalt verwendet werde.¹⁴⁸

81. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2019 hatte die BERAG dem Sekretariat noch mitgeteilt, es komme nicht vor, dass Kunden oder Kundinnen einen minimalen Anteil von Recyclingmaterial verlangen würden.¹⁴⁹ Deshalb ist davon auszugehen, dass es sich dabei um eine neuere Entwicklung handelt. Trotzdem dürften jedenfalls in den letzten Jahren neben den durch die Beimischung erzielten Kosteneinsparungen auch Entwicklungen auf der Nachfrageseite einen gewissen Beitrag zum Anstieg des Anteils von Ausbauasphalt geleistet haben.

Abbildung 1: Anteil Ausbauasphalt am durch die BERAG hergestellten Asphaltmischgut.

[...]

Quelle: Act. III.A.72; Act. III.A.91; Act. III.A.105; Act. III.A.119; Act. III.A.133; Act. III.A.148; Act. III.A.165; Act. III.A.180; Act. III.A.200; Act. III.A.215; Act. III.A.216; Act. III.A.245; Act. III.A.284.

B.3.2.5 Mischung

82. Asphaltmischgut wird in der Regel in stationären Belagswerken hergestellt. Grundsätzlich wäre auch die Herstellung auf der Baustelle durch mobile Anlagen möglich. Diese Art der Produktion spielt aber im Raum Bern keine wesentliche Rolle und wird deshalb nachfolgend

¹⁴² SN 640 420, Rz 5.

¹⁴³ Act. IV.6, Zeilen 383–384 sowie Act. V.6; Act. V.7; Act. V.8; Act. V.9; V.11; Act. V.12; Act. V.13; Act. V.14; Act. V.15; Act. V.16; Act. V.17.

¹⁴⁴ Act. IV.6, Zeilen 397–398.

¹⁴⁵ Deutscher Asphaltverband, Asphaltproduktion in Deutschland, Stand Januar 2020, <<https://www.asphalt.de/themen/aktuelles/asphaltproduktion-2019/>> (17.2.2020).

¹⁴⁶ Act. IV.6, Zeile 392. Diese Angabe bezieht sich mutmasslich auf den zum Zeitpunkt der Aussage beigemischten Anteil.

¹⁴⁷ Act. VII.106, Rz 35 ff.

¹⁴⁸ Act. IV.10, Rz 79–85.

¹⁴⁹ Act. I.190, Antwort auf Frage 5.

nicht berücksichtigt.¹⁵⁰ Je nach herzustellender Sorte werden die Ausgangsstoffe bei unterschiedlichen Temperaturen von bis zu 250 °C gemischt.¹⁵¹

83. Da die verschiedenen Asphaltarten aus den gleichen Ausgangsstoffen hergestellt werden, können alle Werke der Region alle wichtigen Sorten herstellen. Einzig das Belagswerk in [...] kann gewisse Sorten aus technischen Gründen nicht herstellen.¹⁵²

B.3.2.6 Transport

84. Asphaltmischgut muss je nach Sorte und Verwendungszweck beim Einbau eine bestimmte Temperatur aufweisen.¹⁵³ Deshalb kommen je nach Fahrzeit zwischen Werk und Baustelle unterschiedliche Fahrzeuge für den Transport in Frage: Asphaltmischgut kann mit Kippmulden oder mit Thermomulden transportiert werden. Thermomulden unterscheiden sich von Kippmulden dadurch, dass der Behälter für den Belag wärmeisoliert ist.¹⁵⁴ Weil der Belag dadurch länger warm bleibt, kann er mit Thermomulden über grössere Distanzen ausgeliefert werden, wobei die erforderliche Verarbeitungstemperatur trotz der längeren Fahrzeit gewährleistet werden kann. Der Transport mit Thermomulden ist aufgrund der zusätzlich erforderlichen Isolierung teurer als mit Kippmulden.¹⁵⁵

85. Insbesondere mit Thermomulden kann Asphaltmischgut über weite Distanzen ausgeliefert werden: Gemäss [N16], [...], ist damit eine Fahrzeit von bis zu zwei Stunden möglich.¹⁵⁶ Gemäss [N5], [...], ist mit isolierten Behältern sogar eine Fahrzeit von bis zu sechs Stunden möglich.¹⁵⁷

86. In Ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats macht die BERAG widersprüchliche Angaben zur maximal möglichen Fahrzeit: Einerseits gibt die BERAG die Aussage von [N5] wieder, wonach eine Fahrzeit von bis zu sechs Stunden möglich sei. An der gleichen Stelle schreibt die BERAG, es sei lediglich eine Fahrzeit von bis zu zwei Stunden möglich, ohne klarzustellen, welche der beiden Aussagen zutrifft.¹⁵⁸ Später äussert sich die BERAG erneut zur «*technisch maximal möglichen Lieferdistanz*»:¹⁵⁹ «*Damit [mit Thermomulden] [...] [würde] eine Fahrzeit für den Transport von Belag auf die Baustellen von 80 bis 100 Minuten ermöglicht.*»¹⁶⁰ Schliesslich schreibt die BERAG ebenfalls in der gleichen Stellungnahme, die technisch mögliche Lieferdistanz betrage «*mindestens 60 Fahrminuten*».¹⁶¹ Ausserdem erwähnt die BERAG Beispiele von Baustellen, bei welchen Asphaltmischgut über mehr als 80 bzw. 90 Fahrminuten transportiert worden sei.¹⁶²

87. Vorliegend kann offengelassen werden, wie gross die maximal mögliche Fahrzeit mit Thermomulden zur Auslieferung von Asphaltmischgut genau ausfällt. Jedenfalls ist sie so gross, dass sie in der Schweiz praktisch nie ausgeschöpft wird: Würde ein Belagswerk eine Baustelle beliefern, welche derart weit vom Werk entfernt wäre, wären die entsprechenden

¹⁵⁰ Act. IV.10, Zeilen 177–181.

¹⁵¹ MANFRED PARTL, Unterlagen zur Vorlesung Werkstoffe 1, ETH Zürich, 2011, S. 18. Abrufbar unter <https://ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/baug/ifb/ifb-dam/homepage-lfB/Education/bsc_courses/bsc-materials-l/documents/Werkstoffe1_Bitumen2011.pdf> (23.07.2020).

¹⁵² Act. I.190; Act. V.11; Act. V.12; Act. V.13; Act. V.14; Act. V.15; Act. V.16; Act. V.17; Act. V.7; Act. V.8; Act. V.9.

¹⁵³ Act. IV.9, Zeilen 140–142.

¹⁵⁴ Act. IV.10, Zeilen 139–141.

¹⁵⁵ Vgl. z.B. Act. III.A.297. Zur Höhe der Transportkosten vgl. Rz 110 ff. hinten.

¹⁵⁶ Act. IV.1, Zeilen 282–283.

¹⁵⁷ Act. IV.7, Zeilen 360–366.

¹⁵⁸ Act. VII.106, Rz 39.

¹⁵⁹ Act. VII.106, Rz 142, zweite Zeile.

¹⁶⁰ Act. VII.106, Rz 142.

¹⁶¹ Act. VII.106, Rz 148.

¹⁶² Act. VII.106, Rz 41 bzw. Rz 43.

Transportkosten im Vergleich zu näher gelegenen Konkurrenzwerken deutlich höher, so dass kaum ein konkurrenzfähiges Angebot möglich wäre (zur Höhe der Transportkosten vgl. Rz 110 ff. hinten).

88. [N5] stellt diesen Umstand klar, indem er ausführt, dass «*die maximale Lieferdistanz [...] vom Transportpreis abhängig [sei]*». Man könne zwar Belag «*theoretisch durch die halbe Schweiz*» transportieren, «*irgendwann [...] [werde] das aber zu teuer*». ¹⁶³ [N2] ist der Meinung, dass die BLH zu weit weg sei, um den «*Raum Bern*» mit Belag beliefern zu können. ¹⁶⁴ Die BLH ist weniger als 50 Fahrminuten vom Hauptbahnhof der Stadt Bern entfernt. Diese Distanz liesse sich technisch problemlos bewältigen, stellt aber aufgrund der hohen Fahrkosten ein bedeutendes Hindernis dar. Damit konsistent ist ausserdem die Tatsache, dass keiner der befragten Vertreter der Marktgegenseite angibt, beim Einkauf von Asphaltmischgut die technischen Möglichkeiten zu berücksichtigen. Vielmehr ist der Preis das entscheidende Kriterium bei der Auswahl eines Anbieters bzw. einer Anbieterin (vgl. Rz 136 hinten). ¹⁶⁵ Tatsächlich liefern Werke, die zwar technisch durchaus in der Lage wären, den Raum Bern zu beliefern, die aber relativ weit entfernt sind, aufgrund der hohen Transportkosten kaum Asphaltmischgut in dieses Gebiet. ¹⁶⁶

89. Widerspruchsfrei damit ist auch die Aussage der BERAG in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats, wonach «*die technisch mögliche maximale Lieferdistanz nicht systematisch ausgeschöpft [...] [werde]*». ¹⁶⁷ Grund dafür seien insbesondere die konkreten Marktverhältnisse. Vor allem besser positionierte Konkurrenten würden die BERAG und auch andere Belagswerke regelmässig daran hindern, über die technisch mögliche Fahrdistanz zu liefern. Wenn sich hingegen keine anderen Belagswerke in der Nähe der zu beliefernden Baustelle befänden, würde Asphaltmischgut auch über weitere Distanzen ausgeliefert werden. ¹⁶⁸

90. Der Transport wird von manchen Kunden und Kundinnen selber organisiert. Andere Kunden und Kundinnen bezahlen das Belagswerk für Material einschliesslich Transport vom Werk zur Baustelle. Die entsprechenden Preise für Material einschliesslich Transport werden als «*Frankopreise*» oder Preise «*franko Baustelle*» bezeichnet. Wird ein Frankopreis vereinbart, organisiert das Belagswerk den Transport, wobei zu diesem Zweck oft ein spezialisiertes Transportunternehmen beigezogen wird.

¹⁶³ Act. IV.7, Zeilen 361–366.

¹⁶⁴ Act. IV.5, Zeilen 147–149.

¹⁶⁵ [N2], [...] antwortete auf die Frage «*Wie entscheiden Sie, bei welchem Werk Sie den Belag beziehen?*» folgendermassen: «*Über den Preis.*» Auf die Nachfrage «*Gibt es noch andere Kriterien?*» antwortete er «*Nein.*» (Act. IV.5, Zeilen 150–153). Die Aussage von [N1], [...] stimmt damit überein: Auf die Frage «*Gibt es noch weitere Faktoren, welche [bei der Auswahl eines Belagslieferanten] eine Rolle spielen*» antwortete er «*Nein, mir kommt nichts in den Sinn*» (Act. IV.8, Zeilen 219–220). Ebenfalls übereinstimmend ist die Aussage von [N22], [...]: Auf die Frage «*Wie entscheidet die [...] AG, von welchem Belagswerk sie Belag bezieht?*» antwortete er «*Wir entscheiden primär aufgrund von wirtschaftlichen Überlegungen*». Auf die Nachfrage «*Meinen Sie damit den Preis?*» antwortete er «*Ja*». Auf die Nachfrage «*Gibt es andere Faktoren, die hierbei eine Rolle spielen?*» antwortete er «*Nein, die gibt es nicht*» (Act. IV.14, Zeilen 104–109).

¹⁶⁶ Diese Tatsache lässt sich aus den Angaben der umliegenden Belagswerke bezüglich der von ihnen innerhalb eines Radius von 32 Fahrminuten um das Werk der BERAG in Rubigen ausgelieferten Mengen ableiten: Vgl. dazu Abbildung 16 und Abbildung 17 hinten sowie Act. V.14 (Boningen); Act. V.13 (Gunzgen); Act. V.8 (Hasle); Act. V.15 (Heimberg); Act. V.7 (Hüswil); Act. V.12 (Lyss, Niederbipp); Act. V.11 (Oberwangen, Busswil); Act. V.9 (Sundlauenen); Act. V.16 (Walliswil); Act. V.17 (Wimmis); Act. V.27 (Marin-Epagnier); Act. V.28 (Grandvillard), Act. V.29 (Posieux). Selbst weit entfernte Werke liefern in Einzelfällen Asphaltmischgut in den Raum Bern. Es handelt sich aber um geringe Mengen, da die entsprechenden Transportkosten hoch sind.

¹⁶⁷ Act. VII.106, Rz 40.

¹⁶⁸ Act. VII.106, Rz 40f.

B.3.2.7 Einbau

91. Der Einbau von Asphaltmischgut erfolgt zum überwiegenden Teil maschinell. Dabei wird das Asphaltmischgut in der Regel direkt vom Lastwagen in einen sogenannten Fertiger geladen. Dieser verteilt den Belag auf der zu asphaltierenden Fläche. Anschliessend wird der Belag in der Regel mit einer Walze verdichtet.

92. Belag sollte in der Regel weder bei Regen noch bei Luft- oder Bodentemperaturen von weniger als 10 °C eingebaut werden.¹⁶⁹ Deshalb wird im Winter nur wenig Belag eingebaut und Belagswerke werden oft zu dieser Jahreszeit revidiert.

B.3.2.8 Kosten

93. Nachfolgend werden anhand der internen Kostenrechnung der BERAG zunächst die wichtigsten Kostenfaktoren der Herstellung von Asphaltmischgut identifiziert. Anschliessend wird dargelegt, wovon die Höhe der entsprechenden Ausgaben abhängig ist (Rz 99 ff.). Diese Informationen bilden die Grundlage zur Abschätzung, ob die BERAG im Vergleich zu den umliegenden Anlagen eher höhere oder tiefere Produktionskosten aufweist. Dazu sind ausserdem Informationen über die umliegenden Belagswerke erforderlich. Deshalb erfolgt die erwähnte Abschätzung im Kapitel zur Angebotsseite (Rz 151 ff.).

B.3.2.8.1 Herstellungskosten

94. Die Höhe und Aufschlüsselung der Herstellungskosten einer Tonne Asphaltmischgut fallen je nach Anlage und hergestellter Sorte unterschiedlich aus. In Abbildung 2 sind die Kosten der BERAG für den Zeitraum 2004–2017 nach verschiedenen Positionen aufgeschlüsselt. Die Entwicklung der Kostenstruktur der BERAG im Zeitraum 2004–2017 kann Abbildung 3 entnommen werden.¹⁷⁰

95. Transportkosten, Steuern, Abschreibungen sowie Kapitalkosten werden in der internen Aufstellung der BERAG und damit auch in Abbildung 2 und Abbildung 3 nicht berücksichtigt. Die von der BERAG entrichteten Steuern sowie die Abschreibungen können aus den Geschäftsberichten entnommen werden und sind für den Zeitraum 2004–2017 in Abbildung 4 dargestellt. Die beim Transport von Asphaltmischgut anfallenden Kosten werden in einem separaten Kapitel diskutiert (Rz 110 ff.).

¹⁶⁹ Bau- und Verkehrsdepartement des Kantons Basel-Stadt, Handbuch Strassenbau, Version 1.5, 2020, S. 28. Verfügbar unter <<https://www.tiefbauamt.bs.ch/baustellen-und-projekte/standards-vorlagen/normen-merkblaetter-wegleitungen.html>> (24.07.2020).

¹⁷⁰ Die entsprechenden Zahlen stammen aus einer internen Kostenrechnung der BERAG, welche diese ihrem Verwaltungsrat jeweils als Ergänzung zum Geschäftsbericht zukommen lässt. Diese Ergänzungen zum Geschäftsbericht der BERAG zuhanden des Verwaltungsrates liegen für die Jahre 2004–2015 sowie 2017 vor. Die Herstellungskosten sind in den Ergänzungen zum Geschäftsbericht jeweils für die letzten vier Jahre angegeben, deshalb können die entsprechenden Zahlen auch für das Jahr 2016 angegeben werden. Einige der von der BERAG ausgewiesenen Kostenpositionen wurden zusammengefasst (vgl. Tabelle 10 im Appendix für eine genaue Zuordnung der von der BERAG verwendeten Positionen zu den in Abbildung 2 und Abbildung 3 verwendeten Positionen). Zur Berechnung der in Abbildung 2 dargestellten Kostenanteile für den gesamten Zeitraum 2004–2017 wurden die für jedes Jahr separat ausgewiesenen Kosten pro hergestellter Tonne Asphaltmischgut mit der jährlich produzierten Menge gewichtet.

Abbildung 2: Herstellungskosten Asphaltmischgut BERAG, 2004–2017 (ohne Transport, Steuern, Abschreibungen und Kapitalkosten).

[...]

Quelle: Act. III.A.72; Act. III.A.91; Act. III.A.105; Act. III.A.119; Act. III.A.133; Act. III.A.148; Act. III.A.165; Act. III.A.180; Act. III.A.200; Act. III.A.215; Act. III.A.216; Act. III.A.245; Act. III.A.284.

Abbildung 3: Herstellungskosten Asphaltmischgut/t BERAG 2004-2017 (ohne Transport, Steuern, Abschreibungen und Kapitalkosten).

[...]

Quelle: Act. III.A.72; Act. III.A.91; Act. III.A.105; Act. III.A.119; Act. III.A.133; Act. III.A.148; Act. III.A.165; Act. III.A.180; Act. III.A.200; Act. III.A.215; Act. III.A.216; Act. III.A.245; Act. III.A.284.

Abbildung 4: Abschreibungen und Steuern BERAG 2004–2017.

[...]

Quelle: Act. II.12; Act. II.14; Act. II.18; Act. II.26; Act. III.A.169; Act. III.A.182; Act. III.A.201; Act. III.A.219; Act. III.A.232; Act. III.A.248; Act. III.A.266; Act. III.A.286.

96. Aus Abbildung 4 geht hervor, dass Abschreibungen und Steuern der BERAG von Jahr zu Jahr stark schwanken. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die BERAG im Frühjahr 2011 eine neue Anlage in Betrieb nahm.¹⁷¹ Die Gesamtkosten dieser neuen Anlage beliefen sich einschliesslich Installation auf rund [10–15] Mio. Franken.¹⁷²

97. Für den Zeitraum 2004–2017 belaufen sich die durchschnittlichen Aufwendungen für Abschreibungen auf rund [...] Franken pro Tonne Asphaltmischgut. Das entspricht rund [<10] % der Herstellungskosten (exkl. Ausgaben für Abschreibungen und Steuern). Die durchschnittlichen Ausgaben für Steuern belaufen sich für den Zeitraum 2004–2017 auf weniger als [...] Franken pro Tonne Asphaltmischgut. Das entspricht rund [<5] % der Herstellungskosten (exkl. Aufwendungen für Abschreibungen und Steuern).

98. Für die wichtigsten Kostenfaktoren wird nachfolgend dargelegt, wodurch deren Grösse im Wesentlichen beeinflusst wird.

99. Aus Abbildung 2 geht hervor, dass der Einkauf von **Gesteinskörnungen** der wichtigste Kostenfaktor ist. Da die Transportkosten bei Gesteinskörnungen im Verhältnis zum Materialwert relativ hoch sind (vgl. Rz 73 vorne), ist der Zugang zu Gesteinskörnungen, die in der Nähe des Belagswerks abgebaut werden können, von zentraler Bedeutung.

100. Der zweitgrösste Kostenfaktor ist der Einkauf von **Bitumen**. Da der Einkaufspreis in der Regel mit der bezogenen Menge sinkt, können grössere Nachfrager und Nachfragerinnen Bitumen zu günstigeren Preisen einkaufen als ihre kleineren Konkurrenten und Konkurrentinnen.

101. Die **Aufbereitung von Ausbauasphalt** («*RM-Aufbereitung*») verursacht ebenfalls relevante Kosten. Dieser Kostenfaktor hat im Verlauf der Zeit 2004–2017 an Bedeutung gewonnen, da der Anteil des beigemischten Ausbauasphalts in diesem Zeitraum zugenommen hat (vgl. Abbildung 1 vorne). Der beigemischte Anteil Ausbauasphalt hat einen wesentlichen Einfluss auf die Ausgaben für den Einkauf von Gesteinskörnungen und Bitumen: Ausbauasphalt

¹⁷¹ Die neue Anlage wurde am 28.3.2011 offiziell eröffnet (Act. III.A.168, S. 6).

¹⁷² Act. III.A.10.

besteht genauso wie neu produziertes Mischgut aus Gesteinskörnungen und Bitumen. Wird mehr Ausbauasphalt beigemischt, müssen geringere Mengen an Gesteinskörnungen und Bitumen eingekauft werden. Andererseits entstehen zusätzliche Kosten für die Aufbereitung und Beigabe von Ausbauasphalt. Ausserdem sind zusätzliche Anlagen erforderlich.¹⁷³

102. Die durch Beigabe von Ausbauasphalt realisierten Kosteneinsparungen sind von den Preisen für Gesteinskörnungen und Bitumen sowie von den Kosten der Aufbereitung und Beigabe von Ausbauasphalt abhängig. Die BERAG berechnet jedes Jahr die Netto-Einsparungen, welche sie durch die Beigabe von Ausbauasphalt erzielt hat. Dabei wird der Minderaufwand bei den Materialkosten dem Mehraufwand für Löhne, Energie, Unterhalt und Abschreibungen gegenübergestellt. Der erwähnte Mehraufwand entsteht durch Aufbereitung und Beigabe von Ausbauasphalt. Unter Berücksichtigung sämtlicher Einsparungen und Mehrausgaben führt die Beimischung von Ausbauasphalt zu Netto-Einsparungen. Die Höhe dieser Netto-Einsparungen ist in Abbildung 5 dargestellt. Da die Preise für Gesteinskörnungen sowie die Kosten für Aufbereitung und Beigabe von Ausbauasphalt im Verlauf der Zeit relativ konstant sind, lassen sich die Schwankungen dieser Einsparungen im Wesentlichen durch Schwankungen des Bitumenpreises erklären.

Abbildung 5: Netto-Einsparungen der BERAG pro Tonne Ausbauasphalt.

[...]

Quelle: Act. III.A.72; Act. III.A.91; Act. III.A.105; Act. III.A.119; Act. III.A.133; Act. III.A.148; Act. III.A.165; Act. III.A.180; Act. III.A.200; Act. III.A.215; Act. III.A.216; Act. III.A.245; Act. III.A.284.

103. Die BERAG berechnet nicht nur die Einsparungen pro Tonne beigemischem Ausbauasphalt, sondern auch die Einsparungen pro Tonne hergestelltem Mischgut. Je nach Anteil beigemischtem Ausbauasphalts und je nach Bitumenpreis liegen diese Einsparungen zwischen Fr. [2–15] während der Jahre 2004–2015 und 2017. Im Durchschnitt über diese Jahre beläuft sich die durch die Beigabe von Ausbauasphalt erzielte Netto-Einsparung pro hergestellter Tonne Mischgut auf Fr. [2–15], was rund [5–20] % der Herstellungskosten (ohne Transport, Steuern, Abschreibungen und Kapitalkosten) entspricht (vgl. Abbildung 3 vorne). Der beigemischte Anteil Ausbauasphalt hat also einen wesentlichen Einfluss auf die Herstellungskosten.¹⁷⁴

104. Weitere Kostenfaktoren sind die Ausgaben für **Verwaltung, Unterhalt und Betrieb**. Diese Ausgaben sind weitgehend unabhängig von der produzierten Menge. Deshalb sind die entsprechenden Kosten pro hergestellter Tonne Asphaltmischgut umso tiefer, je grösser die jährliche Produktionsmenge ausfällt. Dieser Zusammenhang ist in Abbildung 6 dargestellt. Für jedes der Jahre 2004–2017 ist darin der mit Jahreszahl beschriftete Datenpunkt eingetragen. So stellte die BERAG zum Beispiel im Jahr 2008 rund [150 000–250 000] t Mischgut her. In diesem Jahr beliefen sich die Ausgaben für Verwaltung, Unterhalt und Betrieb auf Fr. [...] pro Tonne Mischgut.

¹⁷³ Insbesondere Paralleltrommeln erhöhen den Anteil von Ausbauasphalt, der beigemischt werden kann (vgl. Rz 77 vorne).

¹⁷⁴ Die Aussagen des [...], [N3], und des [...], [N24], sind mit dieser Feststellung konsistent: [N3] erläutert: «*Je mehr Recyclingmaterial verwendet wird, desto tiefer sind die Produktionskosten*» (Act. IV.6, Zeilen 376–377). [N24] führt anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 3. April 2019 aus, dass Unterschiede in den Produktionskosten beispielsweise darin lägen, «*ob und wie viel Recyclingmaterial in einem Werk beigegeben werden kann*» (Act. IV.10, Zeilen 111–112).

Abbildung 6: Zusammenhang Verwaltungs- und Betriebskosten pro Tonne – Produzierte Menge (ein Datenpunkt entspricht einem Geschäftsjahr).

[...]

Quelle: Act. III.A.72; Act. III.A.91; Act. III.A.105; Act. III.A.119; Act. III.A.133; Act. III.A.148; Act. III.A.165; Act. III.A.180; Act. III.A.200; Act. III.A.215; Act. III.A.216; Act. III.A.245; Act. III.A.284.

105. Die Kosten für die **Finanzierung und Amortisierung der Anlage** sind sogar vollständig unabhängig von der produzierten Menge.

106. Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass die Herstellungskosten pro Tonne umso tiefer ausfallen, je besser die Anlage ausgelastet ist, da die Ausgaben für Verwaltung, Unterhalt und Betrieb und die Finanzierung und Amortisierung der Anlage im Wesentlichen unabhängig von der produzierten Menge sind.

107. Ein weiterer relevanter Kostenfaktor sind die Ausgaben für **Energie**. Rund [>50] % der Ausgaben der BERAG für Energie während der Jahre 2004–2015 sowie 2017 entfielen auf Heizöl und Gas, die restlichen [<50] % gab die BERAG für Elektrizität aus.¹⁷⁵ Seit Anfang 2019 verfügt die BERAG über einen eigenen Erdgasanschluss.¹⁷⁶ Dadurch dürften die Energiekosten der BERAG pro Tonne Asphaltmischgut in Zukunft tiefer ausfallen.

108. Neben den Einkaufspreisen für Gesteinskörnungen, Bitumen und Energie, der Auslastung des Werks und dem Anteil des beigegebenen Ausbauasphalts haben **Grösse und Automatisierungsgrad des Werks** einen Einfluss auf die Herstellungskosten: Gemäss [...], [N3], sind die Produktionskosten «*in der Regel tiefer, je grösser das Werk ist*».¹⁷⁷ Da die Personalkosten mit dem Automatisierungsgrad der Anlage sinken und da der Automatisierungsgrad bei neueren Werken in der Regel höher ist, fallen die Produktionskosten in der Regel bei neueren Werken eher tiefer aus.¹⁷⁸ Ausserdem ist davon auszugehen, dass neuere Werke in der Regel eine höhere Energieeffizienz aufweisen und dadurch tiefere Energiekosten anfallen.

109. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Herstellungskosten von Asphaltmischgut im Wesentlichen von den folgenden Faktoren abhängig sind:

- a. Einkaufspreise für Gesteinskörnungen, Bitumen und Energie
 - Lokal abgebaute Gesteinskörnungen sind in der Regel günstiger, da die Transportkosten für Gesteinskörnungen sehr hoch sind.
 - Die Beimischung von Ausbauasphalt ermöglicht wesentliche Einsparungen beim Einkauf von Gesteinskörnungen und Bitumen.
- b. Grösse, Automatisierungsgrad und Energie-Effizienz der Anlage
 - Es gibt Skalenerträge in der Produktion. Deshalb sind die Kosten pro Tonne bei grösseren Anlagen tiefer.
 - Neuere Anlagen sind in der Regel stärker automatisiert und weisen eine höhere Energie-Effizienz auf. Dadurch fallen die Herstellungskosten tiefer aus.

¹⁷⁵ Act. III.A.72; Act. III.A.91; Act. III.A.105; Act. III.A.119; Act. III.A.133; Act. III.A.148; Act. III.A.165; Act. III.A.180; Act. III.A.200; Act. III.A.215; Act. III.A.216; Act. III.A.245; Act. III.A.284.

¹⁷⁶ Act. III.A.299, Traktandum 3.

¹⁷⁷ Act. IV.6, Zeilen 368–369.

¹⁷⁸ [...], [N24], gibt Folgendes zu Protokoll: «Die Höhe der Personalkosten ist von der Art der Anlage, insbesondere dem Automatisierungsgrad des Werks abhängig. Tendenziell kann man sagen, dass neuere Werke einen höheren Automatisierungsgrad haben» (Act. IV.10, Zeilen 119–121).

c. Auslastung der Anlage

- Die Ausgaben für Verwaltung, Unterhalt und Betrieb sowie für die Finanzierung und Amortisierung der Anlage sind weitgehend unabhängig von der produzierten Menge. Deshalb sind die Herstellungskosten tiefer, je besser die Anlage ausgelastet ist.

B.3.2.8.2 Transport

110. Die BERAG verfügte im Zeitraum 2004–2019 über keine Fahrzeuge für den Transport von Asphaltmischgut.¹⁷⁹ Trotzdem bietet die BERAG ihren Kunden und Kundinnen die Möglichkeit an, die Organisation des Transports zu übernehmen. Dabei handelt es sich aber nicht um eine Voraussetzung dafür, dass die BERAG den Kunden bzw. die Kundin mit Belag beliefert. Wenn ein Kunde oder eine Kundin sich dafür entscheidet, die Organisation des Transports der BERAG zu überlassen, gibt diese den entsprechenden Auftrag an die Kästli-Gruppe weiter, welche über die entsprechenden Fahrzeuge verfügt. Der Anteil des von der BERAG verkauften Asphaltmischguts, für welches die BERAG den Transport organisiert, schwankt von Jahr zu Jahr, ist aber in jedem der Jahre 2004–2019 höher als [30] %.¹⁸⁰

111. Obwohl die BERAG selber keine Transporte ausführt, sind die Transportkosten für die Beurteilung der Wettbewerbssituation von Bedeutung: Die Marktgegenseite interessiert sich im Wesentlichen dafür, zu welchem Frankopreis das Asphaltmischgut zur Baustelle geliefert werden kann (vgl. Rz 136 hinten). Je nachdem, wie weit eine Baustelle vom Belagswerk entfernt ist, sind die Transportkosten im Vergleich zu den Herstellungskosten ein relevanter Kostenfaktor.¹⁸¹ Deshalb sind Werke, die sich in der Nähe der zu belieferten Baustelle befinden, im Vergleich zu weiter entfernten Konkurrenten und Konkurrentinnen im Vorteil.

112. Beim Belagstransport fallen zunächst unabhängig von der Distanz zwischen Werk und Baustelle gewisse Fixkosten an: Das für den Transport eingesetzte Fahrzeug muss beladen und anschliessend auf der Baustelle wieder entladen werden. Dieser Prozess nimmt rund 25 Minuten in Anspruch.¹⁸² Da die entsprechenden Kosten bei allen konkurrierenden Belagswerken unabhängig von der Entfernung zur Baustelle anfallen, sind diese Fixkosten für die Bemessung des Transportkostenvorteils des am nächsten bei der Baustelle gelegenen Werks nicht relevant. Stattdessen ist entscheidend, welche Kosten *zusätzlich* anfallen, wenn der Transport über eine lange statt über eine kurze Strecke ausgeführt werden muss. Dieser Transportkostenvorteil ist ausschlaggebend zur Einschätzung des preislichen Spielraums des nächstgelegenen Anbieters bzw. der nächstgelegenen Anbieterin.

113. Zur Abschätzung dieser Zusatzkosten wird vorliegend das von der BLH zur Kalkulation der Transportpreise für Asphaltmischgut 2019 herangezogene Excel-Modell verwendet.¹⁸³ Da alle Belagswerke für den Transport die gleiche Technologie verwenden, ist davon auszugehen, dass die erwähnten Zusatzkosten bei allen Werken ähnlich hoch ausfallen.¹⁸⁴ Deshalb ist es entgegen der Einschätzung der BERAG¹⁸⁵ nicht erforderlich, bei sämtlichen relevanten Belagswerken die effektiven Kosten zu erheben.

¹⁷⁹ Act. I.190, Antwort auf Frage 1.

¹⁸⁰ Act. I.190, Antwort auf Frage 2.

¹⁸¹ Vgl. z.B. Act. IV.8, Zeilen 216–218.

¹⁸² Act. III.C.62.

¹⁸³ Act. III.C.62 zeigt die Ergebnisse der entsprechenden Berechnungen der BLH. [...], [N16], führte dazu aus, dass er mit dem erwähnten Modell die Transportkosten berechnet (Act. IV.1, Zeilen 272–275).

¹⁸⁴ Gemäss der Aussage von [N16] verwendet die von der BLH beauftragte Transportfirma das gleiche Kalkulationstool (Act. IV.1, Zeilen 276–277).

¹⁸⁵ Vgl. die Stellungnahme der BERAG zum Antrag des Sekretariats (Act. VII.106, Rz 58 sowie Rz 257).

114. Im Excel-Modell der BLH werden neben der bereits erwähnten Belade- und Abladezeit zwei Kostenfaktoren berücksichtigt:

- Die zeitabhängigen Kosten für den Betrieb des Fahrzeugs;
- die vom Gewicht des beladenen Fahrzeugs und der zurückgelegten Anzahl Kilometer abhängige Schwerverkehrsabgabe (nachfolgend: LSVA).

115. Sowohl die Fahrzeit als auch die Fahrdistanz haben also einen Einfluss auf die Transportkosten. Da die Betriebskosten des Fahrzeugs im Vergleich zur LSVA deutlich höher sind, hat die Fahrzeit einen wesentlich grösseren Einfluss auf die Transportkosten als die Fahrdistanz.

116. Aus dem erwähnten Excel-Modell geht hervor, dass ein zusätzlicher Kilometer Fahrdistanz bei Verwendung eines 3- oder 4-Achсers zu einem Preisaufschlag von [55–60] Rappen pro Tonne Asphaltmischgut führt. Unter der im Modell verwendeten Annahme, dass die Fahrgeschwindigkeit [30–40] km/h beträgt, entspricht das einem Preisaufschlag von [30–40] Rappen pro Fahrminute und Tonne.¹⁸⁶

117. Diese Aufschläge gelten dann, wenn das Fahrzeug mit 18 t Belag beladen wird. Wenn eine kleinere Menge Belag transportiert werden muss, fallen insgesamt nur geringfügig tiefere Transportkosten an. Da diese auf eine geringere transportierte Menge verteilt werden, sind die Transportpreise pro Tonne beim Transport kleinerer Mengen deutlich höher: Werden zum Beispiel nur 5 t Belag transportiert, beträgt der Preisaufschlag für eine zusätzliche Fahrminute Fr. [1.00–1.25] pro Tonne. Wird gar nur eine Tonne transportiert, ist der Preisaufschlag mit mehr als Fr. 5 pro Tonne nochmal fast fünfmal höher. Wird für den Transport von Kleinstmengen statt eines 3- oder 4-Achсers ein kleineres Fahrzeug verwendet, steigen die zusätzlichen Transportkosten pro Fahrminute und Tonne mit sinkender zu transportierender Menge weniger stark an. Allerdings ist nach wie vor ein Fahrer erforderlich. Da dessen Gehalt einen bedeutenden Anteil an den zeitabhängigen Kosten ausmacht, sind die zusätzlichen Transportkosten pro Tonne für kleinere Mengen auch dann höher, wenn ein kleineres Fahrzeug eingesetzt wird.

118. Umgekehrt fallen die zusätzlichen Transportkosten pro Fahrminute und Tonne tiefer aus, wenn grössere Mengen transportiert werden. Werden 30 t¹⁸⁷ Asphaltmischgut mit einem 5-Achser transportiert, beträgt der Aufschlag für eine zusätzliche Fahrminute nur noch rund 20 Rappen pro Tonne.

119. Wird statt einer Kippmulde eine Thermomulde eingesetzt, fallen die entsprechenden Zuschläge etwas höher aus.

120. Die durchschnittliche Belagslieferung der BERAG im Zeitraum 2009–2019 weist ein Materialgewicht von rund [8–18] t auf. Bei dieser Liefermenge beträgt der Preisaufschlag für eine zusätzliche Fahrminute [40–55] Rappen pro Tonne.

¹⁸⁶ Wird ein grösseres Fahrzeug (5-Achser) eingesetzt, fällt der Preisaufschlag für eine zusätzliche Fahrminute pro Tonne transportiertem Asphaltmischgut mit [30–40] statt [30–40] Rappen etwas tiefer aus. Wird das Fahrzeug nicht voll beladen, kehrt sich dieser Vorteil rasch in einen Nachteil um. Falls das Fahrzeug schneller unterwegs ist, sind die Transportkosten pro Fahrminute tiefer, da die LSVA pro Fahrminute höher ausfällt: Fährt ein 3- oder 4-Achser zum Beispiel mit einer Geschwindigkeit von [40–50] statt [30–40] Stundenkilometern beträgt der Preisaufschlag pro zusätzlicher Fahrminute bei einer Beladung mit 18 t [30–40] Rappen statt [30–40] Rappen. Dieser Unterschied ist gering, da der Grossteil der Kosten proportional zur Fahrzeit anfällt.

¹⁸⁷ Gemäss der Auskunft des Geschäftsführers des Belagswerks in [...] können mit einem 5-Achser maximal 25 t Asphaltmischgut transportiert werden (Act. V.18). Gemäss den Lieferscheindaten der BERAG wird aber in Einzelfällen mehr transportiert. Deshalb ist davon auszugehen, dass die maximale Menge noch etwas mehr als 25 t beträgt.

121. Die BERAG bringt in der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vor, sie schätze, dass Fahrzeuge, für welche die BERAG den Transport organisiert habe, im Durchschnitt mit [18–30] t beladen seien.¹⁸⁸ Vorliegend geht es darum, die Grössenordnung der Zusatzkosten pro Tonne und zusätzlicher Fahrminute für eine durchschnittliche Lieferung einzuschätzen. Deshalb sind dafür alle Lieferungen massgebend – auch diejenigen, welche nicht von der BERAG organisiert wurden (vgl. dazu auch Rz 110 vorne). Deshalb wird die Grössenordnung der Zusatzkosten pro Tonne und zusätzlicher Fahrminute anhand der durchschnittlichen Beladmenge in Bezug auf alle Lieferungen, also anhand der erwähnten rund [8–18] t abgeschätzt.

122. Verwendet man statt des Excel-Modells der BLH die Regiepreise der Kästli-Gruppe zur Abschätzung des Preisaufschlags einer zusätzlichen Fahrminute, sind die Ergebnisse vergleichbar: Der Regieansatz eines «*Kipper 4-Achser*» (Kippmulde) beträgt im Jahr 2019 Fr. [160–170] pro Stunde Einsatzzeit. Ein «*Doppelwarmhaltebehälter 4-Achser*» (Thermomulde) kostet Fr. [180–195] pro Stunde Einsatzzeit.¹⁸⁹ Bei einer Beladung mit [8–18] t Asphaltmischgut entspricht das einem Preisaufschlag von [40–55] Rappen (Kippmulde) bzw. [40–55] Rappen (Thermomulde) pro zusätzlicher Fahrminute.¹⁹⁰

123. Sowohl der anhand des Excel-Modells der BLH berechnete Preisaufschlag als auch der anhand der Regiepreise der Kästli-Gruppe berechnete Preisaufschlag sind Preise und nicht Kosten. Deshalb ist davon auszugehen, dass darin bereits die Kapitalkosten enthalten sind. Falls ein Belagswerk Transportleistungen günstiger einkaufen kann als andere Kunden und Kundinnen, fallen die Transportkosten für solche Belagswerke möglicherweise noch etwas tiefer aus.

124. Im Zeitraum 2004–2021 unterlagen die Dieselpreise und damit auch die Kosten einer Stunde Einsatzzeit gewissen Schwankungen. Ausserdem wurde am 1. Januar 2005 die Gewichtslimite für Lastwagen in der Schweiz auf 40 Tonnen erhöht.¹⁹¹ Gleichzeitig wurde die LSVA erhöht. Aus diesen Gründen unterliegen die pro zusätzlicher Fahrminute anfallenden Kosten im Zeitraum 2004–2020 gewissen Schwankungen. Im Vergleich zu den Kosten von Fahrzeug und Fahrer sind die Ausgaben für die LSVA und für Diesel unbedeutend. Deshalb handelt es sich in Bezug auf die Zusatzkosten pro zusätzlicher Fahrminute um vernachlässigbare Schwankungen.

B.3.2.9 Beweisergebnis

125. Asphaltmischgut besteht im Wesentlichen aus Gesteinskörnungen und Bitumen. Die Eigenschaften von Asphaltmischgut können durch die Variation von Art und Mischverhältnis dieser Ausgangsstoffe beeinflusst werden und sind in Normen festgeschrieben. Je nach Sorte und Mischwerk kann ein unterschiedlich grosser Anteil an Ausbauasphalt beigemischt werden, wobei Werke, welche über eine sogenannte Paralleltrommel verfügen, in der Regel einen höheren Anteil von Ausbauasphalt beimischen können. Mit wenigen Ausnahmen können alle Werke der Region alle wesentlichen Asphaltmischgutsorten herstellen.

126. Die Herstellungskosten von Asphaltmischgut sind im Wesentlichen von den folgenden Faktoren abhängig:

- a. Einkaufspreise für Gesteinskörnungen, Bitumen und Energie

¹⁸⁸ Act. VII.106, Rz 75.

¹⁸⁹ Act. III.A.297.

¹⁹⁰ Dabei ist zu beachten, dass unter der Fahrzeit nur die für die Fahrt von Werk zu Baustelle benötigte Zeit verstanden wird. Da der Lastwagen anschliessend wieder zurückfahren muss, entspricht die zu bezahlende Einsatzzeit der zweifachen Fahrzeit.

¹⁹¹ Act. I.190, Antwort auf Frage 2.

- Lokal abgebaute Gesteinskörnungen sind in der Regel günstiger, da die Transportkosten für Gesteinskörnungen sehr hoch sind.
 - Die Beimischung von Ausbauasphalt ermöglicht wesentliche Einsparungen beim Einkauf von Gesteinskörnungen und Bitumen.
- b. Grösse, Automatisierungsgrad und Energie-Effizienz der Anlage
- Es gibt Skalenerträge in der Produktion. Deshalb sind die Kosten pro Tonne bei grösseren Anlagen tiefer.
 - Neuere Anlagen sind in der Regel stärker automatisiert und weisen eine höhere Energie-Effizienz auf. Dadurch fallen die Herstellungskosten tiefer aus.
- c. Auslastung der Anlage
- Die Ausgaben für Verwaltung, Unterhalt und Betrieb sowie für die Finanzierung und Amortisierung der Anlage sind weitgehend unabhängig von der produzierten Menge. Deshalb sind die Herstellungskosten tiefer, je besser die Anlage ausgelastet ist.

127. Die pro zusätzliche Fahrminute anfallenden Transportkosten belaufen sich bei einer durchschnittlichen Liefermenge von rund [8–18] t auf rund [40–55] Rappen pro Tonne Asphaltmischgut. Bei kleineren Mengen sind die entsprechenden Kosten pro Fahrminute und Tonne höher, bei grösseren Mengen hingegen tiefer.

B.3.3 Nachfrage

B.3.3.1 Beweisthema

128. In diesem Kapitel wird zunächst dargelegt, wozu Asphaltmischgut verwendet wird und wer die entsprechenden Projekte in Auftrag gibt. Anschliessend wird dargelegt, wer Asphaltmischgut bei den Belagswerken nachfragt (Rz 129 ff.) und welche Eigenschaften von Asphaltmischgut aus Sicht der Marktgegenseite relevant sind (Rz 136). Schliesslich wird die Bedeutung von Asphaltmischgut als Kostenfaktor im nachgelagerten Markt für Strassenbau untersucht (Rz 137 ff.).

B.3.3.2 Marktgegenseite

129. Asphaltmischgut wird für den Bau von Strassen und Plätzen verwendet. Da die meisten Strassen und die meisten grossen Plätze von der öffentlichen Hand betrieben werden, werden die entsprechenden Aufträge zum überwiegenden Teil von der öffentlichen Hand vergeben. Bund, Kanton und Gemeinden sind relevante Auftraggeber für Strassenbau und Strassenunterhalt im Kanton Bern. Die Länge der entsprechenden Strassennetze ist in Tabelle 2 angegeben.¹⁹²

¹⁹² Die in Tabelle 2 angegebenen Zahlen stammen aus der Tabelle «*Strassenlängen: Stand 31. Dezember*» welche das BfS auf seiner Internetseite publiziert: <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kataloge-datenbanken/tabellen.assetdetail.10647020.html>> (4.8.2020).

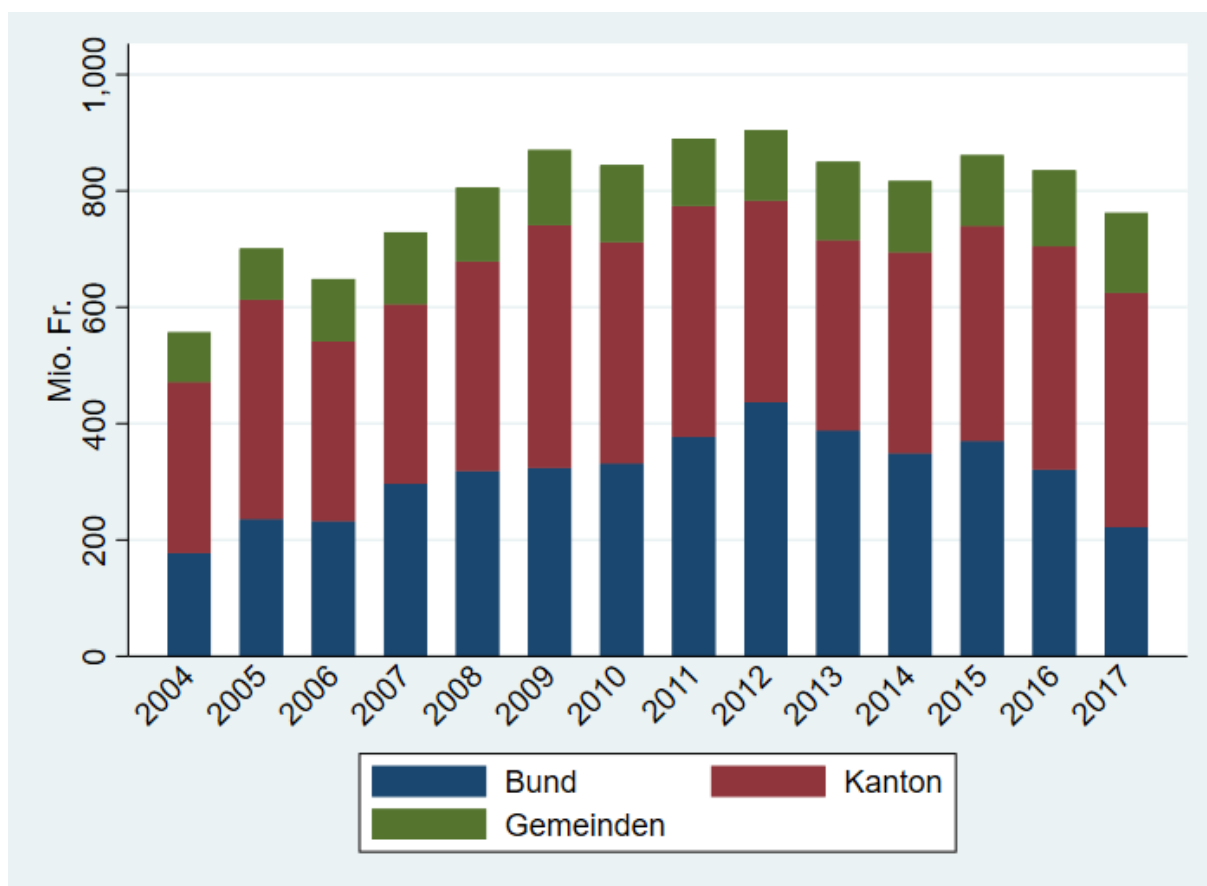
Tabelle 2: Öffentliches Strassennetz im Kanton Bern, Stand 31.12.2018.

Betreiber	Anzahl Strassenkilometer im Kanton Bern
Bund	223
Kanton	2086
Gemeinden	9620

Quelle: Bundesamt für Statistik (nachfolgend BfS).

130. Obwohl die Gemeinden für den Grossteil der Strassenkilometer im Kanton Bern zuständig sind, sind deren Ausgaben für Neubau, Verbesserung und Ausbau sowie den baulichen Unterhalt von Strassen deutlich geringer als diejenigen des Kantons oder des Bundes. In Abbildung 7 sind die insgesamt von der öffentlichen Hand für Neubau, Verbesserung und Ausbau sowie den baulichen Unterhalt von Strassen im Kanton Bern aufgewendeten Mittel dargestellt.¹⁹³ Diese belaufen sich insgesamt pro Jahr auf rund 800 Millionen Franken.

Abbildung 7: Ausgaben für Neubau, Verbesserung und Ausbau sowie baulichen Unterhalt der Strassen im Kanton Bern.

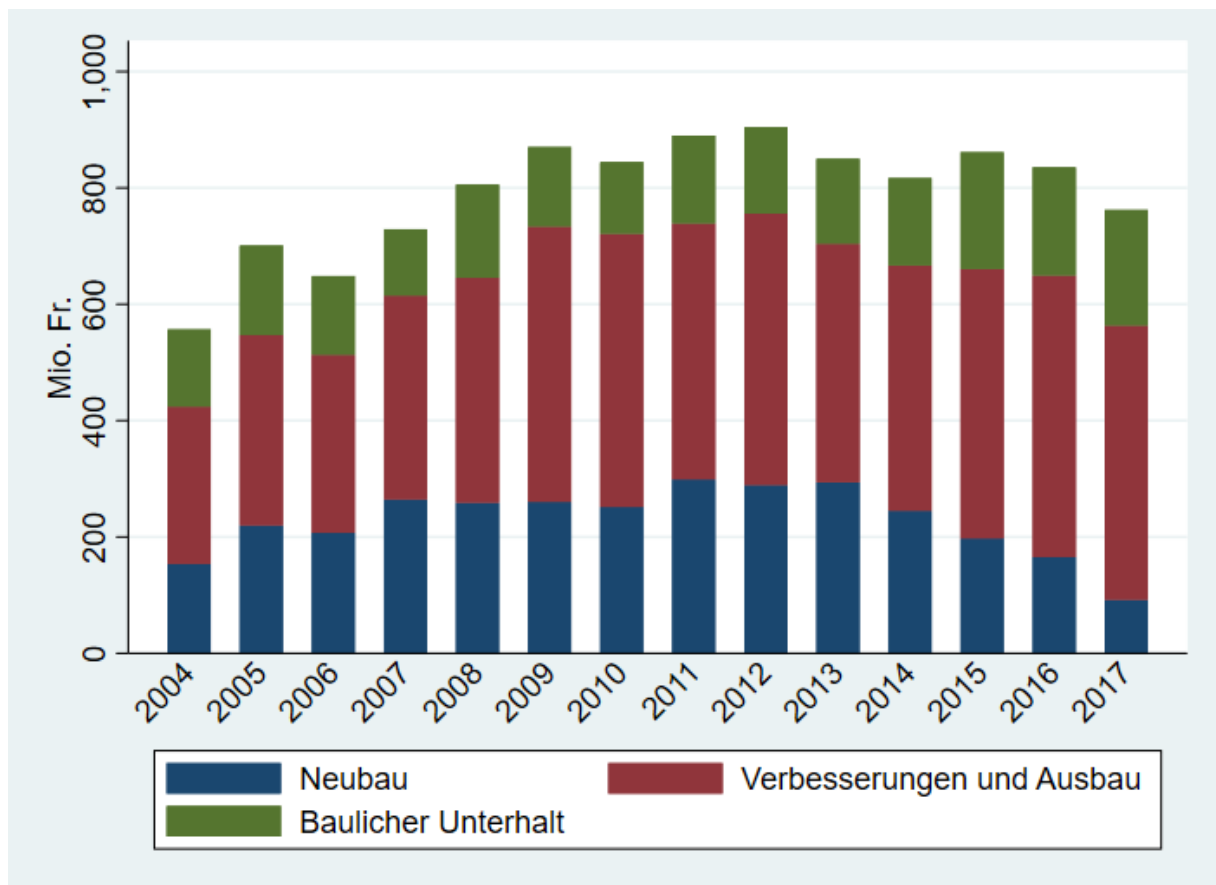


Quelle: BfS.

¹⁹³ Die in Abbildung 7 angegebenen Zahlen sind den drei Tabellen «*Infrastrukturausgaben für Gemeindestrassen*», «*Infrastrukturausgaben für Kantonsstrassen*» und «*Infrastrukturausgaben für Nationalstrassen*» des BfS entnommen. Diese wurden am 4.2.2020 vom BfS online publiziert und basieren auf der Erhebung «*Strassenrechnung*». Berücksichtigt werden die drei Positionen «*Neubau*», «*Verbesserung und Unterhalt*» sowie «*Baulicher Unterhalt*». Nicht berücksichtigt werden unter anderem die Ausgaben für den «*Betrieblichen Unterhalt*» sowie die Beiträge von Bund und Kanton zugunsten anderer Bauherren.

131. In Abbildung 8 sind die Ausgaben von Bund, Kanton und Gemeinden aufgeschlüsselt nach den drei Positionen «Neubau», «Verbesserung und Ausbau» und «Betrieblicher Unterhalt» dargestellt.¹⁹⁴

Abbildung 8: Ausgaben von Bund, Kanton und Gemeinden für Strassen im Kanton Bern



Quelle: BfS.

132. Bund, Kanton und Gemeinden führen grössere Strassenbauprojekte (Neubau, Ausbau oder Unterhalt) nicht selber durch, sondern vergeben die entsprechenden Aufträge an Bauunternehmungen. Bei der Ausschreibung der Strassenbauprojekte gibt die öffentliche Hand in der Regel die gewünschte Belagsqualität genau vor. Insbesondere sind in den Ausschreibungsunterlagen normalerweise die genauen einzubauenden Belagssorten anhand der entsprechenden Normen definiert.¹⁹⁵ Das ist mit ein Grund dafür, dass nicht normierte Belagssorten nur einen unbedeutenden Anteil der Gesamtproduktion ausmachen. Da die Qualität von Belag und Strasse weitgehend vorgegeben sind, ist bei der Vergabe von Strassenbauprojekten der Preis das bei weitem wichtigste Zuschlagskriterium.¹⁹⁶

133. Erhält eine Bauunternehmung den Zuschlag für ein Strassenbauprojekt, kauft diese Bauunternehmung anschliessend das benötigte Asphaltmischgut bei einem Belagswerk ein. Deshalb handelt es sich bei den Nachfragern und Nachfragerinnen von Asphaltmischgut im Wesentlichen um Strassenbauunternehmungen.

¹⁹⁴ Die in Abbildung 8 dargestellten Zahlen wurden den gleichen Tabellen des BfS entnommen wie die in Abbildung 7 angegebenen Zahlen: Es handelt sich um die Tabellen «Infrastrukturausgaben für Gemeindestrassen», «Infrastrukturausgaben für Kantonsstrassen» und «Infrastrukturausgaben für Nationalstrassen».

¹⁹⁵ Aussage von [N3], Act. IV.6, Zeilen 411–413.

¹⁹⁶ RPW 2020/4a, 1748 Rz 135 ff., *Bauleistungen Graubünden*.

134. Kleinere Flickarbeiten nehmen insbesondere die Tiefbauämter der grösseren Gemeinden teilweise selber vor. Auch Gartenbauer beziehen gelegentlich kleinere Mengen für den Bau kleinerer privater Plätze. Privatpersonen beziehen hingegen kein Asphaltmischgut.¹⁹⁷

135. Die meisten in der Stadt Bern und Umgebung tätigen grösseren Strassenbauunternehmungen sind Aktionärinnen der BERAG. [N5], [...], nennt weitere sechs Strassenbauunternehmungen, die im Raum Bern tätig sind, aber nicht Aktionärinnen der BERAG sind.¹⁹⁸ Dabei handelt es sich zum Teil ebenfalls um grosse Strassenbauunternehmungen. Trotzdem verkauft die BERAG nur einen geringen Anteil des von ihr produzierten Asphaltmischguts an Nichtaktionäre: Dieser liegt im Zeitraum 2004–2017 je nach Jahr bei [<33] %.¹⁹⁹

B.3.3.3 Aus Sicht der Marktgegenseite relevante Produkteigenschaften

136. In der Regel gibt die ausschreibende Stelle den Bauunternehmungen genau vor, welche Sorten einzubauen sind (vgl. Rz 132 vorne). In den dazu herangezogenen Normen sind die Eigenschaften der Belagssorten bereits sehr weitgehend festgelegt. Deshalb spielen qualitative Merkmale, die über die in den Normen bereits enthaltenen Vorgaben hinausgehen, in der Regel keine wesentliche Rolle. Da ausserdem im nachgelagerten Markt für Strassenbauleistungen der Preis eine zentrale Rolle spielt (vgl. Rz 132 vorne), ist aus Sicht der Marktgegenseite in den meisten Fällen der Preis das einzig relevante Kriterium bei der Auswahl eines Belagswerks (vgl. dazu auch Fussnote 165 vorne).²⁰⁰ In Ausnahmefällen können andere Faktoren, wie zum Beispiel eine besonders hohe Dauerhaftigkeit des Belags, eine gewisse Rolle spielen.²⁰¹

B.3.3.4 Kostenanteil von Asphaltmischgut im nachgelagerten Markt für Strassenbau

137. Benötigt eine Bauunternehmung für ein bestimmtes Projekt eine grössere Menge Asphaltmischgut, holt die Bauunternehmung in der Regel schon während der Offertphase (vgl. Rz 183 ff. hinten) bei mehreren Belagswerken Offerten ein.²⁰² Insbesondere wenn der Anteil des Asphaltmischguts an den Gesamtkosten des Projekts hoch ist, kann der von der Bauunternehmung in der Offertphase veranschlagte Preis einen wesentlichen Einfluss auf die veranschlagten Gesamtkosten und damit auf die Zuschlagserteilung haben.

138. Gemäss Auskunft der [F3] variiert der Anteil der Kosten von Asphaltmischgut an den insgesamt beim Neubau eines Strassenkilometers anfallenden Gesamtkosten unter anderem

¹⁹⁷ Aussage von [N16], Act. IV.1, Zeilen 317–319.

¹⁹⁸ Act. IV.7, Zeilen 229–232. Es handelt sich um die [...].

¹⁹⁹ Act. II.10 (2004); Act. II.12 (2005); Act. II.14 (2006); Act. II.18 (2007); Act. II.26 (2009); Act. III.A.169 (2010); Act. III.A.182 (2011); Act. III.A.201 (2012); Act. III.A.219 (2013); Act. III.A.232 (2014); Act. III.A.248 (2015); Act. III.A.266 (2016); Act. III.A.286 (2017).

²⁰⁰ Dazu [N3], [...]: «*Es sollte keine Qualitätsunterschiede geben, die Beläge sind normiert*» (Act. IV.6, Zeile 410). Übereinstimmend äussert sich [N2], [...]: Auf die Frage «*Wie entscheiden Sie, bei welchem Werk Sie den Belag beziehen?*» antwortet er «*Über den Preis.*» Auf die Nachfrage «*Gibt es noch andere Kriterien?*» antwortet er «*Nein.*» (Act. IV.5, Zeilen 150–153). Übereinstimmend auch die Aussage von [N1], [...]: Auf die Frage «*Gibt es noch weitere Faktoren, welche [bei der Auswahl eines Belagslieferanten] eine Rolle spielen*» antwortet er «*Nein, mir kommt nichts in den Sinn*» (Act. IV.8, Zeilen 219–220). Ebenfalls übereinstimmend ist die Aussage von [N22], [...]: Auf die Frage «*Wie entscheidet die STRABAG AG, von welchem Belagswerk sie Belag bezieht?*» antwortete er «*Wir entscheiden primär aufgrund von wirtschaftlichen Überlegungen.*» Auf die Nachfrage «*Meinen Sie damit den Preis?*» antwortet er «*Ja.*» Auf die Nachfrage «*Gibt es andere Faktoren, die hierbei eine Rolle spielen?*» antwortet er «*Nein, die gibt es nicht*» (Act. IV.14, Zeilen 104–109). [N24] führt dazu Folgendes aus: «*Bei Projekten, bei denen Standardmischgut eingebaut wird, ist der Preis der ausschlaggebende Faktor. Bei Projekten mit spezifischen Anforderungen können auch andere Faktoren eine Rolle spielen*» (Act. IV.10, Zeilen 96–99).

²⁰¹ Vgl. die Aussage von [N24] (Act. IV.10, Zeilen 88–93).

²⁰² Die [F2] holt zum Beispiel ab einem Bezugswert von Fr. 2000.– Offerten ein (Act. IV.13, Rz 239).

je nach Lage, Form und Grösse der jeweiligen Baustelle und vor allem auch je nach Art der zu erstellenden Strasse. Während der Kostenanteil von Asphaltmischgut beim Neubau eines Autobahnkilometers rund 2 % betrage, liege dieser beim Bau einer Quartierstrasse bei rund 10 %.²⁰³

139. Im Vergleich dazu liegt der Kostenanteil von Asphaltmischgut bei reinen Belagsarbeiten deutlich höher, da beim Neubau einer Strasse zahlreiche weitere Arbeiten wie zum Beispiel das Erstellen der seitlichen Randabschlüsse erforderlich sind. Der Kostenanteil von Asphaltmischgut bei reinen Belagsarbeiten kann anhand von Zahlen des Bundesamtes für Statistik sowie anhand der von der BERAG eingereichten Lieferscheindaten berechnet werden und liegt bei rund 50–60 %. Nachfolgend werden die entsprechenden Berechnungen näher beschrieben.

140. Das BfS ermittelt für die Erstellung des Schweizerischen Baupreisindex regelmässig die Preise gewisser Standardpositionen. Darunter befinden sich auch die Preise für Lieferung, maschinellen Einbau und Verdichtung zweier häufig verwendeter Asphaltmischgutsorten. Gemäss der Erhebung des BfS kostete Lieferung, Einbau und Verdichtung von 620 Tonnen der Sorte AC T 22 N in der Region Mittelland im April 2019 Fr. 110.89 pro Tonne. Lieferung, Einbau und Verdichtung von 310 Tonnen der Sorte AC 11 N kostete im gleichen Zeitraum in der Region Mittelland Fr. 141.07 pro Tonne.²⁰⁴ Diese Preise werden in Tabelle 3 mit den durchschnittlich von der BERAG für die entsprechenden Sorten in Rechnung gestellten Preisen pro Tonne verglichen. Dabei werden nur die im Monat April 2019 erfolgten Lieferungen berücksichtigt und zwar nur die Materialpreise ohne Transportkosten. Daraus ergibt sich, dass bei reinen Belagsarbeiten der Kostenanteil von Asphaltmischgut ohne Transportkosten rund 50–60 % beträgt.

Tabelle 3: Kostenanteil Asphaltmischgut bei reinen Belagsarbeiten.

Sorte	NPK-Position ²⁰⁵	Eingebaute Menge (t)	Preis (Fr./t)		Kostenanteil Material
			Material, Lieferung, Einbau, Verdichtung	Nur Material	
AC T 22 N	223.441.313	620	110.89 Fr.	[60–70] Fr.	[50–60] %
AC 11 N	223.442.212	310	141.07 Fr.	[70–80] Fr.	[50–60] %

Quelle: BfS, Lieferscheindaten BERAG.

141. Vor dem Einbau einer neuen Belagsschicht sind in der Regel gewisse Vorbereitungsarbeiten erforderlich, wie z.B. das Abfräsen der alten Belagsschicht. Ausserdem beinhalten viele Aufträge die Entsorgung des alten Strassenbelags.²⁰⁶ Deshalb liegt der Kostenanteil von Asphaltmischgut bei den meisten Ausschreibungen im Bereich Strassenbau tiefer als 50–60 %.

²⁰³ Act. V.11, Antwort auf Frage 4. Alle Ausführungen beziehen sich immer auf den Materialpreis ohne Transportkosten.

²⁰⁴ Diese Zahlen sind der Tabelle «Schweizerischer Baupreisindex – Durchschnittliche Einheitspreise in der Schweiz und in den Grossregionen» des BfS für den Zeitraum 1.4.2019–30.4.2019 entnommen. Die Tabelle ist online verfügbar <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kataloge-datenbanken/tabellen.assetdetail.8866466.html>> (4.8.2020). Die genaue Beschreibung der darin enthaltenen Leistungen kann dem Normpositionen-Katalog der Schweizerischen Zentralstelle für Baurationalisierung entnommen werden (erhältlich unter www.crb.ch).

²⁰⁵ Im sogenannten Normpositionen-Katalog (nachfolgend: NPK) der Schweizerischen Zentralstelle für Baurationalisierung (nachfolgend: crb) ist genau definiert, welche Arbeitsschritte Teil des hier erfassten Leistungspakets sind. Dieses kann anhand der hier angegebenen Nummer identifiziert werden.

²⁰⁶ Die BERAG bringt in ihrer Stellungnahme vor, die Bedeutung des Materialpreises müsse «differenziert und nicht pauschal» betrachtet werden (Act. VII.106, Rz 67). Vorliegend ist zu ermitteln, ob die

Trotzdem ist klar, dass der Materialpreis für Asphaltmischgut bei vielen Projekten im Markt für Strassenbau ein bedeutender Kostenfaktor ist.²⁰⁷ Da ausserdem der Preis der zentrale Wettbewerbsparameter im Markt für Strassenbau ist, kann über den Preis für Asphaltmischgut der Wettbewerb im nachgelagerten Markt für Strassenbau beeinflusst werden.

B.3.3.5 Beweisergebnis

142. Der überwiegende Anteil von Aufträgen, bei welchen Asphaltmischgut zum Einsatz kommt, wird von der öffentlichen Hand in Auftrag gegeben. Die entsprechenden Aufträge werden von Bauunternehmungen ausgeführt, welche das benötigte Asphaltmischgut bei Belagswerken einkaufen. Die Marktgegenseite besteht also im Wesentlichen aus im Markt für Strassenbau tätigen Bauunternehmungen.

143. Aus Sicht der Marktgegenseite ist der Preis das mit Abstand wichtigste Kriterium zur Auswahl eines Anbieters bzw. einer Anbieterin von Asphaltmischgut.

144. Im nachgelagerten Markt für Strassenbau ist ebenfalls der Preis der wichtigste Wettbewerbsparameter. Die Materialkosten für Asphaltmischgut sind ein bedeutender Kostenfaktor im Markt für Strassenbau.

B.3.4 Anbieter und Anbieterinnen

B.3.4.1 Beweisthema

145. Zunächst werden alle Belagswerke identifiziert, welche die gleichen Gebiete wie die BERAG mit Asphaltmischgut beliefern. Ausserdem werden die Verbindungen zwischen der BERAG und diesen Belagswerken aufgezeigt (Rz 146 f.). Anschliessend wird die BERAG in Bezug auf ihre Herstellungs- und Transportkosten mit den vorher identifizierten anderen im Raum Bern tätigen Belagswerken verglichen (Rz 151 ff.).

B.3.4.2 Identifikation der relevanten Anbieter und Anbieterinnen

146. Anlässlich der Einvernahme vom 15. März 2019 zählte [...], [N3], Werke auf, die Asphaltmischgut in das Liefergebiet der BERAG liefern.²⁰⁸ Es handelt sich um die zwölf in Tabelle 4 aufgelisteten Werke.

Ausgaben für Asphaltmischgut ein relevanter Kostenfaktor im Markt für Strassenbau sind. Auf dieser Grundlage kann später beurteilt werden, ob die vorliegend zu beurteilenden Vorzugskonditionen für Aktionärinnen geeignet sind, den Wettbewerb im Markt für Strassenbau zu beeinträchtigen (vgl. Rz 671 ff. hinten). Für diesen Zweck ist keine differenziertere Untersuchung des Kostenanteils für Asphaltmischgut erforderlich.

²⁰⁷ In der Untersuchung «*Markt für Strassenbeläge*» wurde der «*Kostenanteil für Mischgut im Strassenbau*» mit 15–60 % beziffert (RPW 2000/4, S. 621, Rz 149). In der Sektoruntersuchung Walzasphalt des Bundeskartellamts ist Folgendes festgehalten: «*Der von der Beschlussabteilung recherchierte Umsatz bei Walzasphalt macht mit ca. 1,9 Mrd. EUR etwa 16 % des Umsatzes bei Straßenbauleistungen aus*» (Rz 13). Bei diesen Angaben wird nicht nach Art des auszuführenden Strassenbauprojekts unterschieden. Deshalb geht daraus hervor, dass der Kostenanteil von Asphaltmischgut auch beim durchschnittlichen Strassenbauprojekt eine relevante Grössenordnung annimmt.

[...], [N3], geht davon aus, dass der in der Offertphase von den Bauunternehmungen in ihrer Offerte eingesetzte Preis für Asphaltmischgut einen entscheidenden Einfluss auf die Vergabe des Zuschlags im Markt für Strassenbau hat: Er erklärt, dass Strassenbauunternehmungen, die nicht an der BERAG beteiligt sind, den Zuschlag erhalten würden, wenn sie in der Offertphase einen tieferen Belagspreis ansetzen würden als die Aktionärinnen der BERAG. Selbst ein «*minimaler*» Unterschied in Bezug auf den Belagspreis habe einen Einfluss auf die Zuschlagserteilung im Markt für Strassenbau (Act. IV.6, Zeilen 266–280).

²⁰⁸ Act. IV.6, Zeilen 405–407.

147. Drei dieser Werke (Hasle, Sundlauenen, Walliswil) werden von Gesellschaften betrieben, die zu einer Unternehmensgruppe gehören, welche gleichzeitig als Aktionärinnen an der BERAG beteiligt sind. Bei zwei weiteren Werken ([...]) halten Unternehmensgruppen, die gleichzeitig als Aktionärinnen an der BERAG beteiligt sind, [...] der stimmberechtigten Aktien. Bei drei weiteren Werken ([...]) befindet sich [...] der stimmberechtigten Aktien im Besitz einer Aktionärin der BERAG [...]. Da die [...] Besitzerin des Werks in [...] ist, sind nur die Werke der [...] in [...] und [...] sowie das Werk der Gemeinde Huttwil in Hüs wil vollständig unabhängig von den Aktionärinnen der BERAG.

Tabelle 4: Relevante Belagswerke.

Werkstandort	Inhaber	Verhältnis zu den Verfahrrens- parteien
Hasle	BLH Belagswerk Hasle AG	Aktionärin der BERAG
Sundlauenen	AG Balmholz (Frutiger-Gruppe)	Aktionärin der BERAG
Walliswil	Marti AG Solothurn (Marti-Gruppe)	Aktionärin der BERAG
Heimberg	[F8] (ab 2017), [F9] (2004–2016)	[...]
Wimmis	[F7]	[...]
Boningen	[F6], Strassenbauer	[...]
Lyss	[F5]	[...]
Niederbipp	[F5]	[...]
Busswil	[F3]	[...]
Oberwangen	[F3]	[...]
Gunzgen	[...]	[...]
Hüs wil	Gemeinde Huttwil	

Quelle: Act. V.7 (Hüs wil); Act. V.12 (Lyss und Niederbipp); Act. V.13 (Gunzgen); Act. V.14 (Boningen); Act. III.D.11 (Heimberg); Act. III.D.6 (Wimmis).

148. Mit Schreiben vom 25. September 2020²⁰⁹ stellte die BERAG den Antrag, die im vorliegenden Verfahren «*interessierenden Marktverhältnisse*» seien «*in einem Radius von 80 Fahrminuten ab dem Werk der BERAG zu ermitteln*». Dabei seien insbesondere die in der Beilage 2 des entsprechenden Schreibens aufgeführten Konkurrenzwerke «*zu berücksichtigen und entsprechend zu befragen*». Neben den vom Vertreter der BERAG, [N3], anlässlich der Einvernahme vom 15. März 2020 in Tabelle 4 aufgeführten Werke, werden in Beilage 2 des entsprechenden Schreibens zusätzlich die Werke der [...] in Marin-Epagnier, der [...] in Posieux und der [...] in Grandvillard aufgeführt.

149. Die drei zusätzlich von der BERAG im Schreiben vom 25. September 2020 erwähnten Werke in Marin-Epagnier, Posieux und Grandvillard liefern praktisch kein Asphaltmischgut in das Kernliefergebiet der BERAG.²¹⁰ Zum einen sind diese Werke weit vom Standort der

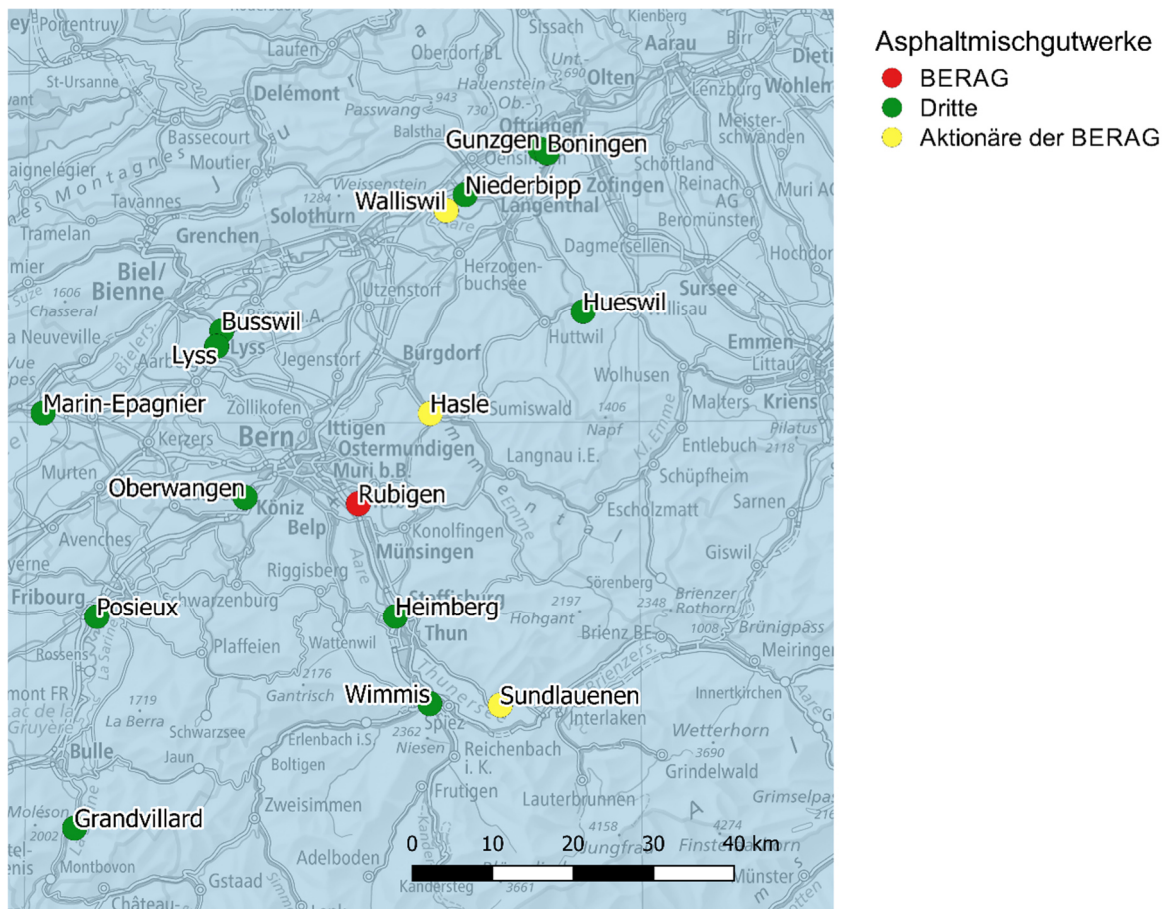
²⁰⁹ Act. V.26.

²¹⁰ Das «*Kernliefergebiet der BERAG*» wird als Radius von 32 Fahrminuten um das Werk der BERAG in Rubigen definiert (vgl. Rz 220). Die Wettbewerbsbehörde forderte von diesen Werken die im Zeitraum 2011–2018 in das Kernliefergebiet der BERAG gelieferten Mengen an, da für diesen Zeitraum vergleichbare Angaben der in Tabelle 4 aufgeführten Werke vorliegen und deshalb dafür die Markt- und Produktionsanteile der BERAG berechnet werden können (vgl. Rz 190 ff.). Das Werk in Marin-Epagnier lieferte [<500 t] Asphaltmischgut in dieses Gebiet (Act. V.27), das Werk in Posieux lieferte über den ganzen Zeitraum 2011–2018 insgesamt [<500 t] Asphaltmischgut (Act. V.29). Das Werk in Grandvillard lieferte [...] weniger als 500 t über den gesamten Zeitraum 2011–2018 (Act. V.28).

BERAG in Rubigen entfernt, ausserdem werden sie von französischsprachigem Personal betrieben, was die Belieferung der mehrheitlich deutschsprachigen Kundschaft im Kernliefergebiet der BERAG zusätzlich erschwert. Als Folge dessen beliefern diese Werke höchstens in Einzelfällen Gebiete, welche auch von der BERAG beliefert werden. Deshalb sind zur Beurteilung der im vorliegenden Fall relevanten Wettbewerbsverhältnisse keine umfangreichen Angaben dieser drei Werke erforderlich. Aus diesem Grund verzichtete die Wettbewerbsbehörde darauf, von diesen Werken gleichermaßen ausführliche Angaben anzufordern, welche die in Tabelle 4 aufgeführten Werke einreichten. Die nachfolgenden Auswertungen werden nur für die in Tabelle 4 aufgeführten Belagswerke vorgenommen.

150. Der Vollständigkeit halber sind die Standorte dieser drei Werke gemeinsam mit den Standorten der zwölf in Tabelle 4 aufgelisteten Belagswerke in Abbildung 9 eingetragen.

Abbildung 9: Standorte Asphaltmischgutwerke.



Quelle: Swisstopo.

B.3.4.3 Vergleich BERAG – andere Belagswerke

151. Nachfolgend werden verschiedene kostenrelevante Eigenschaften der in Tabelle 4 aufgeführten Werke mit den Eigenschaften der BERAG verglichen. Zunächst werden Unterschiede in Bezug auf die Transportkosten bei Lieferungen in das Kernliefergebiet der BERAG diskutiert. Anschliessend werden Unterschiede in Bezug auf Faktoren aufgezeigt, welche einen Einfluss auf die Herstellungskosten haben (vgl. Rz 94 ff. vorne). Dabei handelt es sich um den Zugang zu Gesteinskörnungen, den beimischbaren Anteil von Ausbausplatt, die jährliche Ausstossmenge und die Energieeffizienz der Anlage. Auf dieser Grundlage können die Herstellungs- und Transportkosten der BERAG relativ zu den Kosten anderer Werke eingeschätzt werden.

B.3.4.3.1 Transportkostenvorteil der BERAG in ihrem Kernliefergebiet

152. Wie aus Abbildung 9 hervorgeht, sind einige der in Tabelle 4 aufgeführten Werke relativ weit vom Standort der BERAG entfernt. Wenn diese Werke Asphaltmischgut an eine Baustelle liefern möchten, die sich in der Nähe der BERAG befindet, fallen im Vergleich zur Lieferung ab dem Werk der BERAG in Rubigen höhere Transportkosten an. Dieser Transportkostenvorteil der BERAG ist bei einer Lieferung direkt zum Werk der BERAG maximal. Diese maximalen Transportkostenvorteile der BERAG gegenüber den in Tabelle 4 aufgeführten Belagswerken sind in Tabelle 5 aufgeführt. Dazu werden die Fahrzeiten zwischen den Standorten der Konkurrenzwerke und dem Standort der BERAG verwendet.²¹¹ Ausserdem dienen die durchschnittliche Grösse einer Belagslieferung ([8–18] t) sowie die dafür ermittelten Transportkosten von rund [40–55] Rappen pro Tonne und zusätzlicher Fahrminute als Grundlage der entsprechenden Berechnung (vgl. Rz 110 ff. vorne).

153. Dabei ist zu beachten, dass die Transportkosten pro Tonne und Fahrminute höher ausfallen, wenn Mengen von weniger als [8–18] t geliefert werden. Umgekehrt sind die Transportkosten pro Tonne tiefer, wenn die Fahrzeuge mit grösseren Mengen beladen werden können. Entsprechend fällt der maximale Transportkostenvorteil der BERAG bei Kleinstmengen grösser aus als bei einer Menge von [8–18] t. Hingegen hat die BERAG bei Grossprojekten einen geringeren maximalen Transportkostenvorteil, da bei diesen in der Regel eine bessere Auslastung der Lastwagen erreicht werden kann (vgl. Rz 110 ff. vorne).

154. Zudem ist zu beachten, dass die BERAG nicht in ihrem ganzen Kernliefergebiet gegenüber sämtlichen anderen Belagswerken über einen Transportkostenvorteil verfügt. Das Werk in Heimberg ist zum Beispiel nur 24 Fahrminuten von der BERAG entfernt. Deshalb hat die BERAG gegenüber dem Werk in Heimberg im Süden ihres Kernliefergebiets je nach Lage der zu beliefernden Baustelle sogar einen Transportkostennachteil.²¹² Relevant ist aber nicht nur das nächstgelegene Konkurrenzwerk. Wenn dieses bereits ausgelastet ist oder keine konkurrenzfähige Offerte einreichen kann (z.B. weil es keine Paralleltrommel hat, vgl. Rz 171 vorne), sind auch die Transportkosten anderer Werke von Bedeutung.

155. Die in Tabelle 5 zusammengestellten Zahlen dienen der Einschätzung der Grössenordnung der relativen Transportkosten der vorliegend relevanten Werke. Die genauen Transportkostenunterschiede sind von der genauen Lage der zu beliefernden Baustelle sowie von den zu liefernden Mengen abhängig (vgl. Rz 117 f. vorne).

²¹¹ Die Abfrage der Fahrzeiten wurde über die Schnittstelle von here.com durchgeführt (<https://developer.here.com>). Die zur Abfrage verwendeten Koordinaten der Belagswerke sind im Appendix in Tabelle 16 aufgelistet.

²¹² Die BERAG legt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats dar, dass die BERAG bei rund 69 % der Postleitzahlen, die innerhalb von 32 Fahrminuten ab dem Werk der BERAG in Rubigen erreicht werden können, nicht das nächstgelegene Belagswerk ist (Act. VII.106, Rz 74). Ausserdem schreibt die BERAG, der Transportkostenvorteil der BERAG betrage maximal [...] Minuten (Act. VII.106, Rz 74). Diese Zahl entspricht nicht den in Tabelle 5 aufgeführten Fahrzeiten, weil die Parteigutachter der BERAG dazu nicht die genauen Koordinaten der Belagswerke, sondern die Mittelpunkte der Postleitzahlen verwendet haben.

Tabelle 5: Transportkostenvorteil der BERAG bei der Lieferung von [8–18] t Asphaltmischgut an eine in Rubigen gelegene Baustelle.

Werkstandort	Fahrzeit nach Rubigen (min)	Transportkostenvorteil BERAG (Fr./t)
Heimberg	24	[8.00–17.00]
Oberwangen	34	[12.00–25.00]
Wimmis	36	[12.00–26.00]
Hasle	36	[12.00–26.00]
Lyss	44	[15.00–32.00]
Busswil	46	[16.00–33.00]
Walliswil	50	[17.00–36.00]
Niederbipp	50	[17.00–36.00]
Sundlauenen	60	[20.00–43.00]
Gunzgen	66	[22.00–47.00]
Boningen	70	[24.00–50.00]
Hüswil	76	[26.00–55.00]

Quelle: here.com.

156. Aus Tabelle 5 geht hervor, dass einige der in Tabelle 4 aufgeführten Belagswerke gegenüber der BERAG einen massiven Transportkostennachteil aufweisen, wenn sie Asphaltmischgut nach Rubigen liefern. Es handelt sich im Vergleich zu den Herstellungskosten der BERAG pro Tonne Asphaltmischgut (rund Fr. [50–90] pro Tonne ohne Abschreibungen, Steuern und Kapitalkosten) um einen beträchtlichen Betrag. Schon allein aus diesem Grund können die weit entfernten Werke nicht zu mit der BERAG vergleichbaren Kosten Asphaltmischgut im Kernliefergebiet der BERAG anbieten.

157. Mit der Fahrzeit nehmen ausserdem nicht nur die Transportkosten zu. Zusätzlich dazu erhöht sich das Risiko verkehrsbedingter Verspätungen. Ausserdem steigen die Anforderungen an die Logistik und die Grösse der einzusetzenden Transportflotte insbesondere bei grösseren Aufträgen.

B.3.4.3.2 Produktionskostenvorteil der BERAG

Zugang zu Gesteinskörnungen

158. Der Einkauf von Gesteinskörnungen ist der wichtigste Kostenfaktor bei der Produktion von Asphaltmischgut (vgl. Abbildung 2 vorne).²¹³ Deshalb ist es für jedes Belagswerk von zentraler Bedeutung, sich einen zuverlässigen und kostengünstigen Zugang zu diesem Rohstoff zu sichern. Da die Kosten für den Transport von Gesteinskörnungen im Verhältnis zu den Materialkosten hoch sind (vgl. Rz 73 vorne), ist der Zugang zu in der Nähe abgebauten Gesteinskörnungen ein bedeutender Vorteil.

159. Die BERAG hat sich diesen Zugang durch den Abschluss eines Kiesliefervertrags mit den lokalen Kiesproduzenten gesichert, die ausserdem bedeutende Aktionärinnen der BERAG

²¹³ Deshalb ist der Zugang zu Gesteinskörnungen auch ein entscheidender Standortfaktor (vgl. Act. IV.10, Zeile 157; Act. IV.17, Zeilen 219–223; Act. IV.11, Zeilen 258–259).

sind.²¹⁴ In diesem Kiesliefervertrag räumen die lokalen Kiesproduzenten der BERAG den Vorrang vor anderen Belagswerken ein: Die Kiesproduzenten verpflichten sich, andere Belagswerke nur zu beliefern, wenn die BERAG den entsprechenden Lieferungen zustimmt.²¹⁵

160. Nicht alle Belagswerke der Region verfügen über einen solchen Zugang zu lokalen Kiesvorkommen. Die [F3], welche das Belagswerk in Oberwangen betreibt, verfügt über keine eigene in unmittelbarer Nähe gelegene Kiesgrube. Zwar betreibt die Alluvia-Gruppe direkt neben dem Werk der [F3] in Oberwangen eine Kiesgrube und ein Kieswerk. Die [F3] bezieht aber nur geringe Mengen an Gesteinskörnungen von der Alluvia-Gruppe.²¹⁶

161. Gemäss Kiesliefervertrag muss die BERAG zustimmen, damit die Alluvia-Gruppe die [F3] mit Gesteinskörnungen beliefern darf. Gemäss der Aussage von [N9] hätte die Alluvia-Gruppe eine solche Zustimmung eingeholt und auch erhalten, wenn sie daran interessiert gewesen wäre, die [F3] zu beliefern.²¹⁷ Gemäss [N8] hat die Alluvia-Gruppe für die tatsächlich vorgenommenen Lieferungen an die [F3] keine Zustimmung der BERAG eingeholt.²¹⁸

162. Vorliegend kann offengelassen werden, welche Wirkung die im Kiesliefervertrag enthaltene Konkurrenzklausele genau entfaltet. Selbst wenn sich die Alluvia-Gruppe nicht an die Konkurrenzklausele gebunden gefühlt hätte, wäre sie trotzdem kaum bereit gewesen, die [F3] zu gleichen Konditionen wie die BERAG zu beliefern: Die Alluvia-Gruppe kann gemäss Aussage von [N8] den von ihr produzierten Splitt in guten Jahren über die BERAG absetzen.²¹⁹ Die Alluvia-Gruppe hätte also gar nicht die Kapazität, zwei grosse Belagswerke mit grossen Mengen an Splitt zu versorgen. Da die Alluvia-Gruppe als Aktionärin mit Einsitz im Verwaltungsrat bei der BERAG eingebunden ist, dürfte sie sich tendenziell für die BERAG entscheiden, wenn ihre Kapazität nicht zur Belieferung mehrerer Belagswerke ausreicht.

163. Statt von der benachbarten Alluvia-Gruppe bezieht das Werk der [F3] in Oberwangen die Gesteinskörnungen unter anderem aus einem unternehmenseigenen Steinbruch im Unterwallis. Gemäss der Aussage von [N24] weisen die dort abgebauten Gesteinskörnungen eine aussergewöhnlich hohe Qualität auf, was einer der Gründe dafür sei, dass nicht mehr Kies von lokalen Anbietern und Anbieterinnen bezogen werde.²²⁰ Ausserdem beziehe das Werk in Oberwangen Gesteinskörnungen von der Firma [F4] in Oppligen sowie von zwei Kieswerken im Kanton Freiburg.²²¹

164. Die BERAG hat gegenüber dem Belagswerk in Oberwangen durch ihre dauerhafte Beziehung zu den lokalen Kiesproduzentinnen einen Vorteil. Die [F3] verfügt nicht über einen solchen Zugang zu in unmittelbarer Nähe produzierten Gesteinskörnungen. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die BERAG nur rund [...] % der von ihr verarbeiteten Gesteinskörnungen von der Kästli-Gruppe bezieht, welche direkt neben dem Werk der BERAG eine Kiesgrube und ein Kieswerk betreibt. Die verbleibenden [...] % werden im Wesentlichen durch [...] geliefert, deren Werke in [...] stehen.²²² Trotzdem ist der Zugang der BERAG zu einer lokalen Kiesversorgung ein Vorteil gegenüber dem Belagswerk in Oberwangen und insbesondere auch gegenüber potenziellen Konkurrenten und Konkurrentinnen.

²¹⁴ Vertragsparteien sind neben der BERAG Unternehmen der Kästli-Gruppe und der Alluvia-Gruppe (Act. II.2; Act. II.17). Die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe produzieren beide Kies und halten gemeinsam mehr als [...] des Aktienkapitals der BERAG (Act. III.D.17). Zum Kiesliefervertrag vgl. auch Rz 784 hinten.

²¹⁵ Act. II.2, Art. 9; Act. II.17, Art 10.

²¹⁶ Act. IV.10, Zeilen 203–207; Act. IV.12, Zeilen 350–358.

²¹⁷ Act. IV.12, Zeilen 365–368.

²¹⁸ Act. IV.19, Zeilen 122–125.

²¹⁹ Act. IV.19, Zeilen 111–116.

²²⁰ Act. IV.10, Zeilen 210–215.

²²¹ Act. IV.10, Zeilen 238–243.

²²² Act. VII.106, Rz 86.

165. Der eigenständige Aufbau einer lokalen Kiesversorgung durch den Betreiber eines Belagswerks ist im Kanton Bern im Untersuchungszeitraum nur schwer möglich, da es schwierig ist, neue Kiesgruben zu eröffnen. Die entsprechenden Bewilligungsverfahren dauern in der Regel Jahre und es gibt keinen Rechtsanspruch auf eine Bewilligung.²²³ Die Vergabe der entsprechenden Bewilligungen wurde restriktiv gehandhabt.²²⁴ Zusätzlich zur Eröffnung einer Kiesgrube ist ein Kieswerk erforderlich, damit die für die Herstellung von Asphaltmischgut benötigten gebrochenen Gesteinskörnungen produziert werden können.²²⁵

166. Die BERAG bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vor, die [F3] könne den aus dem Unterwallis herbeigeführten Splitt deutlich unter dem in der Region Bern herrschenden Marktpreis einkaufen. Deshalb sei die [F3] trotz der langen Transportwege in der Lage, Gesteinskörnungen zu ebenso konkurrenzfähigen Bedingungen zu beschaffen wie ihre Mitbewerberinnen im Raum Bern.²²⁶

167. Selbst wenn die [F3] im Unterwallis Splitt zu Preisen beziehen könnte, die unter dem in der Region Bern herrschenden Marktpreis liegen würden, würde sich dadurch noch kein Vorteil gegenüber dem Bezug von lokalen Anbieterinnen in Bern ergeben: Die Einkaufspreise im Unterwallis müssten sehr deutlich unter den Marktpreisen in Bern liegen – sonst würden die hohen Transportkosten einen allfälligen solchen Vorteil zunichtemachen. Ausserdem sind nicht die Produktionskosten der [F3] für Splitt im Unterwallis, sondern ihre Opportunitätskosten relevant: Diese werden durch den Preis bestimmt, zu welchem die [F3] den im Unterwallis produzierten Splitt an andere Abnehmerinnen oder Abnehmer als das Belagswerk in Oberwangen verkaufen könnte. Findet sie solche Abnehmerinnen oder Abnehmer im Unterwallis, wäre es wenig sinnvoll, zu tieferen Preisen nach Oberwangen zu liefern.

168. Aus diesen Gründen ist festzuhalten, dass die BERAG insbesondere im Vergleich zu potenziellen Konkurrentinnen und Konkurrenten den Vorteil des Zugangs zu lokal abgebauten Gesteinskörnungen aufweist.

Beimischung von Ausbauasphalt

169. Ein zweiter zentraler Kostenfaktor ist der Anteil des bei der Produktion von Belag beigemischten Ausbauasphalts. Je mehr Ausbauasphalt beigemischt werden kann, desto tiefer die Produktionskosten (vgl. Rz 101 ff. vorne).

170. Anlagen, die über eine Paralleltrommel verfügen, können einen höheren Anteil Ausbauasphalt beimischen (vgl. Rz 77 vorne). Allerdings beeinflusst nicht nur das Vorhandensein einer Paralleltrommel, sondern auch andere Faktoren den maximal beimischbaren Anteil von Ausbauasphalt. Dieser ist insbesondere auch von der herzustellenden Sorte abhängig. Deshalb ist der maximal beimischbare Anteil von Ausbauasphalt der verschiedenen Werke nur schwer mess- und vergleichbar, jedenfalls wenn ein solcher Vergleich wie vorliegend für alle

²²³ RPW 2020/1, 106 f. Rz 120 ff., *KTB-Werke*.

²²⁴ Act. IV.17, Zeilen 219–223.

²²⁵ Act. IV.11, Zeilen 258–259.

²²⁶ Act. VII.106, Rz 84 f.

Sorten von Asphaltmischgut vorgenommen werden soll.²²⁷ Aus diesem Grund wird nachfolgend auf das Vorhandensein einer Paralleltrommel abgestützt, um den beimischbaren Anteil von Ausbauasphalt der verschiedenen Werke einzuschätzen.²²⁸

171. Heute verfügen die meisten Belagswerke der Region über eine Paralleltrommel. Einzig die Werke in [...] sind nicht mit dieser Technologie ausgestattet. Die Werke in [...] erweiterten ihre Anlagen erst im Untersuchungszeitraum mit einer Paralleltrommel, während die BERAG sowie die Werke in [...] spätestens seit 2004 über eine Paralleltrommel verfügten.²²⁹

172. Insbesondere das [...] Werk, [...] hat also bis heute keine Paralleltrommel und kann deshalb weniger Ausbauasphalt beimischen als die BERAG.²³⁰ Das gleiche gilt für die Werke in [...], während zahlreiche andere Werke erst Jahre nach der BERAG eine Paralleltrommel angeschafft haben und deshalb bis zum jeweiligen Zeitpunkt ebenfalls weniger Ausbauasphalt beimischen konnten. Da die Beimischung von Ausbauasphalt die Produktionskosten senkt, verfügte die BERAG diesen Werken gegenüber über einen Kostenvorteil.

Jährliche Ausstossmenge

173. Da bei der Produktion von Asphaltmischgut gewisse Fixkosten für Verwaltung und Anlage anfallen (vgl. Rz 104 vorne), sinken in der Regel die Herstellungskosten pro Tonne mit der insgesamt produzierten Menge.²³¹ Deshalb ist davon auszugehen, dass Werke mit einer grösseren jährlich produzierten Menge eher tiefere Produktionskosten pro Tonne aufweisen als kleinere Werke. In Abbildung 10 sind die durchschnittlichen jährlichen Ausstossmengen der Werke der Region für den Zeitraum 2011–2018 angegeben. Daraus geht hervor, dass die BERAG mit Abstand die grössten Mengen pro Jahr produziert.

Abbildung 10: Jährlicher Ausstoss (Durchschnitt 2011–2018).

[...]

Quelle: Act. I.190; Act. V.7; Act. V.8; Act. V.9; Act. V.11; Act. V.12; Act. V.13; Act. V.14; Act. V.15; Act. V.16; Act. V.17; Act. V.23; Lieferscheindaten BERAG (vgl. Tabelle 28).

²²⁷ Das Sekretariat hat die in Tabelle 4 aufgelisteten relevanten Belagswerke nach dem maximal beimischbaren Anteil Ausbauasphalt gefragt. Einige dieser Werke gaben einen Durchschnittswert an. Andere Werke gaben zum Teil grosse Bandbreiten an, da der beimischbare Anteil je nach Sorte unterschiedlich hoch ist (vgl. Act. I.190; Act. V.7; Act. V.8; Act. V.9; Act. V.11; Act. V.12; Act. V.13; Act. V.14; Act. V.15; Act. V.16; Act. V.17). Aus diesen Gründen können die entsprechenden Angaben nicht verglichen werden und werden deshalb vorliegend nicht verwendet. Da es sich dabei um Geschäftsgeheimnisse der befragten Belagswerke handelt, schwärzte das Sekretariat die erwähnten Angaben in den Akten. Diese stellte das Sekretariat der BERAG in geschwärzter Form am 14.10.2020 zu (Act. I. 416). Da die entsprechenden Angaben nicht gegen die BERAG verwendet werden und da die BERAG keine Einsicht in die geschwärzten Stellen beantragte, legte das Sekretariat diese gegenüber der BERAG auch nicht in Form von Bandbreiten offen.

²²⁸ Gemäss der Aussage des [...], [N3], können Werke, welche über eine Paralleltrommel verfügen, ähnlich viel Recyclingmaterial beimischen wie die BERAG (Act. IV.6, Zeilen 397–398). [N3] geht also davon aus, dass das Vorhandensein einer Paralleltrommel ein wichtiger Faktor zur Einschätzung des maximal beimischbaren Anteils Ausbauasphalt ist.

²²⁹ Act. I.190; Act. V.7; Act. V.8; Act. V.9; Act. V.11; Act. V.12; Act. V.13; Act. V.14; Act. V.15; Act. V.16; Act. V.17.

²³⁰ Vgl. dazu auch die Aussage von [N3] (Act. IV.6, Zeilen 399–401). In diesem Zusammenhang ist ausserdem zu berücksichtigen, dass [es sich bei der Anlage des Werks in Heimberg um eine relativ alte Anlage handelt] (Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates der Belagswerke Heimberg AG vom 3.12.2018, Traktandum 5, Act. III.D.19)

²³¹ Gemäss [N3], [...], sind die Produktionskosten «in der Regel tiefer, je grösser das Werk ist» (Act. IV.6, Zeilen 368–369).

174. Aus diesem Grund ist festzuhalten, dass die BERAG aufgrund der Skalenerträge in der Asphaltmischgutproduktion über einen Kostenvorteil im Vergleich zu allen anderen Belagswerken der Region verfügt.

Energieeffizienz

175. Ein weiterer relevanter Kostenfaktor sind die Ausgaben für Energie (vgl. Abbildung 2 und Abbildung 3 vorne). Gemäss einem Vergleich der Energie-Agentur der Wirtschaft für das Jahr 2015 ist das Werk der BERAG eines der effizientesten in der Schweiz.²³²

Produktionskosten insgesamt

176. Die BERAG erreicht einen deutlich höheren jährlichen Ausstoss als alle anderen Werke der Region. Sie verfügt über Zugang zu lokal abgebautem Kies und kann einen hohen Anteil an Ausbauasphalt beimischen. Die Anlage der BERAG zeichnet sich ausserdem durch eine hohe Energieeffizienz aus. Aus diesen Gründen ist davon auszugehen, dass die BERAG im Vergleich zu den meisten Konkurrentinnen 2004–2021 tiefere Produktionskosten aufweist.

177. Insbesondere die Werke im Süden und Osten der BERAG (Heimberg, Wimmis, Sundlauenen, Hasle) sind deutlich kleiner. Die Werke in [...] haben ausserdem bis heute keine Paralleltrommel. Das Werk in Wimmis wurde Ende 2016 geschlossen.

178. Das im Westen der BERAG gelegene Werk der [F3] in Oberwangen erreicht zwar einen relativ hohen jährlichen Ausstoss und verfügt heute über eine relativ moderne Anlage. Diese wurde aber erst [2008–2010] erneuert und mit einer Paralleltrommel ausgestattet.

179. Die Werke im Norden der Stadt Bern verfügen teilweise über ähnlich leistungsfähige Anlagen wie die BERAG. Mit Ausnahme des Werks der [F5] in Lyss haben diese Werke aber alle einen deutlichen Transportkostennachteil im Vergleich zur BERAG, wenn sie Baustellen in oder südlich der Stadt Bern beliefern wollen. Das gleiche gilt auch für das Werk der [F5] in Lyss, wenn diese Baustellen im Süden der Stadt Bern beliefern möchte.

B.3.4.4 Beweisergebnis

180. Die BERAG konnte 2004–2021 Asphaltmischgut zu tieferen Kosten herstellen als die meisten ihrer Konkurrentinnen. Das trifft insbesondere auf das am nächsten gelegene Werk in Heimberg zu. Da ausserdem die Transportkosten eine wichtige Rolle spielen, hat die BERAG insbesondere bei der Belieferung von südlich der Stadt Bern gelegenen Baustellen einen Kostenvorteil gegenüber der Konkurrenz.

B.3.5 Markt

B.3.5.1 Beweisthema

181. Zunächst wird beschrieben, wie die Preise für Asphaltmischgut zustande kommen (Rz 183 ff.). Anschliessend werden das Liefergebiet der BERAG (Rz 207 f.) sowie die Markt- und Produktionsanteile der BERAG (Rz 209 ff.; vgl. Rz 209 und Rz 212 hinten für die genaue Definition dieser Begriffe) differenziert nach der Postleitzahl der belieferten Baustellen dargestellt. Dazu müssen die Lieferscheindaten verschiedener Belagswerke aufbereitet werden. Diese Aufbereitung wird in Rz 190 ff. beschrieben.

²³² Act. III.A.247.

182. Anschliessend werden die Markt- und Produktionsanteile der BERAG statt auf Ebene Postleitzahl für grössere, anhand von Fahrminuten-Radien ab dem Werk der BERAG abgegrenzte Gebiete dargestellt (Rz 214 ff.). Für das innerhalb von 32 Fahrminuten ab dem Werk der BERAG erreichbare Kernliefergebiet der BERAG wird ausserdem die zeitliche Entwicklung des Markt- und des Produktionsanteils der BERAG aufgezeigt. Für dieses Kernliefergebiet wird zudem die Verteilung von Markt- und Produktionsanteilen auf die verschiedenen Belagswerke angegeben (Rz 220 ff.). Schliesslich werden die Markteintrittsschranken im Markt für Asphaltmischgut diskutiert (Rz 234 ff.).

B.3.5.2 Preissetzung

183. Wird ein Auftrag ausgeschrieben, für welchen nur eine geringe Menge Asphaltmischgut benötigt wird, erstellen die Bauunternehmungen ihre Offerten in der Regel basierend auf den Preislisten²³³ der Belagswerke. Nach der Zuschlagserteilung erfolgt der Bezug bei solchen Projekten in der Regel ebenfalls zum Listenpreis.²³⁴

184. Bei grösseren Aufträgen holen die Bauunternehmungen hingegen in der Regel Offerten bei den umliegenden Belagswerken ein und erstellen anschliessend ihre eigenen Offerten gestützt auf die entsprechenden Angebote der Belagswerke. Die von den Belagswerken vor der Zuschlagserteilung offerierten Preise werden nachfolgend als «*Offertpreise*» bezeichnet.

185. Erhält eine Bauunternehmung den Zuschlag für ein Projekt, verhandelt sie – zumindest bei grösseren Projekten – mit den für die Lieferung des Belags in Frage kommenden Belagswerken über den letztlich in Rechnung gestellten Preis für Asphaltmischgut. Dieser Preis wird nachfolgend als «*Endpreis*» bezeichnet.

186. Wie bereits erwähnt (vgl. Rz 136 vorne) wählen die Bauunternehmungen in der Regel den preislich günstigsten Anbieter bzw. die preislich günstigste Anbieterin von Asphaltmischgut aus. Dabei ist aus Sicht der Bauunternehmungen der Frankopreis, also der Preis von Material und Transport, ausschlaggebend. Will ein Belagswerk den Zuschlag erhalten, muss es deshalb den Materialpreis ausreichend tief ansetzen, damit es nach Berücksichtigung der Transportkosten immer noch günstiger ist als der nächst günstigste Konkurrent bzw. die nächst günstigste Konkurrentin.

187. Aus diesem Grund gewähren die Belagswerke in der Regel umso grössere Rabatte auf den Listenpreis, je näher eine Baustelle bei dem Werk eines Konkurrenten bzw. einer Konkurrentin liegt. So können sie sicherstellen, dass sie trotz im Vergleich zum Konkurrenten bzw. zur Konkurrentin hohen Transportkosten einen attraktiven Frankopreis anbieten können. Im Raum Bern liegt in der Regel eine Baustelle umso näher beim Werk eines Konkurrenten oder

²³³ Die meisten wenn nicht sogar alle Belagswerke der Region Bern führen bis heute zwei Preislisten: Eine für Aktionärinnen und eine zweite mit höheren Preisen für Nichtaktionäre. Das trifft namentlich auf die Werke in Rubigen (vgl. Kapitel A.4 hinten), Hasle (Act. IV.13, Zeilen 151–153; Act. III.C.64; Act. III.C.68), Heimberg (Act. IV.13, Zeilen 151–153; Act. III.D.12; Act. III.D.14; Act. III.D.16), Lyss (Act. IV.13, Zeilen 151–153) und Wimmis (Act. III.D.9) zu. Das Werk in Oberwangen gehört einer Bauunternehmung, welche beim eigenen Werk zu günstigeren Preisen als externe Kunden und Kundinnen Asphaltmischgut beziehen kann (Act. IV.13, Zeilen 151–153; Act. IV.10, Zeilen 264–270).

²³⁴ Die [F2] holt zum Beispiel ab einem Einkaufsvolumen von Fr. 2000.– Offerten bei den umliegenden Belagswerken ein (Act. IV.13, Zeilen 238–239).

einer Konkurrentin, je weiter sie vom eigenen Werk entfernt ist.²³⁵ Deshalb steigen zum Beispiel die von der BERAG gewährten Rabatte mit zunehmender Entfernung zum Werk der BERAG.²³⁶

188. Neben der Distanz zwischen der zu beliefernden Baustelle und den als Lieferanten in Frage kommenden Belagswerken hat auch die zu liefernde Menge einen Einfluss auf die Höhe der von den Belagswerken gewährten Rabatte. Andere Faktoren spielen keine wesentliche Rolle.²³⁷

189. Manche Werke gewähren ihren Kunden und Kundinnen zusätzlich zu den Rabatten auf die Listenpreise von der jährlich bezogenen Menge abhängige Rabatte. Da die jährlich bezogene Menge erst nach Abschluss des Geschäftsjahres bekannt ist, werden diese Rabatte in der Form von Rückvergütungen ausbezahlt.

B.3.5.3 Auswertung der Mengenangaben der Belagswerke

190. Zur Berechnung des Liefergebiets sowie der Markt- und Produktionsanteile der BERAG (vgl. Rz 209 und Rz 212 hinten für die genaue Definition dieser Begriffe) forderte die Wettbewerbsbehörde von den in Tabelle 4 aufgelisteten Belagswerken Angaben zu den von diesen Werken ausgelieferten Mengen an Asphaltmischgut an. Diese Angaben wurden differenziert nach der Postleitzahl der belieferten Baustellen angefordert. Ausserdem wurden die Werke aufgefordert, zwischen Lieferungen an konzerninterne und konzernexterne Kunden und Kundinnen zu unterscheiden. Tabelle 28 im Appendix enthält eine Übersicht über die von den verschiedenen Werken eingereichten Angaben.

191. Die meisten Werke konnten die angeforderten Mengenangaben nicht für den gesamten angeforderten Zeitraum 2009–2018 einreichen. Deshalb werden die nachfolgenden Auswertungen nur für den Zeitraum 2011–2018 vorgenommen. Für diese Jahre liegen Angaben zu den ausgelieferten Mengen der meisten Belagswerke vor.²³⁸

192. Die meisten Belagswerke der Region konnten mindestens für einen Teil der Jahre 2009–2018 die ausgelieferten Mengen differenziert nach Baustellen-Postleitzahl angeben. Einzig die BERAG sowie die Werke der [F3] in Oberwangen und Busswil sowie das Werk in Heimberg konnten diese Angaben nicht in der angeforderten Form bereitstellen. Deshalb forderte die Wettbewerbsbehörde von diesen Werken Lieferscheindaten an. Diese Lieferscheindaten wertete die Behörde aus. Eine genaue Beschreibung der Auswertung dieser Lieferscheindaten befindet sich in Act. VII.1. Nachfolgend wird der wesentliche Inhalt dieser Auswertungen beschrieben.

²³⁵ Das trifft zum Beispiel dann nicht zu, wenn sich ein Belagswerk am Eingang zu einem abgeschlossenen Tal liegt, in welchem sich kein anderes Belagswerk befindet. Im Raum Bern gibt es kaum abgeschlossene Täler. Deshalb nimmt in diesem Gebiet die Distanz zu anderen Belagswerken in der Regel mit steigender Distanz zum eigenen Belagswerk ab.

²³⁶ Vgl. die Aussage des [...], [N3]: «Der Frankopreis wird teurer, je weiter weg das Objekt ist. So versuche ich, den Preis der BERAG für weiter entfernte Objekte attraktiv zu machen, damit die BERAG auch dort konkurrenzfähig ist» (Act. IV.6, Zeilen 345–347). Der Grundsatz, dass die Rabatte mit steigender Entfernung zum Werk der BERAG steigen, geht auch aus den Vorgaben des Verwaltungsrates an den Geschäftsführer in Bezug auf die Preispolitik hervor (Act. II.34).

²³⁷ Act. IV.6, Zeilen 236–238.

²³⁸ Für das Werk in Busswil fehlen Angaben zur ersten Hälfte des Jahres 2011 (Act. V.11). Das Werk in Hüswil konnte erst ab dem Jahr 2012 Angaben zu den nach Postleitzahl der belieferten Baustelle differenzierten ausgelieferten Mengen einreichen (Act. I.277). Das Werk in Lyss reichte diese Angaben ab dem Jahr 2013 ein und das Werk in Niederbipp ab dem Jahr 2016 (Act. V.12). Für alle anderen Belagswerke liegen die entsprechenden Zahlen für den ganzen Zeitraum 2011–2018 vor. Zum Umgang mit fehlenden Angaben auch im Zeitraum 2011–2018 vergleiche Rz 203 hinten.

193. Ziel der Auswertung der Lieferscheindaten ist die Zuordnung der ausgelieferten Mengen an die Postleitzahlen der belieferten Baustellen. In diesem Zusammenhang müssen die folgenden beiden potenziellen Schwierigkeiten berücksichtigt werden:

- a. Die in den Lieferscheindaten eingetragenen Postleitzahlen sind möglicherweise nicht immer korrekt.
- b. In den Lieferscheindaten ist teilweise keine Postleitzahl eingetragen.

194. Zu **a**: Gemäss Angaben der BERAG sind die in den Lieferscheindaten der BERAG eingetragenen Postleitzahlen insbesondere bei Lieferungen in die Städte Bern oder Thun oft fehlerhaft. Bei Lieferungen in die Stadt Bern sei oft pauschal die Postleitzahl 3000, bei Lieferungen in die Stadt Thun die Postleitzahl 3600 eingetragen worden.²³⁹ Tatsächlich ist bei zahlreichen Lieferungen der BERAG und auch anderer Belagswerke die ungültige Postleitzahl 3000 in den Lieferscheindaten eingetragen.

195. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass bei Lieferungen in die Städte Bern und Thun jedenfalls nicht immer die genaue Postleitzahl eingetragen ist. Um diesem Umstand Rechnung zu tragen, werden alle Lieferungen an Postleitzahlen der Stadt Bern sowie alle Lieferungen an Postleitzahlen der Stadt Thun zusammengefasst. Für diese beiden Gebiete werden die drei Kennzahlen Liefermenge BERAG, Marktanteil BERAG und Produktionsanteil BERAG nur für das zusammengefasste Gebiet und nicht für die einzelnen Postleitzahlen berechnet. Dem zusammengefassten Gebiet der Stadt Bern werden zusätzlich alle Lieferungen zugerechnet, bei welchen die ungültige Postleitzahl 3000 eingetragen ist.

196. Ein weiterer Grund dafür, dass die in den Lieferscheindaten der Belagswerke eingetragenen Postleitzahlen in manchen Fällen nicht korrekt sein könnten, besteht darin, dass Strassenbaustellen sich zum Teil über mehrere Postleitzahlen erstrecken.²⁴⁰ Bei solchen Baustellen ist in den Lieferscheindaten trotzdem nur eine Postleitzahl eingetragen. Dadurch wird ein Teil der gelieferten Menge falschen Postleitzahlen zugeordnet.

197. Es ist davon auszugehen, dass solche Fehlzuordnungen keine bestimmte Systematik aufweisen: Es gibt keine Hinweise darauf, dass immer die gleiche Postleitzahl in den Lieferscheindaten eingetragen wird, wenn sich eine Baustelle über mehrere Postleitzahlen erstreckt. Deshalb ist davon auszugehen, dass sich diese Fehlzuordnungen ausgleichen, da Lieferungen an zahlreiche Baustellen über einen Zeitraum von immerhin acht Jahren in aggregierter Form ausgewertet werden.

198. Ausserdem erfolgt selbst in den erwähnten Fällen keine völlig falsche Zuordnung: Vielmehr wird lediglich ein Teil der Menge anderen Postleitzahlen zugeordnet. Diese anderen Postleitzahlen dürften zudem in der Regel in der Nähe der in den Lieferscheindaten eingetragenen Postleitzahl liegen, da sie an der gleichen Strasse liegen.

199. Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass allfällige Fehler in Bezug auf die in den Lieferscheindaten eingetragenen Postleitzahlen, soweit sie nicht ohnehin bei der Auswertung durch das Sekretariat berücksichtigt werden konnten, die nachfolgenden Ergebnisse nicht zu beeinträchtigen vermögen.

200. Zu **b**: In Tabelle 6 ist für alle Werke, welche Lieferscheindaten einreichen, der Anteil an der insgesamt von diesen Werken ausgelieferten Menge aufgelistet, für welche in den Lieferscheindaten keine oder keine gültige Postleitzahl angegeben ist. Dieser Anteil ist bei den Lieferscheindaten der BERAG mit 13,7 % relativ gering. Bei den anderen drei Werken, die Lieferscheindaten einreichen, sind hingegen gar keine Baustellen-Postleitzahlen eingetragen.

²³⁹ Act. I.190, Antwort auf Frage 6.

²⁴⁰ Vgl. Act. I.190, Antwort auf Frage 6.

201. Aus diesem Grund durchsuchte das Sekretariat die in den Lieferscheindaten dieser Werke enthaltenen Baustellen-Adressen nach Orts- und Strassennamen, welche einer Postleitzahl zugeordnet werden können. Eine solche Zuordnung ist bei den meisten Lieferungen möglich. Der Anteil an der insgesamt von diesen Werken ausgelieferten Menge, für welche keine oder keine gültige Postleitzahl eingetragen ist und auch keine zugeordnet werden kann, ist in der rechten Spalte von Tabelle 6 aufgelistet.

Tabelle 6: Fehlende Baustellen-Postleitzahlen 2011–2018.

Werkstandort	Keine gültige PLZ eingetragen	PLZ kann nicht zugeordnet werden
Busswil	100,0 %	26,2 %
Heimberg	100,0 %	41,6 %
Oberwangen	100,0 %	32,8 %
Rubigen	13,7 %	6,9 %

202. Wie aus Tabelle 6 hervorgeht, ist bei manchen Lieferungen der aufgeführten vier Werke keine Zuordnung zu einer Postleitzahl möglich. Ein ähnliches Problem ergibt sich bei Werken, welche die entsprechenden Daten nicht für den ganzen Zeitraum 2011–2018 einreichen konnten (vgl. Fn 238 vorne): In beiden Fällen ist die räumliche Verteilung der gelieferten Mengen auf Baustellen-Postleitzahlen für einen Teil der Lieferungen eines Werks unbekannt.

203. Für den weit grösseren Teil der Lieferungen dieser Werke kann hingegen eine Baustellen-Postleitzahl zugeordnet werden. Deshalb ist es möglich, die räumliche Verteilung für die Lieferungen ohne Angaben von Baustellen-Postleitzahlen unter der folgenden Annahme zu berechnen: Es ist davon auszugehen, dass sich die räumliche Verteilung der Lieferungen, welchen eine Baustellen-Postleitzahl zugeordnet werden kann, nicht wesentlich von der räumlichen Verteilung der Lieferungen, welchen keine Baustellen-Postleitzahl zugeordnet werden kann, unterscheidet. Deshalb werden die Lieferungen, welchen keine Baustellen-Postleitzahl zugeordnet werden kann, analog zur für jedes Werk bekannten Verteilung auf die tatsächlich belieferten Baustellen-Postleitzahlen verteilt.

204. Die BERAG bringt vor, dieses Vorgehen sei «*nur möglich, wenn die Mengen sich im ganzen Liefergebiet gleich verteilen würden*»²⁴¹. Das sei nicht der Fall, «*da die Standorte der Baustellen zeitlich und örtlich immer wieder sehr stark variieren*»²⁴² würden.

205. Es ist unklar, was die BERAG unter der geforderten gleichen Verteilung der Mengen im ganzen Liefergebiet versteht. Klar ist hingegen, dass die nachfolgenden Auswertungen nur dann beeinträchtigt werden könnten, wenn die räumliche Verteilung der Baustellen wesentlich anders ausfallen würde, je nachdem ob der Baustelle eine Postleitzahl zugeordnet werden kann oder nicht. Dafür gibt es wie erwähnt keine Anhaltspunkte. Das Vorbringen der BERAG in Bezug auf die «*zeitlich und örtlich immer wieder sehr stark*» variierenden Baustellenstandorte ändert daran nichts: Es ist unbestritten, dass die Asphaltmischgutwerke der Region nicht jedes Jahr die exakt gleichen Baustellen beliefern. Zwar werden bestehende Strassen regelmässig ausgebessert. Vollständige Erneuerungen des Strassenbelags finden aber nicht alljährlich statt. Ausserdem gibt es immer wieder neue Baustellen. Dadurch entsteht tatsächlich eine gewisse Variation in Bezug auf die räumliche Verteilung der belieferten Baustellen. Daraus folgt aber nicht, dass Baustellen, welchen eine Postleitzahl zugeordnet werden kann, räumlich anders verteilt sind als Baustellen, welchen keine Postleitzahl zugeordnet werden

²⁴¹ Act. VII.106, Rz 138.

²⁴² Act. VII.106, Rz 138 mit Verweis auf RPW 2000/4, 615 Rz 124, *Markt für Strassenbeläge*.

kann. Deshalb ist entgegen dem Vorbringen der BERAG davon auszugehen, dass die fehlenden Angaben zu den Baustellenpostleitzahlen einiger Werke die nachfolgenden Datenauswertungen nicht beeinträchtigen.

206. Aus den Lieferscheindaten und Mengenangaben der Belagswerke kann deshalb auf die vorangehend beschriebene Art und Weise ein Datensatz erstellt werden, aus welchem für jedes der in Tabelle 4 aufgeführten Belagswerke für den Zeitraum 2011–2018 ersichtlich ist, an welche Baustellen-Postleitzahlen die insgesamt produzierte Menge Asphaltmischgut²⁴³ geliefert wurde. Auf dieser Grundlage können anschliessend das Liefergebiet der BERAG sowie die Markt- und Produktionsanteile der BERAG auf Ebene Postleitzahl dargestellt werden.

B.3.5.4 Liefergebiet BERAG

207. In Abbildung 11 ist dargestellt, wohin die BERAG das von ihr produzierte Asphaltmischgut liefert. Um die entsprechende Darstellung möglichst übersichtlich zu halten, werden nur Postleitzahlen eingefärbt, die im Zeitraum 2011–2018 mit mindestens 100 t Asphaltmischgut beliefert wurden. Bei der maximalen Menge von [...] t handelt es sich um die an die zu einem einzigen Gebiet zusammengefassten Postleitzahlen der Stadt Bern gelieferten Mengen (vgl. Rz 195 vorne).

Abbildung 11: Liefergebiet BERAG 2011–2018.

[...]

Quelle: Lieferscheindaten BERAG (vgl. Tabelle 28 im Appendix).

208. Aus Abbildung 11 geht hervor, dass die BERAG einen grossen Teil der von ihr hergestellten Mengen in die Städte Bern und Thun sowie die dazwischenliegenden Postleitzahlen liefert. Richtung Süden liefert die BERAG über weitere Distanzen als Richtung Norden. Die Werke im Süden der BERAG sind im Vergleich zu den Werken im Norden und Osten weniger leistungsfähig (vgl. Rz 151 ff. vorne).

B.3.5.5 Marktanteil BERAG nach Baustellen-Postleitzahl

209. In Abbildung 12 sind die Marktanteile der BERAG für Postleitzahlen eingezeichnet, die von allen Belagswerken insgesamt im Zeitraum 2011–2018 mit mindestens 100 t Asphaltmischgut beliefert wurden. Der Marktanteil der BERAG entspricht dem Anteil der BERAG an der insgesamt im abgegrenzten Gebiet an externe Kunden und Kundinnen²⁴⁴ verkauften Menge Asphaltmischgut.

Abbildung 12: Marktanteil BERAG 2011–2018.

[...]

Quelle: Mengenangaben der Belagswerke (vgl. Tabelle 28).

210. Aus Abbildung 12 geht hervor, dass die BERAG in den Postleitzahlen, die in der Nähe ihres Werks in Rubigen liegen, über hohe Marktanteile verfügt. Diese Zahlen sind mit der Einschätzung von [N13], [...], konsistent.²⁴⁵

²⁴³ Dabei wurden entgegen der Behauptung der BERAG (vgl. Act. VII.106, Rz 137) sämtliche Lieferungen berücksichtigt – auch solche an Arbeitsgemeinschaften.

²⁴⁴ «Externe Kunden und Kundinnen» sind Privatpersonen oder Gesellschaften, die gemäss Art. 963 OR nicht Teil der gleichen Konzernrechnung wie das Asphaltmischgut liefernde Belagswerk sind.

²⁴⁵ Act. IV.3, Zeilen 309–311.

B.3.5.6 Produktionsanteil BERAG nach Baustellen-Postleitzahl

211. Manche Belagswerke liefern einen grossen Teil des von ihnen produzierten Asphaltmischguts an konzerninterne Abnehmer: Das trifft auf die Belagswerke der [F3] in Oberwangen und Busswil zu. Die [F3] ist selber im Markt für Strassenbau tätig. Auch die Belagswerke der Marti AG Solothurn in Walliswil, der Frutiger-Gruppe in Sundlauenen (AG Balmholz) sowie der [F9] in Heimberg gehören zu vertikal integrierten Bauunternehmungen (vgl. Tabelle 4 vorne) und liefern deshalb einen grossen Teil ihrer Produktion an konzerninterne Abnehmer.

212. Da es sich bei konzerninternen Lieferungen nicht um Verkäufe zu einem zwischen unabhängigen Marktteilnehmern ausgehandelten Marktpreis handelt, werden sie bei der Berechnung der Marktanteile nicht berücksichtigt. Trotzdem sind auch diese Lieferungen zur Beurteilung der Marktverhältnisse relevant, da diese genauso wie die Verkäufe an konzernexterne Abnehmer den nachgelagerten Markt für Strassenbau erreichen. Deshalb werden in Abbildung 13 die Produktionsanteile der BERAG wiederum auf Ebene Postleitzahl dargestellt. Dabei handelt es sich um den Anteil der BERAG an der insgesamt im abgegrenzten Gebiet an interne und externe Kunden und Kundinnen verkauften Menge Asphaltmischgut.

Abbildung 13: Produktionsanteil BERAG 2011–2018.

[...]

Quelle: Mengenangaben der Belagswerke (vgl. Tabelle 28).

213. Aus Abbildung 13 geht hervor, dass die Produktionsanteile der BERAG tiefer sind als ihre Marktanteile. Das liegt daran, dass keine der Aktionärinnen der BERAG diese kontrolliert. Deshalb handelt es sich bei allen Lieferungen der BERAG um Lieferungen an konzernexterne Abnehmer.

B.3.5.7 Markt- und Produktionsanteil BERAG nach Fahrzeit-Radius

214. Die Messung von Markt- und Produktionsanteilen auf Ebene Postleitzahl erlaubt eine geografisch differenzierte Betrachtung. Sie hat aber den Nachteil, dass in den einzelnen Postleitzahlen nur relativ selten ein grösseres Strassenbauprojekt ausgeschrieben wird. Die Zuschlagserteilung für ein einziges Projekt kann deshalb die auf Ebene Postleitzahl gemessenen Markt- und Produktionsanteile stark beeinflussen. Ausserdem erstrecken sich wie erwähnt manche grösseren Projekte über mehrere Postleitzahlen, werden aber nur einer einzigen Postleitzahl zugeordnet (vgl. Rz 196 f. vorne). Aus diesen Gründen werden der Markt- und der Produktionsanteil der BERAG nachfolgend zusätzlich für grössere Gebiete berechnet.

215. Diese Messung von Markt- und Produktionsanteil der BERAG erfolgt für verschiedene durch den Fahrzeit-Radius ab dem Werk der BERAG in Rubigen definierte Gebiete. Das dem Fahrzeit-Radius von 30 Minuten zugeteilte Gebiet entspricht zum Beispiel allen Postleitzahlen, die in weniger als 30 Minuten Fahrzeit ab dem Werk in Rubigen mit einem Lastwagen erreicht werden können.

216. Da die Fahrzeit im Wesentlichen die Transportkosten bestimmt (vgl. Rz 115 vorne) und diese im Vergleich zu den Herstellungskosten eine wichtige Rolle spielen, hat die Fahrzeit zwischen der zu beliefernden Baustelle und den umliegenden Werken einen wesentlichen Einfluss auf die Wettbewerbssituation: Das am nächsten bei der zu beliefernden Baustelle gelegene Werk hat einen Transportkostenvorteil im Vergleich zu weiter entfernten Werken. Die Grösse dieses Vorteils ist von der Differenz zu den Fahrzeiten der konkurrierenden Werke abhängig.

217. Im vorliegenden Fall befinden sich in allen Richtungen ab dem Werk der BERAG etwa ähnlich weit entfernte andere Werke (vgl. Tabelle 5 vorne).²⁴⁶ Aus diesem Grund kann im vorliegenden Fall die Messung von Markt- und Produktionsanteil der BERAG für verschiedene Fahrzeit-Radien einen Beitrag zur Einschätzung der Marktverhältnisse leisten.

218. Neben dem Markt- und dem Produktionsanteil der BERAG ist in Abbildung 14 auch der sogenannte Ausstossanteil der BERAG für die verschiedenen Fahrzeit-Radien angegeben. Dabei handelt es sich um den Anteil an der Gesamtproduktion der BERAG, der von der BERAG an innerhalb des Fahrzeit-Radius gelegene Baustellen geliefert wurde. Dieser Ausstossanteil liegt zum Beispiel bei einem Fahrzeit-Radius von 32 Minuten bei rund zwei Dritteln. Das bedeutet, dass die BERAG zwei Drittel ihrer Gesamtproduktion an Baustellen liefert, die in weniger als 32 Fahrminuten ab dem Werk der BERAG in Rubigen erreicht werden können.

219. Aus Abbildung 14 geht hervor, dass die BERAG im Umkreis ihres Werks in Rubigen über hohe Markt- und Produktionsanteile verfügt. Diese nehmen mit zunehmendem Fahrzeit-Radius ab. Hingegen nimmt der Ausstossanteil mit zunehmendem Fahrzeit-Radius zu.²⁴⁷ Wird der Fahrzeit-Radius von 25 auf 26 vergrössert, nimmt der Ausstossanteil der BERAG sprunghaft zu. Dieser Sprung ist darauf zurückzuführen, dass die Postleitzahlen der Stadt Bern zu einem einzigen Gebiet zusammengefasst wurden (vgl. Rz 194 f. vorne). Die Fahrzeit zwischen dem Werk in Rubigen und dem so zusammengefassten Gebiet beträgt 25,7 Minuten. Da die BERAG grosse Mengen an Asphaltmischgut in die Stadt Bern liefert, ist an dieser Stelle eine starke Zunahme des Ausstossanteils zu verzeichnen.

Abbildung 14: Markt-, Produktions- und Ausstossanteil BERAG 2011–2018 nach Fahrzeit-Radius.

[...]

Quelle: Mengenangaben der Belagswerke (vgl. Tabelle 28).²⁴⁸

B.3.5.8 Kennzahlen für einen Fahrzeit-Radius von 32 Minuten

220. Nachfolgend wird die Entwicklung von Markt-, Produktions- und Ausstossanteil der BERAG im Verlauf des Zeitraums 2011–2018 dargestellt. Ausserdem wird die Verteilung von Markt- und Produktionsanteilen auf die verschiedenen Belagswerke betrachtet. Die entsprechenden Darstellungen werden nicht für alle möglichen Fahrzeit-Radien, sondern nur für den Fahrzeit-Radius von 32 Minuten dargestellt. Dabei handelt es sich um den kleinsten Fahrzeit-Radius, für welchen die BERAG einen Ausstossanteil von mehr als zwei Dritteln erreicht. Das entsprechende Gebiet ist in Abbildung 15 eingezeichnet²⁴⁹ und wird nachfolgend als «*Kernliefergebiet der BERAG*» bezeichnet.

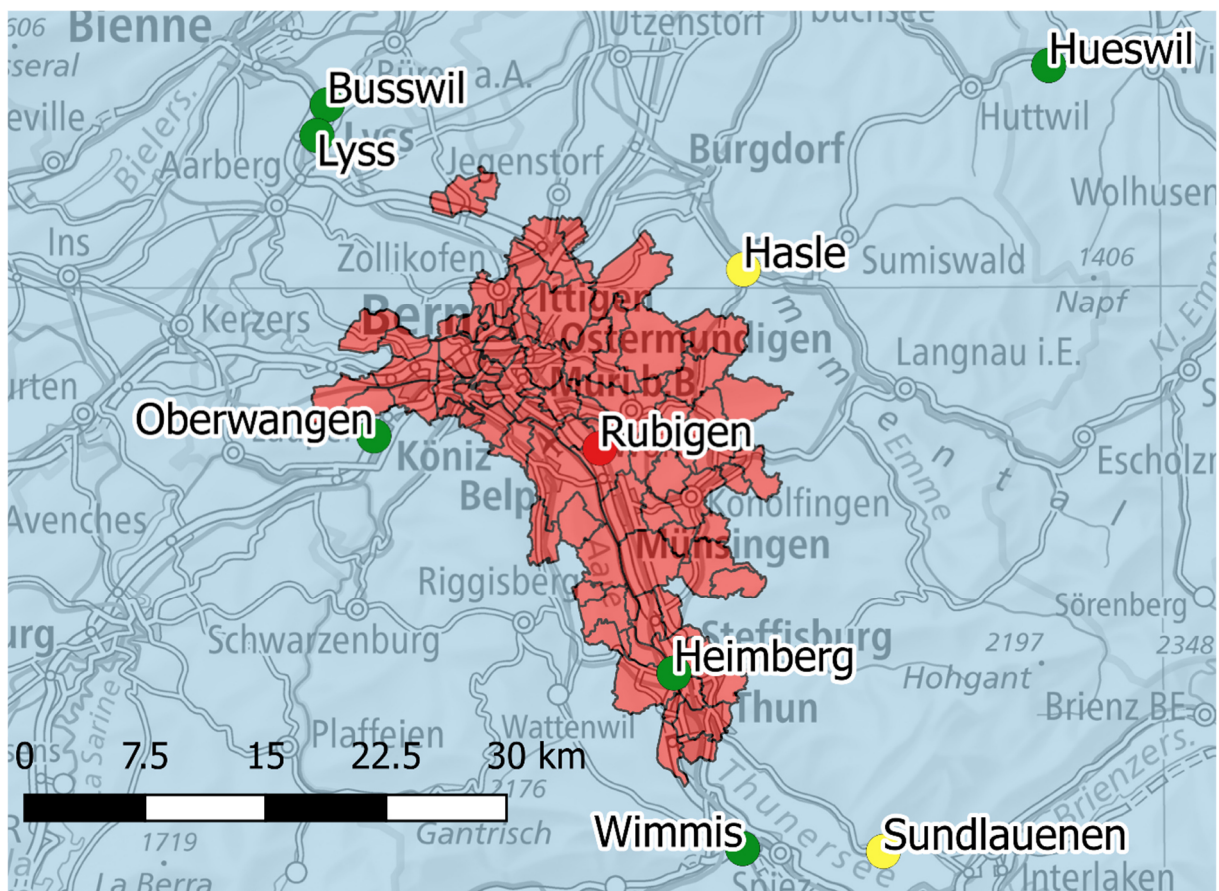
²⁴⁶ Einzig das Werk in Heimberg ist etwas näher bei der BERAG gelegen. Dabei handelt es sich aber um ein relativ altes Werk [...], welches deshalb nur wenig Ausbausphal beimischen kann, was zu höheren Produktionskosten führt (vgl. Rz 31 ff. vorne). [...] (Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates der [F8] vom 3. Dezember 2018, Traktandum 5, Act. III.D.19).

²⁴⁷ Das ist per Definition der Fall: Wird der Fahrzeitradius um eine Minute vergrössert, können möglicherweise zusätzliche Postleitzahlen innerhalb der vergrösserten Fahrzeit erreicht werden.

²⁴⁸ Die Mengenangaben der Belagswerke liegen auf Ebene Postleitzahl vor. Deshalb werden die Fahrzeiten zwischen dem Werk der BERAG und den belieferten Postleitzahlen wiederum über die Schnittstelle von here.com abgefragt. Genauere Angaben zur Definition der zur Abfrage verwendeten Koordinaten können Act. VII.1 entnommen werden.

²⁴⁹ Je nach der genauen Lage einer Postleitzahl kann ein grösserer Anteil der Strecke ab Rubigen auf der Autobahn zurückgelegt werden. Deshalb kann die Postleitzahl 3256 im Norden der Stadt Bern in weniger als 32 Minuten ab Rubigen erreicht werden, während die Fahrt in die weiter südlich gelegene Postleitzahl 3053 gerade etwas mehr als 32 Minuten in Anspruch nimmt. Dadurch entsteht ein «Loch» im in Abbildung 15 eingezeichnete Gebiet.

Abbildung 15: Postleitzahlen mit Fahrzeit < 32 Minuten ab BERAG.



Quelle: here.com.

221. In Tabelle 7 sind Markt-, Produktions- und Ausstossanteil der BERAG für jedes der Jahre 2011–2018 separat aufgeführt. Dabei fällt auf, dass der Ausstossanteil der BERAG in den Jahren 2017 und 2018 deutlich tiefer ausfällt als in den Vorjahren. Diese Veränderung ist zu einem wesentlichen Teil darauf zurückzuführen, dass die BERAG in den Jahren 2017 und 2018 im Gegensatz zu den Vorjahren relativ grosse Mengen in die ganz im Süden des Kantons Bern gelegenen Verwaltungskreise Obersimmental-Saanen und Frutigen-Niedersimmental lieferte. Dieser Umstand ist mit der Tatsache konsistent, dass das am nächsten bei diesen Verwaltungskreisen gelegene Belagswerk, die [F7] in Wimmis, Ende 2016 ihren Betrieb einstellte.

Tabelle 7: Kennzahlen für das Kernliefergebiet der BERAG (Lieferradius 32 Minuten).

[...]

Quelle: Mengenangaben der Belagswerke (vgl. Tabelle 28).

222. In Abbildung 16 ist die Verteilung der Marktanteile auf die verschiedenen Anbieter und Anbieterinnen im innerhalb von 32 Fahrminuten ab Rubigen erreichbaren Gebiet dargestellt. Dabei ist zu beachten, dass die Werke in Lyss und Niederbipp beide von der [F5] betrieben werden. Addiert man die Marktanteile dieser beiden Werke, ergibt sich ein Marktanteil der [F5] von [5–15] %. Damit verfügt die BERAG über einen um ein Vielfaches höheren Marktanteil als die nächst stärkste Konkurrentin.

Abbildung 16: Verteilung der Marktanteile, Fahrzeit-Radius 32 Minuten, 2011–2018.

[Rubigen: 60–70 %

Hasle: < 10 %

Lyss ([F5]): < 10 %

Oberwangen: < 10 %

Heimberg: < 10 %

Niederbipp ([F5]): < 10 %

Wimmis: < 10 %

Sundlauenen: < 10 %

Diverse: < 5 %]

Quelle: Mengenangaben der Belagswerke (vgl. Tabelle 28).

223. Die Verteilung der Produktionsanteile kann Abbildung 17 entnommen werden. Diesbezüglich ist nicht die [F5], sondern die [F3] die stärkste Konkurrentin der BERAG. Deren Werke in Oberwangen und Buswil erreichen gemeinsam einen Produktionsanteil von [5–15] %. Folglich erreicht die BERAG auch in Bezug auf den Produktionsanteil weit höhere Werte als die nächst stärkste Konkurrentin.

Abbildung 17: Verteilung der Produktionsanteile, Fahrzeit-Radius 32 Minuten, 2011–2018.

[Rubigen: 50–60 %

Oberwangen: < 15 %

Heimberg: < 15 %

Sundlauenen: < 10 %

Lyss ([F5]): < 10 %

Hasle: < 10 %

Walliswil: < 10 %

Wimmis: < 10 %

Niederbipp ([F5]): < 10 %

Diverse: < 5 %]

Quelle: Mengenangaben der Belagswerke (vgl. Tabelle 28).

B.3.5.9 Markt- und Produktionsanteile im Zeitraum 2004–2021

224. Die Markt- und Produktionsanteile der BERAG können nur für den Zeitraum 2011–2018 genau berechnet werden (vgl. Rz 191 sowie Act. VII.1). Nachfolgend wird geprüft, ob sich diese Kennzahlen während des Zeitraums 2004–2010 und 2019–2021 wesentlich von den für den Zeitraum 2011–2018 gemessenen Werten unterscheiden könnten.

225. Dazu ist zunächst zu berücksichtigen, dass 2004–2021 im Wesentlichen die gleichen in Tabelle 4 aufgeführten Werke Asphaltmischgut an die im Kernliefergebiet der BERAG (Radius

von 32 Fahrminuten um das Werk der BERAG) gelegenen Baustellen lieferten. Einzig die Werke in Wimmis und in Busswil waren nur während eines Teils des Zeitraums 2004–2021 als Anbieter von Asphaltmischgut aktiv: Das Werk in Busswil kann erst seit 2008 Asphaltmischgut herstellen,²⁵⁰ während das Werk in Wimmis Ende 2016 den Betrieb einstellte.²⁵¹

226. Im Zeitraum 2011–2018 musste sich die BERAG in ihrem Kernliefergebiet also gegen eine grössere Anzahl von Wettbewerbern und Wettbewerberinnen durchsetzen als im Zeitraum 2004–2007 oder im Zeitraum 2019–2021. Diese Überlegung spricht dafür, dass die Markt- und Produktionsanteile der BERAG im Zeitraum 2004–2010 und im Zeitraum 2019–2021 tendenziell höher ausfallen als die für den Zeitraum 2011–2018 gemessenen Kennzahlen.

227. Der Einfluss des Neueintritts des Werks Busswil im Jahr 2008 und der Schliessung des Werks in Wimmis Ende 2016 auf die Markt- und Produktionsanteile der BERAG dürfte sich aber in Grenzen halten, da es sich bei diesen Werken nur um schwache Konkurrentinnen der BERAG handelt: Sowohl der Markt- als auch der Produktionsanteil des Werks in Busswil liegen im Zeitraum 2011–2018 im Kernliefergebiet der BERAG unter 1 %; das Werk in Wimmis erreicht einen Marktanteil von rund 2,5 % und einen Produktionsanteil von rund 2 % (vgl. Abbildung 16 und Abbildung 17 vorne). Deshalb ist davon auszugehen, dass weder der Neueintritt des Werks Busswil noch die Schliessung des Werks Wimmis einen wesentlichen Einfluss auf die Markt- und Produktionsanteile der BERAG in ihrem Kernliefergebiet hatte.

228. Zusätzlich zu den erwähnten Schliessungen und Neueröffnungen ist zu berücksichtigen, dass verschiedene Werke im Zeitraum 2004–2021 ihre Anlagen erneuerten. Diese Erneuerungen können dazu führen, dass zu tieferen Kosten produziert werden kann; zum Beispiel weil der Anteil des beimischbaren Ausbausphalts durch den Einbau einer Paralleltrommel erhöht wird. Während die BERAG im ganzen Zeitraum 2004–2021 über eine Paralleltrommel verfügte, haben manche anderen Werke erst nach 2004 eine Paralleltrommel eingebaut oder verfügen noch heute über keine solche Anlage (vgl. Rz 169 ff. vorne). Dieser Umstand spricht dafür, dass die Markt- und Produktionsanteile der BERAG im Zeitraum 2004–2010 jedenfalls nicht tiefer ausfallen als im Zeitraum 2011–2018.

229. Werkserneuerungen können nicht nur zu einer Senkung der Produktionskosten führen, oft wird dabei auch die Leistung der Anlage erhöht. Die von der BERAG ab 2011 in Betrieb genommene neue Anlage [...].²⁵² Die jährlich produzierte Menge [...].²⁵³

230. Neben der BERAG haben fünf weitere Werke ihre Leistung im Zeitraum 2004–2021 erhöht: Es handelt sich um die Werke in [...]. Alle anderen Werke weisen eine konstante Leistung auf.²⁵⁴

231. Da die BERAG im gesamten Zeitraum 2004–2021 über eine Anlage mit einigermaßen konstanter Leistung verfügt, ist davon auszugehen, dass die Erhöhung der Leistung anderer Werke allenfalls dazu führen könnte, dass die Markt- und Produktionsanteile der BERAG im Zeitraum 2004–2010 höher ausfallen als im Zeitraum 2011–2018. Insbesondere die Anlage in Oberwangen verfügt ab [2008–2010] über eine [...] höhere Leistung. Da es sich dabei gemessen am Produktionsanteil um die stärkste Konkurrentin der BERAG handelt, ist die Marktstellung der BERAG vor dieser Werkserneuerung allenfalls noch stärker als im Zeitraum 2011–2018.

²⁵⁰ Act. V.11.

²⁵¹ Act. V.17.

²⁵² Act. I.190.

²⁵³ Act. III.A.284, S. 7.

²⁵⁴ Act. V.7 (Hüswil); Act. V.8 (Hasle); Act. V.9 (Sundlauenen); Act. V.11 (Oberwangen und Busswil); Act. V.12 (Lyss und Niederbipp); Act. V.13 (Gunzgen); Act. V.14 (Boningen); Act. V.15 (Heimberg); Act. V.16 (Walliswil); Act. V.17 (Wimmis); Act. I.190 (Rubigen).

232. Spätestens im Jahr 2018 sind alle der erwähnten Werkserneuerungen abgeschlossen. In diesem Jahr liegt der Marktanteil der BERAG in ihrem Kernliefergebiet leicht unter dem Durchschnitt der Jahre 2011–2018 (vgl. Tabelle 7 vorne). Ihr Produktionsanteil liegt hingegen leicht über dem Durchschnitt der Jahre 2011–2018. Da anschliessend keine wesentlichen Veränderungen in Bezug auf Werkserneuerungen oder Markteintritte oder –Austritte erfolgten, ist davon auszugehen, dass der Markt- und der Produktionsanteil der BERAG in den Jahren 2019–2021 ähnlich hoch ausfallen wie im Jahr 2018 und damit ähnlich hoch wie im Durchschnitt der Jahre 2011–2018.

233. Aus diesen Gründen ist zusammenfassend festzuhalten, dass die für den Zeitraum 2011–2018 gemessenen Markt- und Produktionsanteile der BERAG in ihrem Kernliefergebiet zur Einschätzung der Marktstellung der BERAG im gesamten Zeitraum 2004–2021 herangezogen werden können.

B.3.5.10 Markteintrittsschranken

234. Für die Eröffnung eines neuen Belagswerks bestanden im Zeitraum 2004–2020 hohe Hürden. Für die Errichtung und den Betrieb eines Belagswerks sind Bewilligungen erforderlich. Da Belagswerke Geruchs- und Geräuschemissionen verursachen, werden diese nicht ohne Weiteres erteilt. Ausserdem muss ein Bedarfsnachweis erbracht werden. Insbesondere in Gebieten mit einer hohen Dichte von Belagswerken ist es aus diesem Grund schwierig, ein neues Werk an einem Standort zu erstellen, an welchem es noch kein Belagswerk gibt.²⁵⁵ Deshalb ist es oft einfacher, ein bestehendes Werk zu übernehmen, als ein Neues zu errichten.²⁵⁶

235. Ein weiterer Grund besteht darin, dass die Sicherstellung des Zugangs zu lokal abgebautem Kies sehr schwierig gewesen wäre. Der Kiesliefervertrag der BERAG mit den lokalen Kiesproduzenten setzt die Zustimmung der BERAG für die Belieferung anderer Belagswerke voraus und die Eröffnung einer neuen Kiesgrube wäre wenn überhaupt nur zu hohen Kosten und mit jahrelanger Vorlaufzeit möglich gewesen (vgl. Rz 160 f. vorne). Gesteinskörnungen können zwar über weite Distanzen transportiert werden, dadurch würden aber erhebliche Kosten anfallen.

236. Eine weitere Markteintrittsschranke ist das für den erfolgreichen Betrieb eines Belagswerks erforderliche Know-How.²⁵⁷ Auch der Zugang zur Marktgegenseite hätte sich für ein neu in den Markt eintretendes Werk angesichts der engen Verbindungen zwischen den bestehenden Belagswerken und den Strassenbauunternehmungen schwierig gestaltet. Zudem sind allein für eine neue Anlage Investitionen in der Höhe von mehr als [8–12] Mio. Fr. erforderlich.²⁵⁸

237. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass sich zahlreiche potenzielle Konkurrenten und Konkurrentinnen durch die Unterzeichnung des Gründervertrags der BERAG dazu verpflichteten, diese nicht durch die Eröffnung eigener Belagswerke oder den Erwerb von Beteiligungen an bestehenden Belagswerken innerhalb eines bestimmten Radius um das Werk der BERAG zu konkurrenzieren (vgl. Rz 440 ff. hinten).

238. Tatsächlich wurden im Untersuchungszeitraum im Raum Bern keine Belagswerke an neuen Standorten errichtet. Stattdessen wurden die Anlagen zahlreicher bestehender Werke vollständig erneuert oder teilweise modernisiert.²⁵⁹

²⁵⁵ Act. IV.10, Zeilen 159–167.

²⁵⁶ Act. IV.10, Zeilen 168–171.

²⁵⁷ Act. IV.9, Zeilen 120–128.

²⁵⁸ Act. III.A.10.

²⁵⁹ Act. I.190; Act. V.7; Act. V.8; Act. V.9; Act. V.11; Act. V.12; Act. V.13; Act. V.14; Act. V.15; Act. V.16; Act. V.17.

B.3.5.11 Beweisergebnis

239. Kleine Mengen Asphaltmischgut werden in der Regel zum Listenpreis verkauft. Bei größeren Mengen holen die Bauunternehmungen hingegen Offerten bei verschiedenen Belagswerken ein und erhalten in der Regel einen Rabatt auf den Listenpreis.

240. Die BERAG liefert rund zwei Drittel des von ihr produzierten Asphaltmischguts an Baustellen, die innerhalb von 32 Fahrminuten ab dem Werk der BERAG in Rubigen erreicht werden können. In diesem Kernliefergebiet erreicht die BERAG einen Marktanteil von rund [60–75 %] und einen Produktionsanteil von rund [45–55] %. Sowohl der Markt- als auch der Produktionsanteil der BERAG im innerhalb von 32 Fahrminuten ab Rubigen erreichbaren Gebiet sind um ein Vielfaches höher als die entsprechenden Anteile des nächst stärksten Konkurrenten bzw. der nächst stärksten Konkurrentin.

241. Die Eintrittsschranken zum Markt für Asphaltmischgut sind hoch.

B.4 Vorzugskonditionen der Aktionärinnen der BERAG

B.4.1 Übersicht

242. In diesem Kapitel wird untersucht, ob die Aktionärinnen der BERAG im Vergleich zu Nichtaktionären Asphaltmischgut zu besseren Konditionen beziehen konnten. Dabei steht eine allfällige Ungleichbehandlung in Bezug auf die Preise für Asphaltmischgut im Vordergrund. In einem ersten Abschnitt wird untersucht, ob die Preispolitik der BERAG im Grundsatz eine Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären vorsah (Rz 245 ff.). Anschliessend wird eine allfällige Ungleichbehandlung in Bezug auf die drei im Markt für Asphaltmischgut relevanten Preise untersucht (vgl. Rz 183 ff. vorne): Die Listenpreise (Rz 256 ff.), die Offertpreise (Rz 287 ff.) und die Endpreise (Rz 304 ff.).

243. Zusätzlich zur Ungleichbehandlung in Bezug auf die Preise von Asphaltmischgut wird die allfällige Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären in Bezug auf weitere Konditionen untersucht (Rz 354 ff.).

244. Anschliessend wird abgeklärt, welchen Zweck die BERAG mit der allfälligen Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären verfolgte (Rz 367 ff.) und wie sich diese Ungleichbehandlung auf den Wettbewerb auswirkte (Rz 382 ff.). Schliesslich werden die Beweisergebnisse der einzelnen Abschnitte in einer Gesamtschau gewürdigt und zusammengefasst (Rz 388).

B.4.2 Grundsatz der Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären

B.4.2.1 Beweisthema

245. Nachfolgend wird untersucht, ob die Preispolitik der BERAG im Grundsatz eine Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären vorsah. Zu diesem Zweck werden in diesem Abschnitt nur Beweismittel erörtert, die allgemeine Aussagen enthalten, die nicht ausschliesslich einen der nachfolgend diskutierten Preise (Listenpreis, Offertpreis, Endpreis) betreffen.²⁶⁰

B.4.2.2 Beweismittel

246. Die Behörde stützt sich zur Untersuchung des Grundsatzes der Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären im Wesentlichen auf die nachfolgend aufgeführten Beweismittel.

B.4.2.2.1 Urkunden

- Gründervertrag unter den Aktionärinnen der BERAG vom 23. Dezember 1976.²⁶¹

In Artikel 7 ist die «Preisgestaltung» der BERAG folgendermassen beschrieben: «Die Aktionäre erhalten das vom Belagslieferwerk Rubigen AG gelieferte Belagsmischgut zu einem, jeweils vom Verwaltungsrat festgelegten Vorzugspreis. Die Vergünstigung gegenüber Drittbezüger beträgt mindestens 5 %.»

²⁶⁰ Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Beweisergebnisse der nachfolgenden Abschnitte ebenfalls Rückschlüsse in Bezug auf den hier untersuchten Grundsatz erlauben. Genauso erlauben die in diesem Abschnitt diskutierten Beweismittel Rückschlüsse in Bezug auf die Ungleichbehandlung in Bezug auf die einzelnen Preise. Eine abschliessende Würdigung unter Einbezug sämtlicher Beweismittel erfolgt in Rz 114.

²⁶¹ Act. II.1, Art. 7.

- Dokument mit der Überschrift «Preispolitik der BERAG, heutige Handhabung (Diskussionspapier für den Verwaltungsrat, 19. April 2000, [Kürzel von N10])».²⁶²

Im Abschnitt «Grundsätze / Zielsetzungen» ist unter anderem Folgendes festgehalten: *«Die Aktionäre geniessen gegenüber Dritten einen Preisvorteil (Aktionärspreisliste) und sind unter einander gleichgestellt (gleich lange Spiesse).»*
- Protokoll der Generalversammlung der BERAG vom 12. Mai 2003.²⁶³

Im Abschnitt «Umfrage und Orientierungen» ist Folgendes festgehalten: *«[N10] nimmt Bezug auf die im letzten Jahr oft gestellte Frage bezüglich der Preise an Nichtaktionäre. Die BERAG steht bezüglich Belagspreisen für gleich lange Spiesse unter den Aktionären (gleicher Preis ab Werk) ein. Drittkunden bezahlen einen höheren Preis als die Aktionäre.»*
- Bericht der internen Revisoren der BERAG bezüglich der am 3. Mai 2004 durchgeführten Prüfung.²⁶⁴

Unter der Überschrift «Belagspreise» ist Folgendes festgehalten: *«Die BERAG steht bezüglich Belagspreise für gleich lange Spiesse unter den Aktionären (gleicher Preis ab Werk) ein. Drittkunden bezahlen einen höheren Preis als Aktionäre [...]. Wir werden das Schwergewicht der nächsten Prüfung darauf legen [...].»*
- Schreiben der Cäsar Bay AG Bauunternehmung an die BERAG vom 27. November 2008.²⁶⁵

Die Cäsar Bay AG Bauunternehmung meldet ihr Interesse am Erwerb von BERAG-Aktien an: *«Wir sind ebenfalls im Kleintiefbau tätig und beziehen Material bei der BERAG. Aus diesem Grund melden wir das Interesse an der Übernahme dieser Aktien an.»*
- Schreiben der Peter Batt AG an die BERAG vom 5. Mai 2010.²⁶⁶

Die Peter Batt AG meldet ihr Interesse am Erwerb von BERAG-Aktien an: *«In den letzten fünf Jahren haben wir auch einen Teil unserer Menge bei der BERAG AG bezogen, wobei wir vermehrt feststellen mussten, dass leider die Preispolitik für Bezüge ausserhalb der Aktionärspreisliste für uns nicht sehr interessant sind. Deshalb sahen wir uns gezwungen die grösseren Mengen ausserhalb der BERAG einzukaufen. Als Firma welche jedoch klar im Einzugsgebiet Ihrer Anlage operativ tätig ist, wären wir jedoch am Erwerb von BERAG Aktien sehr interessiert.»*
- Protokoll der Sitzung der Betriebskommission der BERAG vom 22. November 2010.²⁶⁷

Die Betriebskommission diskutiert die Asphaltmischgutpreise für ein spezifisches Objekt und hält fest: *«[N3] garantiert, dass die BERAG Aktionäre immer den tiefsten Preis erhalten».*

²⁶² Act. II.4, Traktandum 5.

²⁶³ Act. III.A.66.

²⁶⁴ Act. III.C.13.

²⁶⁵ Act. III.A.127.

²⁶⁶ Act. II.31.

²⁶⁷ Act. III.A.161, Traktandum 5.

B.4.2.2.2 Aussagen der BERAG

247. [N10], [...], sagte an der Parteieinvernahme vom 7. März 2019 aus, dass «*es auch heute noch einen preislichen Vorteil der Aktionäre*» gebe.²⁶⁸ Ein Grund dafür, dass Strassenbauunternehmungen an der BERAG beteiligt seien, bestehe darin, dass sich diese «*bessere Konditionen*» erhofften.²⁶⁹

248. [N2], [...], sagte an der Parteieinvernahme vom 8. März 2019 aus, der Vorteil einer Beteiligung an der BERAG bestehe darin, dass man als Aktionärin Aktionärspreislisten habe und berechtigt sei, einen Treuebonus zu beziehen.²⁷⁰ Das unternehmerische Risiko der Aktionärinnen werde durch tiefere Bezugspreise für Aktionärinnen entgolten.²⁷¹

B.4.2.2.3 Aussagen von Aktionärinnen der BERAG

249. [N21], [...], sagte an der Parteieinvernahme vom 2. Mai 2019 aus, ein Vorteil der Beteiligung an der BERAG bestehe darin, dass Aktionärinnen insbesondere bei kleineren Bezügen bis Fr. 2000.– einen «*besseren Preis als den gewöhnlichen Listenpreis*» erhalten würden.²⁷²

250. [N17], [...], sagte an der Parteieinvernahme vom 8. Mai 2019 aus, durch die Beteiligung an der BERAG würde die Cäsar Bay AG «*bessere Konditionen für den Bezug von Kleinstmengen an Belag*» erhalten. Bei kleinen Mengen bezahle man den Listenpreis. Bei grösseren Mengen würde es hingegen keine Rolle spielen, ob man bei der BERAG Aktionärin sei oder nicht.²⁷³

B.4.2.3 Würdigung der Beweismittel

251. Im Gründervertrag der BERAG ist festgehalten, dass die Aktionärinnen zu günstigeren Preisen beliefert werden sollen als die Nichtaktionäre.²⁷⁴ Der [...], [N10], bekräftigte diesen Grundsatz in einem internen Dokument aus dem Jahr 2000²⁷⁵ sowie anlässlich der Generalversammlung der BERAG im Jahr 2003.²⁷⁶ Die internen Revisoren der BERAG prüften im Jahr 2004, ob dieser Grundsatz eingehalten wurde.²⁷⁷ Damit ist erstellt, dass die BERAG ihren Aktionärinnen jedenfalls bis 2004 grundsätzlich bessere Konditionen gewährte als Nichtaktionären.

252. Im Jahr 2010 versicherte der [...], [N3], den Mitgliedern der Betriebskommission der BERAG, dass die Aktionärinnen «*immer den tiefsten Preis*» erhalten würden.²⁷⁸ Daraus geht nicht klar hervor, ob ausschliesslich die Aktionärinnen den «*tiefsten Preis*» erhalten oder ob auch andere Kunden und Kundinnen zu diesem «*tiefsten Preis*» beziehen können. Hingegen ist klar, dass Aktionärinnen immer einen mindestens gleich guten Preis wie Nichtaktionäre erhielten.

²⁶⁸ Act. IV.4, Zeilen 319–321.

²⁶⁹ Act. IV.4, Zeilen 108–109.

²⁷⁰ Act. IV.5, Zeilen 133–135.

²⁷¹ Act. IV.5, Zeilen 189–192.

²⁷² Act. IV.13, Zeilen 125–126.

²⁷³ Act. IV.15, Zeilen 111–115.

²⁷⁴ Act. II.1.

²⁷⁵ Act. II.4.

²⁷⁶ Act. III.A.66.

²⁷⁷ Act. III.C.13; vgl. dazu auch das Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates der BERAG vom 26. März 2003, Traktandum 10 (Act. III.A.65). Daraus geht hervor, dass die BERAG einem Nichtaktionär bezüglich der Belieferung der Baustelle «*Wengi-Ey*» höhere Preise anbot als den Aktionärinnen der BERAG.

²⁷⁸ Act. III.A.161.

253. Die heutigen BERAG-Aktionärinnen Peter Batt AG (nachfolgend: Batt) und Cäsar Bay AG Bauunternehmung (nachfolgend: Bay) wurden beide Ende 2011 in das Aktionariat der BERAG aufgenommen. Beide Unternehmen sagten aus, dass Aktionärinnen kleine Mengen Asphaltmischgut zu günstigeren Preise beziehen können als Nichtaktionäre und dass dieser Preisvorteil ein Grund dafür gewesen sei, ein Aufnahmegesuch als Aktionärin der BERAG zu stellen.²⁷⁹ Die entsprechenden Aufnahmegesuche liegen der Behörde vor: Bay beantragte Ende 2008, als Aktionärin aufgenommen zu werden; Batt gelangte Mitte 2010 mit seinem Antrag an die BERAG. Die in den schriftlichen Anträgen enthaltenen Begründungen sind mit den Aussagen von Batt und Bay konsistent.²⁸⁰ Damit ist erstellt, dass die BERAG ihren Aktionärinnen jedenfalls bei kleinen Bezugsmengen auch nach 2004 bessere Konditionen gewährte als Nichtaktionären.

254. Sowohl [N10] als auch [N2] sagten aus, dass Aktionärinnen Asphaltmischgut zu tieferen Preisen beziehen könnten als Nichtaktionäre.²⁸¹ Auf Anfrage des Sekretariats bestätigte die BERAG ausserdem Ende August 2020, dass sich die Preispolitik der BERAG seit dem Zeitpunkt dieser Aussagen im Jahr 2019 nicht wesentlich verändert habe.²⁸² Da ausserdem die BERAG die Wettbewerbsbehörde seither nicht über allfällige Veränderungen der im Rahmen dieser Untersuchung relevanten Verhaltensweisen informiert hat, ist damit erstellt, dass die Aktionärinnen der BERAG von 2004 bis heute zu günstigeren Konditionen Asphaltmischgut beziehen konnten als Nichtaktionäre.

B.4.2.4 Beweisergebnis

255. Es ist erstellt, dass die Preispolitik der BERAG zumindest von 2004 bis heute vorsah, Aktionärinnen zu günstigeren Konditionen Asphaltmischgut zu verkaufen als Nichtaktionären.

B.4.3 Listenpreise

B.4.3.1 Beweisthema

256. In diesem Abschnitt wird untersucht,

- ob die BERAG zwei unterschiedliche Preislisten führte (Rz 265);
- wie gross der Preisunterschied zwischen den beiden Preislisten ausfiel (Rz 266 f.);
- nach welchen Kriterien die BERAG entschied, welche Preisliste auf welche Kunden und Kundinnen Anwendung fand (Rz 268 ff.).

B.4.3.2 Beweismittel

257. Die Behörde stützt sich zur Untersuchung der Listenpreise der BERAG im Wesentlichen auf die nachfolgend aufgeführten Beweismittel.

²⁷⁹ Act. IV.13, Zeilen 119–127 (Batt); Act. IV.15, Zeilen 110–115 (Bay).

²⁸⁰ Act. III.A.127 (Bay); Act. II.31 (Batt).

²⁸¹ Dabei ist zu berücksichtigen, dass entgegen der Aussage von [N2] auch Nichtaktionäre den Treuebonus beziehen können (vgl. Rz 420 hinten).

²⁸² Act. V.24.

B.4.3.2.1 Urkunden

- Preislisten der BERAG für den Zeitraum 2004–2019.²⁸³
- Entwurf des Protokolls der Sitzung der Betriebskommission vom 13. März 2009:²⁸⁴

«Der Verwaltungsrat hat in einem Zirkulationsbeschluss entschieden, die Nicht-Aktionärspreise (BRZ [Die BERAG ist Teil des Baustoff und Recyclingzentrums Rubigen, kurz BRZ] Ringbuch) auf den 1. März 2009 um [...] Fr./t zu senken.»
- Lieferscheindaten der BERAG für die Jahre 2018–2019 («Nevaris-Daten») sowie Erläuterungen der BERAG zu diesen Lieferscheindaten.²⁸⁵

B.4.3.2.2 Aussagen der BERAG

258. [N5], [...], sagte an der Parteieinvernahme vom 18. März 2019 aus, die BERAG führe zwei Preislisten. Auf die «Unternehmerpreisliste» hätten nur die Aktionärinnen der BERAG Zugriff. Die «Ringbuchpreisliste» sei hingegen auf dem Internet zugänglich. Nur die Aktionärinnen der BERAG könnten Belag zu den Preisen der Unternehmerpreisliste beziehen. Die Preise der beiden Listen würden sich um 10 bis 20 % unterscheiden. Diese Preisunterschiede würden im Verlauf der Zeit keinen «wahnsinnig grossen» Veränderungen unterliegen.²⁸⁶

259. [N10], [...], sagte an der Parteieinvernahme vom 7. März 2019 aus, die BERAG führe eine Aktionärspreisliste mit tieferen Preisen.²⁸⁷

260. [N12], [...], sagte an der Parteieinvernahme vom 6. März 2019 aus, er denke, dass es bei der BERAG jedenfalls seit 2009 keine unterschiedlichen Preislisten für Aktionärinnen und andere Kunden bzw. Kundinnen gebe. Ob das vor 2009 der Fall gewesen sei, entziehe sich seiner Kenntnis.²⁸⁸ Mit E-Mail vom 6. März 2019 bestätigte [N12], dass es 2019 keine Aktionärspreisliste gebe. 2014 habe es aber eine Unterscheidung zwischen «Aktionärspreisen» und «N-Aktionärspreisen» gegeben.²⁸⁹

261. [N2], [...], sagte an der Parteieinvernahme vom 8. März 2019 aus, die BERAG führe eine separate Preisliste für Aktionärinnen. Der Preisunterschied zwischen der Aktionärspreisliste und der normalen Preisliste betrage etwa 10 %, er könne diesen aber nicht genau angeben.²⁹⁰

262. [N3], [...], sagte an der Parteieinvernahme vom 15. März 2019 aus, die BERAG führe zwei Preislisten, die «Unternehmerpreisliste» und das «Ringbuch». Die Preise in der Unternehmerpreisliste seien tiefer als die Preise im Ringbuch. Die BERAG stelle die Unternehmerpreisliste nur «bedeutenden Strassenbauern» zu. Das Ringbuch werde hingegen tausendfach verschickt. Ausschlaggebend dafür, ob ein Kunde bzw. eine Kundin gemäss der Unternehmerpreisliste beziehen könne, sei, ob der Kunde oder die Kundin ein «bedeutendes Strassenbauunternehmen» sei; man müsse eine «nicht genau festgelegte, grössere Menge pro Jahr verbauen», damit gemäss der Unternehmerpreisliste bezogen werden könne. Die Unternehmerpreisliste gelte für alle Aktionärinnen der BERAG. Die BERAG unterscheide bei den Preislisten aber nicht zwischen Aktionärinnen und Nichtaktionären. Früher habe die

²⁸³ Act. V.21 (2004); Act. III.A.84 (2005); Act. III.A.90 (2006); Act. III.A.101 (2007); Act. III.A.124 (2008); Act. III.A.132 (2009); Act. V.21 (2010–2012); Act. III.A.194 (2013); Act. III.A.211 (2014); Act. III.A.244 (2015–2016); Act. III.A.263 (2017); Act. III.A.282 (2018); Act. III.D.20 (2019).

²⁸⁴ Act. II.23, Traktandum 3.

²⁸⁵ Vgl. Tabelle 28 im Appendix für eine Liste der entsprechenden Eingaben.

²⁸⁶ Act. IV.7, Zeilen 68–77 sowie 91–94.

²⁸⁷ Act. IV.4, Zeilen 298–300.

²⁸⁸ Act. IV.2, Zeilen 170–171.

²⁸⁹ Act. V.1.

²⁹⁰ Act. IV.5, Zeilen 182–186.

BERAG die «*Unternehmerpreisliste*» als «*Aktionärspreisliste*» bezeichnet. Die Handhabung dieser Preisliste habe sich durch die Änderung der Bezeichnung aber nicht verändert.²⁹¹

263. In ihrem Schreiben vom 25. September 2020 brachte die BERAG vor, der administrative und betriebliche Aufwand der BERAG sei bei kleineren Bezugsmengen pro Ladung (< 10 Tonnen) viel höher als bei grösseren. Die Differenz zwischen dem Preis für Kleinbezüger und dem «*Unternehmenspreis*» sei deshalb durch den höheren administrativen und betrieblichen Aufwand gerechtfertigt.²⁹²

264. In Ihrem Schreiben vom 31. August 2020 gab die BERAG an, dass sie im Jahr 2020 neben der öffentlich zugänglichen Ringbuchpreisliste eine Unternehmerpreisliste führte, welche den Aktionärinnen der BERAG zugestellt wurde. Die Preispolitik der BERAG habe sich seit Januar 2019 nicht wesentlich verändert.²⁹³

B.4.3.3 Würdigung der Beweismittel

B.4.3.3.1 Zwei unterschiedliche Preislisten

265. Für die Jahre 2004–2019 liegen jeweils zwei verschiedene Preislisten vor.²⁹⁴ Zudem bestätigten [N5], [N10], [N2] und [N3] übereinstimmend, dass die BERAG jeweils zwei unterschiedliche Preislisten führte.²⁹⁵ Für das Jahr 2020 bestätigte die BERAG schriftlich, dass sie zwei unterschiedliche Preislisten führte. Ausserdem hielt die BERAG Ende August 2020 schriftlich fest, dass ihre Preispolitik seit Anfang 2019 im Wesentlichen unverändert blieb.²⁹⁶ Damit ist erstellt, dass die BERAG im Zeitraum 2004 bis heute jeweils zwei unterschiedliche Preislisten führte. Daran vermögen die gegenteiligen Behauptungen von [N12]²⁹⁷ nichts zu ändern, zumal diese allen anderen Beweismitteln widersprechen.

B.4.3.3.2 Grösse der Listenpreisunterschiede

266. Als nächstes wird untersucht, wie gross die Unterschiede zwischen den beiden Preislisten ausfielen. In den nachfolgenden Auswertungen werden nur Sorten berücksichtigt, für welche in beiden Preislisten ein Listenpreis eingetragen ist. Ausserdem werden nur die Listenpreise von Sorten verglichen, bei welchen in der Spalte «*Code*» eine Zahl eingetragen ist.

²⁹¹ Act. IV.6, Zeilen 122–128; Zeilen 139–149 und Zeilen 224–225.

²⁹² Act. V.26, S. 5.

²⁹³ Act. V.24. Dabei handelt es sich um die Beantwortung des Auskunftsbegehrens vom 14. August 2020 (Act. I.402). Die BERAG legt darin ausserdem dar, dass die den Aktionärinnen zugestellten Preislisten nicht identisch seien, weil sich darin auch Sorten befinden würden, die teilweise spezifisch für ein einzelnes Unternehmen entwickelt worden seien. Die Preise dieser sogenannten «*Spezialrezepte*» seien nur in den Preislisten der Aktionärin enthalten, für welchen die entsprechende Sorte entwickelt wurde. Die Preise für alle anderen Sorten seien aber in allen an die Aktionärinnen versandten Preislisten identisch.

²⁹⁴ Act. V.21 (2004); Act. III.A.84 (2005); Act. III.A.90 (2006); Act. III.A.101 (2007); Act. III.A.124 (2008); Act. III.A.132 (2009); Act. V.21 (2010–2012); Act. III.A.194 (2013); Act. III.A.211 (2014); Act. III.A.244 (2015–2016); Act. III.A.263 (2017); Act. III.A.282 (2018); Act. III.D.20 (2019). Da die an die Aktionärinnen versandten Preislisten jedenfalls teilweise Preise für Spezialrezepte (vgl. Fussnote 293) enthielten, gab es eigentlich mehr als zwei Preislisten. Da die BERAG für die an mehrere Kunden und Kundinnen verkauften Sorten nur zwei Listenpreise festlegte, ist der Einfachheit halber von zwei Preislisten die Rede.

²⁹⁵ Act. IV.7, Zeile 69 ([N5]); Act. IV.4, Zeile 300 ([N10]); Act. IV.5, Zeile 183 ([N2]); Act. IV.6, Zeilen 123–128 ([N3]).

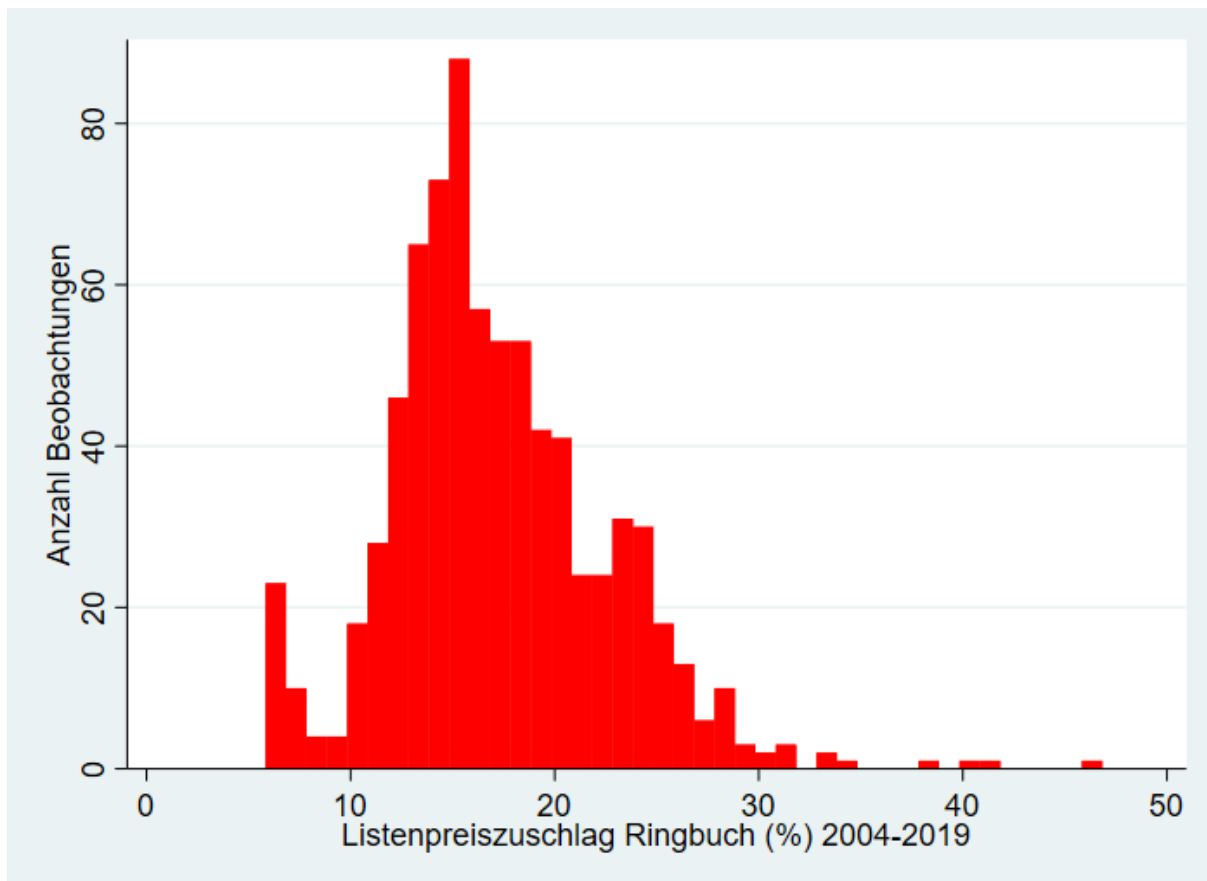
²⁹⁶ Act. V.24.

²⁹⁷ Act. V.1 und Act. IV.2, Zeilen 170–174.

Anhand dieser Zahl können die Sorten identifiziert und so sichergestellt werden, dass die Listenpreise der gleichen Sorte verglichen werden. Insgesamt liegen im Zeitraum 2004–2019 aus beiden Preislisten Preise für 776 anhand eines Codes identifizierbare Sorten vor.²⁹⁸

267. In Abbildung 18 ist die Verteilung der Listenpreisdifferenzen anhand dieser 776 Beobachtungen dargestellt. Die durchschnittliche Listenpreisdifferenz beträgt 17,2 % des tieferen Listenpreises. Der Ringbuchlistenpreis lag also bei der durchschnittlichen Sorte 17,2 % über dem Aktionärs- bzw. Unternehmerlistenpreis. In Franken ausgedrückt beträgt der durchschnittliche Listenpreisunterschied Fr. 16.20 pro Tonne Asphaltmischgut.

Abbildung 18: Verteilung der Differenz Ringbuchlistenpreis-Aktionärslistenpreis 2004–2019.



Quelle: Act. V.21; Act. III.A.84; Act. III.A.90; Act. III.A.101; Act. III.A.124; Act. III.A.132; Act. V.21; Act. III.A.194; Act. III.A.194; Act. III.A.211; Act. III.A.244; Act. III.A.263; Act. III.A.282; Act. III.D.20.

B.4.3.3.3 Wie entscheidet die BERAG, für wen welche Preisliste gilt?

268. Aus den Preislisten selber geht nicht hervor, welche Kunden und Kundinnen Asphaltmischgut zu den tieferen Listenpreisen beziehen konnten. Einziger daraus abzuleitender Hinweis ist die bis 2014 verwendete Bezeichnung «Aktionärspreisliste». In diesem Zusammenhang ist ausserdem festzuhalten, dass die BERAG die in der Ringbuchpreisliste enthaltenen Preise teilweise als «Nichtaktionärs-Preise» bezeichnet.²⁹⁹ Die Bezeichnungen «Aktionärspreisliste» und «Nichtaktionärs-Preise» sind nur dann sinnvoll, wenn die Zuteilung der Preisliste im Wesentlichen mit dem Aktionärsstatus der Kunden und Kundinnen übereinstimmt.

²⁹⁸ In Tabelle 31 im Appendix ist angegeben, wie diese 776 Listenpreis-Paare auf die Jahre 2004–2019 verteilt sind.

²⁹⁹ Act. II.23, Traktandum 3.

Möglicherweise haben diese Bezeichnungen aber historische Wurzeln und beschreiben den heutigen Zustand nicht mehr treffend. Deshalb werden nachfolgend die Aussagen der Vertreter der BERAG sowie die Lieferscheindaten der BERAG ausgewertet und gewürdigt.

269. Die Aussagen der Vertreter der BERAG zur Frage, wer gemäss Unternehmerpreisliste beziehen kann, sind widersprüchlich:

- Der [...], [N5], sagte unmissverständlich, dass nur Aktionärinnen zu den Preisen der günstigeren Preisliste beziehen können.³⁰⁰
- Der [...], [N10], bestätigte, dass die BERAG eine «*Aktionärspreisliste mit tieferen Preisen*» führe. Es handelte sich um die Antwort auf die erste Frage zum Thema «*Vorzugskonditionen für Aktionäre der BERAG*».³⁰¹ Wäre [N10] davon ausgegangen, dass neben Aktionärinnen auch noch andere Kunden bzw. Kundinnen gemäss der «*Aktionärspreisliste*» beziehen könnten, hätte er in seiner Antwort auf diesen Umstand hingewiesen. Deshalb ist klar, dass [N10] davon ausging, dass jedenfalls im Wesentlichen nur die Aktionärinnen gemäss Aktionärspreisliste beziehen können.
- Der [...], [N12], sagte zunächst aus, es habe jedenfalls seit 2009 seines Wissens keine unterschiedlichen Preislisten für Aktionärinnen und andere Kunden bzw. Kundinnen gegeben.³⁰² Diese Aussage ergänzte er nachfolgend per E-Mail und brachte vor, es gebe im Jahr 2019 keine Aktionärspreisliste, es habe aber «*im 2014 eine Unterscheidung zwischen «Aktionärspreisen» und «N-Aktionärspreisen» gegeben*».³⁰³ Diese Ergänzung ein Indiz dafür, dass jedenfalls im Jahr 2014 im Wesentlichen nur Aktionärinnen zu den tieferen «*Aktionärspreisen*» beziehen konnten, da sonst die Bezeichnung «*Aktionärspreise*» keinen Sinn ergibt.
- Der [...] [N2] bestätigte, dass die BERAG eine «*separate Preisliste für Aktionäre*» führe. Diese Aussage ist nur dann sinnvoll, wenn nur Aktionärinnen gemäss dieser separaten Preisliste beziehen können, da es sich sonst nicht um eine «*separate Preisliste für Aktionäre*» handeln würde.³⁰⁴
- Der [...], [N3], sagte aus, dass ausschliesslich die vom Kunden bzw. der Kundin pro Jahr verbaute Menge dafür ausschlaggebend sei, ob der Kunde bzw. die Kundin gemäss der günstigeren Preisliste beziehen könne.³⁰⁵ Ob ein Kunde oder eine Kundin bzw. eine Aktionärin sei oder nicht, spiele hingegen keine Rolle. Diese Aussage ist aus den folgenden Gründen nicht glaubhaft:
 - i. Es ist unklar, was genau mit der jährlich verbauten Menge³⁰⁶ gemeint ist. Falls damit die insgesamt von den Bauunternehmungen verbaute Menge gemeint ist, unabhängig davon, welches Werk das Asphaltmischgut liefert, ist die Aussage aus dem folgenden Grund nicht plausibel: Die BERAG kennt die von den Bauunternehmungen jährlich verbaute Menge Asphaltmischgut nicht. Sie kennt nur die von der BERAG gelieferte Menge, nicht aber die von den anderen Belagswerken gelieferten Mengen.³⁰⁷ Deshalb kann sie nicht auf dieser Grundlage entscheiden, ob die Aktionärspreisliste zur Anwendung kommt.

³⁰⁰ Act. IV.7, Zeilen 91–94.

³⁰¹ Act. IV.4, Zeilen 298–300.

³⁰² Act. IV.2, Zeile 171.

³⁰³ Act. V.1.

³⁰⁴ Act. IV.5, Zeilen 182–186.

³⁰⁵ Act. IV.6, Zeilen 146–149.

³⁰⁶ Act. IV.6, Zeilen 148–149.

³⁰⁷ Wären die von anderen Werken gelieferten Mengen der BERAG bekannt, könnte diese ihren Marktanteil genau angeben. [N3] sagt, er habe «*keine Ahnung*» (Act. IV.6, Zeile 415), wie hoch der Marktanteil der BERAG im Umkreis von 15 km um das Werk sei.

Falls hingegen die jährlich durch die BERAG gelieferte Menge gemeint ist, würde der Zweck der beiden Preislisten darin bestehen, Kunden und Kundinnen mit grösseren Bezügen einen grösseren Rabatt zu gewähren als Kunden und Kundinnen mit kleineren Bezügen. Dieser Zweck könnte über die Gewährung eines Mengenrabatts deutlich effizienter erreicht werden als mit zwei unterschiedlichen Preislisten: Beim Mengenrabatt kennt der Kunde bzw. die Kundin die Höhe des bezugsabhängigen Rabatts zum Zeitpunkt, zu welchem er entscheidet, wie viel Belag er bei der BERAG beziehen wird. Im von der BERAG angeblich angewandten System könnte der Kunde bzw. die Kundin hingegen im besten Fall irgendwann in der Zukunft zu besseren Konditionen Belag beziehen, aber auch dafür besteht keine Gewähr. Deshalb ist ein System mit zwei Preislisten nicht geeignet, einen Mengenrabatt umzusetzen.

- ii. [N3] sagte gleichzeitig aus, dass die Unternehmerpreisliste für alle Aktionärinnen der BERAG gelte.³⁰⁸ Einige Aktionärinnen der BERAG (namentlich die Kiesproduzenten) beziehen und verbauen nur sehr geringe Mengen an Asphaltmischgut. Dabei handelt es sich jedenfalls nicht um eine *«nicht genau festgelegte, grössere Menge pro Jahr»*.³⁰⁹ Deshalb widersprechen sich die beiden Aussagen von [N3]: Die Kiesproduzenten können einzig aufgrund ihres Status als Aktionärinnen der BERAG gemäss der Aktionärspreisliste beziehen und nicht aufgrund der bezogenen oder verbauten Mengen.
- iii. Die Aussage von [N3] steht im Widerspruch zu den Aussagen der [...] [N5], [N10] und [N2] sowie zu den nachfolgenden Auswertungen der Lieferscheindaten der BERAG (vgl. Rz 270 ff.).

270. Da sich die Aussagen der BERAG teilweise widersprechen, werden die Lieferscheindaten der BERAG der Jahre 2018 und 2019³¹⁰ zur zusätzlichen Klärung der Frage herangezogen, ob die BERAG aufgrund des Aktionärsstatus eines Kunden bzw. einer Kundin entschied, ob dieser bzw. diese gemäss der günstigeren Unternehmerpreisliste Asphaltmischgut beziehen konnte.

271. In den Lieferscheindaten der Jahre 2018 und 2019 ist bei jeder Lieferung der relevante Listenpreis eingetragen. Dieser in den Lieferscheindaten eingetragene Listenpreis kann mit den in den beiden Preislisten der BERAG eingetragenen Preisen verglichen werden. So kann für jede Lieferung festgestellt werden, ob die BERAG den Aktionärs- oder den Nichtaktionärslistenpreis eingetragen hat. Da zudem bei jeder Lieferung der Name des Kunden bzw. der Kundin angegeben ist, kann festgestellt werden, ob es sich dabei um eine Aktionärin oder einen Nichtaktionär handelt. Aufgrund eines Systemwechsels liegen die Lieferscheindaten der Jahre 2009–2017 in einem anderen Format vor. Darin ist soweit ersichtlich kein Listenpreis eingetragen. Deshalb wurden die nachfolgenden Berechnungen anhand der Lieferscheindaten der BERAG der Jahre 2018 und 2019 vorgenommen.

272. Für die nachfolgenden Auswertungen können nur Lieferungen von Asphaltmischgutsorten verwendet werden, welchen jeweils ein Listenpreis aus der Aktionärspreisliste und der Nichtaktionärspreisliste zugeordnet werden können. Das ist bei rund 70 % der Lieferungen der Fall.

273. Arbeitsgemeinschaften werden als Aktionärinnen eingestuft, sofern zum Zeitpunkt der Belieferung durch die BERAG mindestens eine an der Arbeitsgemeinschaft beteiligte Gesellschaft Aktionärin der BERAG war. Nicht berücksichtigt werden Lieferungen an andere Belagswerke, da es sich dabei mindestens teilweise um Aushilfslieferungen zu Sonderkonditionen handelt. Genauere Angaben zur Aufbereitung und Auswertung der Lieferscheindaten der BERAG können Act. VII.1 entnommen werden.

³⁰⁸ Act. IV.6, Zeilen 224–225.

³⁰⁹ Act. IV.6, Zeilen 148–149.

³¹⁰ Vgl. Tabelle 28 im Appendix für eine Liste der entsprechenden Eingaben.

274. Da manche Baustellen über mehrere Jahre beliefert werden, sind teilweise in den Lieferscheindaten nicht die aktuellen Listenpreise, sondern diejenigen des Vorjahres eingetragen.³¹¹ Deshalb werden die in den Lieferscheindaten eingetragenen Listenpreise in eine der folgenden fünf Kategorien eingeteilt:

- Aktionärspreis: Der in den Lieferscheindaten eingetragene Listenpreis entspricht exakt dem Aktionärslistenpreis des Jahres, in welchem die Lieferung stattfindet.
- Aktionärspreis Vorjahr: Der in den Lieferscheindaten eingetragene Listenpreis entspricht exakt dem Aktionärslistenpreis des dem Jahr der Lieferung unmittelbar vorangehenden Jahres.
- Ringbuchpreis: Der in den Lieferscheindaten eingetragene Listenpreis entspricht exakt dem Ringbuchpreis des Jahres, in welchem die Lieferung stattfindet.
- Ringbuchpreis Vorjahr: Der in den Lieferscheindaten eingetragene Listenpreis entspricht exakt dem Ringbuchpreis des dem Jahr der Lieferung unmittelbar vorangehenden Jahres.
- Anderer Preis: Der in den Lieferscheindaten eingetragene Listenpreis entspricht keinem der vier oben erwähnten Preise.

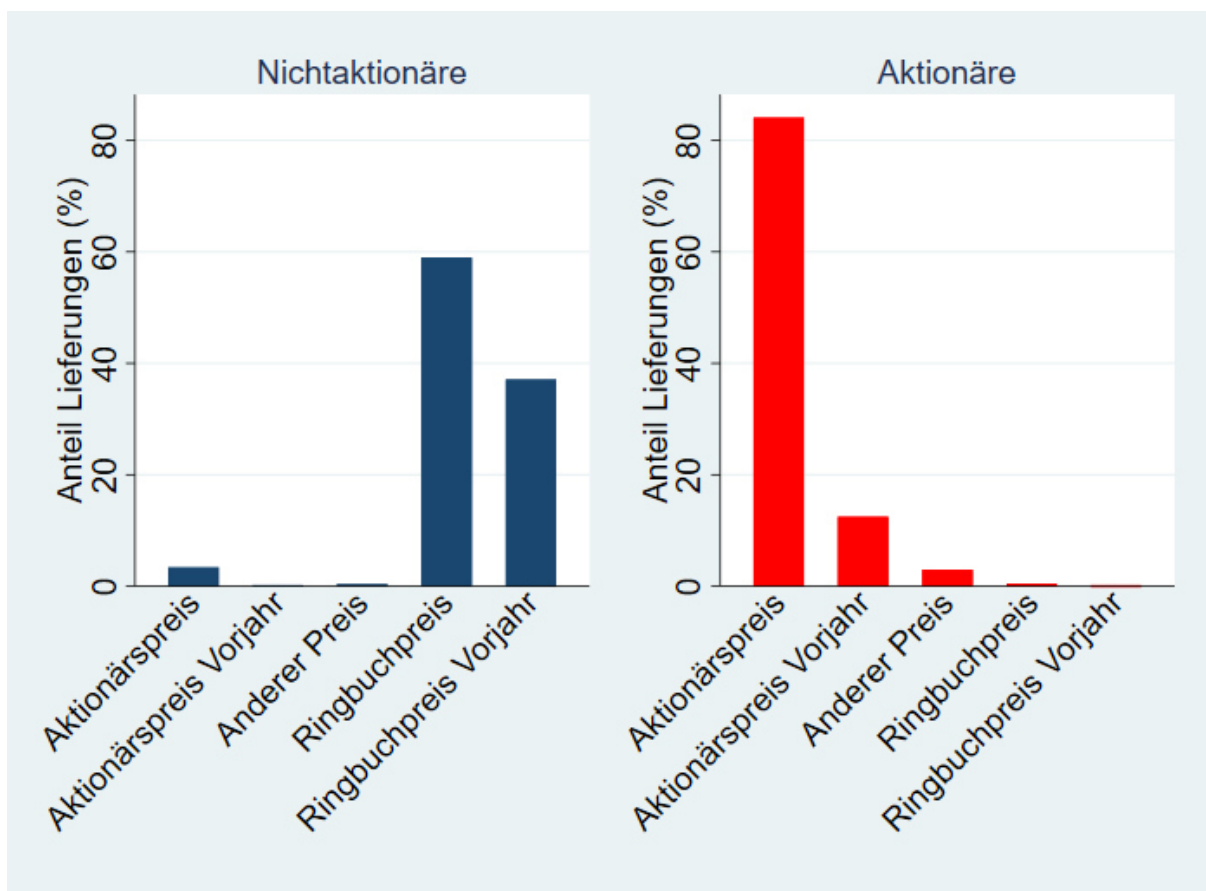
275. In Abbildung 19 ist die Verteilung der in den Lieferscheindaten der Jahre 2018 und 2019 eingetragenen Listenpreise auf die fünf erwähnten Kategorien separat für Aktionärinnen und Nichtaktionäre angegeben.³¹² Daraus geht hervor, dass bei fast allen Lieferungen an Aktionärinnen der Aktionärslistenpreis oder der Aktionärslistenpreis des Vorjahres eingetragen ist. Im Gegensatz dazu ist bei fast allen Lieferungen an Nichtaktionäre der Ringbuchpreis oder der Ringbuchpreis des Vorjahres eingetragen.³¹³

³¹¹ In seltenen Fällen kann eine Baustelle sogar über mehrere Jahre mit Asphaltmischgut beliefert werden. Diese Fälle fallen in die Kategorie «*Anderer Preis*», falls der Listenpreis des Jahres eingetragen ist, in welchem die erste Lieferung stattfand.

³¹² Eine Beobachtung entspricht einer Lieferung. Die genauen Zahlen können Tabelle 4 im Appendix entnommen werden.

³¹³ Bei rund 4 % der Lieferungen an Nichtaktionäre ist der Aktionärslistenpreis oder der Aktionärslistenpreis des Vorjahres eingetragen. Dabei handelt es sich zu mehr als 95 % um Lieferungen an den Nichtaktionär [F10].

Abbildung 19: In den Nevaris-Daten eingetragene Listenpreise nach Aktionärsstatus.



Quelle: Lieferscheindaten der BERAG (vgl. Tabelle 28).

276. Damit ist erstellt, dass die Aktionärspreisliste der BERAG im Wesentlichen nur auf die Aktionärinnen, nicht aber auf die Nichtaktionäre angewandt wurde. Als nächstes wird untersucht, ob sich diese Ungleichbehandlung durch Unterschiede in Bezug auf die bezogenen Mengen erklären lässt.

277. Falls jede Aktionärin grössere Mengen bezog als jeder Nichtaktionär, könnte dieses Ergebnis dadurch zustande gekommen sein, dass die BERAG allen grossen Kunden und Kundinnen den Bezug gemäss Aktionärspreisliste ermöglichte. Dass dies jedenfalls nicht vollständig der Fall ist, ergibt sich bereits aus der bereits erwähnten Tatsache, dass auch die an der BERAG beteiligten Kiesproduzenten gemäss der Aktionärspreisliste Asphaltmischgut beziehen konnten. Trotzdem wird nachfolgend geprüft, ob es Nichtaktionäre gab, die ähnlich viel bezogen wie die kleineren Aktionärinnen und auf welche trotzdem der höhere Listenpreis für Nichtaktionäre zur Anwendung kam.³¹⁴

³¹⁴ Das Tiefbauamt der Stadt Bern bezieht relativ grosse Mengen Asphaltmischgut von der BERAG. Da es sich dabei nicht um ein Unternehmen handelt, sind die entsprechenden Bezüge in Tabelle 8 nicht angegeben. Zusätzlich zu den gemessen an ihren Bezügen bei der BERAG grössten Nichtaktionären ist die [F9] in Tabelle 8 aufgeführt, da es sich dabei um eine gemessen an ihren Gesamtbezügen von sämtlichen Belagswerken um eine grosse Strassenbauunternehmung handelt.

278. Aus Tabelle 8 geht hervor, dass die grössten Nichtaktionäre ähnlich grosse Mengen bezogen wie einige der kleineren Aktionärinnen.³¹⁵ Damit ist klar, dass sich die Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionäre in Bezug auf die anwendbare Preisliste nicht durch die bezogenen Mengen erklären lässt.

279. Die BERAG stellt in ihrem Schreiben vom 25. September 2020 klar, dass der administrative und betriebliche Aufwand bei kleinen Bezugsmengen pro Ladung grösser ist als bei grösseren.³¹⁶ Deshalb wird geprüft, ob sich die Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären in Bezug auf die anwendbare Preisliste allenfalls durch Unterschiede in Bezug auf die durchschnittliche Bezugsmenge pro Ladung erklären lässt.

280. In Tabelle 8 sind neben den insgesamt bezogenen Mengen auch die Anzahl Ladungen sowie die durchschnittlich pro Ladung bezogene Menge angegeben. Daraus geht hervor, dass die Bezugsmenge pro Ladung bei den Nichtaktionären eher etwas grösser war als bei den Aktionärinnen. Trotzdem wendete die BERAG auf diese Nichtaktionäre die Ringbuchpreisliste an, während die Aktionärinnen gemäss Aktionärspreisliste beziehen konnten.

281. Damit ist klar, dass die BERAG nicht aufgrund von jährlichen Bezugsmengen oder aufgrund der Bezugsmenge pro Ladung entschied, welche Preisliste zur Anwendung kam.³¹⁷

Tabelle 8: Bezüge von Asphaltmischgut kleinerer Aktionärinnen und grosser Nichtaktionäre der BERAG (ohne Arbeitsgemeinschaften).

[...]

Quelle: Lieferscheindaten der BERAG (vgl. Tabelle 28).

282. Der Vollständigkeit halber ist in Tabelle 9 die Verteilung der in den Lieferscheindaten der BERAG der Jahre 2018 und 2019 eingetragenen Listenpreise separat für die in Tabelle 8 aufgeführten Kunden und Kundinnen angegeben.

283. Aus Tabelle 9 geht hervor, dass auch bei den gemessen an ihren Bezügen bei der BERAG grössten Nichtaktionären praktisch immer die Ringbuchlistenpreise in den Lieferscheindaten eingetragen sind. Dabei handelt es sich um Unternehmen, die ähnlich grosse Mengen von der BERAG bezogen wie einige der kleineren Aktionärinnen. Ausserdem weisen

³¹⁵ Lieferungen an Arbeitsgemeinschaften fliessen nicht in die in Tabelle 8 angegebenen Mengen ein. Berücksichtigt man solche Lieferungen, ändert sich dadurch nichts am Ergebnis, dass es Nichtaktionäre gibt, die ähnlich grosse Mengen beziehen wie einige der kleineren Aktionärinnen: Die Aktionärin Cäsar Bay AG ist im Zeitraum 2013–2019 an Arbeitsgemeinschaften beteiligt, die rund [x] t von der BERAG beziehen. Die Nichtaktionärin [F11] ist im Zeitraum 2013–2019 an Arbeitsgemeinschaften beteiligt, die rund [>x] t von der BERAG beziehen, die Nichtaktionärin [F9] ist sogar an Arbeitsgemeinschaften beteiligt, die im Zeitraum 2013–2019 mehr als [>x] t beziehen. Alle anderen in Tabelle 8 aufgeführten Unternehmen sind im Zeitraum 2013–2019 an keinen Arbeitsgemeinschaften beteiligt, die wesentliche Mengen von der BERAG beziehen (vgl. Act. V.30).

³¹⁶ Act. V.26, S. 6.

³¹⁷ Die BERAG bringt in der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vor, die durchschnittliche Bezugsmenge pro Lieferung ergebe «*ein verzerrtes Bild*». Die Lieferungen an Nichtaktionäre seien wahrscheinlich zu einem grossen Teil kleiner als 10 Tonnen gewesen. Nur bei Lieferungen von weniger als 10 Tonnen würde der Endpreis im Wesentlichen dem Listenpreis entsprechen (Act. VII.106, Rz 168 ff. mit Verweis auf Act. V.26, S. 5). Ausserdem bringt die BERAG vor, die in Tabelle 9 aufgeführten Nichtaktionäre hätten von verschiedenen Rabatten profitiert. Es sei deshalb nicht möglich, dass mehr als 95 % der Lieferungen an diese Unternehmen zum Ringbuchpreis erfolgt seien (Act. VII.106, Rz 169 ff.). Diese Vorbringen stossen ins Leere: In diesem Abschnitt geht es nicht um die Frage, ob der Endpreis dem Listenpreis entsprach. Vielmehr wird untersucht, ob die BERAG aufgrund des Aktionärsstatus eines Kunden bzw. einer Kundin entschied, welche Preisliste anzuwenden ist. Die Endpreise werden hingegen erst in Rz 304 ff. hinten untersucht.

die Lieferungen an diese Unternehmen im Durchschnitt eine grössere Bezugsmenge pro Ladung auf als die Lieferungen an die kleineren Nichtaktionäre.

284. Damit ist erstellt, dass weder die jährlichen Bezugsmengen noch die Bezugsmengen pro Ladung ausschlaggebend dafür waren, ob die Aktionärspreisliste oder die Ringbuchpreisliste zur Anwendung kam. Vielmehr entschied die BERAG aufgrund des Aktionärsstatus eines Kunden bzw. einer Kundin, ob der Kunde oder die Kundin gemäss der Aktionärspreis- oder der Ringbuchpreisliste beziehen konnte.³¹⁸

Tabelle 9: In den Nevaris-Daten eingetragene Listenpreise für ausgewählte Kunden und Kundinnen.

[...]

Quelle: Lieferscheindaten der BERAG (vgl. Tabelle 28).

285. Die BERAG bringt in der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vor, die Behörde könne ihre Erkenntnisse für den gesamten Untersuchungszeitraum nicht allein auf die Daten aus den Jahren 2018 und 2019 stützen.³¹⁹ Dem ist Folgendes zu entgegnen: Lieferscheindaten mit darin eingetragenen Listenpreisen liegen zwar nur für die Jahre 2018 und 2019 vor. Dabei handelt es sich aber nicht um das einzige Beweismittel (vgl. Rz 257 vorne). Zusätzlich dazu ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die BERAG spätestens seit 2004 zwei separate Preislisten führte (vgl. Rz 265 vorne) und dass sich ihre Preispolitik seit 2004 nicht wesentlich verändert hat.³²⁰ Deshalb ist davon auszugehen, dass von 2004 bis 2021 die günstigere der beiden Preislisten im Wesentlichen nur auf die Aktionärinnen der BERAG Anwendung fand.

B.4.3.4 Beweisergebnis

286. Es ist erwiesen,

- dass die BERAG zumindest von 2004 bis 2021 zwei Preislisten für Asphaltmischgut führte;
- dass der Preisunterschied zwischen den beiden Listen durchschnittlich rund 15 % betrug;
- dass im Wesentlichen nur die Aktionärinnen der BERAG gemäss der günstigeren Preisliste Asphaltmischgut beziehen konnten;
- dass sich die Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären nicht durch Unterschiede in Bezug auf die jährlich bezogenen Mengen oder die durchschnittliche Bezugsmenge pro Ladung erklären lassen.

³¹⁸ Die BERAG bringt in der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vor, auch andere Belagswerke würden ihre Listenpreise in Abhängigkeit von der bezogenen Menge festlegen (Act. VII.106, Rz 164). Im Gegensatz zu den von der BERAG vorgebrachten Beispielen hat die BERAG wie vorangehend gezeigt, gerade nicht aufgrund der bezogenen Menge, sondern aufgrund des Aktionärsstatus ihrer Kundinnen und Kunden entschieden, welche Preisliste zur Anwendung kommt.

³¹⁹ Act. VII.106, Rz 172.

³²⁰ Vgl. Act. V.24. Ausserdem erwähnte keiner der einvernommenen Vertreter der BERAG, dass sich die Handhabung der Preislisten zu einem bestimmten Zeitpunkt verändert habe. Des Weiteren gibt die BERAG nicht an, ob und wann es diesbezüglich eine Veränderung gegeben haben soll.

B.4.4 Offertpreise

B.4.4.1 Beweisthema

287. In diesem Abschnitt wird untersucht,

- ob die BERAG ihren Aktionärinnen in der Offertphase tiefere Preise anbot als Nichtaktionären;
- wie gross die entsprechenden Preisunterschiede ausfielen.

B.4.4.2 Beweismittel

288. Die Behörde stützt sich zur Untersuchung der Preissetzung in der Offertphase im Wesentlichen auf die nachfolgend aufgeführten Beweismittel.

B.4.4.2.1 Urkunden

- Protokoll der Generalversammlung der BERAG vom 12. Mai 2003.³²¹

«[N10] nimmt Bezug auf die im letzten Jahr oft gestellte Frage bezüglich der Preise an Nichtaktionäre. Die BERAG steht bezüglich Belagspreisen für gleich lange Spiesse unter den Aktionären (gleicher Preis ab Werk) ein. Drittkunden bezahlen einen höheren Preis als die Aktionäre. Werden Belagslose ohne Aktionärsbeteiligung vergeben, ist die BERAG bestrebt, den Belagsbezugsentscheid zu Gunsten der BERAG zu beeinflussen, ohne das Angebot an die Aktionäre zu unterbieten.»

- Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates der BERAG vom 27. März 2009.³²²

Der Verwaltungsrat bespricht den «Bericht interner Revisoren»: «Es kann festgehalten werden, dass alle Aktionäre in der Submissionsphase gleich behandelt werden. Nicht-Aktionäre zahlen einen höheren Preis.»

- Berichte der internen Revisionsstelle der BERAG:³²³

Darin werden in der Regel [...] Objekte geprüft und die den anfragenden Bauunternehmungen offerierten Preise verglichen.

B.4.4.2.2 Aussagen der BERAG

289. [N2], [...], sagte an der Parteieinvernahme vom 8. März 2019 aus, man habe ihm gesagt, dass Nichtaktionäre den gleichen Offertpreis erhielten wie Aktionärinnen. Er könne aber nicht überprüfen, ob das zutrefte.³²⁴

290. [N3], [...], sagte an der Parteieinvernahme vom 15. März 2019 aus, dass die BERAG allen Aktionärinnen den gleichen Offertpreis für das gleiche Objekt anbiete. Die Aktionärinnen der BERAG würden sicher keinen schlechteren Offertpreis erhalten als Nichtaktionäre. Die Chance, dass die BERAG den Auftrag zur Lieferung von Asphaltmischgut bekomme, sei höher, wenn eine Aktionärin den Zuschlag für das mit Asphaltmischgut zu beliefernde Objekt erhalte. Indem die BERAG Nichtaktionären mit einem eigenen Belagswerk einen höheren Offertpreis anbiete als den Aktionärinnen, könne die BERAG verhindern, dass der Nichtaktionär

³²¹ Act. III.A.66, Traktandum 5.

³²² Act. III.A.136, Traktandum 3.

³²³ Act. III.A.93; Act. III.A.134; Act. II.24; Act. III.A.159; Act. III.A.174; Act. III.A.191; Act. III.A.239.

³²⁴ Act. IV.5, Rz 203–206.

den Offertpreis der Aktionärinnen erfahre. Dadurch könne die BERAG ihre Aktionärinnen in solchen Fällen schützen.³²⁵

B.4.4.3 Würdigung der Beweismittel

291. Aus den vorliegenden Urkunden und Aussagen geht übereinstimmend hervor, dass die BERAG allen Aktionärinnen in der Offertphase für das gleiche Objekt den gleichen Preis anbot. Es ist zu untersuchen, ob die BERAG den Nichtaktionären ebenfalls den gleichen Preis anbot. Dazu wird zunächst geklärt, ob die BERAG ein Interesse daran hatte, Aktionärinnen in der Offertphase günstigere Preise anzubieten als Nichtaktionären.

292. Gemäss der Aussage von [N3] hat die BERAG ein Interesse daran, dass Aktionärinnen möglichst viele Aufträge erhalten, weil diese das dafür benötigte Asphaltmischgut mit grösserer Wahrscheinlichkeit bei der BERAG beziehen als Nichtaktionäre.³²⁶

293. Die Wahrscheinlichkeit, dass eine Aktionärin den Auftrag für ein bestimmtes Projekt erhält, ist umso grösser, je günstiger die Aktionärinnen im Vergleich zu den Nichtaktionären offerieren können. Der Einkauf von Asphaltmischgut ist bei vielen Projekten ein relevanter Kostenfaktor für die Bauunternehmungen.³²⁷ Deshalb können diese umso günstiger offerieren, je günstiger die Belagswerke das Asphaltmischgut für das ausgeschriebene Objekt offerieren.

294. Aus diesen Gründen steigt die Wahrscheinlichkeit, dass eine Aktionärin den Zuschlag erhält mit dem Unterschied zwischen den Offertpreisen von Aktionärinnen und Nichtaktionären. Folglich hat die BERAG ein Interesse daran, Aktionärinnen günstigere Preise zu offerieren als Nichtaktionären.

295. Als nächstes wird untersucht, ob die Offertpreise der BERAG für Aktionärinnen tatsächlich tiefer ausfielen als für Nichtaktionäre.

296. Im Protokoll der Generalversammlung der BERAG vom 12. Mai 2003 sowie im Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates der BERAG vom 27. März 2009 ist festgehalten, dass Drittkunden und Drittkundinnen in der Offertphase höhere Preise bezahlen als die Aktionärinnen der BERAG.³²⁸

297. Zusätzlich dazu liegen als Urkundenbeweise diverse Berichte der internen Revisoren der BERAG vor. Diese prüfen jedes Jahr die Offertpreise der BERAG für rund sechs Objekte. Zweck ist unter anderem die Sicherstellung der Gleichbehandlung der Aktionärinnen.³²⁹ Vorliegend relevant sind nur Objekte, bei welchen sowohl Aktionärinnen als auch Nichtaktionäre bei der BERAG eine Offerte angefordert haben. Bei diesen Objekten können die durch die BERAG angebotenen Preise direkt verglichen werden.

298. Insgesamt liegen der Behörde Angaben zu 14 Objekten vor, welche von den internen Revisoren der BERAG geprüft wurden und bei welchen die BERAG Offerten sowohl an Aktionärinnen als auch an Nichtaktionäre erstellt hat.³³⁰ Die entsprechenden Offertpreisdifferenzen sind in Tabelle 10 aufgelistet. Sie wurden folgendermassen berechnet:

³²⁵ Act. IV.6, Zeilen 239–243 sowie 266–270.

³²⁶ Act. IV.6, Zeilen 266–270.

³²⁷ Vgl. Rz 137 ff. vorne.

³²⁸ Act. III.A.66, Traktandum 5; Act. III.A.136, Traktandum 3.

³²⁹ Act. IV.8, Zeilen 99–100.

³³⁰ Bei manchen Objekten holt eine Arbeitsgemeinschaft eine Offerte ein, welcher sowohl Nichtaktionäre als auch Aktionärinnen angehören. In diesen Fällen offeriert die BERAG der Arbeitsgemeinschaft in der Regel den gleichen Preis wie den Aktionärinnen. Falls nicht gleichzeitig ein Nichtaktionär eine Offerte einholte, lässt sich deshalb kein Vergleich der Offertpreise an Aktionärinnen und Nichtaktionäre vornehmen. Deshalb sind solche Objekte in Tabelle 10 nicht aufgeführt, falls nicht gleichzeitig ein Nichtaktionär eine Offerte einholte.

- Bei einigen Projekten sind die Offertpreise separat für verschiedene Sorten angegeben. Der in Tabelle 10 angegebene Preisunterschied entspricht in diesen Fällen dem durchschnittlichen Preisunterschied über alle angebotenen Sorten.
- Bei zwei Objekten sind Bandbreiten für die Offertpreise eingetragen. In diesen Fällen wird zur Berechnung des Preisunterschieds der Mittelwert zwischen der Ober- und der Untergrenze der Bandbreite verwendet.
- Bei einem Projekt sind keine konkreten Offertpreise eingetragen. Stattdessen ist im Bericht der internen Revisoren festgehalten, dass der Unterschied der Offertpreise dem Unterschied der Listenpreise entspreche.³³¹ Dieses Projekt ist in Tabelle 10 nicht aufgelistet.

Tabelle 10: Offertpreisvorteil Aktionärinnen.

Quelle	Jahr	Objektnummer	Offertpreisvorteil Aktionärinnen (Fr./t)
Act. III.A.93	2006	2	10.00
Act. III.A.93	2006	3	20.00
Act. III.A.93	2006	5	17.50
Act. III.A.134	2008	3	8.00
Act. III.A.134	2008	4	12.50
Act. II.24	2009	7	13.00
Act. III.A.159	2010	1.1	4.00
Act. III.A.159	2010	2.2	7.33
Act. III.A.174	2011	2	7.50
Act. III.A.174	2011	3	16.00
Act. III.A.174	2011	4	7.00
Act. III.A.191	2012	1	17.25
Act. III.A.239	2015	6	17.88
Act. III.A.239	2015	7	5.50
Durchschnitt über alle Projekte			11.68

Quelle: Act. III.A.93; Act. III.A.134; Act. II.24; Act. III.A.159; Act. III.A.174; Act. III.A.191; Act. III.A.239.

299. Aus Tabelle 10 geht hervor, dass die BERAG bei allen 14 von den internen Revisoren geprüften Objekten den Aktionärinnen im Vergleich zu den Nichtaktionären einen tieferen Preis offerierte. Dabei ist zu beachten, dass es sich um Offerten an verschiedene Anbieter und Anbieterinnen zur Lieferung der gleichen Mengen und Sorten an die gleiche Baustelle handelt. Der entsprechende Offertpreisunterschied beträgt im Durchschnitt über alle 14 Objekte Fr. 11.68 pro Tonne Asphaltmischgut.

300. Im Jahr 2003 hielt die BERAG in Übereinstimmung mit den Grundsätzen ihrer Preispolitik (vgl. Rz 245 ff. vorne) anlässlich ihrer Generalversammlung fest, dass Aktionärinnen einen besseren Offertpreis erhalten als Nichtaktionäre. Der Verwaltungsrat der BERAG stellte im Jahr 2009 fest, dass dieser Grundsatz eingehalten wurde. Die in Tabelle 10 aufgeführten Projekte stammen aus dem Zeitraum 2006–2015 und sind ausnahmslos mit dem Grundsatz der Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären in Bezug auf die Offertpreise kon-

³³¹ Act. III.A.134, Projekt 2.

sistent. Es gibt keine Anzeichen dafür, dass sich die Preispolitik der BERAG seit 2015 verändert hat.³³² Deshalb ist damit erstellt, dass die BERAG ihren Aktionärinnen im Zeitraum von 2004 bis heute bessere Offertpreise anbot als Nichtaktionären.

301. Die Aussage von [N3], dass die BERAG Nichtaktionären, die über ein eigenes Belagswerk verfügen, mindestens manchmal höhere Offertpreise anbot als den Aktionärinnen der BERAG, ist mit diesem Beweisergebnis konsistent.³³³

302. Einzig die Aussage von [N2], wonach man ihm gesagt habe, dass die BERAG Aktionärinnen und Nichtaktionären die gleichen Offertpreise anbiete, steht dazu im Widerspruch. Diese Aussage vermag aber am Beweisergebnis nichts zu ändern: [N2] gab zu Protokoll, dass er lediglich wiedergebe, was ihm erzählt worden sei; er könne das nicht überprüfen.³³⁴ Da die von ihm wiedergegebene Aussage ausserdem im Widerspruch zu den vorliegenden Urkundenbeweisen steht, ist davon auszugehen, dass diese Aussage nicht zutrifft.

B.4.4.4 Beweisergebnis

303. Es ist erwiesen, dass

- die BERAG ihren Aktionärinnen im Vergleich zu Nichtaktionären für die gleichen Objekte im Zeitraum 2004 bis heute tiefere Offertpreise anbot;
- die Grössenordnung der entsprechenden Offertpreisunterschiede bedeutend war.

B.4.5 Endpreise

B.4.5.1 Beweisthema

304. In diesem Abschnitt wird untersucht,

- ob die Aktionärinnen der BERAG für vergleichbare Lieferungen im Vergleich zu anderen Kunden und Kundinnen der BERAG tiefere Endpreise für Asphaltmischgut bezahlten;
- wie gross die entsprechenden Preisunterschiede ausfielen.

B.4.5.2 Beweismittel

305. Die Behörde stützt sich zur Untersuchung der Endpreise im Wesentlichen auf die nachfolgend aufgeführten Beweismittel.

B.4.5.2.1 Urkunden

- Dokument mit Vorgaben des Verwaltungsrates zur Preispolitik der BERAG vom 15. März 2011:³³⁵

Das Dokument enthält eine Tabelle mit «*Objektrabatten*»³³⁶ für Aktionärinnen (Abbildung 20) und Nichtaktionäre (Abbildung 21).

³³² Die BERAG gab Ende August 2020 an, dass ihre Preispolitik jedenfalls seit Januar 2019 keine wesentlichen Veränderungen erfahren habe (Act. V.24).

³³³ Act. IV.6, Zeilen 266–270.

³³⁴ Act. IV.5, Rz 203–206.

³³⁵ Act. II.34.

³³⁶ Objektrabatte sind Rabatte, die für eine spezifische Baustelle gewährt werden (Act. IV.6, Zeilen 180–185).

Abbildung 20: Objektrabatte Aktionärinnen gemäss Act. II.34.

[...]

Abbildung 21: Objektrabatte Nichtaktionäre gemäss Act. II.34.

[...]

- Lieferscheindaten der BERAG.³³⁷
- Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates der BERAG vom 30. Mai 2012.³³⁸

«Insbesondere soll vermieden werden, dass mit Belagszwischenverkäufen der Treuebonus bezogen werden kann. Bei Belagszwischenverkäufen hat der Verwaltungsrat das Anrecht, den Treuebonus anteilmässig zu kürzen.»

B.4.5.2.2 Aussagen der BERAG

306. [N3] sagte an der Parteieinvernahme vom 15. März 2019 aus, die BERAG führe Nachverhandlungen mit demjenigen Strassenbauer, der den Auftrag zur Ausführung des Strassenbauobjekts erhalten habe. Dabei gehe es der BERAG darum, den Auftrag zur Lieferung von Asphaltmischgut zu erhalten. Solche Nachverhandlungen würden unabhängig davon geführt, ob der betreffende Strassenbauer eine Aktionärin der BERAG sei.³³⁹

B.4.5.2.3 Aussagen von Aktionärinnen der BERAG

307. [N21], [...], sagte an der Parteieinvernahme vom 2. Mai 2019 aus, kleine Mengen müsse man bei der BERAG zu Listenpreisen beziehen. Wenn man zu den gewöhnlichen Listenpreisen beziehen müsse, dann seien diese höher als die Preise der Aktionärspreisliste.³⁴⁰ Im Gegensatz zu den kleineren Bezügen hätten sich die Preise der BERAG bei den grösseren Bezügen nach der Aufnahme der Peter Batt AG als Aktionärin der BERAG im Jahr 2011 nicht verändert.³⁴¹

308. [N17], [...] sagte an der Parteieinvernahme vom 8. Mai 2019 aus, durch die Beteiligung an der BERAG hätte die Cäsar Bay AG bessere Konditionen für den Bezug von kleinen Mengen Asphaltmischgut. Bei grösseren Projekten spiele es hingegen keine Rolle, ob man Aktionärin der BERAG sei oder nicht.³⁴²

B.4.5.3 Würdigung der Beweismittel

B.4.5.3.1 Einleitung

309. Wie bereits erwähnt (vgl. Rz 183 ff. vorne) holen die Bauunternehmungen bei grösseren Baustellen in der Regel Offerten bei verschiedenen Belagswerken ein. Solche Offerten für spezifische Baustellen bezeichnet die BERAG als «Spezialangebote».³⁴³ Mit Hilfe dieser Offerten erstellen die Bauunternehmungen ihrerseits Offerten für die vorzunehmenden Belagsarbeiten. Sobald eine der Bauunternehmungen den Zuschlag für die auszuführenden Arbeiten

³³⁷ Vgl. Tabelle 28 für eine Zusammenstellung der entsprechenden Eingaben der BERAG.

³³⁸ Act. III.A.185, Traktandum 5.

³³⁹ Act. IV.6, Zeilen 283–285.

³⁴⁰ Act. IV.13, Zeilen 151–158.

³⁴¹ Act. IV.13, Zeilen 233–236.

³⁴² Act. IV.15, Zeilen 111–115.

³⁴³ Act. IV.6, Zeilen 319–320.

erhalten hat, finden die sogenannten «*Nachverhandlungen*» statt. Bei diesen Nachverhandlungen versuchen die Bauunternehmungen in der Regel, zusätzliche Rabatte auf die Offertpreise der Belagswerke auszuhandeln.³⁴⁴

310. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die bereits festgestellte Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären in Bezug auf Listen- und Offertpreise (vgl. Rz 64 ff. sowie Rz 74 ff. vorne) auch nach Abschluss dieser Nachverhandlungen weiterhin Bestand hat. Der bereits bewiesene Grundsatz, wonach Aktionärinnen einen Vorteil haben sollen (vgl. Rz 61 ff. vorne) kann nur dann aufrechterhalten werden, wenn dies der Fall ist. Deshalb ist dieser Grundsatz bereits ein Indiz dafür, dass die BERAG Aktionärinnen und Nichtaktionäre auch in Bezug auf den Endpreis ungleich behandelt hat.

311. Als Urkundenbeweise liegen ausserdem ein internes Dokument der BERAG mit Vorgaben des Verwaltungsrates in Bezug auf die an Aktionärinnen und Nichtaktionäre zu gewährenden Rabatte (Act. II.34, nachfolgend: *Rabattvorgaben*) sowie die Lieferscheindaten der BERAG vor. In folgenden Abschnitt werden zunächst die *Rabattvorgaben* des Verwaltungsrates diskutiert.

B.4.5.3.2 Rabattvorgaben des Verwaltungsrates

312. Der Verwaltungsrat der BERAG legt fest, nach welchen Grundsätzen die Rabatte auf die Listenpreise und damit auch die Endpreise festgelegt werden. Insbesondere gibt der Verwaltungsrat Maximalwerte für die Rabatte vor, welche der Geschäftsführer ohne Rücksprache mit dem Verwaltungsrat gewähren darf.³⁴⁵

313. Anlässlich der Sitzung vom 9. Dezember 2010 erteilte der Verwaltungsrat der BERAG einer Arbeitsgruppe bestehend aus [N4], [N10] und [N3] den Auftrag, einen Vorschlag zur Überarbeitung der bestehenden Grundsätze auszuarbeiten.³⁴⁶ Anlässlich der Sitzung des Verwaltungsrates vom 11. Februar 2011 wurde der Vorschlag der erwähnten Arbeitsgruppe diskutiert. Dem entsprechenden Protokoll sind ältere Versionen der Vorgaben des Verwaltungsrates beigelegt. Die älteste Version stammt aus dem Jahr 1997. In den älteren Versionen ist jeweils nur eine Tabelle mit Maximalrabatten auf Listenpreise enthalten. Diese beziehen sich mutmasslich auf die Aktionärspreisliste. Erst mit der anlässlich der Sitzung vom 11. Februar 2011 verabschiedeten Version wurde eine zusätzliche zweite Tabelle mit Maximalrabatten, welche der Geschäftsführer auf die Nichtaktionärs-Preisliste gewähren kann, eingefügt.³⁴⁷ Nachfolgend wird geklärt, bis wann die am 11. Februar 2011 vom Verwaltungsrat verabschiedeten *Rabattvorgaben* Vorgaben gültig waren.

314. Dazu liegen Aussagen des [...], [N5] und des [...], [N3], vor. [N5] geht davon aus, dass die vorliegenden *Rabattvorgaben* immer noch gültig sind.³⁴⁸ Gemäss [N3] handelt es sich hingegen um eine alte Version. Es gebe eine neuere Version.³⁴⁹

³⁴⁴ Act. IV.6, Zeilen 283–285; Act. IV.8, Zeilen 188–190.

³⁴⁵ Übereinstimmende Aussagen der Vertreter der BERAG: Act. IV.2, Zeilen 151–152; Act. IV.4, Zeilen 413–414; Act. IV.5, Zeilen 229–232; Act. IV.6, Zeilen 210–213 sowie Zeilen 323–327; Act. IV.7, Zeilen 141–150.

³⁴⁶ Act. III.A.162, Traktandum 6.

³⁴⁷ Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates vom 11. Februar 2011 einschliesslich Beilagen: Act. III.A.164. Die verabschiedete Version der *Rabattvorgaben* des Verwaltungsrates entspricht Act. II.34.

³⁴⁸ Act. IV.7, Zeile 168.

³⁴⁹ Act. IV.6, Zeilen 310–311.

315. Das Sekretariat forderte die BERAG mit Schreiben vom 4. Februar 2020³⁵⁰ dazu auf, den Widerspruch zwischen den Aussagen von [N5] und [N3] zu klären. Mit Schreiben vom 14. Februar 2020³⁵¹ brachte die BERAG im Wesentlichen Folgendes vor:

- *«Die in diesem Dokument [Act. II.34] dargelegte Preispolitik wurde von der BERAG anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 6. Dezember 2012 indessen aufgegeben.»*
- *«Die entsprechenden Angebote liegen seither [...]. Die Angebote basieren nicht länger auf den im fraglichen Dokument (Act. II.34) festgelegten Richtwerten und Regelungen.»*

316. Als Beleg dafür verweist die BERAG auf die folgende im Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates vom 6. Dezember 2012 enthaltene Aussage:

«Die Berechenbarkeit der BERAG muss entfallen. Eine agile Verhandlungspraxis soll umgesetzt werden.»³⁵²

317. Diese im Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates der BERAG vom 6. Dezember 2012 festgehaltene Aussage nimmt keinen Bezug auf die Rabattvorgabe des Verwaltungsrates. Daraus kann nicht entnommen werden, dass die BERAG die erwähnte Rabattvorgabe aufhob. Vielmehr handelt es sich um eine von vielen im Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates vom 6. Dezember 2012 festgehaltenen Aussagen zur *«Preispolitik BERAG»*. Unter anderem hält der Verwaltungsrat auch Folgendes fest:

«Die heutige Preispolitik ist nicht falsch und kann weitergeführt werden. Der Markt ist jedoch sehr wechselhaft.»³⁵³

318. Diese Aussage lässt nicht auf eine Aufhebung der Rabattvorgaben schliessen. Vielmehr stellt der Verwaltungsrat der BERAG damit klar, dass er die *«heutige Preispolitik»* weiterführen will. Deshalb kann aus dem Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates der BERAG vom 6. Dezember 2012 nicht wie von der BERAG behauptet abgeleitet werden, dass die Rabattvorgaben des Verwaltungsrates aufgehoben wurden.

319. Ausserdem steht die schriftliche Eingabe der BERAG im Schreiben vom 14. Februar 2020 im Widerspruch zu den Aussagen der Vertreter der BERAG anlässlich der Parteieinvernahmen. Sowohl [N3] als auch [N5] geben zu Protokoll, dass der Verwaltungsrat dem Geschäftsführer auch heute noch Vorgaben in Bezug auf die zu vergebenen Rabatte mache.³⁵⁴

320. Auch die [...] [N10], [N2] und [N12] geben übereinstimmend zu Protokoll, dass der Verwaltungsrat Rabattvorgaben mache.³⁵⁵ Sie stellen zwar im Gegensatz zum [...] [N3] und zum [...] [N5] nicht explizit klar, dass es auch heute noch solche Vorgaben gibt. Gleichzeitig erwähnt aber auch keiner der einvernommenen Vertreter der BERAG, dass diese Vorgaben irgendwann aufgegeben worden wären.

321. In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats behauptet die BERAG in Bezug auf die Rabattvorgaben des Verwaltungsrates, *«diese Praxis»* sei 2011 aufgegeben worden.³⁵⁶ Diese Behauptung steht unter anderem im Widerspruch zur Angabe der BERAG im Schreiben vom 14. Februar 2020³⁵⁷, wonach die BERAG die Vorgaben des Verwaltungsrates anlässlich der Sitzung vom 6. Dezember 2012 aufgegeben habe (vgl. Rz 315 vorne). Die BERAG verweist in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats auf eine Passage im Protokoll der

³⁵⁰ Act. I.278.

³⁵¹ Act. V.10.

³⁵² Act. III.A.192, S. 5, Spiegelstrich 5.

³⁵³ Act. III.A.192, S. 5, Spiegelstrich 4.

³⁵⁴ Act. IV.7, Zeile 168; Act. IV.6, Zeilen 310–311.

³⁵⁵ Act. IV.4, Zeilen 413–414; Act. IV.5, Zeile 230; Act. IV.2, Zeile 151.

³⁵⁶ Act. VII.106, Rz 179.

³⁵⁷ Act. V.10.

Sitzung des Verwaltungsrates der BERAG vom 11. Februar 2011. Es ist unklar, was die entsprechende Passage beweisen soll, da sich darin keine Hinweise zur Aufgabe der Rabattvorgaben finden. Vielmehr wurden die Rabattvorgaben des Verwaltungsrates erst an der von der BERAG angeführten Sitzung vom 11. Februar 2011 verabschiedet (vgl. Rz 313 vorne). Deshalb ist nicht plausibel, dass diese an der gleichen Sitzung auch schon wieder aufgehoben worden sein sollen.

322. Aus diesen Gründen sind die schriftlichen Aussagen der BERAG, wonach die Rabattvorgaben am 6. Dezember 2012 bzw. bereits 2011 aufgegeben worden seien, nicht glaubhaft. Deshalb ist davon auszugehen, dass die in Act. II.34 enthaltenen Rabattvorgaben seit dem 11. Februar 2011 unverändert gültig waren.

323. Als nächstes wird untersucht, was sich in Bezug auf eine allfällige Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären bezüglich der Endpreise aus den Rabattvorgaben ableiten lässt.

324. Dafür sind insbesondere die Maximalrabatte für Nichtaktionäre relevant. Diese sind in Abbildung 21 vorne dargestellt. Daraus geht hervor, dass Nichtaktionäre maximal einen Rabatt von [Fr. 10–18] pro Tonne Asphaltmischgut auf den Listenpreis für Nichtaktionäre erhalten. Der durchschnittliche Unterschied zwischen dem Listenpreis für Nichtaktionäre und dem Listenpreis für Aktionärinnen beläuft sich auf Fr. 16.20 (vgl. Rz 267 vorne). Wenn ein Nichtaktionär also den maximal möglichen Rabatt erhält, entspricht sein Endpreis etwa dem Listenpreis für Aktionärinnen. Erhält ein Nichtaktionär nicht den maximal möglichen Rabatt, bezahlt er hingegen mehr als den Listenpreis für Aktionärinnen.

325. Im Vergleich dazu bezahlen Aktionärinnen nie mehr als den Listenpreis für Aktionärinnen.³⁵⁸ Ausserdem erhalten auch die Aktionärinnen jedenfalls bei grösseren Objekten in der Regel Rabatte. Diese Rabatte beziehen sich aber auf die deutlich tieferen Listenpreise für Aktionärinnen. Die entsprechenden Maximalansätze sind in Abbildung 20 dargestellt.

326. Werden die Rabatte gemäss den Vorgaben des Verwaltungsrates festgelegt, steht damit fest, dass Nichtaktionäre in der Regel für vergleichbare Lieferungen von Asphaltmischgut höhere Preise bezahlen als Aktionärinnen.

327. Da es sich bei den in den vorliegenden Rabattvorgaben angegebenen Rabatten um Maximalansätze handelt, kann das Ausmass der entsprechenden Ungleichbehandlung anhand dieses Dokuments nicht genau quantifiziert werden.

328. Da die Maximalrabatte für Nichtaktionäre nur bis zu einer Projektgrösse von [y] t vorgegeben sind, lassen sich aus den vorliegenden Rabattvorgaben für Projekte mit einem Volumen von mehr als [y] t keine Schlüsse ziehen. Für Projekte mit einem Auftragsvolumen von weniger als [y] t ist hingegen erstellt, dass die Aktionärinnen der BERAG bei vergleichbaren Lieferungen jedenfalls seit 2011 in der Regel günstigere Endpreise bezahlen als Nichtaktionäre.

B.4.5.3.3 Lieferscheindaten: Vergleich Endpreis Nichtaktionäre – Listenpreis Aktionärinnen

329. Die Lieferscheindaten der BERAG liegen für den Zeitraum 2009–2019 vor. Diesen Daten kann der den Kunden bzw. den Kundinnen der BERAG für sämtliche Lieferungen in Rechnung gestellte Endpreis entnommen werden. Für die nachfolgenden Auswertungen werden nur Lieferungen an Baustellen verwendet, die innerhalb von 32 Fahrminuten ab dem Werk der BERAG in Rubigen erreicht werden können und die damit im Kernliefergebiet der BERAG liegen (vgl. Rz 214 ff. vorne).

³⁵⁸ Vgl. zum Beispiel Act. V.26, S. 2.

330. Der Preis für Asphaltmischgut wird bei grösseren Baustellen insbesondere in Abhängigkeit von der Grösse und Lage der Baustelle sowie von der Auslastung des Werks individuell festgelegt (vgl. Rz 183 ff. vorne). Deshalb können die Preise einzelner Lieferungen nur unter Berücksichtigung dieser Faktoren verglichen werden.

331. Aus diesem Grund werden die den Nichtaktionären in Rechnung gestellten Endpreise nicht mit den Endpreisen der Aktionärinnen verglichen. Stattdessen wird der Listenpreis für Aktionärinnen als Vergleichsmassstab herangezogen: Die Aktionärinnen bezahlen nämlich unabhängig von Grösse und Lage der Baustelle sowie unabhängig von der Auslastung des Werks der BERAG nie mehr als den Listenpreis für Aktionärinnen.³⁵⁹ Wenn die Endpreise der Nichtaktionäre höher ausfallen als die Listenpreise der Aktionärinnen, ist deshalb klar, dass die Nichtaktionäre mehr zahlen, als eine Aktionärin für die identische Lieferung an eine vergleichbare Baustelle maximal bezahlt hätte.

332. In Abbildung 22 ist die Differenz zwischen dem den Nichtaktionären in Rechnung gestellten Endpreis und dem Aktionärslistenpreis dargestellt (linke Seite der Grafik). Daraus geht hervor, dass Nichtaktionären fast immer ein Endpreis verrechnet wird, der über dem Listenpreis für Aktionärinnen liegt: Bei mehr als 97 % der Lieferungen an Nichtaktionäre liegt der Endpreis über dem Aktionärslistenpreis.³⁶⁰

333. Damit ist erstellt, dass die BERAG ihren Aktionärinnen 2009–2019 bei vergleichbaren Lieferungen bessere Konditionen gewährt hat als Nichtaktionären.³⁶¹

334. Der Vollständigkeit halber werden auf der rechten Seite von Abbildung 22 die den Aktionärinnen in Rechnung gestellten Endpreise mit dem gleichen Massstab – dem Listenpreis für Aktionärinnen – verglichen. Bei rund einem Prozent der Lieferungen an Aktionärinnen liegt der in den Lieferscheindaten eingetragene Endpreis über dem Aktionärslistenpreis. Es ist davon auszugehen, dass es sich dabei um Spezialfälle oder Datenfehler handelt.³⁶²

Abbildung 22: Zuschlag auf Aktionärslistenpreis 2009–2019 in %.

[...]

Quelle: Lieferscheindaten der BERAG (vgl. Tabelle 28).

335. In Tabelle 11 sind die durchschnittlichen Abweichungen der Endpreise vom Aktionärslistenpreis angegeben. Diese Durchschnittswerte werden einerseits für die durchschnittliche Lieferung sowie für die durchschnittliche Tonne Belag berechnet. Daraus geht hervor, dass

³⁵⁹ Vgl. zum Beispiel Act. V.26, S. 2.

³⁶⁰ Wie schon bei den vorangehenden Datenauswertungen werden Arbeitsgemeinschaften als Aktionärinnen eingeordnet, falls mindestens eine an der Arbeitsgemeinschaft beteiligte Gesellschaft Aktionärin der BERAG war (vgl. Rz 273 vorne).

³⁶¹ Die BERAG bringt in der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vor, die festgestellten Preisunterschiede seien nicht vom Aktionärsstatus des Kunden bzw. der Kundin abhängig. Vielmehr seien die Preise bei kleineren Bezügen höher als bei grösseren Bezügen, weil dort die administrativen und betrieblichen Kosten höher ausfielen (Act. VII.106, Rz 160 ff.). Vorliegend muss nicht untersucht werden, welchen Einfluss die bezogene Menge auf den Preis hat: Nichtaktionäre zahlen praktisch immer mehr als den Listenpreis für Aktionärinnen. Da Aktionärinnen selbst beim Bezug geringer Mengen nie mehr als den Listenpreis für Aktionärinnen bezahlen, ist damit erstellt, dass Nichtaktionäre auch dann mehr als Aktionärinnen zahlen, wenn sie vergleichbar grosse Mengen beziehen.

³⁶² In den Nevaris Daten (Lieferscheindaten der Jahre 2018 und 2019) gibt es keine einzige Lieferung an Aktionärinnen, bei welcher der Rechnungspreis über dem Aktionärslistenpreis liegt. Alle derartigen Datenpunkte stammen aus den Jahren 2009–2017 (Dorner-Daten). Das liegt vermutlich daran, dass mit Hilfe der in den Nevaris-Daten eingetragenen Listenpreise der relevante Aktionärslistenpreis zuverlässiger zugeordnet werden kann als bei den Dorner-Daten.

Nichtaktionäre einen Zuschlag von mehr als 10 % bzw. mehr als Fr. 10.– auf den Aktionärslistenpreis bezahlen. Da Aktionärinnen maximal den Aktionärslistenpreis bezahlen, ist damit erwiesen, dass Nichtaktionäre auch bei vergleichbaren Projekten deutlich schlechtere Konditionen erhalten als die Aktionärinnen der BERAG.

Tabelle 11: Durchschnittliche Differenz Endpreis-Aktionärslistenpreis 2009–2019.

Endpreis-Aktionärslistenpreis	Aktionärinnen	Nichtaktionäre
Durchschnittliche Lieferung (% des Aktionärslistenpreises)	-[5–10] %	[10–20] %
Durchschnittliche Lieferung (Fr./t)	-[5–10] Fr.	[10–20] Fr.
Durchschnittliche Tonne (% des Aktionärslistenpreis)	-[5–10] %	[10–20] %
Durchschnittliche Tonne (Fr./t)	-[5–10] Fr.	[10–20] Fr.

Quelle: Lieferscheindaten der BERAG (vgl. Tabelle 28).

B.4.5.3.4 Lieferscheindaten: Vergleich von Preisen und Mengen vor und nach der Aufnahme als Aktionärin

336. Im Zeitraum 2009–2019 nahm die BERAG zwei neue Unternehmen als Aktionärinnen auf: Die [F1] und die [F2] sind seit dem 14. Dezember 2011 als Aktionärinnen im Aktienbuch der BERAG eingetragen.³⁶³ Deshalb kann für diese beiden Unternehmen untersucht werden, ob sich die Endpreise vor und nach der Aufnahme als Aktionärinnen unterscheiden. Zu diesem Zweck wird wie im vorangehenden Abschnitt die Differenz zwischen Endpreis und Aktionärslistenpreis herangezogen. Diese Differenz wird in Abbildung 23 ([F1 oder F2]) und Abbildung 24 ([F1 oder F2]) separat für die Jahre vor dem Beitritt (2009–2011) und die Jahre nach dem Beitritt (2012–2019) dargestellt.³⁶⁴

337. Aus Abbildung 23 geht hervor, dass die Endpreise der Firma [F1 oder F2] im Zeitraum vor der Aufnahme als Aktionärin der BERAG im Jahr 2011 praktisch immer über dem Listenpreis für Aktionärinnen lagen. Nach der Aufnahme stimmt der Rechnungspreis im Gegensatz dazu oft mit dem Listenpreis für Aktionärinnen überein, liegt aber auch häufig tiefer. Die beiden

³⁶³ Act. III.A.183.

³⁶⁴ Lieferungen an die Firmen [F1] und [F2] werden anhand deren Kundennummern identifiziert. Alle Lieferungen an die Kundennummern 1413 und 303416 werden der Firma [F1 oder F2] zugeordnet. Alle Lieferungen an die Kundennummern 1490 und 300620 werden der Firma [F1 oder F2] zugeordnet.

Im Gegensatz zu den Auswertungen in Rz 329 ff. vorne soll nachfolgend ein Vergleich von zwei Zeiträumen vorgenommen werden. Deshalb werden für die nachfolgenden Auswertungen im Gegensatz zu den Auswertungen in Rz 329 ff. nur Sorten verwendet, für welche die Listenpreise lückenlos für den gesamten Zeitraum 2009–2019 vorliegen. Dadurch fallen rund 20 % der Lieferungen an die Firmen [F1] und [F2] weg.

Die BERAG behauptet in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats, es lägen keine vollständigen Daten vor und deshalb seien «aus statistischer Sicht» keine validen Rückschlüsse möglich (Act. VII.106, Rz 188). Dem ist Folgendes entgegenzuhalten: Für 80 % der Lieferungen können die Preise vor und nach der Aufnahme als Aktionärin verglichen werden. Es handelt sich hier also um eine aussergewöhnlich grosse Stichprobe. Selbst wenn keine Rückschlüsse auf die verbleibenden 20 % der Lieferungen möglich wären, wäre bereits durch die Stichprobe der allergrösste Teil der Lieferungen abgedeckt. Ausserdem unterscheiden sich die restlichen 20 % der Lieferungen einzig dadurch, dass die Listenpreise für die entsprechenden Sorten nicht lückenlos vorliegen. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, weshalb der entsprechende Preisvergleich bei diesen Sorten anders ausfallen sollte als bei den übrigen 80 % der Lieferungen. Die BERAG bringt auch keinen solchen Grund vor. Deshalb kann nachfolgend zum Zweck des Preisvergleichs vor und nach der Aufnahme als Aktionärinnen auf die rund 80 % der Lieferungen abgestellt werden, für welche Listenpreise lückenlos vorliegen.

Verteilungen unterscheiden sich also offensichtlich: Nach Aufnahme als Aktionärin erhielt die Firma [F1 oder F2] deutlich grössere Rabatte auf den Listenpreis für Aktionärinnen.

Abbildung 23: Zuschlag auf Aktionärslistenpreis in %, nur Lieferungen an die [F1 oder F2].

[...]

Quelle: Lieferscheindaten der BERAG (vgl. Tabelle 28).

338. Abbildung 24 entspricht Abbildung 23, ausser dass die Lieferungen an die Firma [F1] ausgewertet werden. Auch die Firma [F1 oder F2] bezahlt nach der Aufnahme als Aktionärin tiefere Endpreise.

Abbildung 24: Zuschlag auf Aktionärslistenpreis in %, nur Lieferungen an die [F1 oder F2].

[...]

Quelle: Lieferscheindaten der BERAG (vgl. Tabelle 28).

339. Für die Firma [F1 oder F2] kann zusätzlich zu den Preisen auch der Anteil des bei der BERAG bezogenen Asphaltmischguts für die Jahre vor und nach der Aufnahme als Aktionärin verglichen werden.³⁶⁵ Die entsprechenden Resultate sind in Abbildung 25 dargestellt. Daraus geht hervor, dass die [F1 oder F2] nach der Aufnahme als Aktionärin im Vergleich zu den Vorjahren einen deutlich höheren Anteil des Asphaltmischguts bei der BERAG einkaufte. Deshalb ist davon auszugehen, dass dieser Anstieg mindestens teilweise darauf zurückzuführen ist, dass die Aktionärinnen der BERAG Asphaltmischgut zu günstigeren Konditionen einkaufen können als Nichtaktionäre.

340. Aus diesen Gründen bestätigt der Vergleich von Preisen und Mengen vor und nach Aufnahme der Aktionärinnen [F1] und [F2] zusätzlich, dass die BERAG ihren Aktionärinnen im Vergleich zu den Nichtaktionären 2009–2019 Asphaltmischgut zu deutlich besseren Endpreisen verkaufte.

Abbildung 25: Anteil der BERAG an den Gesamtbezügen der [F1 oder F2].

[...]

Quelle: Act. V.2.; Lieferscheindaten der BERAG (vgl. Tabelle 28).

341. Jedenfalls in Bezug auf kleine Bezugsmengen sind die Aussagen von [N21] und [N17] mit diesem Befund konsistent: Beide sagten aus, dass die Preise der BERAG beim Bezug von kleinen Mengen für Aktionärinnen höher ausfallen würden als für Nichtaktionäre.³⁶⁶

342. In Bezug auf grössere Bezugsmengen sagten sowohl [N21] als auch [N17] aus, dass sich diesbezüglich die Preise der BERAG nach ihrer Aufnahme als Aktionärinnen nicht verändert hätten.³⁶⁷

343. Aus den Lieferscheinen der BERAG geht hervor (vgl. Abbildung 23 und Abbildung 24 vorne), dass die Endpreise der allermeisten Lieferungen an die Firmen [F1] und [F2] im Zeitraum 2009–2011 deutlich über dem Listenpreis für Aktionärinnen lagen. Nach der Aufnahme

³⁶⁵ Die [F1 oder F2] reichte Zahlen zu den Gesamtbezügen im Zeitraum 2008–2018 ein (Act. V.2). Die [F1 oder F2] konnte keine Zahlen zu ihren Gesamtbezügen während dieses Zeitraums liefern (Act. IV.15, Zeilen 153–156).

³⁶⁶ Act. IV.13, Zeilen 151–158 und Act. IV.15, Zeilen 111–115.

³⁶⁷ Act. IV.13, Zeilen 235–237 und Act. IV.15, Zeilen 111–115.

als Aktionärinnen Ende 2011 bezahlten beide Unternehmen höchstens den Aktionärslistenpreis. Diese Tatsache lässt sich mit den Aussagen von [N17] und [N21] vereinbaren, falls die Firmen [F1] und [F2] im Zeitraum 2009–2011 nur Asphaltmischgut in kleinen Mengen bezogen. Andernfalls ändern die Aussagen von [N17] und [N21] ebenfalls nichts am Beweisergebnis, da klare Urkundenbeweise vorliegen, die sich besser zur Quantifizierung von Preisdifferenzen eignen als mündliche Parteiaussagen.

344. Die BERAG bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vor, die [F1 oder F2] habe sich nach einem Eigentümerwechsel neu auf dem Strassenbaumarkt positioniert und sei vor der Aufnahme als Aktionärin kaum im Strassenbau tätig gewesen.³⁶⁸ Grund dafür, dass die [F1 oder F2] nach der Aufnahme als Aktionärin von günstigeren Preisen profitiert habe, sei nicht deren Aktionärsstatus, sondern die grösseren Bezugsmengen.³⁶⁹

345. Tatsächlich haben die insgesamt von der [F1 oder F2] bezogenen Mengen Asphaltmischgut seit ihrer Aufnahme als Aktionärin der BERAG zugenommen. Allerdings haben die bei der BERAG bezogenen Mengen deutlich stärker zugenommen als die bei anderen Werken bezogenen Mengen. Das ist ein Indiz dafür, dass sich die Konditionen bei der BERAG nach der Aufnahme als Aktionärin im Vergleich zu den Konditionen anderer Werke verbessert haben. Wäre die Verbesserung der Konditionen der BERAG einzig auf die wachsende Aktivität der [F1 oder F2] im Markt für Strassenbau zurückzuführen, hätten sich auch die Konditionen der anderen Werke entsprechend verbessern müssen. In diesem Fall hätte der Anteil der bezogenen Menge Asphaltmischgut bei allen Werken proportional ansteigen müssen, nicht nur jener bei der BERAG.

346. Ausserdem stimmt der Zeitpunkt der Zunahme des bei der BERAG bezogenen Anteils exakt mit der Aufnahme als Aktionärin überein (vgl. Abbildung 25). Das ist in Bezug auf den Ausbau der Aktivitäten im Markt für Strassenbau nicht der Fall: Gemäss der Aussage des Geschäftsführers [...], habe [...]. Seit der Übernahme im Jahr [...] habe [...] «*kontinuierlich ausgebaut*».³⁷⁰ Ein solch kontinuierlicher Ausbau ab [...] kann den vorliegend beobachteten schlagartigen Anstieg des bei der BERAG bezogene Anteils nach der Aufnahme als Aktionärin ab Ende 2011 nicht erklären.

347. Auch in Bezug auf die in Abbildung 23 dargestellten Preise vermag ein kontinuierlicher Ausbau der Tätigkeit im Markt für Strassenbau die beobachteten Unterschiede vor und nach Aufnahme als Aktionärin nicht zu erklären: Zwar war der Anteil der grösseren Projekte möglicherweise nach der Aufnahme als Aktionärin höher im Vergleich zu den Vorjahren. Da es sich um einen kontinuierlichen Ausbau der Geschäftstätigkeit handelt, dürfte die [F1 oder F2] aber auch schon vor der Aufnahme als Aktionärin einige grössere Projekte durchgeführt haben. Gleichermassen dürfte die [F1 oder F2] auch nach Aufnahme als Aktionärin kleinere Projekte mit geringen Bezugsmengen durchgeführt haben. Trotzdem liegen die Preise vor der Aufnahme als Aktionärin praktisch ausnahmslos über dem Listenpreis für Aktionäre und nach der Aufnahme fast immer darunter. Dieser Unterschied kann deshalb nicht durch einen kontinuierlichen Ausbau der Tätigkeit im Markt für Strassenbau erklärt werden, sehr wohl aber durch die Gewährung von Vorzugskonditionen an die Aktionärinnen der BERAG.

348. Die BERAG bringt Ähnliches auch in Bezug auf die [F1 oder F2] vor: Auch diese habe ihre Strassenbautätigkeit ausgebaut und deshalb von günstigeren Asphaltmischgutpreisen profitiert.³⁷¹ Da die insgesamt von der [F1 oder F2] bezogenen Mengen nicht vorliegen, kann der bei der BERAG bezogene Anteil nicht berechnet werden. In Bezug auf die in Abbildung 24 dargestellten Preisunterschiede sind die vorangehenden Ausführungen im Wesentlichen übertragbar: Gemäss der Aussage von [...], habe das Wachstum der [F1 oder F2] vor allem im

³⁶⁸ Act. VII.106, Rz 185.

³⁶⁹ Act. VII.106, Rz 187.

³⁷⁰ [...]

³⁷¹ Act. VII.106, Rz 184 ff.

Hochbau stattgefunden. Der Belagsbezug der [F1 oder F2] sei auf tiefem Niveau stark schwankend.³⁷² Deshalb ist auch bei der [F1 oder F2] davon auszugehen, dass diese vor- und nach ihrer Aufnahme als Aktionärin jedenfalls teilweise vergleichbare Projekte durchführte. Trotzdem liegen auch bei der [F1 oder F2] die Preise vor der Aufnahme praktisch immer über den Listenpreisen für Aktionärinnen und nach der Aufnahme praktisch immer darunter. Auch dieser Unterschied kann kaum mit dem Ausbau der Tätigkeit im Markt für Strassenbau erklärt werden, sehr wohl aber durch die Gewährung von Vorzugskonditionen an die Aktionärinnen der BERAG.

B.4.5.3.5 Verbot des Zwischenhandels

349. Die BERAG untersagt es ihren Aktionärinnen, Zwischenhandel mit Asphaltmischgut zu betreiben.³⁷³ Ein solches Verbot verhindert die Umgehung der Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären der BERAG: Ohne ein Verbot könnte eine Aktionärin der BERAG für einen Nichtaktionär Asphaltmischgut zu Aktionärsbedingungen beziehen und diesen Vorteil mindestens teilweise dem Nichtaktionär weitergeben. Dadurch würde der preisliche Vorteil der Aktionärinnen geringer ausfallen. Deshalb ist das vorliegende Verbot des Zwischenhandels der Aufrechterhaltung der festgestellten Preisunterschiede dienlich.

350. Gäbe es hingegen keine Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären, wäre kein Grund dafür ersichtlich, weshalb ein Nichtaktionär statt direkt bei der BERAG über eine Aktionärin Asphaltmischgut beziehen sollte. Deshalb ist das vorliegende Verbot des Zwischenhandels ein weiteres Indiz dafür, dass die BERAG ihren Aktionärinnen Asphaltmischgut zu besseren Konditionen verkauft als Nichtaktionären.

B.4.5.3.6 Dauer der Ungleichbehandlung bezüglich Endpreise

351. Aus den Lieferscheinen der BERAG und aus den Rabattvorgaben des Verwaltungsrates der BERAG geht hervor, dass die BERAG Nichtaktionären mindestens im Zeitraum 2009–2019 Asphaltmischgut bei vergleichbaren Lieferungen zu wesentlich höheren Preisen verkaufte als Aktionärinnen. Da sich die Preispolitik der BERAG seit Januar 2019 nicht wesentlich verändert hat,³⁷⁴ ist erstellt, dass die Aktionärinnen der BERAG im Zeitraum 2009 bis 2021 bei vergleichbaren Lieferungen tiefere Endpreise bezahlten als Nichtaktionäre.

352. Da die Preispolitik der BERAG schon seit mindestens 2004 vorsah, Aktionärinnen zu günstigeren Konditionen Asphaltmischgut zu verkaufen als Nichtaktionären (vgl. Rz 245 ff.), da die BERAG schon seit mindestens 2004 separate Preislisten für Aktionärinnen und Nichtaktionäre führte (vgl. Rz 256 ff.) und da keine Anzeichen dafür vorliegen, dass sich die Preispolitik der BERAG seit 2004 wesentlich veränderte, ist erstellt, dass die Aktionärinnen der BERAG von 2004 bis 2021 bei vergleichbaren Lieferungen zu günstigeren Endpreisen Asphaltmischgut beziehen konnten.

B.4.5.4 Beweisergebnis

353. Es ist erwiesen, dass die Aktionärinnen der BERAG bei vergleichbaren Lieferungen im Vergleich zu anderen Kunden und Kundinnen jedenfalls seit 2004 bis 2021 wesentlich tiefere Endpreise für Asphaltmischgut bezahlten (vgl. die vorangehende Beweisführung in Rz 304 ff).

³⁷² Act. IV.15, Ziffern 98–101.

³⁷³ Act. III.A.185, Traktandum 5.

³⁷⁴ Vgl. Act. V.24.

B.4.6 Weitere Konditionen

B.4.6.1 Beweisthema

354. Nachfolgend wird untersucht, ob die BERAG ihre Aktionärinnen in Bezug auf weitere Konditionen besser behandelte als Nichtaktionäre.

B.4.6.2 Beweismittel

355. Die Behörde stützt sich zur Untersuchung der weiteren Konditionen im Wesentlichen auf die nachfolgend aufgeführten Beweismittel.

B.4.6.2.1 Urkunden

- Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates der BERAG vom 7. Dezember 2005.³⁷⁵

Der Verwaltungsrat beschliesst die in Abbildung 26 wiedergegebene Anpassung der Überzeit- und Nachtarbeitszuschläge.

Abbildung 26: Beschluss des Verwaltungsrates der BERAG vom 7. Dezember 2005 bezüglich Überzeit- und Nachtarbeitszuschläge 2006.

[...]

- Beschluss des Verwaltungsrates der BERAG vom 26. November 1999 in Bezug auf die «Handhabung Treuebonus bei ARGEN».³⁷⁶

«Wird eine Arbeitsgemeinschaft, die aus Aktionärinnen und Nichtaktionären der BERAG besteht, ausschliesslich durch die BERAG beliefert, wird der Treuebonus den an der Arbeitsgemeinschaft beteiligten Aktionärinnen ausbezahlt. Die an der Arbeitsgemeinschaft ebenfalls beteiligten Nichtaktionäre erhalten keine entsprechende Rückerstattung».

B.4.6.2.2 Aussagen der BERAG

356. [N10], [...], sagte an der Parteieinvernahme vom 30. Juni 2020 aus, die in Act. III.A.42 beschriebene «Handhabung Treuebonus bei ARGEN» gelte im Wesentlichen bis heute.³⁷⁷

B.4.6.3 Würdigung der Beweismittel

B.4.6.3.1 Ungleichbehandlung in Bezug auf Zuschläge für Arbeiten ausserhalb der gewöhnlichen Geschäftszeiten

357. Wenn die BERAG auf Anfrage eines Kunden bzw. einer Kundin Asphaltmischgut ausserhalb der gewöhnlichen Geschäftszeiten herstellt, verrechnet sie den Kunden und Kundinnen Zuschläge. Diese beinhalten eine Grundpauschale sowie einen von der produzierten Menge abhängigen Zuschlag. Der Verwaltungsrat der BERAG legte anlässlich der Sitzung vom 7. Dezember 2005 diese Zuschläge für das Jahr 2006 fest. Zwei der vier Grundpauschalen sind für Nichtaktionäre deutlich höher als für Aktionärinnen (vgl. Abbildung 26 vorne). Es

³⁷⁵ Act. III.A.88, Traktandum 5.

³⁷⁶ Act. III.A.42.

³⁷⁷ Act. IV.18, Zeilen 165–169.

handelt sich um Zuschläge für identische Leistungen. Die vorliegende Ungleichbehandlung basiert ausschliesslich auf der Aktionärsqualität der Kunden und Kundinnen der BERAG.

358. Im Jahr 2018 sind die in den Preislisten für Aktionärinnen aufgeführten Zuschläge für Arbeiten ausserhalb der gewöhnlichen Geschäftszeiten immer noch tiefer als die entsprechenden in der Preisliste für Nichtaktionäre aufgeführten Zuschläge.³⁷⁸

359. Damit ist erwiesen, dass die BERAG ihren Aktionärinnen für Arbeiten ausserhalb der gewöhnlichen Geschäftszeiten jedenfalls im Zeitraum 2006–2018 Vorzugskonditionen gewährte.

B.4.6.3.2 Ungleichbehandlung in Bezug auf die Auszahlung des Treuebonus bei Arbeitsgemeinschaften

360. Der Verwaltungsrat der BERAG legte am 26. November 1999 fest, wie die Auszahlung des Treuebonus bei Arbeitsgemeinschaften zu handhaben ist: Bezog eine Arbeitsgemeinschaft aus Aktionärinnen und Nichtaktionären das von ihr benötigte Asphaltmischgut ausschliesslich über die BERAG, zahlte diese den Treuebonus für die Bezüge der Arbeitsgemeinschaft ausschliesslich den an der Arbeitsgemeinschaft beteiligten Aktionärinnen aus. Die Nichtaktionäre erhielten keine entsprechende Auszahlung.³⁷⁹ Gemäss der Aussage von [N10] gilt diese Regel bis heute.³⁸⁰

361. Gemäss der Aussage von [N10] liegt der Grund für diese Ungleichbehandlung darin, dass sich die Aktionärinnen der BERAG dafür eingesetzt hätten, dass die BERAG den Belag liefern könne.³⁸¹ Ausserdem seien bei manchen Arbeitsgemeinschaften auch Unternehmen beteiligt, welche gar keinen Belag einbauen.³⁸²

362. Gemäss dem erwähnten Beschluss des Verwaltungsrates ist die Auszahlung des Treuebonus nicht davon abhängig, ob sich ein an der Arbeitsgemeinschaft beteiligtes Unternehmen für die Belieferung durch die BERAG eingesetzt hat. Sie ist auch nicht davon abhängig, ob die an der Arbeitsgemeinschaft beteiligten Unternehmen Belag einbauen. Vielmehr ist einzig der Aktionärsstatus der an der Arbeitsgemeinschaft beteiligten Unternehmen ausschlaggebend, ob die BERAG diesen den Treuebonus auszahlt oder nicht.

363. Damit ist erstellt, dass die BERAG ihre Kunden und Kundinnen in Bezug auf die Auszahlung des Treuebonus bei Arbeitsgemeinschaften aufgrund deren Aktionärsstatus von 2004 bis heute ungleich behandelte.

B.4.6.3.3 Wirtschaftliche Bedeutung

364. Im Vergleich zur Ungleichbehandlung in Bezug auf Listenpreise, Offertpreise und Endpreise beeinträchtigt die Ungleichbehandlung in Bezug auf die oben erwähnten weiteren Konditionen den Wettbewerb zwischen Aktionärinnen und Nichtaktionären weniger stark, weil diesen eine geringere wirtschaftliche Bedeutung zukommt. Das trifft auch auf die Ungleichbehandlung in Bezug auf die Auszahlung des Treuebonus bei Arbeitsgemeinschaften zu, da es nur selten vorkam, dass die BERAG als einzige Lieferantin Arbeitsgemeinschaften aus Aktionärinnen und Nichtaktionären belieferte und anschliessend den Aktionärinnen den Treuebonus für die entsprechenden Lieferungen auszahlte. Das liegt insbesondere daran, das

³⁷⁸ Das ergibt sich aus dem Vergleich der Preisliste des Jahres 2018 für die Adolf Künzi AG (Act. III.A.282) mit der Ringbuchpreisliste des Jahres 2018 (abrufbar unter <<http://beragrubi-gen.ch/downloads/Preisliste-Belag.pdf>>, 8. Dezember 2018).

³⁷⁹ Act. III.A.42.

³⁸⁰ Act. IV.18, Zeilen 165–169.

³⁸¹ Act. IV.18, Zeilen 200–206.

³⁸² Act. IV.18, Zeilen 189–193.

Arbeitsgemeinschaften sich von der BERAG in der Regel ein sogenanntes Nettoangebot (vgl. Rz 416 ff. hinten) unterbreiten liessen.³⁸³ Solche Lieferungen sind nicht treuebonusberechtigigt. Deshalb kam die entsprechende Regel nur selten zur Anwendung.

365. Trotzdem ist auch die Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären in Bezug auf die weiteren Konditionen relevant, weil sie zeigt, dass die Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären durch die BERAG System hatte: Sie erstreckte sich selbst auf Konditionen, deren wirtschaftliche Bedeutung eingeschränkt ist.

B.4.6.4 Beweisergebnis

366. Die BERAG gewährte ihren Aktionärinnen im Vergleich zu Nichtaktionären in Bezug auf verschiedene weitere Faktoren Vorzugskonditionen, namentlich in Bezug auf

- Zuschläge für Arbeiten ausserhalb der regulären Geschäftszeiten sowie in Bezug auf
- die Auszahlung des Treuebonus bei Arbeitsgemeinschaften zwischen Aktionärinnen und Nichtaktionären, welche ausschliesslich durch die BERAG mit Asphaltmischgut beliefert wurden.

B.4.7 Zweck

B.4.7.1 Beweisthema

367. Nachfolgend wird untersucht, welchen Zweck die BERAG durch die Gewährung von Vorzugskonditionen an ihre Aktionärinnen verfolgte.

B.4.7.2 Beweismittel

368. Die Behörde stützt sich zur Untersuchung des von der BERAG mit der Gewährung von Vorzugskonditionen an ihre Aktionärinnen verfolgten Zweck im Wesentlichen auf die nachfolgend aufgeführten Beweismittel.

B.4.7.2.1 Urkunden

- Bericht über das Geschäftsjahr der BERAG vom 1. Januar bis 31. Dezember 2000.³⁸⁴

«Die BERAG wird sich bemühen, den Aktionären attraktive Preisangebote zu unterbreiten, damit diese möglichst viele Aufträge akquirieren können».
- Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates der BERAG vom 11. Februar 2011.³⁸⁵

Der Verwaltungsrat diskutiert die Preispolitik der BERAG: *«[N4] [...] äussert sich, dass [...] eine grösstmögliche Flexibilität an den Geschäftsführer erteilt werden muss, um die Umsätze zu erreichen».*
- Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates der BERAG vom 31. Oktober 2012.³⁸⁶

Der Verwaltungsrat diskutiert die Preispolitik der BERAG. Der [...], [N4], eröffnet die Diskussion und stellt fest: *«Die Gleichbehandlung im grossen Aktionärskreis der*

³⁸³ Vgl. z.B. die Aussage von [N10], Act. IV.18, Zeilen 176–181.

³⁸⁴ Act. II.5, S. 6.

³⁸⁵ Act. III.A.164, Traktandum 5.

³⁸⁶ Act. III.A.190, Traktandum 7.

BERAG ist schwierig, insbesondere bei Aktionären mit Beteiligungen an mehreren Belagswerken».

B.4.7.2.2 Aussagen der BERAG

369. [N5], [...], sagte an der Parteieinvernahme vom 18. März 2019 aus, die Aktionärinnen der BERAG würden bessere Preise als Dritte erhalten, weil sie das unternehmerische Risiko der BERAG tragen würden.³⁸⁷

370. [N10], [...], sagte an der Parteieinvernahme vom 7. März 2019 aus, die Aktionärinnen der BERAG seien am Risiko der BERAG beteiligt und hätten dafür einen Vorteil durch die Aktionärspreise.³⁸⁸

371. [N2], [...], sagte an der Parteieinvernahme vom 8. März 2019 aus, das Risiko der Aktionärinnen werde durch die tieferen Bezugspreise entgolten.³⁸⁹

B.4.7.3 Würdigung der Beweismittel

B.4.7.3.1 Abgeltung des unternehmerischen Risikos

372. Die Vertreter der BERAG bringen im Wesentlichen vor, die Gewährung von Vorzugskonditionen für Aktionärinnen bezwecke die Kompensation des von den Aktionärinnen getragenen unternehmerischen Risikos.³⁹⁰ Nachfolgend wird untersucht, ob dieses Vorbringen plausibel ist.

373. Das unternehmerische Risiko einer Aktionärin ist umso grösser, je grösser ihr Anteil am Aktienkapital der BERAG ausfällt. Läge der Zweck der Vorzugskonditionen für Aktionärinnen in der Abgeltung des unternehmerischen Risikos, müsste deshalb der Vorteil, den eine Aktionärin aus den Vorzugskonditionen zieht, mit dem von ihm gehaltenen Aktienkapital steigen.

374. Das ist nicht der Fall: Eine Aktionärin profitiert nur dann von den Vorzugskonditionen für Aktionärinnen, wenn sie selber Asphaltmischgut von der BERAG bezieht. Manche Aktionärinnen sind nicht im Markt für Strassenbau tätig, so zum Beispiel die K. & U. Hofstetter AG oder die Messerli Kieswerk AG, welche gemeinsam mehr als [...] % der Aktien der BERAG halten.³⁹¹ Das unternehmerische Risiko dieser Aktionärinnen kann deshalb nicht über Vorzugskonditionen für Aktionärinnen abgegolten werden. Auch bei den im Markt für Strassenbau tätigen Aktionärinnen sind die Bezugsmengen nicht proportional zum Aktienkapital.

375. Die Auszahlung von Dividenden ist im Vergleich zu Vorzugskonditionen für Aktionärinnen ein besser geeignetes Instrument, um das unternehmerische Risiko abzugelten: Dividenden werden proportional zum einbezahlten Aktienkapital und damit zum unternehmerischen Risiko ausbezahlt. Tatsächlich schüttet die BERAG ihren Aktionärinnen alljährlich eine Dividende aus.³⁹² Wenn die BERAG das unternehmerische Risiko stärker abgelden wollte, könnte sie höhere Dividenden auszahlen. Die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen sind im Vergleich dazu für die Verfolgung dieses Zwecks ungeeignet.

³⁸⁷ Act. IV.7, Zeilen 108–109.

³⁸⁸ Act. IV.4, Zeilen 307–308.

³⁸⁹ Act. IV.5, Zeilen 191–192.

³⁹⁰ Act. IV.7, Zeilen 108–109 ([N5]); Act. IV.4, Zeilen 307–308 ([N10]); Act. IV.5, Zeilen 191–192 ([N2]).

³⁹¹ Act. III.A.183.

³⁹² Act. II.10 (2004); Act. II.12 (2005); Act. II.14 (2006); Act. II.18 (2007); Act. II.26 (2009); Act. III.A.169 (2010); Act. III.A.182 (2011); Act. III.A.201 (2012); Act. III.A.219 (2013); Act. III.A.232 (2014); Act. III.A.248 (2015); Act. III.A.266 (2016); Act. III.A.286 (2017).

376. Aus diesen Gründen steht fest, dass der hauptsächliche Zweck der Vorzugskonditionen für Aktionärinnen nicht in der Abgeltung des unternehmerischen Risikos besteht.

B.4.7.3.2 Wettbewerbsvorteil im Markt für Strassenbau

377. Es ist erstellt, dass die Preispolitik der BERAG vorsah, den Aktionärinnen Asphaltmischgut zu günstigeren Konditionen zu liefern als Nichtaktionären (vgl. Rz 64 vorne). Dadurch haben die Aktionärinnen der BERAG im Vergleich zu Nichtaktionären einen Vorteil im nachgelagerten Markt für Strassenbau. Es ist davon auszugehen, dass die BERAG bezweckte, ihren Aktionärinnen einen solchen Vorteil zu verschaffen, da sich dieser direkt aus der Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären ergibt.

378. Ausserdem bekräftigt die BERAG bisweilen in älteren Geschäftsberichten explizit die Absicht, die Aktionärinnen im Konkurrenzkampf im Markt für Strassenbau zu unterstützen.³⁹³

379. Ausserdem geht aus den Aussagen des [...], [N4], in verschiedenen Diskussionen zur Preispolitik der BERAG hervor, dass die Gewährung von Vorzugskonditionen aufgrund des Aktionärsstatus eines Kunden bzw. einer Kundin manchmal die Akquisition von Aufträgen erschwert: Wenn man die gewünschten Umsätze erreichen wolle, müsse man dem Geschäftsführer in Bezug auf die Preissetzung «*die grösstmögliche Flexibilität*» erteilen.³⁹⁴ Restriktionen wie zum Beispiel die Gleichbehandlung aller Aktionärinnen ungeachtet ihrer Verhandlungsposition scheinen diesem Ziel abträglich zu sein.³⁹⁵

380. Der [...], [N4], scheint also davon auszugehen, dass die Vorzugskonditionen in Bezug auf die Erreichung der gewünschten Umsätze eher nachteilig sind. Trotz dieser Einschätzung gewährte die BERAG ihren Aktionärinnen Vorzugskonditionen. Deshalb ist davon auszugehen, dass der Zweck der Vorzugskonditionen für Aktionärinnen in erster Linie darin bestand, diesen im nachgelagerten Markt für Strassenbau einen Vorteil zu verschaffen. Zwar steht nicht die Maximierung des Profits der BERAG selber im Vordergrund, trotzdem handelt es sich bei der Gewährung von Vorzugskonditionen an ihre Aktionärinnen weder um einen Selbstzweck noch um einen desinteressierten Akt.³⁹⁶ Zwar ist die BERAG selber nicht im nachgelagerten Markt für Strassenbau tätig, die meisten ihrer Aktionäre aber sehr wohl. Diese haben ein Interesse daran, im Vergleich zu ihren Konkurrentinnen zu günstigeren Bedingungen Asphaltmischgut bei der BERAG beziehen zu können.

B.4.7.4 Beweisergebnis

381. Die BERAG bezweckte, ihren Aktionärinnen durch die Gewährung von Vorzugskonditionen für den Bezug von Asphaltmischgut einen Wettbewerbsvorteil im nachgelagerten Markt für Strassenbau zu verschaffen.

B.4.8 Auswirkungen auf den Markt für Strassenbau

B.4.8.1 Beweisthema

382. Nachfolgend wird untersucht, welche Rückschlüsse sich aus den Diskussionen im Verwaltungsrat der BERAG zur Aufnahme neuer Aktionärinnen in Bezug auf die Auswirkungen der Vorzugskonditionen für Aktionärinnen auf den Wettbewerb im Markt für Strassenbau zie-

³⁹³ Act. II.5, S. 6 (Geschäftsbericht 2000); Act. III.A.32, S. 6 (Geschäftsbericht 1996).

³⁹⁴ Act. III.A.164, Traktandum 5.

³⁹⁵ Act. III.A.190, Traktandum 7.

³⁹⁶ Vgl. die Vorbringen der BERAG in der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats in Act. VII.106, Rz 192 ff.

hen lassen. Die Ergebnisse dieser Untersuchung fließen zusammen mit weiteren Beweismitteln in die Beurteilung der Auswirkungen der Vorzugskonditionen auf den Wettbewerb im Markt für Strassenbau ein (vgl. Rz 671 ff. hinten).

B.4.8.2 Beweismittel

383. Die Behörde stützt sich zur Untersuchung der Auswirkungen der Vorzugskonditionen für BERAG-Aktionärinnen auf den Markt für Strassenbau anhand der Diskussionen im Verwaltungsrat der BERAG zur Neuaufnahme von Aktionärinnen im Wesentlichen auf die nachfolgend aufgeführten Beweismittel.

- Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates der BERAG vom 29. Oktober 2009.³⁹⁷

Der Verwaltungsrat berät, wie mit den freien BERAG-Aktien zu verfahren ist: «[N4] erläutert die Meinungen [...], welche einen Weiterverkauf der Aktien an Mitbewerber teils vehement ablehnen».

- Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates der BERAG vom 25. Mai 2010.³⁹⁸

Der Verwaltungsrat diskutiert, ob die Peter Batt AG als Aktionärin aufgenommen werden soll: «[...] sieht eher keine Neuaufnahme als Aktionär, da dieser neue Aktionär einen zusätzlichen Konkurrenten am Markt darstellt. [...] teilt diese Meinung».

- Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates der BERAG vom 4. Juni 2014.³⁹⁹

Der Verwaltungsrat diskutiert, ob die Bautag als Aktionärin aufgenommen werden soll: «[...] begrüsst das Vorgehen nicht, da so ein Belagsunternehmer aufgebaut wird».

- Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates der BERAG vom 8. Dezember 2017.⁴⁰⁰

Der Verwaltungsrat bespricht, ob die [F14] als Aktionärin aufgenommen werden soll: «[...] möchte keinen weiteren Belagseinbauer fördern».

B.4.8.3 Würdigung der Beweismittel

384. Jedenfalls einige der Verwaltungsräte der BERAG gehen davon aus, dass die Aufnahme eines Wettbewerbers bzw. einer Wettbewerberin als BERAG-Aktionärin diesen Wettbewerber bzw. diese Wettbewerberin im Markt für Strassenbau wesentlich stärkt: Es ist die Rede davon, dass der neu aufgenommene Wettbewerber bzw. die neu aufgenommene Wettbewerberin dadurch zu einem «*zusätzlichen Konkurrenten*»⁴⁰¹ wird. An anderer Stelle wird eine Neuaufnahme abgelehnt, weil dadurch ein Konkurrent bzw. eine Konkurrentin «*aufgebaut*»⁴⁰² oder «*gefördert*»⁴⁰³ wird. Als Vertreter bedeutender Strassenbauunternehmungen sind die sich in diesem Sinne äussernden Verwaltungsräte [...] in der Lage, die Auswirkungen der Aktionärskonditionen auf dem Markt für Strassenbau einzuschätzen.

385. Neben der Befürchtung mancher Verwaltungsräte, dass durch Neuaufnahmen neue Konkurrenten und Konkurrentinnen aufgebaut werden, spielten bei den diesbezüglichen Entscheidungen des Verwaltungsrates der BERAG sicher auch andere Überlegungen eine Rolle. Entsprechend nahm die BERAG trotz dieser Bedenken Ende 2011 zwei neue Aktionärinnen

³⁹⁷ Act. III.A.142, Traktandum 6.

³⁹⁸ Act. III.A.151, Traktandum 4.

³⁹⁹ Act. III.A.221, Traktandum 9.

⁴⁰⁰ Act. III.A.276, Traktandum 5.

⁴⁰¹ Act. III.A.151, Traktandum 4.

⁴⁰² Act. III.A.221, Traktandum 9.

⁴⁰³ Act. III.A.276, Traktandum 5.

auf.⁴⁰⁴ Es kam aber mindestens ebenso häufig vor, dass die BERAG Aufnahmege-suche ab-lehnte.⁴⁰⁵

386. Die BERAG bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vor, die Auf-nahme neuer Aktionärinnen könne zwar im Prinzip zu einer Intensivierung des Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt für Strassenbau führen. Es sei aber nicht erstellt, dass dies, wenn überhaupt, auf die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen zurückzuführen sei.⁴⁰⁶ Dazu ist Folgendes festzuhalten: Wenn die Neuaufnahme als Aktionärin der BERAG nicht zu einer Verbesserung der Konditionen für den Bezug von Asphaltmischgut führen würde, wäre kaum ersichtlich, inwiefern sich der Wettbewerb im Markt für Strassenbau durch eine Neuaufnahme intensivieren soll. In diesem Fall könnte die neu aufgenommene Unternehmung nach dem Beitritt zu den gleichen Bedingungen beziehen wie vorher. Ein allfälliger Zugewinn an Know-how durch die Einbindung als Aktionärin der BERAG würde hingegen kaum zu einer spürbaren Intensivierung des Wettbewerbs führen.

B.4.8.4 Beweisergebnis

387. Es steht fest, dass einige Mitglieder des Verwaltungsrates der BERAG davon ausgingen, dass die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen der BERAG diesen einen wesentlichen Wettbewerbsvorteil im Markt für Strassenbau verschafften.

B.4.9 Zusammenfassendes Beweisergebnis zu Vorzugskonditionen für Aktionärinnen

388. Es ist erwiesen, dass

- die Preispolitik der BERAG von 2004 bis heute vorsah, Aktionärinnen zu besseren Konditionen mit Asphaltmischgut zu beliefern als Nichtaktionäre;
- die BERAG von 2004 bis heute eine separate Preisliste für Aktionärinnen führte. Die darin enthaltenen Preise lagen rund 15 % unter den Listenpreisen für Nichtaktionäre;
- die BERAG von 2004 bis heute ihren Aktionärinnen im Vergleich zu Nichtaktionären für die gleichen Objekte wesentlich bessere Offertpreise anbot;
- die Aktionärinnen der BERAG von 2004 bis heute im Vergleich zu Nichtaktionären bei vergleichbaren Lieferungen wesentlich tiefere Endpreise für Asphaltmischgut bezahlten;
- die BERAG ihren Aktionärinnen in Bezug auf Zuschläge für Arbeiten ausserhalb der regulären Geschäftszeiten sowie in Bezug auf die Auszahlung des Treuebonus bei Arbeitsgemeinschaften bessere Konditionen gewährte als Nichtaktionären;
- die BERAG durch die Gewährung von Vorzugskonditionen an ihre Aktionärinnen bezweckte, diesen einen Wettbewerbsvorteil im nachgelagerten Markt für Strassenbau zu verschaffen;

⁴⁰⁴ Die Cäsar Bay AG und die Peter Batt AG wurden beide im Dezember 2011 als BERAG-Aktionärinnen aufgenommen (Act. III.A.183).

⁴⁰⁵ Das Gesuch der [F12] wurde mit Schreiben vom 2. April 2001 abgelehnt (III.A.51). Das Gesuch der [F13] wurde mit Schreiben vom 22. März 2011 abgelehnt [...] (Act. III.A.167). Das Gesuch der [F14] vom 30. Oktober 2017 wurde im Einvernehmen mit der [F14] abgelehnt (Act. IV.16, Zeilen 151–155; Act. III.A.276, Traktandum 5).

⁴⁰⁶ Act. VII.106, Rz 200.

- einige Mitglieder des Verwaltungsrates der BERAG davon ausgingen, dass die Vorzugsbedingungen für Aktionärinnen diesen einen wesentlichen Wettbewerbsvorteil im Markt für Strassenbau verschafften.

B.5 Treuebonus der BERAG

B.5.1 Beweisthema

389. Gegenstand dieses Kapitels bildet die mutmassliche Ausschüttung eines Treuebonus durch die BERAG. Zunächst ist darüber Beweis zu führen, ob und während welcher Zeitperiode die BERAG ein Treuebonussystem angewendet hat (Rz 397 ff.). Anschliessend ist zu untersuchen, wie das Treuebonussystem der BERAG funktioniert (Rz 400 ff.), wer Empfänger ist (Rz 420) und wie hoch die Auszahlungen im Rahmen des Treuebonussystems sind (Rz 421 ff.). Weiter ist zu prüfen, welcher Zweck damit verfolgt wird (Rz 427 ff.).

390. Im Folgenden werden bezüglich dieser Sachverhaltsfragen zunächst die wesentlichen Beweismittel dargestellt (Rz 391 ff.). Anschliessend wird anhand dieser Beweismittel die konkrete Beweislage hinsichtlich der genannten Sachverhaltsfragen gewürdigt (Rz 397 ff.), bevor schliesslich das Beweisergebnis festgehalten wird (Rz 432 ff.).

B.5.2 Beweismittel

B.5.2.1 Urkunden

391. Zur Beurteilung der vorliegend relevanten Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf folgende Urkunden:

- Das Reglement über die Ausrichtung eines Treuebonus (nachfolgend: Treuebonusreglement) in den Versionen vom 26. März 2014⁴⁰⁷ und vom 22. März 1999⁴⁰⁸;
- die Geschäftsberichte der BERAG der Jahre 1980⁴⁰⁹, 1988⁴¹⁰, 1990⁴¹¹, 1999⁴¹², 2004–2017⁴¹³;
- die Dokumente «*Zusammenstellung Treuebonus*» der Jahre 2004–2018 aus den Ergänzungen zu den Geschäftsberichten oder den Protokollen des Verwaltungsrates der BERAG;⁴¹⁴
- die Protokolle des Verwaltungsrates der BERAG, namentlich diejenigen vom 11. Februar 2011⁴¹⁵, 23. März 2015⁴¹⁶, 18. März 2016⁴¹⁷ und 17. Juni 2016⁴¹⁸;
- die Vereinbarung zwischen der [F35] und der BERAG vom 24. September 2013 betreffend den Treuebonus⁴¹⁹;

⁴⁰⁷ Act. II.71.

⁴⁰⁸ Act. III.A.42.

⁴⁰⁹ Act. III.A.12.

⁴¹⁰ Act. III.A.17.

⁴¹¹ Act. III.A.20.

⁴¹² Act. II.3.

⁴¹³ Act. II.10, II.12, II.14, II.18, II.22, II.26, III.A.169, II.39, III.A.201, III.A.219, III.A.232, III.A.248, III.A.266, III.A.286.

⁴¹⁴ Act. III.A.72, III.A.91, III.A.105, III.A.119, III.A.133, III.A.148, III.A.165, III.A.180, III.A.200, III.A.215, III.A.216, III.A.245, III.A.265, III.A.284 und III.A.300.

⁴¹⁵ Act. III.A.164.

⁴¹⁶ Act. III.A.231.

⁴¹⁷ Act. III.A.247.

⁴¹⁸ Act. III.A.254.

⁴¹⁹ Act. III.A.207, S. 5.

- die Schreiben der BERAG an die Stucki AG Bern vom 9. Mai 2016⁴²⁰, an die KIBAG Bauleistungen AG vom 12. Mai 2016⁴²¹ und an die STRABAG AG vom 12. Mai 2016⁴²² sowie vom 15. Januar 2018⁴²³;
- diverse Schreiben betreffend die Ausrichtung des Treuebonus vom März 2015;⁴²⁴
- Übersichten der für den Treuebonus massgebenden Bezüge⁴²⁵ und
- das Dokument «BERAG Strategie 2000» vom 5. Juni 1996.⁴²⁶

B.5.2.2 Auskünfte der BERAG

B.5.2.2.1 [N12]

392. [N12], [...], gab anlässlich der Parteieinvernahme vom 6. März 2019⁴²⁷ zu Protokoll, dass das Treuebonusreglement vom 26. März 2014⁴²⁸ bis heute gelte. Sinn und Zweck des Treuebonus sei einerseits, das Volumen im Belagswerk gross zu halten und die langjährigen Bezugfirmen zu belohnen, welche konstant grosse Mengen beziehen würden. Andererseits seien die Preise in der Produktion volatil, die Kunden und Kundinnen würden jedoch stabile Preise bevorzugen – die Preise würden mittels Treuebonussystem stabil und so gestaltet, dass Ende Jahr ein Überschuss bleibe, welcher rückvergütet werde.⁴²⁹ In Bezug auf das Zusammenspiel zwischen Nettopreisen⁴³⁰ und dem Treuebonus führte er aus, dass es den Kunden und Kundinnen freigestellt sei, sich für den Treuebonus zu entscheiden oder maximal [70–90] % des aktuellen theoretischen Treuebonus sofort in Anspruch zu nehmen und dabei später keinen Anspruch mehr auf weitere Zahlungen im Rahmen des Treuebonus für das betreffende Objekt zu haben. Diese Wahlmöglichkeit könne insbesondere bei Arbeitsgemeinschaften sinnvoll sein. Manche Firmen würden auch systematisch die Nettoangebote wählen.⁴³¹

B.5.2.2.2 [N10]

393. [N10], [...], wurde am 7. März 2019⁴³² und am 30. Juni 2020⁴³³ einvernommen. Er bestätigte, dass das Treuebonusreglement vom 26. März 2014⁴³⁴ nach wie vor in Kraft sei sowie dass eine Aufhebung oder Anpassung nicht angestrebt werde.⁴³⁵ Gemäss seiner Aussage diene der Treuebonus als Kundenbindungsinstrument.⁴³⁶

⁴²⁰ Act. III.A.251.

⁴²¹ Act. III.A.252.

⁴²² Act. III.A.253.

⁴²³ Act. III.A.279a.

⁴²⁴ Act. III.A.230.

⁴²⁵ Act. III.A.197 und III.D.15.

⁴²⁶ Act. III.B.6.

⁴²⁷ Act. IV.2.

⁴²⁸ Act. II.71.

⁴²⁹ Act. IV.2, Zeilen 471–487.

⁴³⁰ Nettopreise beinhalten den Preis nach Abzug aller Rabatte und sind folglich nicht treuebonusberechtig (vgl. Rz 416 ff.).

⁴³¹ Act. IV.2, Zeilen 489–494.

⁴³² Act. IV.4.

⁴³³ Act. IV.18.

⁴³⁴ Act. II.71.

⁴³⁵ Act. IV.4, Zeile 467 und Act. IV.18, Zeilen 97–101.

⁴³⁶ Act IV.18, Zeile 114.

394. Betreffend die 2/3-Regel⁴³⁷ des Treuebonussystems, erklärte [N10], dass diese eingeführt worden sei, weil zum ersten Mal die Situation eines Firmenverkaufs bestand und fraglich gewesen sei, wie mit Schwankungen beim Belagsbezug umzugehen sei. Die übernehmende Gesellschaft solle nicht von den Bezügen der Vorgängergesellschaft profitieren, wenn sie nur wenig zum Erfolg der BERAG beitrage. Der Treuebonus würde dann in keinem Verhältnis zu den Bezügen stehen. Auf Nachfrage bestätigte er, dass die Regel allgemein gültig sei, nicht nur beim Verkauf einer Firma, und dass sie greife, sobald es bei einem Kunden oder einer Kundin der BERAG grosse nachhaltige Schwankungen beim Belagsbezug gebe.⁴³⁸

395. In Bezug auf die Nettoangebote der BERAG sagte [N10] aus, diese würden die Preise nach Abzug sämtlicher Rabatte beinhalten.⁴³⁹ Der Kunde bzw. die Kundin könne zwischen Nettoangebot und treuebonusberechtigtem Angebot wählen. Nettoangebote gebe es wahrscheinlich bereits seit der Gründung der BERAG. Beim treuebonusberechtigten Bezug liege das Risiko beim Kunden bzw. bei der Kundin, da nicht vorab klar sei, wie hoch dieser ausfallen werde – beim Nettoangebot liege das Risiko hingegen bei der BERAG, da dieser Rabatt sofort gewährt werde. Ein Nettoangebot der BERAG beinhalte einen Rabatt, welcher höchstens [70–90] % des theoretischen Treuebonus entspreche.⁴⁴⁰

B.5.2.2.3 [N3]

396. [N3], [...], erklärte anlässlich seiner Parteieinvernahme vom 15. März 2019⁴⁴¹, Nettoangebote würden sich nach dem mutmasslichen zukünftigen Treuebonus richten. Es werde dabei versucht, vorauszusagen, wie hoch der gesamte Treuebonus der nächsten zehn Jahre sein werde. Der Preis, welcher den Objektrabatt (vgl. Fn 336) sowie den voraussichtlichen Treuebonus enthalte, ergebe das Nettoangebot.⁴⁴² Da nicht sicher gesagt werden könne, wie hoch der Treuebonus in den nächsten zehn Jahren sein werde, müsse er diesbezüglich Annahmen treffen. Für ein Nettoangebot dürfe er maximal [70–90] % des theoretischen Treuebonus berücksichtigen.⁴⁴³

B.5.3 Beweiswürdigung

B.5.3.1 Bestehen und Dauer des Treuebonussystems

397. Das Treuebonussystem der BERAG ist in einem Reglement abgebildet (sog. Treuebonusreglement). Der Behörde liegen zwei unterschriebene Fassungen von Treuebonusreglementen vor: eine vom 22. März 1999⁴⁴⁴ sowie eine vom 26. März 2014⁴⁴⁵. Über ältere Versionen hat die Behörde keine Kenntnis, jedoch geht aus den vorliegenden Treuebonusreglementen hervor, dass «*seit Inbetriebnahme der BERAG 1978 (...) an die grösseren*

⁴³⁷ Gemäss 2/3-Regel entscheidet bei Verminderung des Jahresbezugs um mehr als 2/3 zum Durchschnittsbezug der letzten zehn Jahre der Verwaltungsrat über die Ausschüttung des Treuebonus – die BERAG bezahlte in der Praxis den Treuebonus als Konsequenz gar nicht mehr oder in reduziertem Umfang aus (vgl. Rz 411 ff. sowie Act. II.71, Traktandum «3. Erlöschen bzw. Anpassen des Anspruchs», 2. Absatz).

⁴³⁸ Act. IV.18, Zeilen 106–119.

⁴³⁹ Act. IV.4, Zeile 422.

⁴⁴⁰ Act. IV.18, Zeilen 129–156.

⁴⁴¹ Act. IV.6.

⁴⁴² Act. IV.6, Zeilen 190–193.

⁴⁴³ Act. IV.6, Zeilen 341–343.

⁴⁴⁴ Act. III.A.42.

⁴⁴⁵ Act. II.71.

BERAG-Kunden ein Treuebonus ausgerichtet»⁴⁴⁶ werde. Auch aus älteren Geschäftsberichten der BERAG⁴⁴⁷ geht hervor, dass der Treuebonus seit 1978 alljährlich ausbezahlt wird. Darin ist jeweils ersichtlich, wie hoch der Treuebonus pro Tonne für das betreffende Jahr ausfällt und wie viel der Treuebonus für die vergangenen zehn Jahre bis zum entsprechenden Jahr zusammengerechnet pro Tonne beträgt (vgl. Abbildung 27). [N10] sagte in Übereinstimmung dazu aus, dass der Treuebonus seines Wissens seit der Gründung der BERAG bestehe.⁴⁴⁸

398. [N12]⁴⁴⁹ und [N10]⁴⁵⁰ gaben in ihren Einvernahmen übereinstimmend an, dass das Treuebonusreglement von 2014 noch immer in Kraft sei. Gemäss [N10] sei auch nicht vorgesehen, das bestehende Reglement aufzuheben oder zu ändern.⁴⁵¹

399. Aufgrund der kongruenten Informationen aus den Beweismitteln ist erstellt, dass das Treuebonussystem seit 1978 besteht, das Treuebonusreglement von 2014 noch immer in Kraft ist und die BERAG aktuell ein Treuebonussystem mit Ausschüttung eines Treuebonus anwendet.

B.5.3.2 Funktionsweise des Treuebonussystems

B.5.3.2.1 10-Jahreshorizont

400. Gemäss beider Treuebonusreglemente wird *«der Treuebonus (...) über die addierten Bezugstonnagen der jeweils 10 letzten Bezugsjahre ausgerichtet»⁴⁵² «Die Auszahlung des Treuebonus erfolgt jährlich»⁴⁵³.*

401. Die BERAG publiziert in ihren Geschäftsberichten jeweils eine Tabelle zum Treuebonus, welche dessen Funktionsweise und insbesondere die Ausrichtung über zehn Jahre veranschaulicht (sog. 10-Jahreshorizont). In der nachfolgenden Abbildung 27 ist die Tabelle aus dem Geschäftsbericht 2010 als Beispiel abgebildet. Demgemäss legte der Verwaltungsrat den Treuebonus im Jahr 2010 auf Fr. [0.70–0.90] fest. Diesen Betrag bezahlte die BERAG für jede während der letzten zehn Jahre (also 2001–2010) bei der BERAG bezogene Tonne Belag (welche gemäss Reglement treuebonusberechtigt ist) aus. In der mit «2001» beschrifteten Spalte ist die jeweilige Höhe des Treuebonus der Jahre 2001–2010 angegeben. Die BERAG erstattete ihren Kunden und Kundinnen für das Bezugsjahr 2001 für eine Tonne Belag Fr. [0.70–0.90] als Treuebonus zurück. Im Folgejahr (2002) bestand für den Bezug im Jahr 2001 einen Anspruch von zusätzlich Fr. [0.40–0.60], im Jahr 2003 von zusätzlich Fr. [1.20–1.40] etc. Der treuebonusberechtigte Bezug im Jahr 2001 löste Rückerstattungen bis ins Jahr 2010 aus. Kumuliert erstattete die BERAG den treuebonusberechtigten Kunden und Kundinnen für jede im Jahr 2001 bezogene Tonne Belag Fr. [9–12.–] zurück. Dieser totale Treuebonus ist in der untersten Zeile der in Abbildung 27 enthaltenen Tabelle ausgewiesen.

⁴⁴⁶ Act. II.71, Präambel und vgl. Act. III.A.42, Präambel.

⁴⁴⁷ Vgl. die Geschäftsberichte von 1980 (Act. III.A.12, Traktandum «8. Umsatzbonus»), von 1990 (III.A.20, Traktandum «5. Treuebonus») und von 1999 (Act. II.3, Traktandum «5. Treuebonus»).

⁴⁴⁸ Act. IV.18, Zeilen 122–125.

⁴⁴⁹ Act. IV.2, Zeile 475.

⁴⁵⁰ Act. IV.4, Zeile 476; Act. IV.18, Zeilen 99–101.

⁴⁵¹ Act. IV.18, Zeilen 100–101.

⁴⁵² Act. II.71, Traktandum «2. Anspruch und Ausrechnung» und Act. III.A.42, Traktandum «2. Ausrechnung».

⁴⁵³ Act. II.71, Traktandum «6. Auszahlung» und vgl. Act. III.A.42, Traktandum «5. Auszahlung».

Abbildung 27: Ausschnitt aus dem Geschäftsbericht 2010, Zusammenstellung des Treuebonus für die letzten zehn Jahre.

[...]

Quelle: Act. III.A.169, Traktandum «6. *Treuebonus*».

402. Die Reglemente sind eindeutig und deren Gültigkeit durch die Aussagen von [N12]⁴⁵⁴ und [N10]⁴⁵⁵ (vgl. Rz 398 vorne) bestätigt. Die Tabelle zum Treuebonus aus dem Geschäftsbericht stimmt mit der beschriebenen Funktionsweise der Reglemente überein. Somit ist erstellt, dass der Treuebonus jährlich ausgerichtet wird und für dessen Berechnung die addierten Bezugstonnagen der jeweils zehn letzten Bezugsjahre als Grundlage dienen. Der Treuebonus wird mit anderen Worten über einen Horizont von zehn Jahren ausbezahlt und ein Belagsbezug von einem Jahr löst Auszahlungen im Rahmen des Treuebonus über zehn Jahre hinweg aus. Erst nach zehn Jahren wird folglich die total mögliche Auszahlung bzw. die maximale Höhe des Treuebonus erreicht («totaler Treuebonus»).

B.5.3.2.2 Mindestbezug

(i) Entstehung der Anspruchsberechtigung (Mindestbezugsmenge)

403. Laut Treuebonusreglement von 2014 haben «*Anspruch auf den Treuebonus (...) im Belagsbau tätige Kunden (aktive Strassenbauunternehmen), die mindestens [300–800] t Belag pro Jahr beziehen. (...) Jahresbezüge von weniger als [300–800] t⁴⁵⁶ (...) zählen nicht für den Treuebonus*».⁴⁵⁷

404. Aus den Präambeln beider Reglemente aus den Jahren 1999 und 2014⁴⁵⁸ geht hervor, dass der Treuebonus «*seit Inbetriebnahme der BERAG 1978 (...) an die grösseren BERAG-Kunden ausgerichtet*»⁴⁵⁹ wird. Es liegt folglich nahe, dass bereits vor 1999 eine Mindestbezugsmenge für die Anspruchsentstehung vorausgesetzt wurde.

405. Aufgrund der Eindeutigkeit der Reglemente sowie der Aussagen von [N12]⁴⁶⁰ und [N10]⁴⁶¹ zu deren Gültigkeit (vgl. Rz 398 vorne) ist erstellt, dass zumindest seit dem Jahr 1999 [300–800] t Belag pro Jahr zu beziehen sind, um eine Anspruchsberechtigung auf den Treuebonus auszulösen.

⁴⁵⁴ Act. IV.2, Zeile 475.

⁴⁵⁵ Act. IV.4, Zeile 476; Act. IV.18, Zeilen 99–101.

⁴⁵⁶ Das Treuebonusreglement von 1999 (Act. III.A.42, Traktandum «2. *Ausrechnung*», 2. Absatz) sah eine Mindestbezugsmenge von [300–800] t Belag vor.

⁴⁵⁷ Act. II.71, Traktandum «2. *Anspruch und Ausrechnung*», 1. und 3. Absatz.

⁴⁵⁸ Act. II.71, Präambel und Act. III.A.42, Präambel.

⁴⁵⁹ Act. II.71, Präambel.

⁴⁶⁰ Act. IV.2, Zeile 475.

⁴⁶¹ Act. IV.4, Zeile 476; Act. IV.18, Zeilen 99–101.

(ii) Aufrechterhaltung der Anspruchsberechtigung (Mindestbezugsregelung)

406. Die Treuebonusreglemente von 1999 und 2014 enthalten folgende Vorschrift, welche zum Verlust des Anspruchs auf den Treuebonus führt: *«Bezieht ein Kunde während einer zusammenhängenden Periode von drei Jahren jährlich weniger als 500 t⁴⁶², fällt die Anspruchsberechtigung für die weiter zurückliegenden Jahre dahin.»⁴⁶³* Das Treuebonusreglement von 2014 hält zudem explizit fest: *«Er gilt bei zukünftigen Bezügen als Neukunde.»⁴⁶⁴*

407. Diese Mindestbezugsregelung ist klar umschrieben und die aktuelle Gültigkeit des Treuebonusreglements von 2014 wird von der BERAG nicht bestritten (vgl. Rz 398 vorne). Bereits das Treuebonusreglement von 1999⁴⁶⁵ beinhaltet eine entsprechende Voraussetzung. Es ist folglich erstellt, dass der Anspruch auf den Treuebonus für die zurückliegenden Jahre erlischt, wenn ein Kunde oder eine Kundin während einer zusammenhängenden Periode von drei Jahren jährlich weniger als 500 t Belag bezieht und alsdann für zukünftige Bezüge als Neukunde bzw. Neukundin gilt. Die Aufrechterhaltung der Anspruchsberechtigung bezüglich des Treuebonus hängt von der Einhaltung der Mindestbezugsregelung ab. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

408. Die BERAG hat die Mindestbezugsregelung in mehreren Fällen tatsächlich angewandt: Gemäss der Zusammenstellung Treuebonus für das Betriebsjahr 2008 (Ergänzung zum Geschäftsbericht 2008 vom 3. März 2009)⁴⁶⁶ habe die [F34] die Mindestbezugsmenge nicht erreicht. Es wird darin ein Treuebonus von Fr. 0.– für die [F34] ausgewiesen. Vermerkt ist zudem: *«nach Treuebonusreglement Bezug im Durchschnitt der letzten 3 Jahre < 500 t»*. In Bezug auf die [F35] wird im Verwaltungsratsprotokoll vom 23. März 2015 festgehalten, dass die BERAG die Mindestbezugsregelung anwendet.⁴⁶⁷ Hinsichtlich die [F9], die [F36], die [F37] und [F38] liegen der Behörde Entwürfe von entsprechenden Schreiben vom März 2015 vor.⁴⁶⁸

409. Der Geschäftsbericht und dessen Ergänzung sowie das Verwaltungsratsprotokoll sind Dokumente mit einer hohen Aussagekraft. Die Anwendung entspricht zudem der Mindestbezugsregelung gemäss den Treuebonusreglementen von 1999 und 2014. Bei dieser Beweislage ist erstellt, dass die BERAG die Mindestbezugsregelung in mehreren Fällen tatsächlich anwendete, d.h. den betroffenen Unternehmen den Treuebonus aufgrund der Mindestbezugsregelung nicht mehr ausbezahlte. Die vergangenen, ursprünglich treuebonusberechtigten Bezüge wurden, wie in der Mindestbezugsregelung vorgesehen, zukünftig nicht mehr berücksichtigt bzw. nicht mehr mit dem Treuebonus honoriert.

410. Den betroffenen Unternehmen entfielen aufgrund der Anwendung der Mindestbezugsregelung Treueboni von jeweils mehreren Tausend Franken. Beispielsweise wendete die BERAG die Mindestbezugsregelung gegenüber der [F34] im Jahr 2008 an, weshalb die BERAG ihr ab diesem Zeitpunkt für bereits getätigte Bezüge keine Treueboni mehr auszahlte. Der [F34], welche wenig Belag bei der BERAG bezog (meist knapp um die Mindestmenge), entgingen infolgedessen insgesamt Rückerstattungen im Rahmen des Treuebonus in der Höhe von Fr. [15 000–25 000.–] (siehe Tabelle 12). Um die Grössenordnung dieses Verlusts besser einschätzen zu können, ist ein Vergleich mit den ungefähren durchschnittli-

⁴⁶² Das Treuebonusreglement von 1999 (Act. III.A.42, Traktandum «3. Erlöschen des Anspruchs») sah eine Menge von 501 t Belag vor.

⁴⁶³ Act. II.71, Traktandum «3. Erlöschen bzw. Anpassen des Anspruchs», 1. Absatz.

⁴⁶⁴ Act. II.71, Traktandum «3. Erlöschen bzw. Anpassen des Anspruchs», 1. Absatz.

⁴⁶⁵ Act. III.A.42, Traktandum «3. Erlöschen des Anspruchs».

⁴⁶⁶ Act. III.A.133, S. 20.

⁴⁶⁷ Act. III.A.231, Traktandum «5. Geschäftsbericht 2014».

⁴⁶⁸ Act. III.A.230.

chen jährlichen Ausgaben der [F34] für Asphaltmischgut hilfreich: Im Zeitraum 1999–2008 bezog die [F34] durchschnittlich rund 430 t Asphaltmischgut jährlich.⁴⁶⁹ Der Materialpreis einer Tonne Asphaltmischgut beläuft sich auf rund Fr. [...].⁴⁷⁰ Die [F34] gab also jedes Jahr rund Fr. [...] für Asphaltmischgut aus. Die Anwendung der Mindestbezugsregelung und der damit zusammenhängende Verlust des Treuebonus in der Höhe von rund Fr. [15 000–25 000.–] entspricht rund der Hälfte der jährlichen Ausgaben der [F34] für Asphaltmischgut.

Tabelle 12: Übersicht über die nicht berücksichtigte, ursprünglich treuebonusberechtigte Menge und den Verlust des Treuebonus aufgrund der Anwendung der Mindestbezugsregel ([F34]).

[...]

Quellen: II.22, Traktandum «6. Treuebonus»; II.26, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.72, S. 17 f.; III.A.91, S. 21 f.; III.A.105, S. 18 f.; III.A.119, S. 20 f.; III.A.133, S. 20 f.; III.A.169, Traktandum «6. Treuebonus»; II.39, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.197; III.A.201, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.219, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.232, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.248, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.266, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.286, Traktandum «6. Treuebonus».

B.5.3.2.3 2/3-Regel

411. Das Treuebonusreglement von 2014 sieht in Ziffer 3⁴⁷¹ folgende Regelung vor:

«Vermindert sich der Jahresbezug eines Kunden um mehr als 2/3 zum Durchschnittsbezug der letzten 10 Jahre, entscheidet der Verwaltungsrat, auf welcher Bezugsbasis die vergangenen neun Jahre für den Treuebonus angerechnet werden. Er berücksichtigt dabei insbesondere die zu erwartenden zukünftigen Bezüge und die Marktsituation».

412. Die Regelung ist klar umschrieben und die aktuelle Gültigkeit des Treuebonusreglements von 2014 wird von der BERAG nicht bestritten (vgl. Rz 398 vorne). Unstrittig ist sodann, dass das davor geltende Reglement von 1999⁴⁷² keine vergleichbare Bestimmung enthielt. Damit ist erstellt, dass die BERAG seit der Einführung der sogenannten 2/3-Regel im Jahr 2014 bei einer Verminderung des Jahresbezugs eines Kunden bzw. einer Kundin um mehr als 2/3 zum Durchschnittsbezug der letzten zehn Jahre dessen Treuebonus für vergangene Bezüge ganz oder teilweise streichen kann.

413. Zu prüfen ist, ob die BERAG diese 2/3-Regel in ihrer Geschäftspraxis ab 2014 tatsächlich angewandt hat. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, trifft dies zu. Dabei ist zunächst auf die Entstehungsgeschichte der 2/3-Regel einzugehen. [N10] erklärte anlässlich seiner Einvernahme vom 30. Juni 2020, dass die 2/3-Regel im Zusammenhang mit der Übernahme der [F35] durch die [F40] eingeführt worden sei. Damals habe zum ersten Mal die Situation eines Unternehmensverkaufs in Bezug auf treuebonusberechtigte Kunden bestanden und es sei fraglich gewesen, wie mit Schwankungen beim Belagsbezug umzugehen sei. Auf Nachfrage bestätigte er, dass die Regel allgemein gültig sei, nicht nur beim Verkauf eines Unternehmens, und greife, sobald es grosse nachhaltige Schwankungen in Bezug auf den

⁴⁶⁹ 1999: 426 (Act. III.A.197); 2000: 569 (Act. III.A.197); 2001: 444 (Act. III.A.197); 2002: 525 (Act. III.A.197); 2003: 544 (Act. III.A.197); 2004: 603 (Act. III.A.72, S. 17); 2005: 344 (Act. III.A.91, S. 21); 2006: 403 (Act. III.A.105, S. 18); 2007: 473 (Act. III.A.119, S. 20); 2008: 24 (Act. III.A.133, S. 20).

⁴⁷⁰ Für die Berechnung des durchschnittlichen Materialpreises wird auf die vorhandenen Daten der Jahre 2009–2019 abgestellt – dieser beträgt rund Fr. [...] pro Tonne. Die Berechnung basiert auf den Lieferscheindaten. Dabei wurden die Lieferungen an Arbeitsgemeinschaften nicht berücksichtigt, da diese meist nicht treuebonusberechtigt sind. Weiter wurden nur Lieferungen an Baustellen im relevanten Markt miteinbezogen.

⁴⁷¹ Act. II.71, Ziff. 3, 2. Absatz.

⁴⁷² Act. III.A.42.

Belagsbezug gebe.⁴⁷³ In der Vereinbarung vom [...] ⁴⁷⁴ zwischen der [F35] und der BERAG ist dieser Initialfall, welcher zur Einführung der 2/3-Regel geführt hat, geregelt worden.⁴⁷⁵ Darin wird unter anderem vereinbart, dass für Berechnungen des Treuebonus ab [...] die von der [F35] für zukünftige Bezüge beabsichtigte und somit mutmassliche Menge von [1 750–2 250] t pro Jahr als Basis für vergangene Bezugsjahre bis 2010 dient. Ab 2011 werden die effektiven Bezüge, welche sehr tief waren⁴⁷⁶, berücksichtigt. Die effektiven und ursprünglich treuebonusberechtigten Bezüge bis 2010, welche deutlich höher waren (durchschnittlich fast [18 000–23 000] t⁴⁷⁷), waren demnach nicht mehr relevant.

414. Nach dem Initialfall der [F35] im Jahr [...] wandte die BERAG die 2/3-Regel auch in Bezug auf andere Unternehmen an. Da die 2/3-Regel dem Verwaltungsrat in Bezug auf deren Auswirkungen freies Ermessen lässt, werden nachfolgend die der Wettbewerbsbehörde bekannten Fälle⁴⁷⁸ dargestellt, um die Konsequenzen einer Verletzung der 2/3-Regel zu eruieren.

– [F39]

Die BERAG beschloss gemäss Verwaltungsratsprotokoll vom 17. Juni 2016⁴⁷⁹ als Konsequenz der Nichteinhaltung der 2/3-Regel ab dem Jahr 2015 die Bezugsmenge und somit die Berechnungsgrundlage zu reduzieren: Anstelle der effektiv in den Jahren 2006–2014 bezogenen Mengen berücksichtigte die BERAG nur noch jeweils [300–800] t für die Berechnung des Treuebonus (siehe Tabelle 13), da die [F39] prognostizierte, zukünftig diese Menge zu beziehen.⁴⁸⁰ Ab 2015 berücksichtigte die BERAG die effektiv bezogenen Mengen (siehe Tabelle 13). Die BERAG reduzierte die treuebonusberechtigte Menge für das Bezugsjahr 2015 somit von effektiv [67 000–72 000]t auf [4 500–5 000] t (siehe Tabelle 13).⁴⁸¹ Wie in der Tabelle 14 aufgezeigt, führt dies für das Bezugsjahr 2015 zu einer Verringerung des Treuebonus um Fr. [42 000–47 000]. Da die BERAG die reduzierte Berechnungsgrundlage auch für die Folgejahre verwendet, betrifft die Reduzierung aufgrund des 10-Jahreshorizonts nicht nur eine Treuebonustranche, sondern alle noch nicht ausbezahlten Treuebonustranchen für bereits getätigte Bezüge. Folglich fällt die durch die Anwendung der 2/3-Regel ausgelöste Kürzung wesentlich höher aus als der im Bezugsjahr 2015 anfallende Verlust. Im Jahr 2016 entging der [F39] wiederum eine Rückerstattung in der Höhe von Fr. [37 000–42 000] und auch in den Folgejahren bis 2024 fällt der Treuebonus aufgrund der vorgenommenen Kürzung tiefer aus (vgl. Tabelle 14).⁴⁸² Insgesamt führt die Anwendung der 2/3-Regel für die [F39] voraussichtlich zu einer Kürzung in der Höhe von rund Fr. [180 000–230 000.–] (vgl. Tabelle 14).

⁴⁷³ Act. IV.18, Zeilen 106–119.

⁴⁷⁴ Act. III.A.207, S. 5.

⁴⁷⁵ Die [F35] hat [...] verkauft (Act. III.A.207, S. 5).

⁴⁷⁶ Vgl. Act. III.A.197.

⁴⁷⁷ Vgl. Act. III.A.197.

⁴⁷⁸ Die BERAG überprüfte die Einhaltung der 2/3-Regel für das Betriebsjahr 2015 mittels einer Zusammenstellung systematisch (Act. III.D.15). Demgemäss sowie gemäss Verwaltungsratsprotokoll vom 18. März 2016 (Act. III.A.247, Traktandum «4. Jahresrechnung 2015») waren die [F39], die [F40], die [F41] und die [F12] von der 2/3-Regel betroffen.

⁴⁷⁹ Act. III.A.254, Traktandum «4. Treuebonus 2015».

⁴⁸⁰ Act. III.A.254, Traktandum «4. Treuebonus 2015».

⁴⁸¹ Act. III.A.245 und Act. III.A.251, S. 4.

⁴⁸² Die Höhe des Treuebonus ab 2019 ist vorliegend nicht bekannt. Deshalb kann die genaue Höhe der Kürzung nur für die Jahre 2015–2018 berechnet werden. Um die Grössenordnung der Kürzung einschätzen zu können, wird daher der durchschnittliche Wert des Treuebonus der Jahre 2004 bis 2018 von rund Fr. 0.85 zur Berechnung verwendet. Dieser Durchschnittswert ergibt sich aus der jeweiligen jährlichen Höhe des Treuebonus für die Jahre 2004–2018, welcher aus den folgenden Aktenstücken hervorgehen: II.10, Traktandum «5. Treuebonus»; II.12, Traktandum «5. Treuebonus»; II.14, Traktandum «5. Treuebonus»; II.18, Traktandum «5. Treuebonus»; II.22, Traktandum «6. Treuebonus»;

Um die Grössenordnung dieses Verlusts besser einschätzen zu können, ist ein Vergleich mit den ungefähren durchschnittlichen jährlichen Ausgaben der [F39] für Asphaltmischgut hilfreich: Im Zeitraum 2006–2015 bezog die [F39] durchschnittlich rund 7 000 t Asphaltmischgut jährlich (vgl. Tabelle 13). Der Materialpreis einer Tonne Asphaltmischgut beläuft sich auf rund Fr. [...].⁴⁸³ Die [F39] gab also jedes Jahr rund Fr. [...] für Asphaltmischgut aus. Eine Kürzung des Treuebonus in der Höhe von rund Fr. [180 000–230 000.–] entspricht somit rund einem Drittel der jährlichen Ausgaben der [F39] für Asphaltmischgut.

Tabelle 13: Übersicht der effektiven Bezugsmengen im Vergleich zur reduzierten Bezugsmenge ([F39]).

[...]

Quelle: III.A.251, S. 4.

Tabelle 14: Übersicht über die effektive und reduzierte Berechnungsgrundlage sowie des Verlusts aufgrund der Anwendung der 2/3-Regel ([F39]).

[...]

Quellen: III.A.248, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.251, S. 4; III.A.265, S. 7 f.; III.A.266, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.284, S. 16 f.; III.A.286, Traktandum «6. Treuebonus» und III.A.300.

– [F40] und [F41]

Gemäss Verwaltungsratsprotokoll vom 18. März 2016 wird «[d]en beiden Firmen (...) 1/3 des vollen Treuebonus ausbezahlt. Die restlichen 2/3 werden bei Erreichen des 10-Jahres Durchschnittes nachbezahlt».⁴⁸⁴ Die Bedingung für die restliche Ausschüttung des Treuebonus formulierte die BERAG in den Schreiben⁴⁸⁵ an die [F40] und die [F41] wie folgt: «Bei einem Bezug von [...] bzw. ...] t Belag im Jahr 2016 durch [...] bzw. ...] wird der zurückbehaltene Betrag von Fr. [...] bzw. ...] ausbezahlt. Andernfalls verfällt Ende Jahr 2016 der Anspruch».

Die [F40] erfüllte die gestellte Bedingung nicht (ersichtlich auf der Zusammenstellung zum Treuebonus des Jahres 2016⁴⁸⁶). Gemäss Verwaltungsratsprotokoll vom 17. Juni 2016⁴⁸⁷ bezahlte die BERAG der [F40] nur einen Drittel des Treuebonus aus. Auch im Jahr 2016 erreichte die [F40] die geforderte Schwelle der 2/3-Regel nicht: Gemäss Verwaltungsratsprotokoll vom 17. März 2017⁴⁸⁸ wird ««[d]er Treuebonus der [F40] (...) in folge der 2/3-Unterschreitung des 10-Jahres-Durchschnittes analog zum Vorjahr gehalten », d.h. erneut zahlte die BERAG der [F40] aufgrund der Missachtung der 2/3-Regel lediglich einen Drittel des Treuebonus für das entsprechende Bezugsjahr aus. Aus den Zusammenstellungen zum Treuebonus der Folgejahre⁴⁸⁹ geht hervor, dass die BERAG

II.26, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.169, Traktandum «6. Treuebonus»; II.39, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.201, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.219, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.232, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.248, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.266, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.286, Traktandum «6. Treuebonus» und III.A.300.

⁴⁸³ Der durchschnittliche Materialpreis der Jahre 2009–2019 beträgt rund Fr. [...] pro Tonne (vgl. Fn 470).

⁴⁸⁴ Act. III.A.247, Traktandum «4. Jahresrechnung 2015».

⁴⁸⁵ Act. III.A.252 und III.A.253.

⁴⁸⁶ Act. III.A.265, S. 7.

⁴⁸⁷ Act. III.A.254, Traktandum «4. Treuebonus 2015».

⁴⁸⁸ Act. III.A.265, Traktandum «5. Jahresrechnung 2016».

⁴⁸⁹ Act. III.A.284, S. 16 f.; Act. III.A.300.

der [F40] den Treuebonus entsprechend der effektiv getätigten Bezüge ausbezahlt – die BERAG reduzierte die Berechnungsgrundlage in diesem Fall nicht. Die BERAG zahlte der [F40] somit Fr. [12 000–17 000]⁴⁹⁰ weniger aus aufgrund der Anwendung der 2/3-Regel.

Der [F41] zahlte die BERAG als Treuebonus in 2015 und 2016 pauschal Fr. [30 000–80 000.–] aus.⁴⁹¹ Ab 2017 verwendete die BERAG für den Treuebonus eine stark reduzierte Berechnungsgrundlage (ersichtlich in Tabelle 15 und Tabelle 16): Beispielsweise im Jahr 2015 reduzierte die BERAG die berücksichtigte Menge von knapp [40 000–90 000] t auf rund [1 000–6 000] t.⁴⁹² Der Verlust für die gesamte betroffene 10-Jahresperiode beträgt für die [F41] total geschätzte Fr. [120 000–170 000.–]. Dies entspricht – zur Einschätzung der Grössenordnung dieses Verlustes – rund einem Viertel der durchschnittlichen jährlichen Ausgaben für Asphaltmischgut im Zeitraum von 2006 bis 2015.⁴⁹³

Tabelle 15: Übersicht der effektiven Bezugsmengen im Vergleich zur reduzierten Bezugsmenge ([F41]).

[...]

Quellen: Act. III.A.279a, S. 6 und Act. III.A.253, S. 2.

Tabelle 16: Übersicht über die effektive und reduzierte Berechnungsgrundlage sowie des Verlusts aufgrund der Anwendung der 2/3-Regel ([F41]).

[...]

Quellen: Act. III.A.279a, S. 6; III.A.248, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.253, S. 2; III.A.265, S. 7 f.; III.A.266, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.284, S. 16 f.; III.A.286, Traktandum «6. Treuebonus» und III.A.300.

– [F12]

Die BERAG zahlte der [F12] den Treuebonus gemäss Verwaltungsratsprotokoll vom 17. Juni 2016⁴⁹⁴ für das Jahr 2015 nicht mehr aus. Auch in den Folgejahren schüttete sie ihr keinen Treuebonus mehr aus resp. bezog die [F12] wohl keinen Belag mehr bei der BERAG.⁴⁹⁵ Die [F12] bezog erst seit 2013 Belag bei der BERAG,⁴⁹⁶ dennoch beträgt der Verlust voraussichtlich total rund Fr. [8 000–13 000.–] (siehe Tabelle 17). Dies entspricht – zur Einschätzung der Grössenordnung dieses Verlustes – rund zwei Drittel der durchschnittlichen jährlichen Ausgaben für Asphaltmischgut im Zeitraum von 2006 bis 2015.⁴⁹⁷ Dieses Werteverhältnis ist höher als bei der [F41] und der [F39], weil jüngere Bezüge

⁴⁹⁰ Dieser Betrag setzt sich wie folgt zusammen: 2015 betrug die Auszahlung Fr. [...] anstelle von Fr. [...] (Act. III.A.252), was einer Reduktion von Fr. [...] entspricht; 2016 betrug der gesamte Treuebonus Fr. [...] (Act. III.A.265, «Zusammenstellung Treuebonus») wovon nur 1/3 (Act. III.A.265, Traktandum «5. Jahresrechnung 2016»), also rund Fr. [...] ausbezahlt wurden – dies entspricht einer Reduktion um rund Fr. [...].

⁴⁹¹ Act. III.A.279a, S. 4 f.

⁴⁹² Act. III.A.279a, S. 6 und Act. III.A.253, S. 2.

⁴⁹³ Der durchschnittliche Materialpreis der Jahre 2009–2019 beträgt rund Fr. [...] pro Tonne (vgl. Fn 470). Die [F41] bezog in den Jahren 2006–2015 durchschnittlich rund 6 500 t Belag (vgl. Tabelle 15 und gab folglich jährlich rund Fr. [...] für Asphaltmischgut aus.

⁴⁹⁴ Act. III.A.254, Traktandum «4. Treuebonus 2015».

⁴⁹⁵ Vgl. Act. III.A.265, S. 7 f.; Act. III.A.284, S. 16 f. und Act. III.A.300.

⁴⁹⁶ 2013: 601 t (Act. III.A.215, S. 16 f.), 2014: 1010 t (Act. III.A.216, S. 16 f.), 2015: 82 t (Act. III.A.245, S. 15 f.).

⁴⁹⁷ Der durchschnittliche Materialpreis der Jahre 2009–2019 beträgt rund Fr. [...] pro Tonne (vgl. Fn 470). Die [F12] bezog in den Jahren 2006–2015 durchschnittlich rund 170 t Belag (vgl. Fn 496) und gab folglich jährlich fast Fr. [...] für Asphaltmischgut aus.

betroffen sind und so die meisten Treuebonustranchen für die getätigten Bezüge noch nicht ausbezahlt wurden.

Tabelle 17: Übersicht über die nicht berücksichtigte, ursprünglich treuebonusberechtigte Menge und den Verlust des Treuebonus aufgrund der Anwendung der 2/3-Regel ([F12]).

[...]

Quellen: III.A.215, S. 16 f.; III.A.216, S. 16 f.; III.A.245, S. 15 f.; III.A.248, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.266, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.286, Traktandum «6. Treuebonus» und III.A.300.

415. Die Beispiele der [F35], [F39], [F40], [F41] und [F12] zeigen, dass die BERAG die 2/3-Regel tatsächlich angewandt hat. Teilweise bezahlte sie den Treuebonus ab Missachtung der 2/3-Regel gar nicht mehr aus ([F12]), teilweise in substantiell reduziertem Umfang (auch betreffend die Folgejahre: In Bezug auf die Berechnung des Treuebonus dienen dabei die zu erwartenden zukünftigen Bezüge als Grundlage). In manchen Fällen stellte sie gegenüber dem betreffenden Kunden und Kundinnen Bedingungen betreffend die künftigen Bezugsmengen auf, die dieser erreichen musste, um den vollständigen Treuebonus zu erhalten. Die Anwendung der 2/3-Regel führte in jedem Fall zu einer Reduktion des Treuebonus für die betroffenen Kunden und Kundinnen der BERAG.

B.5.3.2.4 Nettoangebote

416. Nettoangebote (teilweise auch als Netto/Netto-Bezüge, Nettopreis oder Nettorabatt bezeichnet) beinhalten gemäss Aussage von [N10]⁴⁹⁸ und [N3]⁴⁹⁹ sowie gemäss dem Dokument «BERAG Strategie 2000»⁵⁰⁰ den Preis nach Abzug sämtlicher Rabatte (d.h. Objekttrabatt [vgl. Fn 336] und voraussichtlicher Treuebonus). Beim Bezug im Rahmen eines Nettoangebotes werde gemäss Aussage von [N12]⁵⁰¹ der Treuebonus sofort in Anspruch genommen. Folglich bestehe später kein Anspruch mehr auf weitere Zahlungen im Rahmen des Treuebonus für den getätigten Bezug. Dies wird im Treuebonusreglement von 2014 explizit festgehalten.⁵⁰² In Bezug auf die Nettoangebote gibt [N10] an, dass es diese seit Gründung der BERAG oder zumindest sicherlich seit 25 Jahren gebe.⁵⁰³ So ergibt sich ungeachtet der schriftlichen Erwähnung, dass Nettoangebote nie treuebonusberechtigt waren, denn das Gegenteilige würde dem Charakter der Nettoangebote widersprechen.

417. Gemäss Aussage von [N3] könne nicht vorausgesagt werden, wie hoch der Treuebonus in den nächsten zehn Jahren ausfallen werde, weshalb bei der Berücksichtigung des Treuebonus für die Nettoangebote eine Annahme getroffen werden müsse.⁵⁰⁴ Für die Berechnung des Nettoangebots werde die Höhe des gesamten Treuebonus der kommenden zehn Jahre geschätzt.⁵⁰⁵ Gemäss Beilage zum Verwaltungsratsprotokoll vom 11. Februar 2011 soll «*der Treuebonus bei Nettoangeboten (...) maximal mit [70–90] % des aktuellen theoretischen Treuebonus eingesetzt werden*».⁵⁰⁶ Dies bestätigten sowohl [N10]⁵⁰⁷, [N12]⁵⁰⁸ als auch [N3]⁵⁰⁹

⁴⁹⁸ Act. IV.4, Zeile 422.

⁴⁹⁹ Act. IV.6, Zeilen 190–193.

⁵⁰⁰ Act. III.B.6, S. 1.

⁵⁰¹ Act. IV.2, Zeilen 489–494.

⁵⁰² Act. II.71, Traktandum «2. Anspruch und Ausrechnung», 1. und 3. Absatz.

⁵⁰³ Act. IV.18, Zeilen 136–138.

⁵⁰⁴ Act. IV.6, Zeilen 341–343.

⁵⁰⁵ Act. IV.6, Zeilen 190–193.

⁵⁰⁶ Act. III.A.164, «Beilage zu Traktandum 5: BERAG Spezialangebote».

⁵⁰⁷ Act. IV.18, Zeilen 152–156.

⁵⁰⁸ Act. IV.2, Zeilen 489–494.

⁵⁰⁹ Act. IV.6, Zeilen 190–193 und 341–343.

in ihren Aussagen. Gemäss Aussage von [N10] könne nur [70–90] % des theoretischen Treuebonus berücksichtigt werden, da bei der Gewährung eines Nettoangebotes das Risiko bei der BERAG liege, weil der Rabatt sofort gewährt werde, während beim Treuebonus das Risiko beim Kunden bzw. bei der Kundin liege, weil unklar sei, wie hoch der Treuebonus ausfallen werde.⁵¹⁰

418. In der nachfolgenden Abbildung 28 ist einerseits ersichtlich, welcher Anteil der jährlich von der BERAG produzierten Menge Asphaltmischgut treuebonusberechtigt ist. Der Mittelwert dieses Anteils der Jahre 2009–2018 liegt bei rund 75 %. Andererseits ist ersichtlich, welchen Anteil der jährlich produzierten Menge die BERAG an Arbeitsgemeinschaften verkauft hat. Bemerkenswert ist, dass die beiden Werte offenbar negativ korrelieren: In Jahren mit einem tiefen Anteil der treuebonusberechtigten Bezüge verkaufte die BERAG relativ viel Asphaltmischgut an Arbeitsgemeinschaften. Ist der Anteil der treuebonusberechtigten Bezüge hingegen hoch, beziehen Arbeitsgemeinschaften nur einen geringen Prozentsatz der Jahresmenge. Gemäss Aussage von [N10]⁵¹¹ und [N12]⁵¹² beziehen viele der Arbeitsgemeinschaften zu Nettoangeboten bzw. ist diese Bezugsweise insbesondere für diese sinnvoll. Die aufgezeigte Korrelation sowie die Aussagen deuten darauf hin, dass hauptsächlich Arbeitsgemeinschaften zu Nettoangeboten beziehen. Für Arbeitsgemeinschaften ist der Bezug zu Nettoangeboten vorteilhafter, da diese grundsätzlich nur projektspezifisch geschlossen und danach wieder aufgelöst werden – es ist folglich notwendig resp. zumindest praktikabel, den genauen Preis im Zeitpunkt des Kaufes zu kennen.

Abbildung 28: Anteil der treuebonusberechtigten Bezüge und Anteil der Lieferungen an Arbeitsgemeinschaften am Gesamtausstoss.

[...]

Quellen: Lieferscheindaten BERAG (vgl. Tabelle 28 im Appendix).

419. Sowohl die subjektiven als auch die objektiven ausgeführten Beweismittel decken sich inhaltlich oder ergänzen sich. Die objektiven Beweismittel sind deutlich formuliert und die Aussagen beinhalten keine Unklarheiten. Es ist folglich erstellt, dass Nettoangebote nicht treuebonusberechtigt sind. Weiter ist erstellt, dass der (totale) Treuebonus bei der Festlegung der Nettoangebote mit maximal [70–90] % der Höhe seines Erwartungswertes zum Zeitpunkt des Bezugs des Nettoangebots berücksichtigt wird und somit der Treuebonus auf monetärer Ebene vorteilhafter ist. Der Vorteil des Nettoangebotes ist die sofortige Gewährung eines Rabattes anstelle der jährlichen (nicht vorhersehbaren) Treuebonuszahlungen während zehn Jahren. Die Vorteile des Treuebonus überwiegen für den Grossteil der Kunden und Kundinnen – durchschnittlich sind rund 75 % der Bezüge treuebonusberechtigt. Es sind zudem hauptsächlich Arbeitsgemeinschaften, welche zu Nettoangeboten beziehen. Für diese ist der treuebonusberechtigte Bezug impraktikabel. Für die rechtliche Beurteilung ist – wie zu zeigen sein wird (dazu Rz 706 hinten) – entscheidend, dass der grösste Teil der Bezüge treuebonusberechtigt ist.

B.5.3.3 Berechtigte

420. Betreffend den Kreis der möglichen Treuebonusberechtigten ergibt sich aus dem Geschäftsbericht von 1988, dass zumindest seit damals diesbezüglich nicht mehr zwischen Aktionärinnen und Nichtaktionären unterschieden wird.⁵¹³ In den jährlichen Zusammenstellungen

⁵¹⁰ Act. IV.18, Zeilen 140–143 und 152–156.

⁵¹¹ Act. IV.18, Zeilen 187 f.

⁵¹² Act. IV.2, Zeilen 492 f.

⁵¹³ Act. III.A.17, Traktandum «5. Treuebonus»; vgl. jedoch Rz 360 betreffend die Ungleichbehandlung im Rahmen des Treuebonussystems bei Arbeitsgemeinschaften.

zum Treuebonus⁵¹⁴ sind jeweils Aktionärinnen und Nichtaktionäre aufgelistet. Damit steht fest, dass die BERAG den Treuebonus allen Bezüglern, d.h. irrelevant ob Aktionärin oder Nichtaktionär, ausbezahlt.

B.5.3.4 Höhe

421. Da allfällig missbräuchliche Verhaltensweisen erst ab 2004 sanktionierbar sind (vgl. Rz 832), beziehen sich die nachfolgenden Ausführungen auf den Zeitraum von 2004 bis heute.

422. Gemäss Treuebonusreglement richtet sich «die Höhe des Treuebonus in Rp. (...) nach dem jeweiligen Geschäftsergebnis».⁵¹⁵

423. Der Treuebonus erreichte im Zeitraum 2004 bis 2018 eine Höhe von bis zu Fr. [1.30–1.50] jährlich.⁵¹⁶ Um die Auswirkungen des Treuebonus zu eruieren, ist jedoch der «totale Treuebonus» zu betrachten (dazu bereits Rz 401 f. vorne): Der jährliche Treuebonus wird rückwirkend auf die Bezüge der letzten zehn Jahre ausbezahlt. Das heisst, dass die BERAG den Bezug eines Kunden bzw. einer Kundin in einem Jahr für die Dauer der folgenden zehn Jahren honoriert. Der totale Treuebonus für einen Bezug in einem gewissen Jahr setzt sich aus den jährlichen Treueboni über einen Horizont von zehn Jahren zusammen (vgl. dazu die Abbildung 27). Der Behörde liegen Angaben zur Höhe des jährlichen Treuebonus bis 2018 vor. Anhand dieser Angaben kann der totale Treuebonus für die Jahre 2004–2009 berechnet werden.

424. In der nachfolgenden Tabelle 18 ist ersichtlich, wie hoch der totale Treuebonus eines Bezugs über den jeweiligen Horizont von zehn Jahren ausfällt. Für den Bezug im Jahr 2004 erhält der Kunde bzw. die Kundin zum Beispiel noch bis 2013 Treuebonuszahlungen.⁵¹⁷ In der Periode von 2004–2013 bzw. für das Bezugsjahr 2004 betrug der totale Treuebonus Fr. [8.50–9.00]. Über den Zeitraum der Bezugsjahre 2004–2009 liegt der Durchschnitt des totalen Treuebonus bei rund Fr. [5–10.–]. Dies entspricht durchschnittlich fast [5–15] % des Materialpreises⁵¹⁸.

⁵¹⁴ Analog Fn 414.

⁵¹⁵ Act. II.71, Traktandum «5. Höhe des Treuebonus».

⁵¹⁶ Die jährlichen Treueboni sind in folgenden Akten zu finden: II.10, Traktandum «5. Treuebonus»; II.12, Traktandum «5. Treuebonus»; II.14, Traktandum «5. Treuebonus»; II.18, Traktandum «5. Treuebonus»; II.22, Traktandum «6. Treuebonus»; II.26, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.169, Traktandum «6. Treuebonus»; II.39, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.201, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.219, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.232, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.248, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.266, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.286, Traktandum «6. Treuebonus» und III.A.300.

⁵¹⁷ Der Treuebonus wird oft erst im nächsten Jahr ausbezahlt. Dies wird hier der Einfachheit halber ignoriert, da dies keinen Einfluss auf das Dargelegte hat.

⁵¹⁸ Der durchschnittliche Materialpreis der Jahre 2009–2019 beträgt rund Fr. [...] pro Tonne (vgl. Fn 470).

Tabelle 18: Übersicht über den totalen Treuebonus 2004–2009 (Höhe des Treuebonus pro 10-Jahreshorizont).

Bezugsjahr	10-Jahreshorizont	Totaler Treuebonus (in Fr.)
2004	2004–2013	[8.00–9.00]
2005	2005–2014	[8.00–9.00]
2006	2006–2015	[7.50–8.50]
2007	2007–2016	[7.00–8.00]
2008	2008–2017	[7.00–8.00]
2009	2009–2018	[6.50–7.50]

Quellen: II.10, Traktandum «5. Treuebonus»; II.12, Traktandum «5. Treuebonus»; II.14, Traktandum «5. Treuebonus»; II.18, Traktandum «5. Treuebonus»; II.22, Traktandum «6. Treuebonus»; II.26, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.169, Traktandum «6. Treuebonus»; II.39, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.201, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.219, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.232, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.248, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.266, Traktandum «6. Treuebonus»; III.A.286, Traktandum «6. Treuebonus» und III.A.300.

425. Nebst dem totalen Treuebonus ist auch der jährlich gesamthaft ausgeschüttete Betrag im Rahmen des Treuebonus beachtlich: Pro Jahr bezahlte die BERAG von 2004–2018 insgesamt durchschnittlich [0,5–1,5 Millionen] Franken (exkl. MwSt) als Treueboni aus. Das ergibt einen durchschnittlichen jährlichen Treuebonus von rund Fr. [20 000–70 000.–] pro Unternehmen.⁵¹⁹

426. Die den obigen Sachverhaltsfeststellungen zugrundeliegenden Beweismittel sind eindeutig und unbestritten. Es bestehen somit keine vernünftigen Zweifel am Dargelegten. Damit ist erstellt, dass sich die Höhe des Treuebonus nach dem jeweiligen Geschäftsergebnis richtet. Weiter ist erstellt, dass der totale Treuebonus für den Zeitraum der Bezugsjahre 2004–2009 durchschnittlich rund Fr. [5–10.–]beträgt. Schliesslich ist erstellt, dass der Treuebonus fast [5–15] % des Materialpreises entspricht.

B.5.3.5 Verfolgter Zweck

427. In Artikel 1 des Reglements⁵²⁰ werden unter dem Titel «Sinn und Zweck des Treuebonus» folgende Gründe für die Verwendung dieses Systems genannt:

- *«Fördern der Bezugstreue der im Belagsbau aktiven Kunden (Aktionäre und Dritte), sowie*
- *Rückvergüten des nicht einkalkulierbaren Ertrags aus den laufenden Preisschwankungen auf dem Erdölmarkt (Bitumen, Heizöl, Gas), bei einer über das ganze Jahr möglichst gleichbleibenden Preisliste».*

428. Auch gemäss den Geschäftsberichten der BERAG⁵²¹ soll mit dem Treuebonus die langjährige Kundentreue honoriert werden. Der verfolgte Zweck spiegelt sich zudem bereits im Namen selbst wider: «Treue»bonus.

⁵¹⁹ Vgl. III.A.72, S.18; III.A.91, S. 22; III.A.105, S. 19; III.A.119, S. 21; III.A.133, S. 21; III.A.148, S. 22; III.A.165, S. 21; III.A.180, S. 21; III.A.200, S. 22; III.A.215, S. 17; III.A.216, S. 17; III.A.245, S. 16; III.A.265, S. 8; III.A.284, S. 17; III.A.300.

⁵²⁰ Sowohl im Reglement von 1999 (Act. III.A.42) als auch im Reglement von 2014 (Act. II.71).

⁵²¹ Bspw. Act. III.A.286, «Traktandum 6. Treuebonus».

429. [N10] bezeichnete den Treuebonus als Kundenbindungsinstrument.⁵²² Auch die Aussage von [N12] zum Zweck des Treuebonus, die langjährigen Bezugsfirmen zu belohnen, welche konstant grosse Mengen beziehen würden⁵²³ stimmt mit den objektiven Beweismitteln überein. Zusätzlich führte [N12] aus, dass mittels Treuebonus das Volumen im Belagswerk gross gehalten werden solle und Kunden und Kundinnen ein Interesse an stabilen Preisen hätten.⁵²⁴

430. Die Mindestbezugsregel sowie die 2/3-Regel (dazu Rz 403 ff. und 411 ff.) verlangen in Kombination mit dem 10-Jahreshorizont von den Kunden und Kundinnen der BERAG, dass diese für die Aufrechterhaltung des Anspruchs auf den Treuebonus immer wieder Belag beziehen müssen, um den Treuebonus für Bezüge vorheriger Jahre zu erhalten. Die bei Nichtbefolgung gefährdeten Auszahlungen sind beachtlich (vgl. Rz 421 ff.). Die beiden Regelungen bezwecken, dass die Unternehmen immer wieder bei der BERAG Belag beziehen.

431. Sowohl die objektiven als auch die subjektiven Beweismittel sind kongruent und klar. Folgende Zwecke des Treuebonus sind somit erstellt:

- die Kunden und Kundinnen der BERAG langfristig zu binden;
- trotz Preisschwankungen auf dem Erdölmarkt ganzjährig eine gleichbleibende Preisliste anbieten zu können;
- den Absatz des Belagswerks zu fördern.

B.5.4 Beweisergebnis

432. Zusammenfassend ist erstellt, dass das Treuebonussystem seit 1978 besteht, und die BERAG bis heute ein Treuebonussystem mit Ausschüttung eines Treuebonus anwendet.

433. Für die Berechnung des Treuebonus dienen die addierten Bezugstonnagen der jeweils zehn letzten Bezugsjahre als Grundlage. Zumindest seit 1999 muss ein Kunde bzw. eine Kundin der BERAG [300–800 t] Belag pro Jahr beziehen, um eine Anspruchsberechtigung auf den Treuebonus zu haben. Den Treuebonus richtet die BERAG jährlich über die Dauer von zehn Jahren aus. Die in einem Jahr bezogene Menge löst über einen Horizont von zehn Jahren Auszahlungen im Rahmen des Treuebonus aus (10-Jahreshorizont). Erst nach zehn Jahren kann ein Kunde bzw. eine Kundin den total möglichen Treuebonus erreichen.

434. Seit mindestens 1999 setzt die BERAG voraus, dass ein Kunde bzw. eine Kundin während einer zusammenhängenden Periode von drei Jahren jährlich mindestens 500 t (bzw. 501 t) bezieht, damit der Anspruch auf den Treuebonus für die zurückliegenden Jahre nicht erlischt (Mindestbezugsregelung). Bei Anwendung der Mindestbezugsregelung gilt der Kunde bzw. die Kundin für zukünftige Bezüge als neue Kundschaft. Die Mindestbezugsregelung hat die BERAG in mehreren Fällen gegenüber Kunden und Kundinnen angewandt. Der dabei entstehende Verlust für die Betroffenen ist erheblich.

435. Seit der Einführung der 2/3-Regel im Jahr 2014 kann die BERAG – bei einer Verminderung des Jahresbezugs eines Kunden um mehr als 2/3 – dessen Treuebonus für vergangene Bezüge ganz oder teilweise streichen. Die BERAG hat die 2/3-Regel in mehreren Fällen angewandt. Dabei hat sie den Treuebonus teilweise nicht mehr, teilweise in reduziertem Umfang ausbezahlt. Partiiell hat sie Bedingungen zum Erhalt des vollständigen Treuebonus aufgestellt. In den meisten Fällen hat die BERAG die Berechnungsbasis der vergangenen Jahre für den Treuebonus von den effektiv getätigten Bezügen hin zu den mutmasslichen zukünftigen, sehr

⁵²² Act IV.18, Zeile 114.

⁵²³ Act. IV.2, Zeilen 481–487.

⁵²⁴ Act. IV.2. Zeilen 481–487.

viel tieferen Bezugsmengen angepasst. Bei Anpassung der Berechnungsbasis hat sie diese auch für die Folgejahre wiederverwendet. Dies führt zu einem beachtlichen Verlust für die betroffenen Kunden und Kundinnen.

436. Nettoangebote beinhalten den Preis nach Abzug aller Rabatte. Der Treuebonus wird folglich sofort in Anspruch genommen und die Nettoangebote sind nicht treuebonusberechtig. Den Treuebonus berücksichtigt die BERAG bei Berechnung der Nettoangebote mit maximal [70–90] % der Höhe seines Erwartungswertes zum Zeitpunkt des Bezugs des Nettoangebots. Die meisten Kunden und Kundinnen der BERAG entscheiden sich für den treuebonusberechtigten Bezug.

437. Der Treuebonus wird allen Bezüglern, d.h. irrelevant ob Aktionärin oder Nichtaktionär, ausbezahlt.

438. Die Höhe des Treuebonus richtet sich nach dem jeweiligen Geschäftsergebnis. Durchschnittlich betrug er für den Zeitraum der Bezugsjahre 2004–2009 rund Fr. [5–10.–], was rund [5–15] % des Materialpreises entspricht.

439. Mit dem Treuebonussystem verfolgte die BERAG folgende Zwecke:

- Ihre Kunden und Kundinnen langfristig zu binden;
- trotz Preisschwankungen auf dem Erdölmarkt ganzjährig eine gleichbleibende Preisliste anbieten zu können;
- den Absatz des Belagswerks zu fördern.

B.6 Konkurrenzverbot der Aktionärinnen der BERAG

B.6.1 Beweisthema

440. Ein weiterer Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet das mutmassliche Konkurrenzverbot zwischen den Aktionärinnen der BERAG. Dabei stellen sich folgende Sachverhaltsfragen:

- ob ein tatsächlicher Konsens zwischen den Aktionärinnen der BERAG vorlag, die BERAG im Umkreis ihres Werkes in Rubigen nicht durch eigene Belagswerke oder Beteiligungen an anderen Belagswerken zu konkurrenzieren (Rz 458 ff.);
- welche Aktionärinnen der BERAG das allfällige Konkurrenzverbot vereinbarten (Rz 467 ff.);
- was der verfolgte Zweck des allfälligen Konkurrenzverbots war (Rz 473 ff.);
- wie lange das allfällige Konkurrenzverbot bestand (Rz 479 ff.);
- ob das allfällige Konkurrenzverbot umgesetzt wurde und welche Auswirkung es hatte (Rz 509 ff.).

441. Im Folgenden werden bezüglich dieser Sachverhaltsfragen zunächst die wesentlichen Beweismittel dargestellt (Rz 442 ff.). Anschliessend wird anhand dieser Beweismittel die konkrete Beweislage hinsichtlich der genannten Sachverhaltsfragen gewürdigt (Rz 458 ff.), bevor schliesslich das Beweisergebnis festgehalten wird (Rz 515 ff.).

B.6.2 Beweismittel

B.6.2.1 Urkunden

442. Zur Beurteilung der vorliegend relevanten Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde im Wesentlichen auf folgende Urkunden:

- Vertrag der Aktionärinnen der BERAG vom 23. Dezember 1976⁵²⁵, inklusive des beiliegenden Plans (nachfolgend: Gründervertrag)⁵²⁶;
- Geschäftsberichte und Jahresabschlüsse der BERAG;
- Protokolle der Generalversammlungen, des Verwaltungsrats und der Betriebskommission der BERAG (bis Januar 2019);
- Dokument «*Zukunft BERAG*» von [N10] vom 20. April 2007⁵²⁷, mit handschriftlicher Notiz von [N14] vom 24. April 2007 auf der Rückseite;
- Kieslieferungsvertrag zwischen der BERAG, der Kästli Bau AG, der K. & U. Hofstetter AG und der Messerli Kieswerk AG vom 17. September 2007 (nachfolgend: Kieslieferungsvertrag)⁵²⁸;
- Vertrag mit dem Titel «*Anpassung Baurechtsgrundstück, Verlängerung Baurechtsdauer, Anpassung Baurechtsvertrag mit Infrastrukturvertrag*» zwischen der [...] und der BERAG vom 17. September 2007⁵²⁹;

⁵²⁵ Act. II.1.

⁵²⁶ Vgl. eine Kopie in Act. IV.4, Beilage 2. Das Original befindet sich während der Hängigkeit des Verfahrens bei der Behörde und kann dort eingesehen werden.

⁵²⁷ Act. III.C.21.

⁵²⁸ Act. II.17.

⁵²⁹ Act. III.C.23.

- Vertrag mit dem Titel «*Erweiterung Baurechtsgrundstück und Anpassung Baurechtsvertrag*» zwischen der BERAG, der [...] und der [...] vom 24. April 2012/27. Februar 2014⁵³⁰.

B.6.2.2 Auskünfte von Parteien

B.6.2.2.1 Andreas Wälti AG

443. [N2], [...], sagte an der Parteieinvernahme vom 8. März 2019⁵³¹ aus, dass er keine Kenntnis vom Gründervertrag⁵³² habe. Auf Vorhalt des Vertrags bestätigte er, dass es sich bei der Unterschrift für die Andreas Wälti AG um seine Unterschrift handle. Offenbar sei die Andreas Wälti AG seit 1995 Partei des Gründervertrags. Er wisse aber nicht, ob er über ein Exemplar des Gründervertrags verfüge. Auch habe er sich nie Gedanken darüber gemacht, ob der Gründervertrag für die Andreas Wälti AG gelte. Im Verwaltungsrat der BERAG sei während seiner Zeit als Verwaltungsratsmitglied nie über den Gründervertrag gesprochen worden. Zum Konkurrenzverbot gemäss Art. 5 des Gründervertrags führte er aus, dass die Andreas Wälti AG nur bei der BERAG und bei keinen anderen Belagswerken beteiligt sei. Er wisse aber, dass grössere Unternehmen bei mehreren Belagswerken beteiligt seien, weshalb der Gründervertrag wahrscheinlich keine Gültigkeit mehr habe.⁵³³

B.6.2.2.2 BERAG

444. Für die BERAG haben [N12]⁵³⁴, [...], [N10]⁵³⁵, [...], [N13]⁵³⁶, [...], [N2]⁵³⁷, [...], und [N5]⁵³⁸, [...], im Rahmen von Parteieinvernahmen zum Konkurrenzverbot der Aktionärinnen der BERAG ausgesagt. Diese Personen haben neben ihrer Funktion bei der BERAG jeweils auch Organstellung bei einer Aktionärin der BERAG. Ihre Aussagen sind daher nicht nur der BERAG, sondern auch den betreffenden Aktionärinnen zuzurechnen und sind an den entsprechenden Stellen wiedergegeben.

B.6.2.2.3 BLH

445. An der Einvernahme vom 7. März 2019 konfrontierte die Behörde [N13], [...], mit dem Gründervertrag der BERAG-Aktionärinnen. Er gab zu Protokoll, den Gründervertrag der Aktionärinnen der BERAG nicht zu kennen. Auch wisse er nicht, ob dieser für die BLH gelte. Von einem Konkurrenzverbot unter den Aktionärinnen der BERAG habe er nie erfahren.⁵³⁹

B.6.2.2.4 Cäsar Bay AG

446. [N17], [...], verneinte anlässlich der Einvernahme vom 8. Mai 2019, einen Aktionärsbindungsvertrag betreffend die BERAG unterzeichnet zu haben. Auf Vorhalt des Gründervertrags⁵⁴⁰ aus dem Jahr 1976 gab er zu Protokoll, diesen Vertrag noch nie gesehen zu haben.⁵⁴¹

⁵³⁰ Act. III.C.40.

⁵³¹ Act. IV.5.

⁵³² Act. II.1.

⁵³³ Zum Ganzen Act. IV.5, Zeilen 265–296.

⁵³⁴ Act. IV.2.

⁵³⁵ Act. IV.4 und Act. IV.18.

⁵³⁶ Act. IV.3.

⁵³⁷ Act. IV.5.

⁵³⁸ Act. IV.7.

⁵³⁹ Act. IV.3, Zeilen 283–299.

⁵⁴⁰ Vgl. Act. II.1.

⁵⁴¹ Act. IV.15, Zeilen 207–214.

B.6.2.2.5 Friedli & Caprani AG

447. [N5], [...], gab an der Einvernahme vom 18. März 2019⁵⁴² zu Protokoll, dass er den Gründervertrag der BERAG-Aktionärinnen⁵⁴³ nicht kenne. Als Verwaltungsratspräsident der BERAG lebe er nach den Statuten und dem Reglement der BERAG aus dem Jahr 2009. Wenn sich eine Aktionärin an einem anderen Unternehmen beteiligen oder aus der BERAG austreten möchte, dann könne er das.⁵⁴⁴ Gewisse Aktionärinnen der BERAG seien etwa beim Nachbarwerk, der «[F8]», beteiligt. Diese seien von der BERAG nicht ausgeschlossen worden, als sie sich bei der [F8] beteiligt hätten.⁵⁴⁵

B.6.2.2.6 Frutiger AG

448. In ihrer Eingabe vom 3. September 2020⁵⁴⁶ führte die Frutiger AG im Wesentlichen aus, dass sie das Konkurrenzverbot gemäss Art. 5 des Gründervertrags⁵⁴⁷ zwar unterzeichnet habe, diesbezüglich aber keinen Bindungswillen gehabt und den Gründervertrag auch nicht gelebt habe. Vielmehr habe sich die Frutiger AG im Jahr 2016 am nahe der BERAG gelegenen Belagswerk in [...] beteiligt und betreibe ein eigenes Belagswerk in Sundlauenen (rechtes Thunerseeufer). Damit konkurrenzieren sie die BERAG.

B.6.2.2.7 Kästli Bau AG

449. [N10] führte an der ersten Einvernahme vom 7. März 2019⁵⁴⁸ im Wesentlichen aus, dass es einmal einen Aktionärsbindungsvertrag zwischen den Aktionärinnen der BERAG gegeben habe. Dieser Vertrag sei de facto durch verschiedene Statutenänderungen ausser Kraft gesetzt worden. Die BERAG arbeite heute nach den aktuellen und geltenden Statuten. Auf Nachfrage räumte er ein, dass der Aktionärsbindungsvertrag möglicherweise nicht formell aufgehoben worden sei. Eine formelle Ausserkraftsetzung hätte zwischen der Gründung der BERAG und der Statutenänderung in den 1990er Jahren stattfinden müssen.⁵⁴⁹ Auf Vorhalt des Gründervertrags der BERAG-Aktionärinnen aus dem Jahr 1976⁵⁵⁰ erwähnte er, diesen vage zu kennen. Im Hinblick auf die Einvernahme habe er diesen nochmals angeschaut, aber der Vertrag sei heute nicht mehr relevant. Ein Exemplar des Gründervertrags befinde sich zwar in einem Ordner in seinem Büro, allerdings habe er in seiner ganzen Karriere den Gründungsvertrag nicht einmal hervorgehoben. Er habe keine Kenntnis, dass neu eintretende Aktionärinnen den Gründungsvertrag jeweils unterzeichnet hätten. Auf die Frage, was die Regelung in Art. 5 des Gründungsvertrags («*Wirkungskreis*») bedeute, antwortete er, sie bedeute, was im Vertrag stehe. Zu den beiden Kreisen auf dem Plan, der dem Gründervertrag beiliegt, hielt er fest, dass er nicht wisse, was diese bedeuten würden.⁵⁵¹

450. An der zweiten Einvernahme vom 30. Juni 2020⁵⁵² führte [N10] im Wesentlichen aus, dass der Gründervertrag nach 1995 nicht mehr angewandt worden sei. Das Dokument sei ein historisches. Es gebe effektiv Beteiligungen von Aktionärinnen an anderen Werken. Der Grundgedanke [gemäss dem Gründervertrag] sei zwar nach wie vor ein wesentlicher Inhalt der BERAG. Der Gründervertrag sei jedoch von neu hinzutretenden Aktionärinnen nach 1995

⁵⁴² Act. IV.7.

⁵⁴³ Act. II.1.

⁵⁴⁴ Act. IV.7, Zeilen 292–300.

⁵⁴⁵ Act. IV.7, Zeilen 240–242.

⁵⁴⁶ Act. I.407.

⁵⁴⁷ Act. II.1.

⁵⁴⁸ Act. IV.4.

⁵⁴⁹ Act. IV.4, Zeilen 150–161.

⁵⁵⁰ Act. II.1.

⁵⁵¹ Act. IV.4, Zeilen 222–266.

⁵⁵² Act. IV.18.

nicht mehr unterschrieben worden. Auch dies zeige, dass der Gründervertrag im Wortlaut keine Relevanz mehr habe.

B.6.2.2.8 Marti AG Bern, Moosseedorf

451. An der Einvernahme vom 6. März 2019⁵⁵³ führte [N12], [...] aus, dass er fest davon ausgehe, dass die Aktionärinnen der BERAG bei der Gründung im Jahr 1976 einen Aktionärsbindungsvertrag abgeschlossen hätten. Als ihn die Behörde daraufhin mit dem Gründungsvertrag der BERAG-Aktionärinnen⁵⁵⁴ konfrontierte, sagte er aus, dass er nicht ausschliessen könne, diesen Vertrag schon mal gesehen zu haben. Er sei solchen Verträgen bei verschiedenen Unternehmen begegnet. Zu Art. 5 des Gründungsvertrags («*Wirkungskreis*») erörterte er, dass es aus seiner Sicht klar sei, was die Vertragsklausel bedeute. Allerdings «*foutiere*» sich die Marti-Gruppe um diese Regel, da sie selber Belagsaufbereitungsanlagen betreibe. Den Vertrag erachte er als gegenstandslos, spätestens seit dem Inkrafttreten des Wettbewerbsgesetzes. Dass der Vertrag tatsächlich aufgehoben worden sei, sei ihm nicht bekannt. Während seiner Zeit [...] sei weder der Vertrag noch dessen Aufhebung ein Thema gewesen.⁵⁵⁵

B.6.2.2.9 Peter Batt AG

452. [N21], [...], führte an der Einvernahme vom 2. Mai 2019 auf Vorhalt des Gründervertrags⁵⁵⁶ aus, dass er diesen Vertrag nicht kenne und die Peter Batt AG diesen nicht unterzeichnet habe.⁵⁵⁷

B.6.2.3 Auskünfte von Dritten

B.6.2.3.1 [N9]

453. [N9], [...] sowie ehemaliges Mitglied des Verwaltungsrats der BERAG ([...]), wurde von der Behörde als Auskunftsperson befragt.⁵⁵⁸ Zum Gründervertrag der Aktionärinnen der BERAG aus dem Jahr 1976⁵⁵⁹ gab er zu Protokoll, dass er diesen Vertrag bestimmt irgendwann gesehen habe. Er wisse nicht, wer diesen redigiert habe, nehme aber nicht an, diesen selbst verfasst zu haben, sonst hätte er ihn wohl auch unterschrieben.⁵⁶⁰

454. Auf Vorhalt des Protokolls der Verwaltungsratssitzung der BERAG vom 24. April 2007⁵⁶¹ gab er an, dass er sich an die Diskussionen im Jahr 2007 zum Gründervertrag nicht mehr erinnern könne. Einer Änderung hätten alle Aktionärinnen zustimmen müssen. Der Verwaltungsrat könne nicht einfach eigenmächtig einen Aktionärsbindungsvertrag abändern. Im Verwaltungsrat hätte man jedoch besprechen können, wie der Vertrag zu leben sei, etwa ob man ihn grosszügig oder strikt anwendet. Allerdings erinnere er sich an keine konkreten Diskussionen im Verwaltungsrat der BERAG, ob der Gründervertrag strikt oder grosszügig angewendet werden solle.⁵⁶²

455. Zum Konkurrenzverbot gemäss Art. 5 des Gründervertrags («*Wirkungskreis*») führte [N9] aus, dass die Aktionärinnen der BERAG ein Interesse daran gehabt hätten, dass die

⁵⁵³ Act. IV.2.

⁵⁵⁴ Act. II.1.

⁵⁵⁵ Act. IV.2, Zeilen 404–436.

⁵⁵⁶ Act. II.1.

⁵⁵⁷ Act. IV.13, Zeilen 290–296.

⁵⁵⁸ Act. IV.12.

⁵⁵⁹ Act. II.1.

⁵⁶⁰ Act. IV.12, Zeilen 113–117.

⁵⁶¹ Act. III.A.108.

⁵⁶² Act. IV.12, Zeilen 185–203.

BERAG gut laufe, d.h. einen grossen Absatz erziele. Die Aktionärinnen der BERAG hätten kein Interesse daran gehabt, dass die BERAG durch andere Werke konkurrenziert werde, auch nicht durch Aktionärinnen der BERAG selber. Aufgrund der hohen Investitionen hätten die Aktionärinnen versuchen müssen, den Absatz sicherzustellen. Ob sich die Aktionärinnen der BERAG an das Konkurrenzverbot gehalten hätten, wisse er nicht. Er nehme an, dass es auch Ausnahmen gegeben habe. Allerdings seien keine anderen grossen Anlagen entstanden. Dies heisse wohl, dass sich die Aktionärinnen der BERAG daran gehalten hätten. Ob das Konkurrenzverbot irgendwann aufgehoben worden sei, wisse er nicht.⁵⁶³

B.6.2.3.2 [N23]

456. [N23], [...] und ehemaliges Mitglied des Verwaltungsrats der BERAG ([...]), führte an der Befragung als Auskunftsperson vom 9. April 2019⁵⁶⁴ aus, dass im Zuge der Vertragserneuerungen im Jahr 2007 im Verwaltungsrat der BERAG zwei Baurechtsverträge und der Aktionärsbindungsvertrag besprochen worden seien. Wahrscheinlich seien auch das Konkurrenzverbot und dergleichen besprochen worden. Er wisse nur, dass die BERAG damals alle Verträge bereinigt hätte. Den Aktionärsbindungsvertrag habe er damals bestimmt gesehen. Möglicherweise seien auch die Kieslieferungsverträge besprochen worden. Er denke nicht, dass im Jahr 2007 entschieden worden sei, den Aktionärsbindungsvertrag aufzuheben. Dieser Vertrag sei später beim Verkauf der BERAG-Aktien der [...] an die [...] wieder ein Thema gewesen.⁵⁶⁵ Als die Behörde ihn mit dem Gründervertrag der BERAG-Aktionärinnen aus dem Jahr 1976⁵⁶⁶ konfrontierte, bestätigte er, diesen zu kennen. Den Gründervertrag habe die [...] in ihren Akten gehabt. Ihr Buchhalter habe diese Verträge einmal jährlich angeschaut. Als es um die allfällige Erneuerung des Vertrages gegangen sei, habe er diesen sicher auch einmal durchgelesen. Dies sei ungefähr im Jahr 2007 gewesen. Zu Art. 5 des Gründervertrags («*Wirkungskreis*») gab er zu Protokoll, dass es diesbezüglich nach seinen Informationen keine Diskussionen im Verwaltungsrat der BERAG gegeben habe. Was die beiden Kreise im beiliegenden Plan zum Gründervertrag bedeuten würden, wisse er nicht.⁵⁶⁷

B.6.2.3.3 [N14]

457. [N14], ehemaliger Verwaltungsrat [...] und der BERAG ([...]), führte an der Einvernahme als Auskunftsperson vom 21./26. März 2019⁵⁶⁸ zunächst aus, dass er den Gründervertrag der BERAG-Aktionärinnen aus dem Jahr 1976⁵⁶⁹ nicht kenne. Er könne sich nicht daran erinnern, dass die [...] diesen Vertrag unterzeichnet habe.⁵⁷⁰ Auf Vorhalt des Dokuments «*Zukunft BERAG*» von [N10] vom 20. April 2007⁵⁷¹ bestätigte er, dass er auf dessen Rückseite die handschriftliche Bemerkung «*Der Gründervertrag sollte bestehen bleiben!*» notiert habe. Hierbei habe es sich nicht um seine persönliche Meinung gehandelt, sondern um diejenige der grossen Aktionärinnen der BERAG. Er habe sich immer gefragt, weshalb dieser Vertrag bestehen bleiben solle. Die Angst sei immer gewesen, dass jemand ein neues Werk im Einzugsgebiet der BERAG bauen würde.⁵⁷² Mit dem Konkurrenzverbot nach Art. 5 des Gründervertrags konfrontiert, bezeichnete er es als selbstverständlich, dass sich die Aktionärinnen der

⁵⁶³ Act. IV.12, Zeilen 210–222.

⁵⁶⁴ Act. IV.11.

⁵⁶⁵ Act. IV.11, Zeilen 315–330.

⁵⁶⁶ Act. II.1.

⁵⁶⁷ Act. IV.11, Zeilen 359–379.

⁵⁶⁸ Act. IV.9.

⁵⁶⁹ Act. II.1.

⁵⁷⁰ Act. IV.9, Zeilen 545–563.

⁵⁷¹ Act. III.C.21.

⁵⁷² Act. IV.9, Zeilen 593–607.

BERAG bei der Gründung im Jahr 1976 davor hätten schützen wollen, dass eine der Aktionärinnen ein paar Jahre später ein neues Belagswerk eröffne.⁵⁷³ Er erinnere sich nicht daran, dass das Konkurrenzverbot im Verwaltungsrat der BERAG jemals ein Thema gewesen sei. Hingegen sei besprochen worden, dass eine Aktionärin jederzeit aus der BERAG hätte aussteigen können, wenn er dies gewollt hätte. In diesem Fall hätte die betreffende Aktionärin auch ein eigenes Werk errichten können.⁵⁷⁴

B.6.3 Beweiswürdigung

B.6.3.1 Konsens

458. Die Aktionärinnen der BERAG schlossen im Jahr 1976 den Gründervertrag⁵⁷⁵ im Hinblick auf die Errichtung und den Betrieb der BERAG ab. Darin verpflichteten sie sich in Art. 5, im Einzugsgebiet der BERAG keine Belagswerke selber zu betreiben oder sich an solchen zu beteiligen. Art. 5 des Gründungsvertrags ist wie folgt formuliert:

Art. 5 Wirkungskreis

Die Aktionäre verpflichten sich, innerhalb des im beiliegenden Plan umgrenzten Einzugsgebietes des Lieferwerkes Rubigen keine Aufbereitungsanlage zu betreiben oder sich an solchen zu beteiligen.

Insofern Aktionäre aus dieser Verpflichtung austreten möchten, scheiden sie aus der Belagslieferwerk Rubigen AG aus und haben ihre Aktien den verbleibenden Aktionären anzubieten.

459. Anzeichen, dass das im Gründervertrag festgehaltene Konkurrenzverbot nicht dem tatsächlichen Willen der Vertragsparteien entsprach oder die verbrieften Willensäusserungen mit Willensmängeln behaftet waren, bestehen nicht. Aussagen von damals beteiligten Personen liegen zwar nicht vor. Auf das Konkurrenzverbot wurde jedoch später im Zusammenhang mit verschiedenen konkreten Geschäften Bezug genommen, etwa beim Kauf der [F23] durch die [F3] (1989)⁵⁷⁶, beim Austritt der [F24] aus der BERAG (1991)⁵⁷⁷, beim Austritt der [F25] aus der BERAG (1998)⁵⁷⁸ sowie bei den Diskussionen um die Aufnahme der [F27] als Aktionärin der BERAG (2002)⁵⁷⁹. Beispielsweise wird im Geschäftsbericht 1989 der BERAG Folgendes festgehalten (vgl. dazu auch Rz 483 f. hinten):

*«Die Firma [F23] ist von der Firma [F3], Bümpliz aufgekauft worden. Mit dieser indirekten Weitergabe der [F23] BERAG-Aktien an einen Konkurrenten im Einzugsgebiet der BERAG hat die Firma [F23] AG eindeutig den von ihr unterzeichneten Gründervertrag verletzt».*⁵⁸⁰

460. Weiter lassen die Formulierungen und die Struktur des Gründervertrags auf einen Bindungswillen schliessen. Der Gründervertrag gliedert sich in klar strukturierte Vertragsbestimmungen und ist so verfasst, dass daraus die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien hervorgehen. Dies gilt insbesondere auch für das Konkurrenzverbot gemäss Art. 5 des

⁵⁷³ Act. IV.9, Zeilen 619–622.

⁵⁷⁴ Act. IV.9, Zeilen 644–647.

⁵⁷⁵ Act. II.1.

⁵⁷⁶ Act. III.A.18, Ziff. 1.1; Act. III.A.19, Traktandum 5.

⁵⁷⁷ Act. III.A.8, Ziff. 1.1; Act. III.A.7, S. 2.

⁵⁷⁸ Act. III.A.37, Traktandum 3; Act. III.A.43, Ziff. 1.

⁵⁷⁹ Act. III.A.60, Traktandum 4; Act. III.A.58.

⁵⁸⁰ Act. III.A.18, Ziff. 1.1.

Gründervertrags. Dass es sich hierbei um eine blosser Absichtserklärung handelt, ist nicht ersichtlich.

461. Im Rahmen der vorliegenden Beweiswürdigung ist damit erstellt, dass zwischen den Aktionärinnen der BERAG im Jahr 1976 ein tatsächlicher Konsens zustande gekommen ist, die BERAG im Umkreis ihres Werks in Rubigen nicht durch eigene Werke oder Beteiligungen an anderen Werken zu konkurrenzieren, und dass Art. 5 des Gründervertrags diesen Konsens wiedergibt. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

462. Unklar ist hingegen der örtliche Geltungsbereich des Konkurrenzverbots. Dem Gründungsvertrag liegt zwar ein Plan bei, auf welchen Art. 5 des Gründervertrags in Bezug auf den örtlichen Geltungsbereich des Konkurrenzverbots verweist. Im Plan finden sich jedoch zwei unterschiedlich grosse Kreise. Mittelpunkt der beiden Kreise ist jeweils das Werk der BERAG in Rubigen. Der äussere, mit schwarzem Farbstift oder Kugelschreiber eingezeichnete Kreis erfasst ein Gebiet von Hindelbank und Jegensdorf, Lützelflüh, Langnau bis nach Thun.⁵⁸¹ Der innere, mit Bleistift eingezeichnete Kreis umfasst u.a. ein Gebiet von Münchenbuchsee, Zollikofen und Uttigen. Im Folgenden ist zu prüfen, welcher Kreis für den räumlichen Geltungsbereich des Konkurrenzverbots massgebend ist.

463. Gemäss dem äusseren Kreis läge namentlich der Standort des Belagswerks in Heimberg innerhalb des Geltungsbereichs des Konkurrenzverbots, gemäss dem inneren Kreis nicht. Dabei ist Folgendes zu beachten: Sowohl das Ausscheiden der [F24] aus dem Aktionariat der BERAG im Jahr 1991⁵⁸² als auch dasjenige der [F25] im Jahr 1998⁵⁸³ stand im Zusammenhang mit der gleichzeitigen Beteiligung dieser Unternehmen am Belagswerk in Heimberg. Die BERAG hielt beim Austritt der [F25] aus dem Aktionariat der BERAG im entsprechenden Geschäftsbericht fest, dass dies «*im Sinne des Gründervertrags*» erfolgen würde. Vor diesem Hintergrund ist anzunehmen, dass die Beteiligten damals davon ausgingen, dass der Standort des Belagswerks Heimberg vom örtlichen Geltungsbereich des Konkurrenzverbots erfasst ist. Die beiden genannten Anwendungsfälle des Konkurrenzverbots lassen somit darauf schliessen, dass – jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt – der weitere Kreis im Plan zum Gründervertrag für den örtlichen Geltungsbereich des Gründervertrags massgebend war. Weiter ist zu beachten, dass der äussere Kreis mit Farbstift oder Kugelschreiber eingezeichnet worden ist, während der innere Kreis bloss mit Bleistift aufgetragen worden ist.⁵⁸⁴ Auch dies spricht dafür, dass der äussere Kreis zumindest während eines bestimmten Zeitraums verbindlich war.

464. Wann und wie der innere Kreis im Plan zustande gekommen ist, wer ihn eingezeichnet hat und welche Bedeutung er hat, ist nicht bekannt. Keine der befragten Personen konnte sich dazu äussern, auch nicht [N10], der seit [...] eine tragende Funktion bei der BERAG wahrnimmt. Auch in den beschlagnahmten Akten, insbesondere den Protokollen des Verwaltungsrats und der Betriebskommission der BERAG, fanden sich keine Hinweise dazu. Es kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass der innere Kreis nach 1998 eingezeichnet worden ist und die Parteien damit das Konkurrenzverbot in räumlicher Hinsicht einengen wollten. Ebenso möglich ist jedoch, dass auch nach 1998 der äussere Kreis relevant war. Dass das Konkurrenzverbot auch nach 1998 Gültigkeit hatte, wird weiter hinten zu zeigen sein (Rz 479 ff.). Die Frage, welcher Kreis im Plan zum Gründervertrag nach 1998 tatsächlich massgebend war, lässt sich jedoch nicht mit hinreichender Sicherheit beantworten.

465. Als Ausprägung des Grundsatzes der Unschuldsumutung (Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK) darf sich die Behörde nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären, wenn bei objektiver Betrachtung Zweifel bestehen, ob

⁵⁸¹ Act. IV.4, Beilage 2 (das Original des Plans liegt der Behörde vor).

⁵⁸² Act. III.A.8, Ziff. 1.1; Act. III.A.7, S. 2.

⁵⁸³ Act. III.A.37, Traktandum 3; Act. III.A.43, Ziff. 1.

⁵⁸⁴ Vgl. auch Act. IV.9, Zeilen 634–639 (Aussagen von [N14]).

sich der Sachverhalt so verwirklicht hat (*in dubio pro reo*).⁵⁸⁵ Daher ist zu prüfen, welche der beiden Sachverhaltsvarianten für die Parteien günstiger ist.

466. Die Frage des örtlichen Geltungsbereichs des Konkurrenzverbots ist vorliegend primär bei der Beurteilung der Dauer des Konkurrenzverbots von Bedeutung, konkret ob der Erwerb der Beteiligung der Frutiger AG und der Marti AG Bern, Moosseedorf im Jahr 2016 am Belagswerk in [...] bzw. die ausgebliebene Reaktion der BERAG darauf als konkludente Aufhebung des Konkurrenzverbots gewertet werden kann. Wie zu zeigen sein wird (Rz 504 ff. hinten), ist es für die Parteien günstiger, wenn in diesem Zusammenhang davon ausgegangen wird, dass der Erwerb dieser Beteiligungen im Widerspruch zum Konkurrenzverbot gemäss Art. 5 des Gründervertrags stand. Vor diesem Hintergrund ist beweismässig anzunehmen, dass der äussere Kreis im Plan zum Gründervertrag auch nach 1998 noch massgebend war.

B.6.3.2 Beteiligte

467. Im Folgenden ist zu prüfen, welche Verfahrensparteien am Konsens, die BERAG im Sinne von Art. 5 des Gründervertrags nicht zu konkurrenzieren, beteiligt sind.

468. Folgende Parteien haben den Gründervertrag⁵⁸⁶ bereits bei der Entstehung der BERAG im Jahr 1976 unterzeichnet: die Adolf Künzi AG, die Frutiger AG, die Haldi + Stucki Strassen- und Tiefbau AG (damals noch unter der Firma Bracher + Nobs AG; vgl. Rz 20), die K. & U. Hofstetter AG, die Messerli Kieswerk AG, die Kästli Bau AG, die Marti AG Bern, Moosseedorf, die Stucki AG Bern und die Walo Bertschinger AG Bern. Bei diesen Unternehmen lässt sich darauf schliessen, dass sie mit der Vertragsunterzeichnung dem Konkurrenzverbot gemäss Art. 5 des Gründervertrags zugestimmt haben. Gegenteilige Anzeichen sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht. Die Beteiligung dieser Unternehmen ist damit erstellt.

469. Weiter haben folgende später in das Aktionariat der BERAG aufgenommene Vertragsparteien mit Unterschrift auf dem – ansonsten unveränderten – Gründervertrag bestätigt, von diesem «*Kenntnis genommen*» zu haben: die Arm AG Konolfingen (genauer Zeitpunkt unklar), die Burkhart AG (1989) und die Andreas Wälti AG (1995). In Bezug auf diese nachträglich beigetretenen Aktionärinnen ist zu folgern, dass für sie die gleichen Regeln wie für die Gründerunternehmen der BERAG gelten sollten, auch wenn sie mit der Unterzeichnung – rein wörtlich betrachtet – bloss die Kenntnisnahme des Gründervertrags bestätigten. Ein anderer Zweck ihrer Unterzeichnung des Gründervertrags ist nicht ersichtlich und wurde auch nicht vorgebracht.⁵⁸⁷ Im Protokoll der Sitzung der Betriebskommission der BERAG vom 16. März 1995 ist festgehalten: «*Es soll kein neuer Aktionärbindungsvertrag erstellt werden. Dem Antrag der GL, den alten Vertrag noch durch die neuen Aktionäre unterzeichnen zu lassen wird zugestimmt*».⁵⁸⁸ In Bezug auf die betreffenden Parteien ist daher ebenfalls erstellt, dass sie mit ihrer Unterschrift dem Konkurrenzverbot gemäss Art. 5 des Gründervertrags zugestimmt haben. Bei der Burkhart AG ist zudem zu beachten, dass diese Gesellschaft aus der früheren Frey + Burkhart AG hervorgegangen ist. Die Frey + Burkhart AG wurde bereits 1977 Aktionärin der BERAG und unterzeichnete schon damals den Gründervertrag.⁵⁸⁹

470. Anders verhält es sich bei denjenigen Verfahrensparteien, die den Gründervertrag nicht unterzeichnet haben. Dies betrifft die BLH, die Cäsar Bay AG, die KIBAG Bauleistungen AG, die Peter Batt AG und die STRABAG AG. Die dazu befragten Organe der betreffenden Unternehmen, [N17] ([...]), [N21] ([...]), [N13] (vormals [...]) und [N14] (Auskunftsperson; vormals

⁵⁸⁵ Statt vieler BGE 127 I 38 E. 2a; BGer, 6P.93/2006 und 6S.191/2006 vom 26.9.2006 E. 1; BVGer, B-771/2012 vom 15.6.2018 E. 6.4.4.1.

⁵⁸⁶ Act. II.1.

⁵⁸⁷ Vgl. etwa Act. IV.5, Zeilen 265–297.

⁵⁸⁸ Act. III.A.25, Traktandum 8.

⁵⁸⁹ Act. II.1, S. 7 f.

[...])⁵⁹⁰ führten alle aus, den Gründervertrag nicht zu kennen. Auch in den beschlagnahmten Akten, insbesondere den Protokollen des Verwaltungsrats und der Betriebskommission der BERAG ergaben sich keine hinreichenden Hinweise, dass die betreffenden Unternehmen in anderer Form – z.B. mündlich oder konkludent – dem Konkurrenzverbot gemäss Art. 5 des Gründervertrags zugestimmt hätten. Der blossе Status als Aktionärinnen der BERAG und die vereinzelt Diskussionen im Verwaltungsrat der BERAG über den Gründervertrag, etwa über dessen Handhabung, Geltung oder Fortbestand, bilden keine hinreichende Beweisgrundlage, um auf die Geltung des Konkurrenzverbots für diese Unternehmen zu schliessen. Die betreffenden Unternehmen waren an diesen Gesprächen nicht aktiv beteiligt und grösstenteils zum fraglichen Zeitpunkt noch gar nicht Aktionärinnen der BERAG.

471. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass die BLH, die Cäsar Bay AG, die KIBAG Bauleistungen AG, die Peter Batt AG und die STRABAG AG keine Verpflichtung eingegangen sind, die BERAG im Umkreis ihres Werkes in Rubigen nicht durch eigene Werke oder durch eine Beteiligung an anderen Werken zu konkurrenzieren. Der entsprechende Anfangsverdacht hat sich somit nicht erhärtet. Das Verfahren gegen diese Unternehmen ist einzustellen.

472. Nicht einzugehen ist an dieser Stelle auf Unternehmen, die den Gründervertrag zwar unterzeichnet haben, aber viele Jahre vor Untersuchungseröffnung als Aktionärinnen bei der BERAG ausgeschieden sind. Gegen diese Unternehmen wurde das vorliegende Verfahren gar nicht eröffnet (zu den Verfahrensparteien Rz 2 ff. vorne).

B.6.3.3 Verfolgter Zweck

473. Wie dargelegt worden ist, bildete der Gründervertrag aus dem Jahr 1976⁵⁹¹ den Konsens zwischen den beteiligten Aktionärinnen ab, die BERAG im Umkreis ihres Werkes in Rubigen nicht durch eigene Werke oder Beteiligungen an anderen Werken zu konkurrenzieren (Rz 458 ff. vorne). Einem Konsens mit diesem Inhalt ist immanent, dass er darauf zielt, den von konkurrierenden Werken ausgehenden Konkurrenzdruck zu beseitigen oder zu verringern. Dies bringt bereits die Bezeichnung einer solchen Regelung als «Konkurrenzverbot» zum Ausdruck. Dass die beteiligten Unternehmen vorliegend mit der Bestimmung von Art. 5 des Gründervertrags nicht diesen Zweck verfolgen wollten, ist nicht ersichtlich und wurde von den einvernommenen Personen auch nicht vorgebracht. Zwar konnte die Behörde keine Person befragen, die tatsächlich an der Gründung der BERAG im Jahr 1976 beteiligt gewesen ist. Jedoch äusserte etwa [N9], ehemaliger Verwaltungsrat der BERAG, im Zusammenhang mit dem Konkurrenzverbot nach Art. 5 des Gründervertrags, dass es nicht im Interesse der BERAG lag, dass die BERAG durch andere Werke konkurrenziert werde, auch nicht durch Aktionärinnen der BERAG selber. [N14], ebenfalls ehemaliger Verwaltungsrat der BERAG ([...]), erachtete es als selbstverständlich, dass sich die Aktionärinnen der BERAG bei der Gründung im Jahr 1976 davor hätten schützen wollen, dass eine der Aktionärinnen ein paar Jahre später ein neues Belagswerk eröffne.⁵⁹²

474. Dass die BERAG bestrebt war, ihre Aktionärinnen einzuspannen, um zusätzliche Konkurrenz zu verhindern, offenbart sich auch in Art. 10 des langjährigen Kieslieferungsvertrags.⁵⁹³ Darin verpflichteten sich die K. & U. Hofstetter AG und die Messerli Kieswerk AG, als Aktionärinnen und Kieslieferanten der BERAG, auf ihrem Areal keine anderen Belagsaufbereitungsanlagen zu betreiben und zu dulden. Lieferungen an andere Belagsaufbereitungsanlagen (Konkurrenzanlagen) seien nur bei vorgängiger Zustimmung der BERAG zulässig. Diese Vertragsklausel ist bis heute in Kraft.⁵⁹⁴

⁵⁹⁰ Act. IV.9, Zeile 552 f.

⁵⁹¹ Act. II.1.

⁵⁹² Act. IV.9, Zeilen 619–622.

⁵⁹³ Act. II.17.

⁵⁹⁴ Act. III.A.289, Traktandum 6.

475. Die Parteien stellten in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariat teils in Abrede, dass mit dem Konkurrenzverbot bezweckt worden ist, zusätzliche Konkurrenz zur BERAG zu verhindern. Nach Ansicht der Parteien habe das Konkurrenzverbot lediglich dazu gedient, Konkurrenten vom Aktionariat der BERAG fernzuhalten, zumal diese – sofern sie Einsitz im Verwaltungsrat hatten – Zugang zu sensiblen Unternehmensdaten gehabt hätten und damit unweigerlich in einen Interessenkonflikt gekommen wären.⁵⁹⁵ Das trifft nicht zu: Dass es beim Konkurrenzverbot nicht um den Schutz sensibler Unternehmensdaten bzw. um das Fernhalten von Konkurrenten im Aktionariat ging⁵⁹⁶, zeigt sich nur schon daran, dass im Verwaltungsrat der BERAG jeweils mehrere Unternehmen vertreten waren, die tatsächlich bereits Konkurrenzwerke der BERAG betrieben, so die BLH (Belagswerk in Hasle), die Marti-Gruppe (Belagswerk in Walliswil) und die Frutiger-Gruppe (Belagswerk in Sundlauenen). Die Interessenkonflikte, die angeblich hätten verhindert werden sollen, bestanden bereits durch die Aktionärsstruktur der BERAG, sind von ihr aber zu keinem Zeitpunkt thematisiert, sondern in Kauf genommen worden. Zwar trifft es zu, dass das Konkurrenzverbot nur für die Aktionärinnen der BERAG und nicht auch für andere Unternehmen galt (zu den Beteiligten Rz 467 ff.). Der mit dem Konkurrenzverbot bezweckte Schutz vor zusätzlichen Werken konnte daher nicht umfassend sein. Allerdings erfasste der Kreis der Aktionärinnen der BERAG einen grossen Teil der im Gebiet um die BERAG tätigen Strassenbauunternehmen und Kiesproduzenten. Entsprechend war auch der Geltungsbereich des Konkurrenzverbots in persönlicher Hinsicht weit. Zudem strebte die BERAG an, weitere Unternehmen in die BERAG einzubinden oder bestehende Konkurrenzwerke zur Geschäftsaufgabe zu bewegen. So versuchte sie zum Beispiel im Jahr 2002, die [F27] als Aktionärin in die BERAG aufzunehmen und ihr das Konkurrenzverbot zu überbinden (dazu hinten Rz 490 f.).⁵⁹⁷ Bereits im Jahr 1991 schlug sie der [F24] (damalige Aktionärin der BERAG) im Zusammenhang mit deren Übernahme der [F42] (damalige Betreiberin des Belagswerks in Heimberg) vor, das konkurrierende Belagswerk in Heimberg nicht weiter zu betreiben, sondern zu liquidieren.⁵⁹⁸

476. Mehrere Parteien bringen weiter vor, dass das Konkurrenzverbot keine nachvertragliche Geltung gehabt habe, sondern mit dem Aktionärsstatus verknüpft gewesen sei. Den Aktionärinnen der BERAG sei es daher möglich gewesen, aus der BERAG auszutreten und im «Wirkungskreis» der BERAG ein Konkurrenzwerk zu errichten, ohne gegen das Konkurrenzverbot zu verstossen. Diese Austrittsmöglichkeit zeige, dass das Konkurrenzverbot nicht dazu gedient habe, die BERAG vor zusätzlichen Konkurrenzwerken zu schützen.⁵⁹⁹ Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die Beteiligungen bei der BERAG allesamt auf lange Zeit ausgerichtet sind und deren Aktionariat stabil gewesen ist. Aktionärinnen treten nicht «einfach so» aus der BERAG aus. In der Geschichte der BERAG waren Austritte typischerweise auf die Geschäftsaufgabe, den Ausstieg aus dem Strassenbaugeschäft oder die Übernahme einer Aktionärin durch ein anderes Unternehmen zurückzuführen. Eine Beteiligung bei der BERAG ist mehr als

⁵⁹⁵ Act. VII.103, Rz 13 (Stellungnahme Alluvia-Gruppe); Act. VII.80, Rz 36 (Stellungnahme Kästli Bau AG); Act. VII.98, S. 1 (Stellungnahme der Marti AG Bern, Moosseedorf).

⁵⁹⁶ Das Fernhalten von Konkurrenten im Aktionariat kann namentlich mit Vinkulierungsvorschriften (vgl. 685a ff. OR) erreicht werden. Dass die BERAG Vinkulierungsvorschriften kennt (vgl. Act. III.A.27, Art. 6), ist für den Zweck des Konkurrenzverbots nicht aussagekräftig (vgl. aber die Stellungnahme der Kästli Bau AG; Act. VII.80, Rz 74). Die Vinkulierungsvorschriften der BERAG bilden nicht Teil des vorliegenden Untersuchungsgegenstandes. Kartellrechtliche Bedenken bestehen diesbezüglich nicht.

⁵⁹⁷ Vgl. auch III.A.55, Traktandum 4. Gemäss den Wortmeldungen von [N14] und [N15] hätte die Aufnahme der [F27] den Vorteil gehabt, einen möglichen Konkurrenten «am Tisch» zu haben.

⁵⁹⁸ Im Geschäftsbericht der BERAG 1992 ist dazu Folgendes festgehalten: «Auf Jahresende ist die Firma [F24] aus der BERAG ausgetreten. Es ist dies die logische Folge aus dem Entschluss der Generaldirektion der [F24] die Anlage der Firma [F42] in Heimberg weiter zu betreiben. Auf unsere Vorschläge zur Liquidation dieser Anlage, unter Mitwirkung der Anlagen BAWAG, ABO und BERAG, wurde nicht eingetreten» (Act. III.A.8, Traktandum 1.1).

⁵⁹⁹ Act. VII.103, Rz 24 ff. (Stellungnahme Alluvia-Gruppe); Act. VII.80, Rz 35 (Stellungnahme Kästli Bau AG); Act. VII.98, Rz 6 (Stellungnahme der Marti AG Bern, Moosseedorf).

ein blosses finanzielles Investment. Vielmehr geht es insbesondere auch um eine langjährige Partnerschaft, Zugang zu einem grossen Beziehungsnetzwerk, das rege gepflegt wird (z.B. durch gemeinsame Reisen ins Ausland⁶⁰⁰) und Vorzugskonditionen für Aktionärinnen. Zudem wäre ein Ausstieg aus der BERAG nicht einfach und rasch möglich gewesen, da die Aktien der BERAG nicht frei handelbar, sondern vinkuliert sind. Als Käufer käme daher nur ein kleiner Kreis an Unternehmen in Frage, zum Beispiel die BERAG selber oder die bestehenden Aktionärinnen. Das hat Folgen für den Kaufpreis der Aktien. Typischerweise hat man sich innerhalb der BERAG darauf geeinigt, dass in einem ersten Schritt die BERAG selber die zu veräussernden Aktien erwirbt. Zudem hätte die Veräusserung der Aktien nicht unbedeutende Transaktionskosten⁶⁰¹, möglicherweise den Verlust der Vorzugskonditionen sowie – bei gleichzeitiger Verlagerung des Belagsbezugs auf ein anderes bzw. neues Werk – den Verlust des Treuebonus zur Folge gehabt. Angesichts dieser Langlebigkeit des Aktionärsstatus und der möglichen negativen Folgen bei einem Austritt steht die Austrittsmöglichkeit dem Zweck, die BERAG vor weiteren Werken zu schützen, nicht entgegen.

477. Mittelbar sollte das Konkurrenzverbot nach Art. 5 des Gründervertrags dazu dienen, die Investitionen in die BERAG zu schützen, den Absatz zu fördern und letztlich den wirtschaftlichen Erfolg der BERAG zu begünstigen. Zudem widerspiegelt das Konkurrenzverbot den Gemeinschaftsgedanken der BERAG – in den Worten von [N10]: «*Man spielt nur in einem Spiel mit, in einem Team*». ⁶⁰²

478. Nach dem Gesagten ist erstellt, dass die beteiligten Unternehmen mit dem Konkurrenzverbot nach Art. 5 des Gründervertrags bezweckten, die BERAG durch das Einbinden von Unternehmen ins Aktionariat vor konkurrierenden Werken zu schützen.

B.6.3.4 Dauer

479. Den Gründervertrag⁶⁰³ inklusive das Konkurrenzverbot gemäss Art. 5 vereinbarten die Vertragsparteien im Jahr 1976. Der Vertrag hat keine feste Vertragsdauer und wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen.

480. Dass der Gründervertrag als Ganzes oder das Konkurrenzverbot nach Art. 5 ausdrücklich im Einvernehmen aufgehoben (Aufhebungsvertrag) oder von einer Partei gekündigt worden ist, ist nicht ersichtlich. In den Akten, insbesondere den Geschäftsberichten der BERAG sowie den Protokollen des Verwaltungsrats und der Betriebskommission der BERAG, fanden sich keine entsprechenden Hinweise. Die Durchsicht der internen Dokumentation der BERAG lässt nicht darauf schliessen, dass darin jeweils wesentliche Geschäfte unerwähnt geblieben sind. Die Protokolle der verschiedenen Gremien der BERAG und die Geschäftsberichte sind insgesamt sorgfältig, strukturiert und verständlich verfasst. Ein Ereignis wie die Aufhebung oder die Kündigung des Gründervertrags hätte höchstwahrscheinlich Spuren in den internen Dokumenten und Protokollen der BERAG oder ihren Aktionärinnen hinterlassen. Zudem hat keine der zahlreichen von der Behörde befragten Personen vorgebracht, dass der Gründervertrag irgendwann explizit einvernehmlich aufgehoben oder einseitig gekündigt worden sei.⁶⁰⁴ Es ist nicht anzunehmen, dass sie der Behörde allesamt einen solchen entlastenden Sachver-

⁶⁰⁰ Dazu beispielsweise der Geschäftsbericht der BERAG 2012; Act. III.A.182, S. 7 («*BERAG Reise 2012*»).

⁶⁰¹ Ein Ausstieg aus der BERAG dauerte in der Regel ziemlich lange, bedingte intensive Verhandlungen (vgl. etwa Act. III.A.166, Traktandum 6; Act. III.A.168, Traktandum 5; Act. III.A.67, Traktandum 4) und die Aktien mussten bewertet werden (vgl. etwa Act. III.A.164, Traktandum 6; Act. III.A.170, Traktandum 2; Act. III.A.67, Traktandum 4).

⁶⁰² Act. IV.18, Zeile 254.

⁶⁰³ Act. II.1.

⁶⁰⁴ Vgl. etwa Act. IV.2, Zeilen 431–436 (Aussagen von [N12]); Act. IV.4, Zeilen 154–156 (Aussagen von [N10]); Act. IV.11, Zeile 328 f. (Aussagen von [N23]); Act. IV.12, Zeile 221 f. (Aussagen von [N9]).

haltsaspekt verschwiegen hätten. Daher kann – im Sinne eines Zwischenergebnisses – ausgeschlossen werden, dass der Gründervertrag jemals als Ganzes oder das Konkurrenzverbot nach Art. 5 ausdrücklich im Einvernehmen aufgehoben worden oder von einer Partei gekündigt worden ist.

481. Allerdings kann die Aufhebung des Gründervertrags auch konkludent zustande gekommen sein. Eine konkludente Vertragsauflösung darf indes nicht leichthin angenommen werden,⁶⁰⁵ zumal die Verbindlichkeit von Verträgen ein Grundprinzip der Rechtsordnung und eine wesentliche Voraussetzung für einen funktionierenden Geschäftsverkehr darstellt («*pacta sunt servanda*»). Zudem ist vorliegend zu beachten, dass der Gründervertrag schriftlich abgeschlossen worden ist. Zwar können Aktionärsbindungsverträge – zu welchen der Gründervertrag materiell zu zählen ist – formfrei, insbesondere auch mündlich zustande kommen. Mit der Schriftlichkeit wollten die Vertragspartner jedoch mutmasslich die Rechtssicherheit in Bezug auf die im Gründervertrag getroffenen Regelungen erhöhen. Damit ist zu erwarten, dass auch die Aufhebung der entsprechenden Regelungen zwecks Rechtssicherheit förmlich erfolgen würde.

482. Unabhängig davon bräuchte es vorliegend zumindest konkreter Handlungen, Unterlassungen oder Duldungen, die auf einen Aufhebungswillen einer oder mehrerer der beteiligten Unternehmen schliessen liessen. Nicht genügen würde jedenfalls das bloss fehlende oder abhanden gekommene Bewusstsein über das Konkurrenzverbot oder die innere Tatsache einer Aktionärin, sich nicht mehr an das Konkurrenzverbot gebunden «*zu fühlen*».⁶⁰⁶ Vielmehr bedürfte es auch bei der konkludenten Aufhebung in irgendeiner Form einer entsprechenden Kommunikationshandlung, also einer Willenserklärung.⁶⁰⁷ Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob solches Verhalten vorliegend auszumachen ist. Dabei ist der Blick auf konkrete Geschäfte und Dokumente im Zusammenhang mit der BERAG zu richten, bei denen der Gründervertrag oder das darin verankerte Konkurrenzverbot nach Art. 5 thematisiert worden ist.

483. Zunächst ist ein Geschäft aus dem Jahr 1989 zu erwähnen, bei welchem der Gründervertrag zur Sprache gekommen ist, nämlich die Übernahme der [F23] (damalige Aktionärin der BERAG) durch die [F3]. Im Geschäftsbericht der BERAG betreffend das Jahr 1990 ist dazu Folgendes festgehalten:

*«Im Geschäftsbericht 1989 orientierten wir die Aktionäre über die unerfreuliche Situation, die durch die käufliche Uebernahme der Firma [F23] durch die [F3] entstanden war. Der damit verbundene Uebergang von BERAG-Aktien an unsern direkten Konkurrenten, ein eindeutiger Verstoss gegen unseren Gründervertrag, konnten wir nicht hinnehmen, und der VR war entschlossen, die Angelegenheit vor Gericht zu bringen, insofern keine gütliche Einigung zustande käme. Erfreulicherweise fanden die Besprechungen mit den Herren Steiner der Firma [F3] in einem guten Klima statt und führten zu einem, für beide Teile akzeptablen Kompromiss. Die Aktien der [F23] wurden käuflich erworben, und dienen als Warteaktien für neue Aktionäre. Der [F23] und ihrer Muttergesellschaft, der [F3], verbleibt das Recht, inskünftig bei der BERAG zu Aktionärsbedingungen Mischgut einzukaufen. Im weiteren regelt die Vereinbarung die Aufteilung der Mischgutlieferungen bei allfälligen Konsortien von BERAG-Mitgliedern mit den Firmen [F23] und [F3]».*⁶⁰⁸

⁶⁰⁵ Vgl. etwa BGer, 4A_569/2019 vom 15.4.2020 E. 5.

⁶⁰⁶ So aber etwa die Stellungnahmen der Frutiger AG (Act. VII.100, Rz 31) und der Marti AG Bern, Moosseedorf (Act. VII.98, Rz 8 und 13).

⁶⁰⁷ Eine Willenserklärung kann freilich auch durch Schweigen erfolgen, wenn das Gegenüber dem Schweigen im konkreten Kontext und in guten Treuen eine entsprechende Bedeutung zumessen darf und muss. Dies zeigt sich vorliegend etwa im Zusammenhang mit der Beteiligung der Frutiger AG und der Marti AG Bern, Moosseedorf am Belagswerk [...] im Jahr 2016, worauf die BERAG und die übrigen Aktionärinnen nicht reagiert haben (dazu hinten Rz 504 ff.).

⁶⁰⁸ Act. III.A.20, Ziff. 1.1.

484. Diese Stelle aus dem Geschäftsbericht 1990 zeigt auf, dass die BERAG im Jahr 1990 vom Bestand und von der Rechtswirksamkeit des Gründervertrags inklusive des Konkurrenzverbots nach Art. 5 ausgegangen ist. Im Bericht wird die Situation, die durch die Übernahme der [F23] durch die [F3] entstanden war, als vertragswidrig bezeichnet. Offenbar erwog der Verwaltungsrat der BERAG gar, den Gründervertrag vor Gericht durchzusetzen. Ein Indiz, dass der Gründervertrag oder das Konkurrenzverbot konkludent aufgehoben worden ist, lässt sich daraus nicht ableiten, im Gegenteil: Die schriftlichen Äusserungen im Geschäftsbericht belegen, dass die BERAG den Gründervertrag und das darin enthaltene Konkurrenzverbot nach wie vor als verbindlich erachteten.

485. Weiter ist eine Angelegenheit im Jahr 1995 zu nennen, welche im Protokoll der Sitzung der Betriebskommission der BERAG vom 24. Februar 1995 wiedergegeben wird. Das entsprechende Protokoll enthält unter dem Traktandum «*Verschiedenes*» folgende Passage⁶⁰⁹:

«[N11] ist der Auffassung, dass der Aktionärbindungsvertrag nicht erneuert, sondern nur von den inzwischen zur BERAG gestossenen Aktionären unterzeichnet werden sollte. Der Vertrag wird ausgeteilt und zum Studium überlassen».

486. Aus dieser Protokollstelle geht hervor, dass die beteiligten Personen auch im Jahr 1995 vom Fortbestand des Gründervertrags, der in diesem Zusammenhang als «*Aktionärsbindungsvertrag*» bezeichnet worden ist, ausgingen.

487. Im Protokoll der darauffolgenden Sitzung der Betriebskommission der BERAG vom 16. März 1995 ist sodann unter dem Traktandum «*Aktionärbindungsvertrag / Antrag an VR*» festgehalten:

«*Es soll kein neuer Aktionärbindungsvertrag erstellt werden. Dem Antrag der GL, den alten Vertrag noch durch die neuen Aktionäre unterzeichnen zu lassen, wird zugestimmt*».⁶¹⁰

488. Auch hier zeigt sich, dass die Beteiligten der Auffassung waren, dass der Gründervertrag noch immer in Kraft war. Anders lässt sich diese Passage nicht interpretieren, zumal sie sich explizit mit einer allfälligen Erneuerung des Gründervertrags befasst haben, die bis 1995 nachträglich zur BERAG gestossenen Aktionärinnen jedoch anschliessend den bestehenden und unveränderten Gründervertrag unterzeichnet haben (vgl. vorne Rz 469). Der nachträglichen Unterzeichnung würde jeglicher Zweck abgehen, wenn der dem Gründervertrag zugrundeliegende Konsens zu diesem Zeitpunkt gebrochen gewesen wäre. Damit kann eine konkludente Aufhebung des Gründervertrags oder des Konkurrenzverbots auch bis 1995 ausgeschlossen werden. Daran ändert auch – wie von den Parteien teils vorgebracht worden ist⁶¹¹ – der Umstand nichts, dass die BLH 1995 in die BERAG eingetreten ist, den Gründervertrag aber nicht unterzeichnet hat. Die BERAG betrachtete die BLH damals als Partnerunternehmen und nicht als Konkurrenzunternehmen; die BLH wurde von der BERAG beim Aufbau unterstützt.⁶¹² Zumindest ursprünglich hatten die BERAG und die BLH die Absicht, ihre Liefergebiete und Preise zu koordinieren (zum Ganzen Rz 540 f.). Vor diesem Hintergrund konnte und musste die BERAG damals davon ausgehen, dass sie die BLH im Liefergebiet der BERAG nicht konkurrieren würde. Die (explizite) Überbindung des Konkurrenzverbots war deshalb aus damaliger Perspektive nicht erforderlich. Dass der Gründervertrag bzw. das Konkurrenzverbot 1995 nicht konkludent aufgehoben worden ist, zeigt sich sodann daran, dass andere neu eintretende Unternehmen den Gründervertrag im gleichen Jahr unterzeichnet haben und auf ihn später bei mehreren Gelegenheiten Bezug genommen worden ist, so etwa im Zusammenhang mit den Bestrebungen im Jahr 2002, die [F27] einzubinden (Rz 490) und den Diskussionen über die Zukunft der BERAG im Jahr 2007 (Rz 492 ff.). Auch die Streichung des Konkurrenzverbots

⁶⁰⁹ Act. III.A.23, Traktandum 8.

⁶¹⁰ Act. III.A.25, Traktandum 8.

⁶¹¹ Act. VII.80, Rz 47 (Kästli Bau AG); Act. VII.98, Rz 7 zweiter Spiegelstrich (Marti AG Bern, Moosseedorf).

⁶¹² Vgl. auch die Aussagen von [N14]; Act. IV.9, Zeilen 115–133.

in den Statuten der BERAG im Jahr 1995 vermag keine Aufhebung des Konkurrenzverbots im Gründervertrag zu implizieren.⁶¹³ Zunächst ist hierzu zu erwähnen, dass die Aktionärinnen der BERAG im Jahr 1995 entschieden, nur die Statuten anzupassen, nicht aber den Gründervertrag. Sie hätten es ohne weiteres in der Hand gehabt, auch das Konkurrenzverbot im Gründervertrag aufzuheben, was sie aber nicht getan haben. Eine Erneuerung des Gründervertrags wurde zwar in der Betriebskommission der BERAG diskutiert, aber verworfen.⁶¹⁴ Weiter ist zu bedenken, dass die Statuten für ein Konkurrenzverbot zwischen Aktionärinnen nicht der richtige Ort sind. Statutarische Konkurrenzverbote sind bei Aktiengesellschaften (wohl) unzulässig, da ein Aktionär nicht zu mehr als zur Liberierung seiner Aktien verpflichtet werden kann (vgl. Art. 680 Abs. 1 OR). Schliesslich ist wiederum zu beachten, dass im Verwaltungsrat auf den Gründervertrag und das Konkurrenzverbot auch später noch Bezug genommen worden ist. Das wäre nicht der Fall gewesen, wenn die Verwaltungsräte der BERAG, die ihrerseits ja jeweils eine Aktionärin vertreten, der Ansicht gewesen wären, dass die Aktionärinnen der BERAG den Gründervertrag oder das darin verankerte Konkurrenzverbot bereits Jahre früher gemeinsam aufgehoben hätten. Auch hat nie eine Aktionärin der BERAG das Konkurrenzverbot gekündigt oder erklärt, dass es nicht mehr gültig sei oder sie sich nicht daran halten werde.

489. Sodann ist die Integration der [F25] (damalige Aktionärin der BERAG) in das Unternehmen «[F26]» im Jahr 1998 zu erwähnen. Diese Transaktion hatte zur Folge, dass die [F26] sowohl an der BERAG (indirekt) beteiligt war als auch die Trägerschaft des konkurrierenden Belagswerks in Heimberg innehatte, was dem Konkurrenzverbot nach Art. 5 des Gründervertrags zuwiderlief (vgl. auch vorne Rz 459). Als die [F25] schliesslich im Zuge dieser Transaktion und der nachfolgenden Gespräche mit der BERAG als deren Aktionärin ausschied, konstatierte die BERAG im Geschäftsbericht für das Jahr 1998, dass der Austritt der [F25] im Sinne der Statuten der BERAG und des Gründervertrags erfolgt sei.⁶¹⁵ Auch hier sind keine Anzeichen auszumachen, dass der Gründervertrag oder das darin verankerte Konkurrenzverbot konkludent aufgehoben worden ist. Vielmehr deutet auch dieses Geschäft auf den Willen der Beteiligten hin, den Gründervertrag inklusive des Konkurrenzverbots aufrechtzuerhalten.

490. Gleiches gilt für die Diskussionen der BERAG im Jahr 2002, die [F27] als Nachfolge-Aktionärin der [F43] in das Aktionariat der BERAG aufzunehmen. Anlässlich der Verhandlungen mit der [F27] thematisierte der Verwaltungsrat die Bedingungen, unter welchen ein solcher Eintritt erfolgen könnte. An der Sitzung vom 4. September 2002 fällte der Verwaltungsrat der BERAG dazu explizit folgenden Beschluss⁶¹⁶:

- «1. Die Aktien der [F43] sind zu 100 % (654 Aktien) an die [F27] zu veräussern. Die [F27] hat somit Anrecht auf einen ständigen Verwaltungsratssitz bei der BERAG.
2. Mit der Aktienübernahme übernimmt die [F27] sämtliche Rechte und Pflichten, die sich aus den Statuten und dem Vertrag unter den Aktionären vom 23. Dezember 1976 ergeben.
3. Den Aktionären der BERAG ist es insbesondere untersagt, festinstallierte oder temporäre Mischgutaufbereitungsanlagen im Liefergebiet der BERAG zu betreiben oder sich daran zu beteiligen».

491. Diesem Beschluss des Verwaltungsrats der BERAG ist zum einen zu entnehmen, dass die [F27] für den Fall des Eintritts ins Aktionariat der BERAG die Regeln des Gründervertrags vom 23. Dezember 1976 zu übernehmen hätte (Ziffer 2). Zum anderen wird darin das Konkurrenzverbot nach Art. 5 des Gründervertrags bekräftigt, indem die Aktionärinnen im Liefergebiet

⁶¹³ So aber der Standpunkt der Walo Bertschinger AG Bern; vgl. Act. VII.90, Rz 7 ff.

⁶¹⁴ Vgl. Act. III.A.23, Traktandum 8; Act. III.A.25, Traktandum 8.

⁶¹⁵ Act. III.A.37, Traktandum 3; Act. III.A.43, Ziff. 1.

⁶¹⁶ Act. III.A.60, Traktandum 4.

der BERAG keine eigenen Belagswerke betreiben und sich auch nicht an anderen Belagswerken beteiligen dürfen (Ziffer 3). Der Umstand, dass das strittige Konkurrenzverbot im Verwaltungsrat der BERAG im Jahr 2002 bestätigt worden ist, lässt ohne weiteres den Schluss zu, dass dieses bis zu diesem Zeitpunkt nicht konkludent aufgehoben worden ist. Den im Beschluss des Verwaltungsrats genannten Bedingungen kann nur dann eine Bedeutung zukommen, wenn die Beteiligten damals vom Fortbestand des Gründervertrags und des darin enthaltenen Konkurrenzverbots ausgingen.

492. 2007, also ein paar Jahre später, führte die BERAG intensive Diskussionen über die Zukunft der BERAG.⁶¹⁷ Dabei befasste sie sich mit zentralen Verträgen rund um die BERAG, namentlich mit dem Baurechtsvertrag und dem Geschäftsführungsvertrag mit der [...]. Im Rahmen der Erneuerung und Überarbeitung der Vertragswerke prüfte der Verwaltungsrat der BERAG auch, ob der Gründervertrag aus dem Jahr 1976 erneuert werden sollte. Das Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrats der BERAG vom 24. April 2007 enthält dazu folgende Passage⁶¹⁸:

Aktionärsbindungsvertrag / Gründervertrag BERAG

Wesentliche Überlegungen der Gründer sind im Gründervertrag niedergeschrieben. Auch sämtliche nachträglich eingetretene Aktionäre haben diesen Vertrag mit unterzeichnet. Der Verwaltungsrat hat sich nach der Zustellung des Vertrages Gedanken zu machen, ob dieser Vertrag unverändert bestehen bleibt oder ebenfalls überarbeitet werden soll.

493. An der Sitzung des Verwaltungsrats der BERAG vom 24. April 2007 legte [N10] den anderen Verwaltungsräten zudem ein Dokument mit dem Titel «Zukunft BERAG» vom 20. April 2007 vor.⁶¹⁹ Zum Gründervertrag wird darin Folgendes festgehalten:

«Aktionärsbindungsvertrag/Gründervertrag: die damals festgelegten Grundsätze und Überlegungen gelten weiterhin».

494. [N14], der an der betreffenden Verwaltungsratssitzung teilnahm, notierte auf der Rückseite dieses ihm ausgehändigten Dokuments handschriftlich⁶²⁰: «Der Gründervertrag sollte bestehen bleiben!». Hierbei habe es sich nach seinen Aussagen gegenüber der Behörde nicht um seine persönliche Meinung gehandelt, sondern um diejenige der grossen Aktionärinnen der BERAG. Er habe sich immer gefragt, weshalb dieser Vertrag bestehen bleiben sollte. Die Angst sei immer gewesen, dass jemand ein neues Werk im Einzugsgebiet der BERAG bauen würde.⁶²¹

495. Anlässlich der Generalversammlung der BERAG, die ein paar Tage später am 30. April 2007 stattfand, orientierte [N9], damaliger Verwaltungsrat der BERAG, über den Stand der Vertragsüberarbeitungen, namentlich betreffend den Baurechtsvertrag und den Geschäftsführungsvertrag.⁶²² Dass der Gründervertrag im Zuge der Revision der vertraglichen Grundlagen der BERAG angepasst oder aufgehoben werden sollte, erwähnte er gegenüber den Aktionärinnen der BERAG, welche gemeinsam die Vertragsparteien des Gründervertrags bilden, nicht. Auch in den darauffolgenden Sitzungen des Verwaltungsrats und der Betriebskommission wurde der Gründervertrag nicht mehr thematisiert. Allerdings wurde der Gründervertrag im angepassten Baurechtsvertrag, der als Ergebnis der Revision der vertraglichen Grundlagen der BERAG schliesslich am 17. September 2007 unterzeichnet worden ist, explizit als gültiger

⁶¹⁷ Vgl. Act. III.A.107; Act. III.A.108; Act. III.A.109, Traktandum 5; Act. III.C.21.

⁶¹⁸ Act. III.A.108, S. 2.

⁶¹⁹ Act. III.C.21 i.V.m. Act. III.A.108, S. 1.

⁶²⁰ Act. III.C.21 und Act. IV.9, Zeile 587 f. (Aussagen von [N14]).

⁶²¹ Act. IV.9, Zeilen 593–597 (Aussagen von [N14]).

⁶²² Act. III.A.109, Traktandum 5.

und bindender Vertrag aufgelistet.⁶²³ Im Lichte dieser Historie und Umstände ist erwiesen, dass die BERAG bzw. ihre Aktionärinnen im Jahr 2007 darauf verzichteten, im Zuge der Erneuerung und Überarbeitung der Vertragswerke, den Gründervertrag oder das Konkurrenzverbot nach dessen Art. 5 aufzuheben oder anzupassen. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Somit sind auch in diesem Zusammenhang keinerlei Indizien für eine konkludente Vertragsauflösung ersichtlich.

496. Im Jahr 2011 nahm die BERAG die Cäsar Bay AG, die KIBAG Bauleistungen AG und die Peter Batt AG ins Aktionariat auf, im Jahr 2013 die STRABAG AG (Rz 16, 26, 28 und 29). Diese Parteien haben den Gründervertrag nicht unterzeichnet (Rz 470). In diesem Zusammenhang ist von mehreren Parteien vorgebracht worden, dass das Konkurrenzverbot deshalb spätestens im Jahr 2011 als aufgehoben zu betrachten sei.⁶²⁴ Dazu Folgendes:

- Zunächst ist klarzustellen, dass es hierbei nicht um die Beteiligung der 2011 und 2013 hinzugetretenen Aktionärinnen am Konkurrenzverbot geht. Wie bereits dargelegt (Rz 470), haben diese Unternehmen dem Gründervertrag nicht zugestimmt. Dies ist nicht strittig. Die Frage besteht vielmehr darin, ob das Konkurrenzverbot 2011 für die bestehenden Aktionärinnen aufgehoben worden ist. Aus der fehlenden Vertragsunterzeichnung der neuen Aktionärinnen allein kann dies nicht abgeleitet werden.
- Im Zuge der Aufnahme der neuen Aktionärinnen 2011 und 2013 wurde weder der Gründervertrag im Allgemeinen noch das Konkurrenzverbot im Spezifischen in irgendeiner Form thematisiert. In den Dokumenten der BERAG, namentlich den Protokollen des Verwaltungsrats und der Betriebskommission, finden sich bis zur Eröffnung der vorliegenden Untersuchung keine Hinweise, wie mit den in den Jahren 2011 und 2013 hinzugekommenen Aktionärinnen in Bezug auf den Gründervertrag umzugehen ist. Eine Debatte oder einen Entscheid über ein solch wesentliches Dokument der BERAG wie der Gründervertrag hätte – wie bei früheren Angelegenheiten im Zusammenhang mit diesem Vertrag (dazu Rz 483 ff.) – Spuren in den Protokollen der BERAG hinterlassen. Vor diesem Hintergrund lässt sich Folgendes festhalten: Die BERAG bzw. die bestehenden Aktionärinnen kamen 2011 und auch später nicht zum Schluss, dass der Gründervertrag einschliesslich des Konkurrenzverbots für die neuen Aktionärinnen nicht geltend sollte. Vielmehr sprachen sie diese Frage gar nicht an. Folglich setzten sie sich auch nicht mit der vorliegend massgeblichen Frage auseinander, ob der Gründervertrag inklusive des Konkurrenzverbots für die bestehenden Aktionärinnen bestehen bleiben oder aufgehoben werden sollte. Dies kann zwar darauf hindeuten, dass die Vertragsparteien dem Gründervertrag im Jahr 2011 und später möglicherweise keine grosse Bedeutung mehr beimessen haben. Im blossen Schweigen ist jedoch kein Indiz für einen Aufhebungswillen zu erblicken.
- Zu beachten ist weiter, dass der Gründervertrag auch früher in Bezug auf neue Aktionärinnen der BERAG oder Umstrukturierungen bei den Aktionärinnen zum Teil erst Jahre später nachgeführt worden ist. Zum Beispiel wurde die Aufteilung der Frey + Burkhart AG im Jahr 1989 in drei Gesellschaften erst 1995 im Gründervertrag abgebildet.⁶²⁵ Auch die Arm AG Konolfingen, Bürki Bau AG und Andreas Wälti AG unterzeichneten den Gründervertrag nicht bereits beim Eintritt in die BERAG, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt.⁶²⁶ Es war also durchaus üblich, dass eine neue Aktionärin den Gründervertrag

⁶²³ Act. III.C.23, S. 10 f.

⁶²⁴ Act. V.32; Act. VII.80, Rz 58 ff. (Stellungnahme Kästli Bau AG); Act. VII.98, Rz 9 ff. (Stellungnahme der Marti AG Bern, Moosseedorf); Act. VII.100, Rz 15 ff. (Stellungnahme Frutiger AG); Act. VII.103, Rz 60 ff. (Stellungnahme Alluvia Gruppe).

⁶²⁵ Vgl. Act. II.1, S. 8.

⁶²⁶ Act. II.1, S. 8.

nicht zum Aufnahmezeitpunkt unterzeichnet hat. Die bestehenden Aktionärinnen betrachteten den Gründervertrag deswegen jedoch nicht als aufgehoben.

- Nichts abgeleitet werden kann aus dem aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 sowie Art. 717 Abs. 2 OR). Dieser gilt im Verhältnis der Gesellschaft zu den Aktionärinnen, nicht im Verhältnis der Aktionärinnen untereinander. Dass vorliegend in Bezug auf die Beteiligung am Gründervertrag ein Unterschied zwischen den bestehenden und den ab 2011 neu hinzugetretenen Aktionärinnen bestand, ist zudem bloss auf das Unterlassen zurückzuführen, diesbezüglich Klarheit zu schaffen.
- Auf den Gründervertrag wurde auch nach 2011 in Dokumenten der BERAG explizit Bezug genommen, so im neuen Baurechtsvertrag zwischen der BERAG, [...] und [...] vom 24. April 2012/27. Februar 2014 sowie im Jahresabschluss der BERAG 2013 (dazu Rz 498 ff. hinten). Der Gründervertrag wäre kaum noch in späteren Dokumenten der BERAG explizit erwähnt worden, wenn die Aktionärinnen bereits 2011 ihren diesbezüglichen Aufhebungswillen (konkludent) kundgetan hätten.

497. Nach dem Gesagten stellt auch der Umgang mit den 2011 und 2013 in die BERAG aufgenommenen Aktionärinnen kein Indiz für eine konkludente Vertragsauflösung (der bestehenden Aktionärinnen) dar.

498. Während bzw. unmittelbar im Anschluss an die Aufnahme der neuen Aktionärinnen im Jahr 2011 gleiste die BERAG die Anpassung des Baurechtsvertrags betreffend das Grundstück, auf welchem das Belagswerk der BERAG liegt, auf. Mit Datum vom 24. April 2012/27. Februar 2014 verabschiedeten die Vertragsparteien – die BERAG, die [...] und [...] – das Vertragswerk. Unter Ziffer 10 «*Weitere Verträge*» des entsprechenden Änderungsvertrags⁶²⁷ findet sich folgende Vertragsklausel:

«Die Parteien bestätigen, den Wortlaut der folgenden Verträge zu kennen:

- *Vertrag unter den Aktionären der BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG vom 23.12.1976 bzw. 18.04.1977;*
- (...);
- (...);
- (...);

Soweit an ihnen verpflichtet sind die Parteien, die hiavor aufgeführten Verträge einzuhalten bzw. zu erfüllen. (...).».

499. Zudem vereinbarten die Vertragsparteien ein Heimfallrecht der Grundeigentümerin, falls einer der genannten Verträge ersatzlos enden oder eine Vertragspartei ersatzlos aus einem dieser Verträge ausscheiden oder in grober Weise auf diesen Verträgen beruhende Verpflichtungen verletzen sollte. Die entsprechenden Vertragsbestimmungen wurden zwar aus früheren Fassungen des Baurechtsvertrags übernommen.⁶²⁸ Dennoch hätten die beteiligten Personen die Erwähnung des Gründervertrags aus dem Vertrag vom 24. April 2012/27. Februar 2014 weggelassen, wenn sie der Auffassung gewesen wären, dass dieser nicht mehr rechtswirksam wäre. Immerhin handelte es sich beim Änderungsvertrag um einen öffentlich beurkundeten Vertrag, der vom Notar vorgelesen und kaum ohne sorgfältige Durchsicht unterzeichnet worden ist. Im Geschäftsbericht der BERAG 2012 steht dazu Folgendes:

«Baurechtsverträge:

Nachdem sämtliche Bauarbeiten und die Geometeraufnahmen erledigt waren, wurden die

⁶²⁷ Act. III.C.40.

⁶²⁸ Vgl. Act. IV.18, Zeilen 332–338 (Aussagen von [N10]).

*Baurechtsverträge den neuen Gegebenheiten angepasst und von den Vertragsparteien unterzeichnet. Somit sind auch sämtliche vertraglichen Grundlagen a jour».*⁶²⁹

500. Jedenfalls – und dies ist massgebend – ist auch im Kontext der Anpassung des Baurechtsvertrags im Jahr 2012/2014 keinerlei Indiz für eine konkludente Aufhebung des Gründervertrags oder des darin verankerten Konkurrenzverbots zu erblicken.

501. Im Übrigen wird auch in den revidierten Jahresabschlüssen der BERAG, etwa in demjenigen betreffend das Jahr 2013, explizit festgehalten, dass zwischen den Aktionärinnen der BERAG ein Aktionärsbindungsvertrag besteht.⁶³⁰ Damit kann nur der Gründervertrag gemeint sein, zumal nie ein anderweitiger Aktionärsbindungsvertrag zur Debatte stand oder abgeschlossen wurde. Auch diesbezüglich ist kein Indiz für eine konkludente Aufhebung des Gründervertrags oder des darin verankerten Konkurrenzverbots zu erkennen.

502. Weiter ist auf die Abklärungen der Marti AG Bern, Moosseedorf im Jahr 2013 einzugehen, eine mobile Belagsaufbereitungsanlage zu erwerben und diese im Raum zwischen Thun und Bern einzusetzen.⁶³¹ In diesem Zusammenhang macht die Marti AG Bern, Moosseedorf geltend, dass die blossе Kaufabsicht einer mobilen Belagsaufbereitungsanlage zeige, dass sie sich nicht mehr an die Einhaltung von Regelungen im Gründervertrag gebunden gefühlt habe.⁶³² Massgebend ist jedoch, dass sie sich gegenüber der BERAG bzw. ihren Aktionärinnen auch im Jahr 2013 in keiner Form vom Konkurrenzverbot distanziert hat. Der Verwaltungsrat der BERAG besprach an der Sitzung vom 12. Juni 2013⁶³³ – also im fraglichen Zeitraum – den Einsatz einer mobilen Belagsaufbereitungsanlage bei der Erneuerung der Autobahn zwischen Bern und Thun (A6). Im Sitzungsprotokoll ist dazu Folgendes wiedergegeben:

*«Die Idee einer mobilen Anlage auf der Baustelle, betrieben durch die BERAG, wird aufgeworfen. Alle Verwaltungsräte nutzen ihr Netzwerk, um nahe am Geschehen zu bleiben»*⁶³⁴.

503. An der betreffenden Sitzung nahm auch [N12], [...] teil. Aus dem Protokoll geht nicht hervor, welches Verwaltungsratsmitglied der BERAG die Idee einer mobilen Anlage aufgeworfen hat. Deutlich wird hingegen, dass nicht eine mobile Anlage einer Aktionärin, sondern der BERAG selber im Raum stand. Die Marti AG Bern, Moosseedorf hätte in diesem Zusammenhang die klare Gelegenheit gehabt, sich vom Konkurrenzverbot zu distanzieren. Dies hat sie aber an der betreffenden Sitzung und – soweit aus den Akten ersichtlich – auch später nicht getan.⁶³⁵ Auch eine unilaterale Auflösung des Konkurrenzverbots (Kündigung) würde eine Willensäusserung voraussetzen, sei es eine ausdrückliche Erklärung, sei es eine Kommunikation durch konkludentes Verhalten. Nach aussen – und dies ist massgebend – brach die Marti AG Bern, Moosseedorf nicht mit dem Konkurrenzverbot. Es galt somit auch für sie weiterhin. Weder sie noch andere Parteien können aus dieser Angelegenheit etwas zu ihren Gunsten ableiten. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Marti AG Bern, Moosseedorf letztlich die Idee einer mobilen Anlage verworfen hat.⁶³⁶

⁶²⁹ Act. III.A.201, S. 6.

⁶³⁰ Act. III.A.214, S. 4.

⁶³¹ Dazu Act. V.31.

⁶³² Act. V.31, S. 2.

⁶³³ Act. III.A.204.

⁶³⁴ Act. III.A.204, Traktandum 9.

⁶³⁵ Die Behauptung der [...] im vorliegenden Verfahren, dass sie sich um das Konkurrenzverbot «fourtiere» (vgl. Act. IV.2, Zeile 423 f.), vermag daran nichts zu ändern. Die Aussage erfolgte nicht gegenüber der BERAG oder ihren Aktionärinnen, sondern im Kontext der bereits eröffneten Untersuchung gegenüber der Behörde, und zwar erst im Jahr 2019, also Jahre nach dem relevanten Zeitraum. Die Folgerungen der Kästli Bau AG in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats (Act. VII.80, Rz 61) blenden diese Umstände aus.

⁶³⁶ Act. V.31.

504. Schliesslich ist auf ein Geschäft einzugehen, das sich 2016 zugetragen hat. In diesem Jahr erwarben die Frutiger AG und die Marti AG Bern, Moosseedorf je ein Aktienpaket an der [F8], die zuvor vollumfänglich der [F9] gehörte.⁶³⁷ Die [F8] betreibt in [...] ein Belagswerk. Das Werk liegt innerhalb des äusseren Kreises gemäss dem beiliegenden Plan zum Gründervertrag aus dem Jahr 1976 (vgl. zur Massgeblichkeit des äusseren Kreises in Bezug auf die vorliegenden Sachverhaltsfragen Rz 462 ff.). Der Erwerb der Beteiligungen der Frutiger AG und der Marti AG Bern, Moosseedorf, die beide Aktionärinnen der BERAG sind, läuft dem Konkurrenzverbot nach Art. 5 des Gründervertrags zuwider. Dieses untersagt nämlich nicht nur, eigene Belagswerke im Umkreis des Belagswerks der BERAG in Rubigen zu betreiben, sondern auch, sich an konkurrierenden Belagswerken im definierten Umkreis der BERAG zu beteiligen (vgl. oben Rz 458).

505. Der Einstieg der Frutiger AG und die Marti AG Bern, Moosseedorf bei der [F8] kam im Verwaltungsrat der BERAG zur Sprache.⁶³⁸ [N10] fragte etwa bei [N12], [...], nach, wie sich die neue Situation auf die BERAG auswirken werde und warf die Frage auf, wie in Zukunft das Offertwesen zu gestalten sei. Eine anderweitige Reaktion der BERAG oder seiner Aktionärinnen blieb – soweit aus den der Behörde vorliegenden Dokumenten ersichtlich – bis heute aus.⁶³⁹ Insbesondere blieb das Konkurrenzverbot gemäss Art. 5 des Gründervertrags unerwähnt und wurde folglich auch nicht durchgesetzt. Die Situation unterscheidet sich von der Aufnahme neuer Aktionärinnen in den Jahren 2011 und 2013, die den Gründervertrag nicht unterzeichnet haben (dazu vorne Rz 496 f.). Dabei handelte es sich nicht um eine Zuwiderhandlung gegen das Konkurrenzverbot. Hingegen ist hier in Bezug auf den Einstieg der Frutiger AG und der Marti AG Bern, Moosseedorf, im Jahr 2016 erstmals⁶⁴⁰ ein «Verstoss» gegen das Konkurrenzverbot ohne Folgen und vertiefte Debatten toleriert worden.

506. Die Frutiger AG und die Marti AG Bern, Moosseedorf, gehören beide [...], [...], [...]. Sie besetzen [...]. Das Belagswerk in [...] ist das am nächsten zur BERAG gelegene Konkurrenzwerk. Insofern haben die Beteiligungen der Frutiger AG und der Marti AG Bern, Moosseedorf an diesem Werk eine grosse Tragweite für die BERAG. Dass sie ohne Folgen geduldet wurden, deutet darauf hin, dass damit der Konsens zur Aufrechterhaltung des Konkurrenzverbots gemäss Art. 5 des Gründervertrags gebrochen ist, und zwar endgültig und für alle beteiligten Unternehmen. Dass es für andere Vertragsparteien oder andere Konstellationen weiterhin Gültigkeit haben soll, ist nicht ersichtlich. Dieser Schluss ist vorliegend jedenfalls zugunsten der Parteien und im Einklang mit dem Grundsatz *in dubio pro reo* zu ziehen.

507. Damit ist beweismässig erstellt, dass Konkurrenzverbot gemäss Art. 5 des Gründervertrags im Jahr 2016 konkludent aufgehoben worden ist. Es dauerte somit von 1976 bis 2016.

508. Nicht relevant ist die Behauptung von mehreren Parteien, dass der Gründervertrag – unter Berufung auf BGE 143 III 480 – nach 25 bis 30 Jahren zivilrechtlich wegen übermässig langer Bindungsdauer (Art. 27 Abs. 2 ZGB) nichtig geworden sei und deshalb auch im Kartellverwaltungsrecht keine Bedeutung haben könne.⁶⁴¹ Zunächst ist fraglich, ob aus dem angerufenen Urteil des Bundesgerichts überhaupt etwas für die zivilrechtliche Wirksamkeit des Gründervertrags abgeleitet werden kann, da hierbei jeweils die Umstände des Einzelfalls im Vordergrund stehen.⁶⁴² Ohnehin ist jedoch die zivilrechtliche Wirksamkeit von Verträgen für

⁶³⁷ Act. III.D.3.

⁶³⁸ Act. III.A.259, Traktandum 5.

⁶³⁹ Vgl. auch Act. IV.7, Zeilen 240–242 (Aussagen von [N5]).

⁶⁴⁰ Beispielsweise läuft der Betrieb des Belagswerks in Sundlauenen durch die Frutiger-Gruppe (dazu etwa die Stellungnahme der Frutiger AG, Act. VII.100, Rz 38 f.) bzw. des Belagswerks in Walliswil durch die Marti-Gruppe dem Konkurrenzverbot gemäss Art. 5 des Gründervertrags nicht zuwider. Beide Belagswerke liegen ausserhalb des durch den Gründervertrag geschützten Perimeters.

⁶⁴¹ Vgl. Act. I.407, Ziffer 1.4; Act. VII.100, Rz 11 ff. (Stellungnahme Frutiger AG); Act. VII.103, Rz 30 f. (Stellungnahme Alluvia-Gruppe).

⁶⁴² Vgl. auch BGE 143 III 480 E. 5.4.

kartellverwaltungsrechtliche Fragestellungen grundsätzlich nicht von Belang, zumal kartellrechtswidrige Vereinbarungen unabhängig von der Beurteilung der (übermässigen) Dauer nach Art. 27 Abs. 2 ZGB bereits nach Art. 20 OR nichtig sind. Zudem wäre es den Parteien vorliegend freigestanden, gegenüber der BERAG bzw. den anderen Aktionärinnen geltend zu machen, dass sie sich wegen allfälliger übermässiger Dauer nicht mehr an den Gründervertrag halten werden. Dies hat keine Partei getan, auch nicht als beispielsweise im Jahr 2007 die Weiterführung des Gründervertrags zur Debatte stand (dazu vorne Rz 492 ff.). Die lange Dauer des Gründervertrags war – soweit ersichtlich – zu keinem Zeitpunkt je ein Thema. Die Parteien gingen selber also nicht von Nichtigkeit des Gründervertrags wegen übermässig langer Bindungsdauer aus. Dabei ist auch zu beachten, dass die übermässige Bindung nach Art. 27 Abs. 2 ZGB gemäss Bundesgericht nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen ist. Der zu Schützende besitzt vielmehr eine «Einrede» (im untechnischen Sinn) gegen den Erfüllungsanspruch des Kontrahenten und kann die Vertragserfüllung verweigern.⁶⁴³

B.6.3.5 Umsetzung und Auswirkungen

509. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich die beteiligten Unternehmen an das Konkurrenzverbot nach Art. 5 des Gründervertrags hielten und welche Auswirkungen dies ggf. zur Folge hatte.

510. Keine der Aktionärinnen, die dem Konkurrenzverbot zustimmten, errichtete bis 2016 ein eigenes Belagswerk im Umkreis des Belagswerks in Rubigen (zum massgeblichen Gebiet gemäss dem Plan zum Gründervertrag Rz 462 ff. vorne). Dies ist unstrittig.⁶⁴⁴ Ebenso wenig erwarb eine dieser Aktionärinnen während der Gültigkeitsdauer des Konkurrenzverbots eine Beteiligung an einem Belagswerk im Gebiet, in welchem das Konkurrenzverbot galt. Damit ist erstellt, dass sich die beteiligten Unternehmen an das Konkurrenzverbot gehalten haben.

511. Das Konkurrenzverbot kam in mehreren Fällen konkret zum Tragen. Zu erwähnen sind etwa der Austritt der [F23] aus der BERAG aufgrund der Übernahme durch die [F3] im Jahr 1989⁶⁴⁵, der Austritt der [F24] aus der BERAG im Jahr 1991⁶⁴⁶ und der Austritt der [F25] aus der BERAG im Jahr 1998⁶⁴⁷. Zudem machte der Verwaltungsrat der BERAG im Jahr 2002 den potenziellen Beitritt der [F27] immerhin von der Einhaltung des Konkurrenzverbots abhängig.⁶⁴⁸

512. Ob das Konkurrenzverbot – wie bezweckt (dazu Rz 473 ff. vorne) – tatsächlich dazu geführt hat, konkrete Projekte für weitere Belagswerke im Umkreis des Werks der BERAG zu verhindern, kann nicht nachgewiesen werden. Dabei sind die hohen Markteintrittsschranken (u.a. Investitionskosten, Zugang zu natürlichen Ressourcen und Regulierungen), die beschränkte Nachfrage nach Belagsprodukten, die starke Position und Vernetzung der BERAG als bestehendes Belagswerk sowie weitere existierende Belagswerke im Berner Mittelland, Emmental und Berner Oberland zu nennen (Rz 63 ff.). Ein neues Werk zu errichten und wirtschaftlich zu betreiben, wäre jedenfalls kein leichtes Unterfangen gewesen. Die BERAG führte in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats jedoch immerhin aus, dass die finanziellen, administrativen und technischen Anforderungen nicht per se ausschliessen würden, dass in naher Zukunft ein neues Werk in der Region Bern errichtet werden könnte. Zudem könne das hierfür erforderliche Know-how relativ leicht auf dem Markt akquiriert werden, zumal die meisten Werke zu grossen, landesweit tätigen und finanzkräftigen Baukonzernen gehören

⁶⁴³ BGE 143 III 480 E. 4.2.

⁶⁴⁴ Vgl. etwa auch Act. IV.12, Zeilen 217–220 (Aussagen von [N9]).

⁶⁴⁵ Act. III.A.18, Ziff. 1.1; Act. III.A.19, Traktandum 5.

⁶⁴⁶ Act. III.A.8, Ziff. 1.1; Act. III.A.7, S. 2.

⁶⁴⁷ Act. III.A.37, Traktandum 3; Act. III.A.43, Ziff. 1.

⁶⁴⁸ Act. III.A.60, Traktandum 4; Act. III.A.58.

würden, welche bereits über das entsprechende Know-how und beträchtliche finanzielle Ressourcen verfügen würden.⁶⁴⁹

513. Zwar können tatsächliche Auswirkungen des Konkurrenzverbots auch in jüngerer Zeit nicht ausgeschlossen werden. Denkbar ist, dass im Wissen um das Konkurrenzverbot konkrete Projekte für neue Belagswerke der BERAG-Aktionärinnen gar nicht aufkommen konnten oder bereits im Ansatz verhindert worden sind. Hierbei handelt es sich jedoch um theoretische Überlegungen. Konkrete Fälle, in denen entsprechende Bestrebungen unterbunden worden sind, sind den Akten nicht zu entnehmen. Gemäss den übereinstimmenden Aussagen der befragten Personen war die konkrete Anwendung des Konkurrenzverbots jedenfalls seit der Angelegenheit mit der [F27] im Jahr 2002 kein Thema mehr im Verwaltungsrat der BERAG.⁶⁵⁰

514. Im Ergebnis ist zwar erwiesen, dass das Konkurrenzverbot nach Art. 5 des Gründervertrags von den beteiligten Unternehmen bis 2016 eingehalten worden ist. Jedoch kann nicht nachgewiesen werden, dass es – zumindest im für die Sanktionierung relevanten Zeitraum ab 2004 (dazu Rz 838 hinten) – tatsächlich dazu geführt hat, dass weitere Belagswerke im Umkreis des Werks der BERAG verhindert worden sind.

B.6.4 Beweisergebnis

515. Zusammenfassend ist erwiesen, dass zwischen den Aktionärinnen der BERAG ein tatsächlicher Konsens vorlag, diese im Umkreis ihres Werkes in Rubigen nicht durch eigene Belagswerke oder Beteiligungen an anderen Belagswerken zu konkurrenzieren (*Konkurrenzverbot*). Im Einzelnen stimmten dem Konkurrenzverbot folgende Verfahrensparteien zu: die Adolf Künzi AG, die Andreas Wälti AG, die Arm AG Konolfingen, die Burkhart AG, die Frutiger AG, die Haldi + Stucki Strassen- und Tiefbau AG, die K. & U. Hofstetter AG, die Messerli Kieswerk AG, die Kästli Bau AG, die Marti AG Bern, Moosseedorf, die Stucki AG Bern und die Walo Bertschinger AG Bern. Daran nicht beteiligt waren die folgenden Aktionärinnen der BERAG: die BLH, die Cäsar Bay AG, die KIBAG Bauleistungen AG, die Peter Batt AG und die STRABAG AG.

516. Mit dem Konkurrenzverbot bezweckten die beteiligten Unternehmen im Wesentlichen, die BERAG durch das Einbinden von Unternehmen ins Aktionariat vor weiteren konkurrierenden Belagswerken zu schützen. Das Konkurrenzverbot hatte von 1976 bis 2016 Bestand.

517. Weiter ist erstellt, dass sich die beteiligten Unternehmen an das Konkurrenzverbot hielten. Hingegen kann nicht nachgewiesen werden, dass dieses ab 2004 tatsächlich dazu geführt hat, dass weitere Belagswerke im Umkreis des Werks der BERAG verhindert worden sind..

⁶⁴⁹ Act. VII.106, Rz 106.

⁶⁵⁰ Act. IV.2, Zeile 435 f. (Aussagen von [N12]); Act. IV.3, Zeilen 297–299 (Aussagen von [N13]); Act. IV.4, Zeilen 222 ff. (Aussagen von [N10]); Act. IV.5, Zeilen 295–297 (Aussagen von [N2]); Act. IV.7, Zeilen 296–300 (Aussagen von [N5]).

B.7 Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH

B.7.1 Beweisthema

518. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet schliesslich die Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH, namentlich ob diese beiden Unternehmen ihr Marktverhalten im Bereich Produktion und Vertrieb von Asphaltmischgut ganz oder teilweise koordiniert haben. Dabei stellen sich folgende Sachverhaltsfragen:

- ob und in welchem Umfang ein tatsächlicher Konsens zwischen der BERAG und der BLH vorlag, ihr Marktverhalten zu koordinieren (Rz 530 ff.);
- was der verfolgte Zweck der Koordination des Marktverhaltens war (Rz 548 ff.);
- wie lange dieser Konsens dauerte (Rz 555);
- ob dieser Konsens umgesetzt wurde und welche Auswirkung dies hatte (Rz 556 f.).

519. Im Folgenden werden bezüglich dieser Sachverhaltsfragen zunächst die wesentlichen Beweismittel dargestellt (Rz 520 ff.). Anschliessend wird anhand dieser Beweismittel die konkrete Beweislage hinsichtlich der genannten Sachverhaltsfragen gewürdigt (Rz 530 ff.), bevor schliesslich das Beweisergebnis festgehalten wird (Rz 558 ff.).

B.7.2 Beweismittel

B.7.2.1 Urkunden

520. Zur Beurteilung der vorliegend relevanten Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde im Wesentlichen auf folgende Urkunden:

- Geschäftsberichte und Jahresabschlüsse der BERAG, insbesondere den Geschäftsbericht der BERAG 1994⁶⁵¹;
- Protokolle der Generalversammlungen, des Verwaltungsrats und der Betriebskommission der BERAG (bis Januar 2019);
- Protokolle des Verwaltungsrats der BLH (bis Januar 2019);
- Aktionärsbrief der BERAG Nr. 59 vom 31. März 1995⁶⁵²;
- Gesprächsnotiz von [N14] vom 3. April 2012⁶⁵³;
- Analyse des Minderheitenportfolios der JURA-Gruppe vom 16. Juli 2012⁶⁵⁴;
- Wochenbericht der Fritz Blaser-Gruppe betreffend die Kalenderwoche 51 im Jahr 2013⁶⁵⁵.

⁶⁵¹ Act. III.A.6.

⁶⁵² Act. III.A.26.

⁶⁵³ Act. III.C.39.

⁶⁵⁴ Act. III.C.42.

⁶⁵⁵ Act. III.C.48.

B.7.2.2 Auskünfte von Parteien

B.7.2.2.1 BERAG

521. [N12], [...], gab an der Einvernahme vom 6. März 2019⁶⁵⁶ zu Protokoll, dass [...] von der BLH einen Sitz im Verwaltungsrat der BERAG habe, während [...] von der BERAG ein Verwaltungsratsmandat bei der BLH ausübe. Die BERAG und die BLH würden bei Werksausfällen zusammenarbeiten. Weshalb diese Doppelmandate praktiziert worden seien, könne er nicht beurteilen. Diese seien vor seiner Zeit [bei der BERAG] arrangiert worden. Die gegenseitige Einsitznahme im Verwaltungsrat bringe der BERAG keine Vorteile. Er habe mit dem Verwaltungsratspräsidenten der BERAG Gespräche darüber geführt, die gegenseitige Einsitznahme im Verwaltungsrat abzuschaffen. Die Liefergebiete der BERAG und der BLH würden sich überschneiden. Dass sich die BERAG im näheren Umkreis der BLH mit Angeboten zurückhalte oder dort bewusst höhere Angebote abgebe, um Aufträge nicht zu erhalten, sei ihm nicht bekannt. Interessenkonflikte im Verwaltungsrat der BERAG habe er aufgrund des Doppelmandats von [...] nicht festgestellt. Seiner Erinnerung nach sei [...] in den letzten Jahren nicht sehr oft an Verwaltungratssitzungen der BERAG anwesend gewesen.⁶⁵⁷

522. [...], Delegierter des Verwaltungsrats der BERAG, führte an seiner ersten Einvernahme vom 7. März 2019⁶⁵⁸ im Wesentlichen aus, dass die BERAG und die BLH Konkurrentinnen seien. Ihre Liefergebiete würden sich überschneiden. Die BERAG und die BLH seien gegenseitig am jeweils anderen Werk beteiligt. Diese Kreuzbeteiligung bestehe wohl seit der Gründung der BLH. Sie diene dem Austausch von Expertise und der Weiterentwicklung von Asphaltmischgut. Im Verwaltungsrat der BLH nehme er die klassischen Verwaltungsaufgaben wahr, die vom Gesetz, den Statuten und allfälligen Reglementen vorgegeben seien. Er trenne seine Rollen in den verschiedenen Aufgabenbereichen der verschiedenen Unternehmen sauber ab. Man müsse sich bewusst sein, dass man «*verschiedene Hüte*» trage. Seines Wissens habe er bei der BLH noch nie in den Ausstand treten müssen. Es habe seines Wissens nie Themen gegeben, die seinen Ausstand erfordert hätten. Aufgrund der Erfahrungen mit der WEKO hätten die BERAG und die BLH den Eindruck erlangt, dass es besser wäre, die beiden Unternehmen zu entflechten.⁶⁵⁹ An seiner zweiten Einvernahme vom 30. Juni 2020⁶⁶⁰ fügte er im Wesentlichen an, dass es bei der Gründung der BLH im Jahr 1995 üblich und legal gewesen sei, Preise und Gebiete miteinander zu koordinieren. Dies sei aber vor Inkrafttreten des Kartellgesetzes gewesen. In den letzten 10 bis 20 Jahren sei sicherlich nie mit der BLH über Preise gesprochen worden. Bei der Zusammenarbeit mit der BLH gehe es um den Austausch von Expertise und um Aushilfslieferungen sowie um gemeinsame Beschaffungen (Einkaufsgemeinschaft).⁶⁶¹

523. [N3], [...], legte an der Einvernahme vom 15. März 2019⁶⁶² dar, dass der ursprüngliche Grund für die Kreuzbeteiligung zwischen der BERAG und der BLH darin bestanden habe, dass die BERAG Know-how in die BLH einbringe. Die beiden Unternehmen hätten auch Einkaufsgemeinschaften gebildet, was Vorteile beim Einkaufspreis gehabt habe. Die Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH würde beinhalten, dass bei Werksrevisionen in den Wintermonaten Aushilfslieferungen getätigt würden. Auch bei Produktionsausfällen würden sich die Unternehmen aushelfen. Zum Austausch mit [...], der bis 2012 für die BLH im Verwaltungsrat und in der Betriebskommission der BERAG Einsitz genommen hat, verneinte er, je mit ihm über Angebotspreise der BERAG oder der BLH gesprochen zu haben; ebenso wenig habe er

⁶⁵⁶ Act. IV.2.

⁶⁵⁷ Act. IV.2, Zeilen 266–329.

⁶⁵⁸ Act. IV.4.

⁶⁵⁹ Act. IV.4, Zeilen 358–461.

⁶⁶⁰ Act. IV.18.

⁶⁶¹ Act. IV.18, Zeilen 456–509.

⁶⁶² Act. IV.6.

mit ihm darüber gesprochen, in welches Gebiet die BERAG liefere. Es sei beabsichtigt, die Kreuzbeteiligung aufzulösen. Die gegenseitigen Beteiligungen würden nicht viel bringen.⁶⁶³

524. [N5], [...], gab an der Einvernahme vom 18. März 2019⁶⁶⁴ zu Protokoll, dass die Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH den Austausch von technischem Wissen beinhaltete. Er sei überzeugt, dass die Zusammenarbeit nicht zu Wettbewerbsverzerrungen geführt habe. Die BERAG profitiere aber nicht mehr vom Austausch mit der BLH. Er möchte die beiden Unternehmen entflechten. Dies entspreche auch der Meinung des Verwaltungsrats der BERAG.⁶⁶⁵

B.7.2.2.2 BLH

525. [...], ehemaliger Verwaltungsrat der BLH und der BERAG, sagte an der Einvernahme vom 7. März 2019⁶⁶⁶ ebenfalls aus, dass sich die Liefergebiete der BLH und der BERAG überschneiden würden. Die beiden Unternehmen würden sich gegenseitig bei Aushilfslieferungen und Werksausfällen aushelfen. Diese Zusammenarbeit könne auch ohne gegenseitige Beteiligungen und den Austausch von Verwaltungsräten aufrechterhalten werden. Ansonsten gebe es zwischen den beiden Unternehmen keine Zusammenarbeit. Während seiner Zeit als Verwaltungsrat der BLH sei es nie vorgekommen, dass ein Verwaltungsratsmitglied bei einem Geschäft in den Ausstand getreten sei. Er denke nicht, dass das Doppelmandat zu Interessenkonflikten geführt habe. Wahrscheinlich habe er durch sein Verwaltungsratsmandat bei der BERAG über einen Wissensvorsprung verfügt. So habe er die Bruttopreise der BERAG gekannt, nicht aber die «Marktpreise» der BERAG. Dieses Wissen habe er aber nicht «ausgenutzt». Gewisse Informationen seien auch öffentlich zugänglich. Aufgrund der gegenseitigen Beteiligungen könne ein falsches Bild der Zusammenarbeit zwischen der BLH und der BERAG entstehen. Er betone, dass dieses Bild falsch sei. Um zu verhindern, dass ein falscher Eindruck über die Zusammenarbeit zwischen der BLH und der BERAG erweckt würde, beabsichtige die BLH und die BERAG, ihre gegenseitigen Beteiligungen aufzuheben.⁶⁶⁷

B.7.2.3 Auskünfte von Dritten

B.7.2.3.1 [N16]

526. [N16], [...], führte an der Einvernahme als Auskunftsperson vom 5. März 2019⁶⁶⁸ aus, dass sich die Liefergebiete der BLH und der BERAG überschneiden würden. Die Zusammenarbeit zwischen den beiden Unternehmen beinhalte das Aushelfen bei Werksrevisionen oder Werksausfällen. Weshalb die gegenseitige Beteiligung bestehe, wisse er nicht. Zum Kreuzmandat in den Verwaltungsräten der beiden Unternehmen hielt er fest, dass er nie damit einverstanden gewesen sei, dass ein Konkurrent bei der BLH im Verwaltungsrat sitze. Auf Nachfrage der Behörde gab er an, dass er dies wegen Interessenkonflikten als problematisch erachte.⁶⁶⁹

⁶⁶³ Act. IV.6, Zeilen 421–490.

⁶⁶⁴ Act. IV.7.

⁶⁶⁵ Act. IV.7, Zeilen 315–350.

⁶⁶⁶ Act. IV.3.

⁶⁶⁷ Act. IV.3, Zeilen 81–160.

⁶⁶⁸ Act. IV.1.

⁶⁶⁹ Act. IV.1, Zeilen 81–135.

B.7.2.3.2 [...]

527. [...], ehemaliger Verwaltungsrat der BLH und der BERAG, gab an der Einvernahme vom 21./26. März 2019⁶⁷⁰ unter anderem zu Protokoll, dass er den Vertretern der BERAG im Rahmen seines Mandats in Verwaltungsrat und Betriebskommission (bis [...]) wahrscheinlich mitgeteilt habe, um wie viel die BLH ihre Preise jeweils im nächsten Jahr anheben werde. In der Betriebskommission der BERAG sei nicht bewusst über die Preise der BLH diskutiert worden. Die Teilnehmer hätten etwa darüber gesprochen, wie stark sich die preisbildenden Faktoren wie der Kiespreis und die Löhne verändern würden. Es habe sich aber um einen informellen Austausch gehandelt.⁶⁷¹

528. Weiter führte er aus, dass [N3], [...], in der Betriebskommission jeweils im Herbst die voraussichtlichen Anpassungen der Listenpreise der BERAG bekanntgegeben habe. Anschliessend habe [N3] die Listenpreisanpassungen dem Verwaltungsrat der BERAG vorgelegt.⁶⁷² Der Druck, die Listenpreise früh zu beschliessen, sei bei der BERAG grösser als bei der BLH gewesen.⁶⁷³ Ihre Preislisten habe die BLH jeweils erst Ende Januar veröffentlicht, möglicherweise auch erst im Februar.⁶⁷⁴ Bei der Preisfestsetzung habe die BLH die Budgetvorgaben der Jura-Gruppe – bzw. später der CRH – berücksichtigen müssen.⁶⁷⁵ Als Konkurrentinnen habe die BLH primär die Werke in Oberwangen und Niederbipp im Auge gehabt.⁶⁷⁶ Ein wichtiges Werk, von welchem die BLH die Preisliste habe in Erfahrung bringen wollen, sei das Belagswerk in Hüswil gewesen. Diese Preisliste habe die BLH jeweils von einem grösseren Kunden erhalten, ohne aber direkten Kontakt mit dem Belagswerk in Hüswil gehabt zu haben.⁶⁷⁷ Ausser mit der BERAG habe er nie Kontakt mit anderen Belagswerken gehabt.⁶⁷⁸

529. Konkrete Offerten der BERAG seien in der Betriebskommission der BERAG nicht besprochen worden. Ebenso wenig habe er mit [N3], [...], über Angebote der BLH gesprochen.⁶⁷⁹

B.7.3 Beweiswürdigung

B.7.3.1 Konsens

530. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die BERAG und die BLH ihr Marktverhalten im Bereich Produktion und Vertrieb von Belag ganz oder teilweise koordiniert haben, insbesondere ob sie⁶⁸⁰:

- vereinbart haben, sich im Umkreis ihrer Belagswerke nicht zu konkurrenzieren;
- bei der Preisfestlegung des jeweils anderen Unternehmens mitgewirkt und dadurch ihre Preise koordiniert haben;
- wettbewerbsrelevante Informationen im Bereich Produktion und Vertrieb von Belag ausgetauscht haben, namentlich im Rahmen der gegenseitigen Einsitznahme im Verwaltungsrat.

⁶⁷⁰ Act. IV.9.

⁶⁷¹ Act. IV.9, Zeilen 316–328.

⁶⁷² Act. IV.9, Zeilen 329–333.

⁶⁷³ Act. IV.9, Zeilen 341–343.

⁶⁷⁴ Act. IV.9, Zeilen 274–276.

⁶⁷⁵ Act. IV.9, Zeilen 282–284 und 334–337.

⁶⁷⁶ Act. IV.9, Zeile 305 f.

⁶⁷⁷ Act. IV.9, Zeilen 338–340.

⁶⁷⁸ Act. IV.9, Zeile 282.

⁶⁷⁹ Act. IV.9, Zeilen 391–406.

⁶⁸⁰ Vgl. Act. I.5 und Act. I.6 (Eröffnungsschreiben).

531. Diese Vorwürfe sind im Folgenden zu prüfen. Dabei wird die Beweislage der Reihe nach hinsichtlich eines Konsenses betreffend Informationsaustausch (Rz 532 ff), betreffend die Koordination der Preise und Liefergebiete (Rz 540 ff.) sowie betreffend weitere Aspekte der Zusammenarbeit gewürdigt (Rz 545).

B.7.3.1.1 Konsens betreffend Kreuzmandat und Informationsaustausch

532. Zunächst ist auf den Vorwurf einzugehen, dass sich die BERAG und die BLH geeinigt haben, wettbewerbsrelevante Informationen im Rahmen der gegenseitigen Einsitznahme im Verwaltungsrat auszutauschen. Seit der Gründung der BLH im Jahr 1995 sind die BERAG und die BLH an der jeweils anderen Gesellschaft beteiligt und auch mit einer Person im Verwaltungsrat der anderen Gesellschaft vertreten (Kreuzmandat). Für die BLH nahm [...] von 1995⁶⁸¹ bis 2012 dieses Mandat im Verwaltungsrat der BERAG wahr, von 2012 bis 2019 [...].⁶⁸² Für die BERAG nahm [...] von 1995 bis 2020 Einsitz im Verwaltungsrat der BLH.⁶⁸³ Keiner der befragten Personen stellte dies in Abrede. Wie aus dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung der BERAG vom 17. März 2006 hervorgeht, erläuterte [...] an der entsprechenden Sitzung, dass zwischen der BERAG und der BLH ein gegenseitiger Sitz im Verwaltungsrat vereinbart worden sei. Auch [...] gab an der Einvernahme vom 21./26. März 2019 an, dass die Unternehmen sich in der Gründungszeit der BLH auf einen gegenseitigen Sitz im Verwaltungsrat geeinigt hätten.⁶⁸⁴ Bereits daraus und aufgrund des über viele Amtsperioden⁶⁸⁵ in den beiden Verwaltungsräten aufrechterhaltenen Kreuzmandats ist zu schliessen, dass das Kreuzmandat nicht eine Folge von parallelem einseitigen Verhalten der beiden Unternehmen ist, sondern auf einer entsprechenden Abmachung beruht. Daran ändert nichts, dass diese Vereinbarung – soweit ersichtlich – nicht verbrieft worden ist, sondern mündlich getroffen worden ist.

533. Dagegen wendet die BERAG in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats ein, dass die Behörde aufgrund des Kreuzmandats *per se* von einer «Vereinbarung» ausgehe.⁶⁸⁶ Dies trifft nicht zu. Massgebend sind die konkreten und genannten Beweismittel, die zeigen, dass das Kreuzmandat zwischen der BERAG und der BLH nicht eine zufällige Folge individueller und unabhängiger Entscheide der beiden Unternehmen war, sondern diesbezüglich Konsens herrschte.

534. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass zwischen der BERAG und der BLH seit 1995 tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen (natürlicher Konsens) vorlagen, sich gegenseitig ein Mandat im Verwaltungsrat einzuräumen (Kreuzmandat).

535. Zu prüfen ist in einem nächsten Schritt, welche Informationen zwischen der BERAG und der BLH über die gegenseitige Einsitznahme im Verwaltungsrat geflossen sind. Aufschluss hierüber geben die Protokolle der Verwaltungsratssitzungen der beiden Unternehmen. Hierbei handelt es sich um objektive Beweismittel, die strukturiert, zeitnah zum Geschehen und unabhängig von der vorliegenden Untersuchung verfasst worden sind. Hinweise, dass die Protokolle unsorgfältig redigiert worden sind oder vom tatsächlich Besprochenen abweichen, bestehen nicht und wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Daher kann im Rahmen der vorliegenden Beweisführung angenommen werden, dass diejenigen Inhalte, die protokolliert worden sind, Gegenstand der entsprechenden Verwaltungsratssitzungen bildeten.

⁶⁸¹ Act. III.A.28, S. 1.

⁶⁸² Vgl. Handelsregisterauszug der BERAG (abrufbar unter www.zefix.ch; konsultiert am 24.03.2021).

⁶⁸³ Vgl. Handelsregisterauszug der BLH (abrufbar unter www.zefix.ch; konsultiert am 24.03.2021).

⁶⁸⁴ Act. IV.9, Zeile 112 f.

⁶⁸⁵ Beim Vertreter der BLH im Verwaltungsrat der BERAG wechselte zudem ihm Jahr 2012 der Mandatsträger. Bis 2012 nahm [...] dieses Mandat wahr. Nach dessen Ausscheiden wählte die BERAG [...] als Nachfolgevertreter der BLH in den Verwaltungsrat.

⁶⁸⁶ Act. VII.106, Rz 293 ff.

536. Bei der Analyse der Verwaltungsratsprotokolle der BERAG und der BLH fällt auf, dass diejenigen Verwaltungsratsmitglieder, welche die Doppelmandate ausübten, in sämtliche Geschäfte und Dokumente im Rahmen der Aufgaben des Verwaltungsrats Einsicht erhielten und diesbezüglich auch an den Entscheidberatungen und Beschlussfassungen teilnahmen. Einschränkungen in Bezug auf bestimmte Informationen oder Angelegenheiten gab es nicht. So dann kam es nach den übereinstimmenden Aussagen der Personen, welche die Doppelmandate ausübten, nicht vor, dass sie bei einzelnen Geschäften im Verwaltungsrat in den Ausstand traten.⁶⁸⁷ Auch in den Verwaltungsratsprotokollen finden sich keine dahingehenden Hinweise. Insofern führte das Kreuzmandat zu einem Informationsfluss über sämtliche Angelegenheiten, die in den Verwaltungsräten der beiden Unternehmen behandelt worden sind.

537. Exemplarisch sind Informationen in folgenden Bereichen hervorzuheben, die anlässlich der Verwaltungsratssitzungen mitgeteilt worden sind: Produktionszahlen⁶⁸⁸, Durchschnittspreis⁶⁸⁹, Umsätze⁶⁹⁰, Produktionskosten⁶⁹¹, Auftragsbestand⁶⁹² und Auslastung⁶⁹³, Investitionen⁶⁹⁴, Technologien⁶⁹⁵ und Produkteigenschaften⁶⁹⁶, Anpassung der Listenpreise⁶⁹⁷, Rabattgewährung⁶⁹⁸ und Rückvergütungen⁶⁹⁹, Einschätzung der Konkurrenzsituation⁷⁰⁰, Preis- und Rabattpolitik⁷⁰¹, Risikoanalysen⁷⁰² und Qualität⁷⁰³.

538. Bei den Unternehmensvertretern, die jeweils Einsitz im Verwaltungsrat des anderen Unternehmens nahmen, handelte es sich um Schlüsselpersonen. Sie nahmen höchste Führungsaufgaben wahr, bildeten das Bindeglied zur operativen Geschäftstätigkeit und nahmen wesentlichen Einfluss auf die Willensbildung des eigenen Unternehmens. Spezifische Vorkehren, dass die Vertreter der BERAG und der BLH ihr Wissen aus den Verwaltungsratssitzungen und Geschäften des anderen Belagswerks nicht in das Stammunternehmen trugen, bestanden keine. Dies zeigt sich etwa daran, dass die Behörde anlässlich der Hausdurchsuchung bei der BLH sämtliche Verwaltungsratsunterlagen der BERAG vorgefunden hat, obwohl [...] zu diesem Zeitpunkt bei der BLH bereits freigestellt war. Einzelne Informationen aus dem Verwaltungsrat der BERAG gelangten bei der BLH zudem in operative Gremien.⁷⁰⁴ Umgekehrt erhielt

⁶⁸⁷ Act. IV.3, Zeilen 131–133 (Aussagen von [N13]); Act. IV.4, Zeilen 383–386 (Aussagen von [N10]).

⁶⁸⁸ Vgl. etwa Act. III.A.293 (BERAG); Act. III.A.296 (BERAG); Act. III.C.56, Traktandum 2 (BLH); Act. III.C.60, Traktandum 2 (BLH); Act. III.C.61, Traktandum 4 (BLH).

⁶⁸⁹ Vgl. etwa Act. III.C.53, Traktandum 3 (BLH); Act. III.C.54, Traktandum 2 (BLH); Act. III.C.61, Traktandum 4 (BLH).

⁶⁹⁰ Act. III.A.276, Traktandum 8 (BERAG); Act. III.C.47, Traktandum 4 (BLH).

⁶⁹¹ Act. III.A.296 (BERAG); Act. III.C.38, Traktandum 6 (BLH).

⁶⁹² Vgl. etwa Act. III.A.65, Traktandum 2 (BERAG); Act. III.C.38, Traktandum 2 (BLH); Act. III.C.56, Traktandum 2 (BLH).

⁶⁹³ Act. III.A.57, Traktandum 2 (BERAG); Act. III.A.60, Traktandum 2 (BERAG); Act. III.A.113, Traktandum 2 (BERAG).

⁶⁹⁴ Act. III.C.53, Traktandum 5 (BLH); Act. III.C.60, Traktandum 5 (BLH).

⁶⁹⁵ Act. III.C.47, Traktandum 3 (BLH); Act. III.A.57, Traktandum 2 (BERAG); Act. III.A.60, Traktandum 2 (BERAG).

⁶⁹⁶ Act. III.C.38, Traktandum 3 (BLH).

⁶⁹⁷ Vgl. etwa Act. III.A.46; Traktandum 5 (BERAG); Act. III.A.113, Traktandum 3 (BERAG); Act. III.A.276, Traktandum 11 (BERAG); Act. III.A.296, Traktandum 10 (BERAG); Act. III.C.47, Traktandum 8 (BLH); Act. III.C.60, Traktandum 5 (BLH).

⁶⁹⁸ Act. Act. III.A.113, Traktandum 2 (BERAG); Act. III.A.276, Traktandum 3 (BERAG); Act. III.C.56, Traktandum 2 (BLH).

⁶⁹⁹ Vgl. etwa Act. III.C.54, Traktandum 5 (BLH); Act. III.C.60, Traktandum 7.1 (BLH).

⁷⁰⁰ Act. III.C.53, Traktandum 3 (BLH); Act. III.A.57, Traktandum 2 («Kurzbericht BLH»).

⁷⁰¹ Act. III.A.50, Traktandum 2 (BERAG); Act. III.A.46; Traktandum 4 (BERAG); Act. III.C.47, Traktandum 8 (BLH; Abschaffung der Aktionärspreisliste).

⁷⁰² Act. III.C.47, Traktandum 9 (BLH).

⁷⁰³ Act. III.A.46, Traktandum 8 (BERAG).

⁷⁰⁴ Dies zeigt etwa der Wochenbericht der Fritz Blaser-Gruppe betreffend die Kalenderwoche 51 im Jahr 2013, Act. III.C.48, Ziffer 2.

der Verwaltungsrat der BERAG anlässlich seiner Sitzungen teils auch Kenntnis sensibler Informationen der BLH, etwa Angaben zu künftigen Listenpreisen. Dies zeigt etwa das Protokoll der Verwaltungsratssitzung der BERAG vom 22. Dezember 2017, in welchem unter Traktandum 11 festgehalten wird, dass die BLH die Preise 2018 nicht anpassen werde, da eine Erhöhung im 2017 vorgenommen worden sei.⁷⁰⁵ Auch [...] gab an seiner Einvernahme vom 21./26. März 2019 zu Protokoll, dass er der BERAG im Rahmen seines Mandats im Verwaltungsrat und Betriebskommission (bis 2012) den Vertretern der BERAG wahrscheinlich mitgeteilt habe, um wie viel die BLH ihre Preise jeweils im nächsten Jahr anheben werde.⁷⁰⁶ Vor diesem Hintergrund führte das Kreuzmandat zu einem gegenseitigen Wissenstransfer, der den beiden involvierten Unternehmen zuzurechnen ist, also um einen Informationsaustausch zwischen Unternehmen.

539. Zu den inneren Sachverhaltselementen ist festzuhalten, dass der Informationsaustausch zwischen der BERAG und der BLH nicht zufällig erfolgte. Den Informationsaustausch über die gegenseitige Einsitznahme im Verwaltungsrat pflegten die beiden Unternehmen während vieler Jahre. Regeln oder Modalitäten, um die Verwendung der erhaltenen Informationen zu verhindern oder zu begrenzen, stellten sie – wie erörtert (Rz 538) – nicht auf. In einer internen Gesprächsnotiz vom 3. April 2012 nannte [N14] den Informationsaustausch als einen der strategischen Gründe für die Beteiligung der BLH bei der BERAG.⁷⁰⁷ Weiter wird der Informationsaustausch in einer Analyse des Minderheitenportfolios der JURA-Gruppe, zu welcher die BLH gehört, vom 16. Juli 2012 als «*kleiner indirekter Nutzen*» der Beteiligung der BLH bei der BERAG bezeichnet.⁷⁰⁸ Bei dieser Beweislage ist es erwiesen, dass es sich beim Informationsaustausch um eine bewusste und gewollte Folge des Kreuzmandats handelte. Damit ist im vorliegenden Kontext auch erwiesen, dass nicht nur das Kreuzmandat an sich, sondern auch der darauf basierende Informationsaustausch von entsprechenden übereinstimmenden Willenserklärungen der BERAG und der BLH getragen worden ist (natürlicher Konsens). Nicht massgebend ist, dass dieser Konsens vorliegend nicht schriftlich festgehalten worden ist, sondern durch konkludentes Verhalten oder allenfalls mündlich zum Ausdruck gebracht worden ist.

B.7.3.1.2 Kein Konsens betreffend die Koordination der Preise und Liefergebiete

540. Zu prüfen ist des Weiteren, ob die BERAG und die BLH – wie es ihnen vorgeworfen wird (vgl. Rz 518 vorne) – darüber hinaus den übereinstimmenden Willen erklärt haben, ihre Preise oder Liefergebiete zu koordinieren. Dabei ist zunächst ein Blick auf den Ursprung der Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH zu werfen. Im Jahresbericht der BERAG 1994 ist im Zuge der Gründung der BLH festgehalten, dass die gegenseitige Beteiligung für die BERAG als Vorteil unter anderem die «*Koordination des Materialeinkaufs, der A[k]quisition, der Produktion und des Betriebes*» bringe.⁷⁰⁹ Im Aktionärsbrief vom 31. März 1995 informierte die BERAG ihre Aktionärinnen insbesondere wie folgt über die Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH: «*Durch Koordination von Einkauf und Produktion, sowie durch Respektierung der gegenseitigen Liefergebiete entstehen Synergien, die im gegenseitigen Interesse der Werke und deren Aktionäre liegen*». ⁷¹⁰ Dem Protokoll der Betriebskommission der BERAG vom 28. Februar 1995 ist sodann zu entnehmen, dass die BERAG und die BLH die Belagspreise der BLH für das Jahr 1995 abgesprochen haben.⁷¹¹

⁷⁰⁵ Vgl. etwa Act. III.A.276, Traktandum 11 (BERAG).

⁷⁰⁶ Act. IV.9, Zeilen 316–321.

⁷⁰⁷ Act. III.C.39.

⁷⁰⁸ Act. III.C.42.

⁷⁰⁹ Act. III.A.6, S. 3.

⁷¹⁰ Act. III.A.26.

⁷¹¹ Act. III.A.25, Traktandum 4.

541. Diese objektiven Beweismittel aus der Gründungszeit der BLH belegen, dass die Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH ursprünglich weit konzipiert war. Insbesondere sollte sie auch eine Koordination der Liefergebiete, der Preise und der Akquisition beinhalten.

542. Hingegen ergaben sich aus den Sitzungsprotokollen der BERAG und der BLH sowie der schriftlichen und elektronischen Korrespondenz zwischen den beiden Unternehmen keine hinreichenden Indizien, dass die BERAG und die BLH auch noch im für eine allfällige Sanktionierung relevanten Zeitraum ab 2004 ihre Preise (inklusive Preiselemente; vgl. dazu auch Rz 537) oder Liefergebiete koordiniert haben. Ebenso wenig bestehen Anhaltspunkte, dass die im Rahmen des Kreuzmandats erhaltenen Preisinformationen das Marktverhalten der BERAG und der BLH tatsächlich beeinflusst haben. Weder ist diesbezüglich ein entsprechendes Marktverhalten beobachtbar noch belegen entsprechende innerbetriebliche Massnahmen eine Beeinflussung. Eine Ausnahme bildet die beidseitige Erhöhung der Listenpreise per 1. September 2008 um 6 Franken pro Tonne.⁷¹² Die BERAG und die BLH haben auf den gleichen Zeitpunkt die Listenpreise um den genau gleichen Betrag erhöht. Ein Zufall kann diesbezüglich ausgeschlossen werden. Zwar stand die betreffende Preiserhöhung im Zusammenhang mit dem raschen Anstieg der Erdölpreise, also mit einem Kostenfaktor, der die beiden Unternehmen gleichermaßen betraf. Innerhalb der BERAG wurde jedoch der Zeitpunkt der Preiserhöhung sowie eine allfällige Staffelung kontrovers diskutiert.⁷¹³ Zudem verfolgte die BERAG den Anstieg der Erdölpreise während einer längeren Zeit und beschloss noch im Juli 2008, einstweilen auf eine Erhöhung der Listenpreise zu verzichten.⁷¹⁴ [...] nahm als Vertreter der BLH an den internen Preisberatungen im Verwaltungsrat und der Betriebskommission der BERAG teil. An der Sitzung der Betriebskommission vom 13. August 2008 erfuhr er vom Beschluss der BERAG über den Zeitpunkt und den Umfang der Preiserhöhung. Dass sich die BLH daraufhin dieser Preiserhöhung um exakt 6 Franken pro Tonne auf den 1. September 2008 anschloss, ist in diesem Kontext auf den Informationsaustausch zwischen der BERAG und der BLH zurückzuführen.

543. Allerdings bildet eine einmalige Koordination der Listenpreise in einer besonderen Konstellation vorliegend keine hinreichende Beweisgrundlage, um auf einen generellen Konsens zwischen der BERAG und der BLH zu schliessen, die Listenpreise aufeinander abzustimmen. Anders wäre die Beweislage wohl zu beurteilen, wenn über einen längeren Zeitraum mehrere solche Fälle nachgewiesen werden könnten. Dies ist aber vorliegend nicht der Fall. Kommt hinzu, dass sämtliche befragten Personen der BERAG und der BLH abgestritten haben, mit dem jeweils anderen Unternehmen Preise oder Gebiete koordiniert zu haben (dazu Rz 521 ff. vorne).

544. Die Vertreter, welche die Doppelmandate für die BERAG und die BLH ausübten, stimmten im Verwaltungsrat jeweils auch über die Listenpreise des anderen Unternehmens ab. Diese Mitwirkung an der Preisgestaltung des Konkurrenzunternehmens kann im vorliegenden und spezifischen Kontext jedoch nicht als Preiskoordination gewertet werden. Die Beweismittel liefern keine Anzeichen, dass an den Verwaltungsratssitzungen jeweils gezielt auf eine Koordination der Listenpreise zwischen der BERAG und der BLH hingewirkt worden ist. Zudem nahmen die Vertreter des jeweils anderen Unternehmens im Rahmen der Kreuzmandate im Verwaltungsrat – jedenfalls soweit dies aus den Protokollen ersichtlich ist – keinen Einfluss auf die Anpassung der Listenpreise. Vielmehr stimmten sie dem Vorschlag, der jeweils durch die Geschäftsleitung ausgearbeitet wurde, typischerweise ohne Wortäusserungen zu. Über ein Vetorecht verfügten sie dabei nicht. Die Beschlüsse im Verwaltungsrat der beiden Unternehmen über Listenpreisanpassungen kamen mit einfacher Mehrheit zustande. Schliesslich

⁷¹² Act. III.C.28, Traktandum 5 (BLH); Act. III.A.123, Traktandum 5 (BERAG).

⁷¹³ Vgl. Act. III.A.123, Traktandum 5 (BERAG).

⁷¹⁴ Act. III.A.122, Traktandum 3.

kann auch nicht nachgewiesen, dass die im Rahmen des Kreuzmandats erhaltenen Informationen das Preisfestsetzungsverhalten der BERAG und der BLH tatsächlich beeinflusst haben (vgl. Rz 542 vorne).

B.7.3.1.3 Konsens betreffend weitere Aspekte der Zusammenarbeit

545. Die BERAG und die BLH einigten sich, in weiteren Bereichen zusammenzuarbeiten. So kooperierten sie bei Aushilfslieferungen und Werksrevisionen. Zudem kauften sie das Bitumen für ihre Werke gemeinsam ein. Diese Aspekte der Zusammenarbeit sind vorliegend aber nicht als kartellrechtlich problematisch einzustufen und bilden daher nicht Teil des relevanten Sachverhalts. Sie werden im Folgenden nicht vertieft.

B.7.3.1.4 Zwischenergebnis

546. Zusammengefasst ist erstellt, dass zwischen der BERAG und der BLH seit 1995 tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen (natürlicher Konsens) vorlagen, sich gegenseitig ein Mandat im Verwaltungsrat einzuräumen (*Kreuzmandat*). Im Rahmen der Ausübung der Kreuzmandate erhielten die beim jeweils anderen Unternehmen in den Verwaltungsrat gewählten Unternehmensvertreter Einsicht in sämtliche strategischen Angelegenheiten und nahmen diesbezüglich an den Entscheidungsberatungen und Beschlussfassungen teil. Insbesondere erhielten sie Kenntnis der geplanten Anpassungen der Listenpreise und übten bei den Abstimmungen über die Listenpreisanpassungen im Verwaltungsrat des anderen Unternehmens ihr Stimmrecht aus (ohne Vetorecht). Nicht nachgewiesen werden kann, dass zwischen der BERAG und der BLH ein (genereller) Konsens über die Koordination der Preise oder Liefergebiete bestand; ebenso wenig ist erstellt, dass sie ihre Preise oder Liefergebiete koordiniert haben oder die im Rahmen des Kreuzmandats erhaltenen Preisinformationen das Markverhalten der BERAG und der BLH tatsächlich beeinflusst haben. Dies gilt jedenfalls für den für eine allfällige Sanktionierung relevanten Zeitraum ab 2004. Der Anfangsverdacht hat sich in diesen Punkten nicht erhärtet.

547. Die nachfolgenden Ausführungen zum verfolgten Zweck, der Dauer sowie der Umsetzung und Auswirkungen beschränken sich auf den Informationsaustausch im Rahmen der Kreuzmandate.

B.7.3.2 Verfolgter Zweck

548. Um zu beurteilen, welche Ziele die BERAG und die BLH mit dem Informationsaustausch verfolgten, sind zunächst die Aussagen der befragten Personen zu würdigen. [N10], [N5] und [N3] gaben als Grund für das Kreuzmandat vor allem den Austausch von Fachwissen an. In der Tat schaffte die gegenseitige Einsitznahme im Verwaltungsrat einen institutionalisierten Rahmen für den Transfer von Fachwissen zwischen der BERAG und der BLH. Davon profitierte – jedenfalls anfänglich – primär die BLH, die ihr Belagsunternehmen 1995 ohne hinreichendes Know-how aufbauen musste.⁷¹⁵

549. Dass sich die BERAG 1995 auf das Kreuzmandat mit der BLH einliess, kann nicht (allein) mit dem Austausch von Fachwissen begründet werden, zumal sich die BLH zum damaligen Zeitpunkt dieses Wissen erst noch aneignen musste, während die BERAG in der Produktion von Asphaltmischgut über langjährige Erfahrung verfügte. Anfänglich war die Zusammenarbeit im Rahmen der Kreuzmandate denn auch dazu gedacht, die Liefergebiete der beiden Werke zu koordinieren und die Listenpreise abzustimmen (Rz 540 ff. vorne). Spätestens für die Zeit ab 2004 – und dies ist der für eine allfällige Sanktionierung relevante Zeitraum – kann jedoch

⁷¹⁵ Act. IV.9, Zeilen 120–128.

nicht nachgewiesen werden, dass das Kreuzmandat als Plattform für die Preis- oder Gebietskoordination genutzt worden ist (Rz 542 ff. vorne).

550. Dennoch ist zu beachten, dass sich der Informationsaustausch zwischen der BERAG und der BLH nicht auf technische Belange beschränkte, sondern alle Verwaltungsratsangelegenheiten umfasste, insbesondere auch strategische Geschäfte und die Anpassungen der Listenpreise (dazu Rz 535 ff. vorne). Für den Austausch von reinem Fachwissen wäre die gegenseitige Einsitznahme im Verwaltungsrat – und damit einhergehend das Stimmrecht bei Verwaltungsratsentscheiden – nicht erforderlich gewesen. Dass eine Zusammenarbeitsform gewählt worden ist, die dem jeweils anderen Unternehmen die Teilnahme an den Beratungen und Beschlussfassungen im Verwaltungsrat ermöglichte, zeigt vielmehr, dass die Zusammenarbeit auch auf die gegenseitige Einflussnahme in strategischen Belangen zielte. Dies belegt auch eine Aussage von [N14] in einer internen Gesprächsnotiz vom 3. April 2012. Darin nannte [N14] den «*Einfluss auf einen Konkurrenten (der BLH) im Markt*» als einen der strategischen Gründe für die Beteiligung der BLH bei der BERAG.⁷¹⁶

551. Schliesslich ist auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Informationsaustausch vorliegend über ein Kreuzmandat im Verwaltungsrat realisiert worden ist. Mitglieder des Verwaltungsrats sind gesellschaftsrechtlich verpflichtet, die Interessen der Gesellschaft zu wahren (Art. 717 Abs. 1 OR).⁷¹⁷ Bei Doppelmandaten in konkurrierenden Gesellschaften – wie in der vorliegenden Konstellation – sind sie beiden Unternehmen gleichermassen zur Treue verpflichtet. Dieser Vorgabe gerecht zu werden, wird für das Verwaltungsratsmitglied umso schwieriger, je kompetitiver sich die Unternehmen zueinander verhalten. Der gesellschaftsrechtliche Rahmen schafft daher einen Anreiz (wenn nicht gar die Pflicht), dass das Verwaltungsratsmitglied auf einen Interessenausgleich zwischen den beiden Unternehmen hinwirkt.⁷¹⁸

552. Dass das Kreuzmandat im vorliegenden Fall tatsächlich nicht von einem wettbewerbsfördernden, sondern von einem kooperativen Gedanken geprägt war, wird dadurch unterstrichen, dass sich in den Akten, namentlich in den Verwaltungsratsprotokollen, keinerlei Anzeichen auf Diskussionen oder Bedenken im Zusammenhang mit Interessenkonflikten finden, die solchen Doppelmandaten bei konkurrierenden Unternehmen inhärent sind. Ausserdem ist gemäss den übereinstimmenden Aussagen der befragten Personen nie ein Mitglied des Verwaltungsrates der BERAG oder der BLH in den Ausstand getreten. In den der Behörde vorliegenden Protokollen der Sitzungen dieser Verwaltungsräte gibt es ebenfalls keine entsprechenden Hinweise.

553. Zudem hätte eine institutionelle Verflechtung in Form des Kreuzmandats kaum über einen derart langen Zeitraum aufrechterhalten werden können, wenn die dadurch erhaltenen Informationen zum Nachteil des anderen Unternehmens im Wettbewerb ausgenutzt worden wären. Solche Folgen des Informationsaustauschs hätten typischerweise – jedenfalls, wenn sie wiederholt eingetreten wären – in einem Bruch des Konsenses resultiert. Bei dieser Sachlage ist erwiesen, dass die beteiligten Unternehmen mit dem Kreuzmandat auch den Zweck verfolgten, ihre Interessen zu koordinieren. Zumindest in einem Fall, nämlich in Bezug auf die

⁷¹⁶ Act. III.C.39.

⁷¹⁷ Dazu auch BGE 139 III 24 E. 3.2; BGE 130 III 213 E. 2.2.2; BGer, 4A_248/2009 vom 27.10.2009 E. 7–10.

⁷¹⁸ Vgl. zur zivilrechtlichen Problematik der strukturellen Interessenkonflikte aufgrund von Mehrfachmandaten etwa PETER FORSTMOSER, Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern, in: Vogt et al. (Hrsg.), Der Allgemeine Teil und das Ganze, Liber Amicorum für Hermann Schulin, 2002, 9–23, 20 ff.; MISCHA KISSLING, Der Mehrfachverwaltungsrat, 2006, Rz 326 ff.; URS SCHENKER, Verwaltungsrat in der Praxis, Rechtliche Anforderungen, 2015, 19 f.; ROLF SETHE, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, SZW 2010, 375–392, 387 f.; CHRISTA SOMMER, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, 2010, 256 ff.; THOMAS ALEXANDER STEININGER, Interessenkonflikte des Verwaltungsrates, 2011, 153 ff.

koordinierte Preiserhöhung per 1. September 2008, ist erwiesen, dass sie ihr Verhalten tatsächlich aufeinander abgestimmt haben (dazu Rz 542).

554. Nach dem Gesagten ist erstellt, dass die BERAG und BLH mit dem Kreuzmandat bzw. dem darauf basierenden Informationsaustausch bezweckten, Fachwissen auszutauschen, ihre Interessen abzugleichen und gegenseitig Einfluss auf strategische Entscheide des anderen Unternehmens nehmen zu können. Anfänglich – spätestens seit 2004 jedoch nicht mehr (ausgenommen in Einfällen; vgl. Rz 542) – war die Zusammenarbeit im Rahmen der Kreuzmandate auch dazu gedacht, die Liefergebiete der beiden Werke zu koordinieren und die Listenpreise abzustimmen.

B.7.3.3 Dauer

555. Der Konsens zwischen der BERAG und der BLH, sich im Rahmen des Kreuzmandats Informationen im Verwaltungsrat auszutauschen, kam im Zuge der Gründung der BLH im Jahr 1995 zustande. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Das Kreuzmandat bestand bis 2019. Anfangs 2019 schied [...] als Vertreter der BLH aus dem Verwaltungsrat der BERAG aus, ohne dass ein entsprechender Nachfolger aus dem Kreis der BLH bestellt worden ist. Auch wenn [...] möglicherweise auch später noch an Verwaltungsratssitzungen der BLH teilnahm⁷¹⁹, ist davon auszugehen, dass zu diesem Zeitpunkt der Konsens, sich gegenseitig einen Sitz im Verwaltungsrat einzuräumen und Informationen auszutauschen, endete.

B.7.3.4 Umsetzung und Auswirkungen

556. Die BERAG und die BLH verhielten sich entsprechend ihrem Konsens, sich über das Kreuzmandat über sämtliche Angelegenheiten im Verwaltungsrat auszutauschen. Angesichts der protokollierten Inhalte der Verwaltungsratssitzungen der BERAG und der BLH bestehen daran keine vernünftigen Zweifel.

557. In Bezug auf allfällige Auswirkungen ist zu beachten, dass die BERAG und die BLH beide in der Belagsproduktion tätig sind und sich ihre Tätigkeitsgebiete überschneiden. Angesichts der in diesem Punkt übereinstimmenden Aussagen der befragten Personen⁷²⁰ bestehen daran keine vernünftigen Zweifel. Mit Ausnahme der koordinierten Preiserhöhung per 1. September 2008 (dazu Rz 542) kann jedoch nicht nachgewiesen werden, dass die im Rahmen des Kreuzmandats erhaltenen Informationen das Marktverhalten der BERAG und der BLH tatsächlich beeinflusst haben (vgl. zur Eignung, den Wettbewerb zu beschränken, Rz 749 ff.).

B.7.4 Beweisergebnis

558. Zwischen der BERAG und der BLH lagen seit 1995 tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen (natürlicher Konsens) vor, sich gegenseitig ein Mandat im Verwaltungsrat einzuräumen (*Kreuzmandat*) und Informationen auszutauschen. Dieser Konsens bestand bis anfangs 2019.

559. Die BERAG und BLH bezweckten damit, Fachwissen auszutauschen, ihre Interessen abzugleichen und gegenseitig Einfluss auf strategische Entscheide des anderen Unternehmens nehmen zu können. Anfänglich – spätestens seit 2004 jedoch nicht mehr – war die Zusammenarbeit im Rahmen der Kreuzmandate auch dazu gedacht, die Liefergebiete der beiden Werke zu koordinieren und die Listenpreise abzustimmen.

⁷¹⁹ Gemäss dem Handelsregisterauszug der BLH schied [...] erst im Juli 2019 aus dem Verwaltungsrat der BLH aus (vgl. www.zefix.ch; konsultiert am 9.4.2021).

⁷²⁰ Vgl. etwa Act. IV.2, Zeilen 281–284 (Aussagen [...]); Act. IV.3, Zeilen 86–88 (Aussagen [...]); Act. IV.4, Zeile 359 f. (Aussagen [...]).

560. Im Rahmen der Ausübung der Kreuzmandate erhielten die beim jeweils anderen Unternehmen in den Verwaltungsrat gewählten Unternehmensvertreter Einsicht in sämtliche strategischen Angelegenheiten und nahmen diesbezüglich an den Entscheidungsberatungen und Beschlussfassungen teil. Insbesondere erhielten sie Kenntnis der geplanten Anpassungen der Listenpreise und übten bei den Abstimmungen über die Listenpreisanpassungen im Verwaltungsrat des anderen Unternehmens ihr Stimmrecht aus (ohne Vetorecht).

561. Nicht nachgewiesen werden kann, dass zwischen der BERAG und der BLH ein Konsens über die Koordination der Preise oder Liefergebiete bestand; ebenso wenig ist erstellt, dass sie ihre Preise oder Liefergebiete koordiniert oder die erhaltenen Informationen das Preisfestsetzungsverhalten der BERAG und der BLH tatsächlich beeinflusst haben. Dies gilt jedenfalls für den für eine allfällige Sanktionierung relevanten Zeitraum ab 2004. Der Anfangsverdacht hat sich in diesen Punkten nicht erhärtet.

C Rechtliche Würdigung

C.1 Geltungsbereich

562. Das Kartellgesetz (KG)⁷²¹ 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 Nachfragerinnen oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Sämtliche Parteien erfüllen vorliegend die Merkmale privatrechtlicher Unternehmen, womit das Kartellgesetz in persönlicher Hinsicht anwendbar ist.

563. 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). Ob die Parteien Wettbewerbsabreden getroffen haben oder Marktmacht ausgeübt haben bzw. ausüben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 614 ff.).

564. Schliesslich fallen die vorliegend zu beurteilenden Handlungen und Verhaltensweisen in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

C.2 Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO

565. Die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden bestimmt sich nach Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG und den Vorschriften des GR-WEKO⁷²². Danach trifft die Gesamtkommission der WEKO die Entscheide, welche nicht ausdrücklich einem anderen Organ oder dem Sekretariat zugewiesen sind.

566. Vorliegend entscheidet die WEKO mit Endverfügung darüber, ob gegen die Verfahrensparteien wegen Verstoss gegen das Kartellgesetz Massnahmen (Handlungs- und Unterlassungspflichten sowie Sanktionen) zu erlassen sind. Da vorliegend keine Zuständigkeit eines anderen WEKO-Organs gegeben ist (etwa gemäss Art. 19 Abs. 1 Satz 3 KG oder Art. 19 f., 27 ff. GR-WEKO), ist die allgemeine Verfügungskompetenz einschlägig. Zuständig ist vorliegend folglich die Gesamtkommission der WEKO.

C.3 Vorbehaltene Vorschriften

567. Dem Kartellgesetz 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 Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

568. Im hier zu beurteilenden Markt gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Die Parteien haben allerdings in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats teils vorgebracht, dass das Konkurrenzverbot zwischen den Aktionärinnen der BERAG der kartellrechtlichen Prüfung zum Vornherein entzogen sei, weil zwischen ihnen ein gesetzliches Konkurrenzverbot bestehe. Aktionärsbindungsverträge wie der Gründervertrag von 1976 würden

⁷²¹ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁷²² Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO); SR 251.1.

zwischen den Vertragsparteien eine einfache Gesellschaft begründen. Für die einfache Gesellschaft gelte nach Art. 536 OR ein gesetzliches Konkurrenzverbot zwischen den Gesellschaftern.⁷²³ Anlässlich ihrer mündlichen Anhörung durch die WEKO vom 22. November 2021 stellte sich namentlich die Kästli Bau AG auf den Standpunkt, dass Art. 536 OR einen generellen Vorbehalt gegenüber dem Kartellgesetz begründe.⁷²⁴

569. Dem ist Folgendes zu entgegnen: Vorliegend ist ein Konkurrenzverbot zwischen Aktionären einer Aktiengesellschaft zu beurteilen. Für Beteiligte einer Aktiengesellschaft sieht das Obligationenrecht kein Konkurrenzverbot vor. Ob die Aktionärinnen der BERAG aufgrund des Gründervertrags⁷²⁵ – wie von den Parteien geltend gemacht – tatsächlich eine einfache Gesellschaft bilden, kann offen gelassen werden. Vorbehaltene Vorschriften, hinter welchen das Kartellgesetz zurückzustehen hat, sind zurückhaltend anzunehmen. Gemäss Bundesgericht sind im Allgemeinen nur solche staatliche Regulierungen zu berücksichtigen, welche darauf abzielen, ein Marktversagen oder sozial unerwünschte Verteilungen mit Hilfe eines staatlich verordneten Ausschlusses des Wettbewerbs zu korrigieren.⁷²⁶ Hierfür kommen öffentlich-rechtliche und zwingende Vorschriften des Privatrechts in Frage⁷²⁷, nicht aber dispositiven Normen wie Art. 536 OR⁷²⁸. Eine vorbehaltene Norm im Sinne von Art. 3 KG liegt somit nicht vor.

570. Vorliegend ist darüber hinaus zu beachten, dass das Konkurrenzverbot gemäss Art. 5 des Gründervertrags der eigentliche Kern der Bindungen ist, welche die Aktionärinnen der BERAG im Gründervertrag eingegangen sind. Andere Bestimmungen richten sich teils nur an die BERAG (z.B. Art. 7 «Preisgestaltung»; Art. 8 «Minerallieferungen») oder sind teils nicht mehr relevant (z.B. Art. 2 «Liberierung des Aktienkapitals»; Art. 3 «Aktionär-Darlehen»; Art. 4 «Stilllegung bestehender Anlagen»). Dass Unternehmen ein Konkurrenzverbot vereinbaren, sie deswegen allenfalls eine einfache Gesellschaft bilden und gerade dieser Umstand im Ergebnis der kartellrechtlichen Beurteilung des Konkurrenzverbots entgegenstehen soll, würde die Wirksamkeit des Kartellgesetzes aushebeln und wäre verfehlt.

C.4 Relevanter Markt

C.4.1 Einleitung

571. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.⁷²⁹

572. Durch die Marktabgrenzung wird keine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich geschaffen, sondern es werden die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung beurteilt.⁷³⁰ Die Marktabgrenzung hängt folglich von

⁷²³ Vgl. Act. VII.80, Rz 67 ff. (Kästli Bau AG); Act. VII.103, Rz 13 (Alluvia-Gruppe); Act. VII.98, Rz 3 ff. (Stellungnahme der Marti AG Bern, Moosseedorf).

⁷²⁴ Act. VIII.23, Rz 34 f.

⁷²⁵ Act. II.1.

⁷²⁶ BGE 141 II 66 E. 2.2.2.

⁷²⁷ Vgl. auch ROLF. H. WEBER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 3 N 9 m.w.H.

⁷²⁸ Zum dispositiven Charakter von Art. 536 OR etwa ANDREAS HEINEMANN, Das Konkurrenzverbot in der einfachen Gesellschaft, in: Amstutz/Chabloz/Heinzmann/Hochreutener (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de/Festschrift für Walter A. Stoffel*, 2014, 161 ff., 167.

⁷²⁹ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁷³⁰ Exemplarisch: OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUOGOTT, Zur Abgrenzung von Märkten, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINVORTH, Probleme der geografischen Marktabgrenzung, WuW 10/2014, S. 924–937; vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht,

der untersuchten Wettbewerbsbeschränkung ab und kann je nach untersuchter Verhaltensweise divergieren, obwohl sie denselben Wirtschaftsbereich betrifft.⁷³¹

573. Im vorliegenden Fall besteht die Marktgegenseite bei allen zu beurteilenden Verhaltensweisen im Wesentlichen aus Bauunternehmungen (Rz 574). Auch der sachlich relevante Markt entspricht bei allen Verhaltensweisen gleichermassen allen Arten von Asphaltmischgut (Rz 575 ff.). Im Gegensatz dazu muss der räumlich relevante Markt je nach Verhaltensweise unterschiedlich abgegrenzt werden, da je nach Verhaltensweise die Marktgegenseite in unterschiedlichen Gebieten betroffen ist (Rz 580 ff.). Da die zu beurteilenden Verhaltensweisen in unterschiedlichen Zeiträumen ausgeübt wurden, muss auch bei der zeitlichen Marktabgrenzung nach Verhaltensweise differenziert werden (Rz 610).

C.4.2 Marktgegenseite

574. Im vorliegenden Fall besteht die Marktgegenseite zum überwiegenden Teil aus Bauunternehmungen, die im Markt für Strassenbau tätig sind (vgl. Rz 129 ff. vorne).

C.4.3 Sachlich relevanter Markt

575. Der sachliche 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 VKU⁷³², der hier analog anzuwenden ist).⁷³³

576. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind Verhaltensweisen, welche Asphaltmischgut betreffen (vgl. Rz 65 vorne). Es gibt zahlreiche verschiedene Arten von Asphaltmischgut, die sich in Bezug auf ihre Eigenschaften zum Teil stark unterscheiden (vgl. Rz 66 f. vorne). Zudem gibt die ausschreibende Stelle in der Regel vor, welche genauen Sorten für ein bestimmtes Strassenbauprojekt zu verwenden sind (vgl. Rz 136 vorne). Deshalb sind die verschiedenen Arten von Asphaltmischgut aus Sicht der Marktgegenseite nicht austauschbar.

577. Trotzdem muss nicht für jede Asphaltmischgutsorte ein separater sachlicher Markt abgegrenzt werden. Alle Asphaltmischgutwerke bieten nämlich im Wesentlichen alle wichtigen Sorten an (vgl. Rz 83 vorne).⁷³⁴ Aus diesem Grund sind die Wettbewerbsverhältnisse für alle Arten von Asphaltmischgut die Gleichen und müssen nicht separat für die einzelnen Arten untersucht werden. Deshalb kann Asphaltmischgut gesamthaft betrachtet werden.⁷³⁵

2. Aufl. 2005, Rz 532; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 94; MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 10 KG N 40.

⁷³¹ So auch BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 274, *ADSL II* unter Verweis auf ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 164 f., sowie die EU-Praxis; vgl. auch STEINVORTH (Fn 730), 924 ff.; RPW 2018/1, 109 Rz 137, *Verzinkung*.

⁷³² Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁷³³ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁷³⁴ Einige Werke können einzelne Spezialsorten nicht im ganzen Untersuchungszeitraum herstellen. Diese sind aber gemessen an den insgesamt produzierten Mengen unbedeutend. Deshalb muss dieser Umstand nicht weiter beachtet werden. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass die BERAG sämtliche Sorten herstellen kann. Die vereinfachende Annahme, dass alle Werke alle Sorten herstellen können, führt deshalb in Bezug auf die Spezialsorten, welche nicht alle anderen Werke anbieten können, zu einer Unterschätzung der Stärke der Marktstellung der BERAG.

⁷³⁵ Dabei ist zu beachten, dass weder Gussasphalt noch ungebundene Foundationsschichten Teil des sachlich relevanten Marktes sind. Diese Produkte werden zwar im Strassenbau eingesetzt, sie werden aber vorliegend nicht unter den Begriff «Asphaltmischgut» subsumiert (vgl. Rz 65 vorne). Diese

578. Bereits die einzelnen Arten von Asphaltmischgut können aus Sicht der Marktgegenseite nicht ohne Weiteres durch andere Arten von Asphaltmischgut ersetzt werden. Umso schwieriger wäre es für die Marktgegenseite, eine bestimmte Art von Asphaltmischgut durch ein völlig anderes Produkt zu ersetzen, da es keine anderen Produkte mit vergleichbaren Eigenschaften wie Asphaltmischgut gibt.

579. Da Asphaltmischgut gesamthaft betrachtet werden kann und da es keine Substitute für Asphaltmischgut gibt, entspricht der sachlich relevante Markt allen Arten von Asphaltmischgut.

C.4.4 Räumlich relevanter Markt

580. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).⁷³⁶

581. Zunächst wird der räumlich relevante Markt für die missbräuchlichen Verhaltensweisen der BERAG (Vorzugskonditionen der Aktionärinnen und Treuebonussystem) abgegrenzt (Rz 582 ff.). Anschliessend wird die räumliche Marktabgrenzung für das Konkurrenzverbot der Aktionärinnen der BERAG (Rz 608) und die Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH (Rz 609) vorgenommen.

C.4.4.1 Vorzugskonditionen der Aktionärinnen der BERAG und Treuebonussystem der BERAG

582. Im vorliegenden Fall besteht die Marktgegenseite aus Bauunternehmungen, die Asphaltmischgut von der BERAG nachfragen. Diese Bauunternehmungen entscheiden im Wesentlichen aufgrund des Preises, welchem Asphaltmischgutwerk sie den Zuschlag zur Belieferung ihrer Baustellen erteilen (vgl. Rz 136 vorne). Da die Transportkosten durch eine Verlängerung der Fahrzeit deutlich zunehmen (Rz 110 ff. vorne), fragen die Bauunternehmungen nur bei denjenigen Werken Asphaltmischgut nach, die sich in der Nähe der zu beliefernden Baustelle befinden.⁷³⁷ Andere Werke können in der Regel aufgrund der höheren Transportkosten keine konkurrenzfähigen Angebote erstellen.

583. Im Gegensatz zu den Transportkosten hat die maximale Distanz, über welche die Lieferung von Asphaltmischgut technisch möglich ist, keinen Einfluss auf die Nachfrage der Marktgegenseite. Diese maximale Distanz ist nämlich derart gross, dass es sich jedenfalls in der Schweiz praktisch nie lohnt, Lieferungen über derart grosse Distanzen vorzunehmen (vgl. Rz 84 ff. vorne). Deshalb ist die Distanz, über welche die Lieferung von Asphaltmischgut technisch möglich ist, zur Abgrenzung des räumlichen Marktes nicht relevant.⁷³⁸

584. Da die Transportkosten einen wesentlichen Einfluss auf die Nachfrage der Marktgegenseite haben und zu grossen Teilen durch die Fahrzeit bestimmt werden (vgl. Rz 110 ff. vorne), ist die Abgrenzung des räumlichen Marktes anhand eines Fahrminuten-Radius um das Werk

Produkte sind aus Sicht der Marktgegenseite nicht mit Asphaltmischgut austauschbar und werden von der BERAG nicht angeboten. Sie sind damit nicht von den vorliegend zu beurteilenden Verhaltensweisen betroffen.

⁷³⁶ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigruppe SA et al./WEKO*.

⁷³⁷ Vgl. die Aussage von [N1], Act. IV.8, Zeilen 217–218.

⁷³⁸ Die BERAG bringt vor, es habe wesentliche technologische Fortschritte in den Bereichen Lagerung und Transport von Asphalt gegeben. Dadurch habe sich die maximale Fahrzeit erheblich verlängert. Deshalb sei der räumliche Markt im Vergleich zu einem Entscheid aus dem Jahr 2000 weiter abzugrenzen (Act. V.26, S. 4). Dem ist entgegenzuhalten, dass die maximal mögliche Fahrzeit jedenfalls seit 2004 keinen Einfluss auf die Nachfrage der Marktgegenseite und damit auch keinen Einfluss auf die Abgrenzung des räumlichen Marktes hat.

der BERAG in Rubigen vorzunehmen. Im vorliegenden Fall kann ein in allen Richtungen einheitlicher Radius verwendet werden, da es in keiner Richtung wesentliche natürliche oder regulatorische Grenzen gibt. Deshalb werden die Wettbewerbsverhältnisse in allen Richtungen ab dem Werk der BERAG massgebend durch die Standorte der Belagswerke und durch die Transportkosten beeinflusst. Ausserdem sind die Konkurrenzwerke der BERAG in allen Richtungen etwa gleich weit vom Standort der BERAG entfernt. Auch dieser Umstand spricht dafür, im vorliegenden Fall einen in allen Richtungen einheitlichen Fahrminuten-Radius zur Abgrenzung des räumlichen Marktes heranzuziehen.

585. Dabei stellt sich die Frage, wie gross der entsprechende Radius gewählt werden muss. Im vorliegenden Fall gibt es wie erwähnt keine klaren natürlichen oder regulatorischen Grenzen, die hierzu herangezogen werden könnten. Stattdessen nehmen die Transportkosten stetig mit der Fahrzeit zu. Aus diesem Grund verändern sich auch die Wettbewerbsbedingungen kontinuierlich.

586. Die stetig mit der Fahrzeit steigenden Transportkosten führen ausserdem dazu, dass Belagswerke in der Regel so weit liefern, bis sie aufgrund der kontinuierlich steigenden Transportkosten nicht mehr konkurrenzfähig sind. Das ist im Gegensatz zu anderen Märkten insbesondere auch deshalb möglich, weil Belagswerke ihre Preise räumlich differenzieren können: Die Preise werden für jede Baustelle einzeln und in Abhängigkeit von der Lage der Baustelle festgelegt (vgl. Rz 183 ff. vorne).⁷³⁹

587. Da Belagswerke so weit liefern, bis sie nicht mehr konkurrenzfähig sind, haben sie am Rande ihrer Liefergebiete in der Regel keine starke Stellung. Würde man den Markt wie von der BERAG gefordert mindestens auf das Liefergebiet abgrenzen,⁷⁴⁰ hätte deshalb kaum ein Belagswerk im gesamten so abgegrenzten Gebiet eine marktbeherrschende Stellung. Das gleiche würde mutmasslich auch auf andere Industrien mit hohen Transportkosten und räumlich differenzierten Preisen zutreffen. Würde man zugleich als Voraussetzung für die Anwendung von Art. 7 KG fordern, dass die entsprechenden Unternehmen im abgegrenzten Gebiet gesamthaft eine marktbeherrschende Stellung einnehmen, würde man damit ganze Industrien der Missbrauchskontrolle des Kartellgesetzes entziehen. Da es wie im vorliegenden Fall auch in Industrien mit hohen Transportkosten und räumlich differenzierten Preisen Verhaltensweisen gibt, die volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen haben können, wäre eine solche Einschränkung nicht mit dem Zweck des Kartellgesetzes vereinbar.

588. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass in Einzelfällen aus verschiedenen Gründen (zum Beispiel aufgrund der unterschiedlichen Auslastung verschiedener Werke, bei Grossprojekten oder wenn es in der Nähe der zu beliefernden Baustelle kein Konkurrenzwerk gibt) über viel weitere Distanzen geliefert wird als in der überwiegenden Anzahl der Fälle.⁷⁴¹ Solche Lieferungen sind im Markt für Asphaltmischgut wiederum deshalb möglich, weil die Materialpreise individuell für jede grössere Baustelle einzeln festgelegt werden. Dadurch können die Materialpreise für weit entfernte Baustellen sehr knapp kalkuliert werden, um so bei schlechter Auslastung trotz hoher Transportkosten auch weit entfernte Baustellen beliefern zu können. Da bei der räumlichen Marktabgrenzung auf die durchschnittlichen Vertreterinnen und Vertreter

⁷³⁹ Die Parteigutachter stützen sich bei ihren Auswertungen jedenfalls teilweise auf die falsche Annahme, dass die Preise geographisch nicht differenziert werden können (Act. VII.106, Beilage 1, Rz 60).

⁷⁴⁰ Vgl. die Stellungnahme der BERAG zum Antrag des Sekretariats (Act. VII.106, Rz 146 f.). Die BERAG bringt vor, die «Untergrenze» des räumlich relevanten Marktes müsse dem tatsächlich beobachteten Liefergebiet entsprechen, wobei stark vom normalen Lieferverhalten abweichende Lieferungen im Sinne einer «Ausreisserkorrektur» ausgeschlossen werden sollten.

⁷⁴¹ Vgl. dazu die Aussage der BERAG in der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats sowie die von der BERAG angeführten Beispiele von Lieferungen über aussergewöhnlich grosse Distanzen (Act. VII.106, Rz 41).

der Marktgegenseite abzustellen ist,⁷⁴² sind solche Einzelfälle für die Bestimmung des räumlich relevanten Marktes nicht massgebend.

589. Würde der Fahrminuten-Radius derart weit gezogen, dass im Wesentlichen das gesamte Liefergebiet der BERAG innerhalb dieses Radius liegen würde, würde das ausserdem aus den genannten Gründen dazu führen, dass die Marktverhältnisse im so abgegrenzten Gebiet sehr unterschiedlich ausfallen würden. Insbesondere wäre die Marktstellung der BERAG am Rand eines zu weit abgegrenzten Gebiets anders zu beurteilen als in dessen Kern. Damit wäre eine Beurteilung der Marktstellung der BERAG nicht mehr sinnvollerweise für das gesamte Gebiet möglich.

590. Aus diesen Gründen ist im vorliegenden Fall der räumliche Markt auf das Kernliefergebiet der BERAG zu beschränken. Darunter wird ein Fahrminuten-Radius verstanden, innerhalb dessen die BERAG mindestens zwei Drittel des insgesamt von ihr produzierten Asphaltmischguts verkauft. Mit anderen Worten: Der Ausstossanteil der BERAG beläuft sich darin auf zwei Drittel. Dieser Wert wird bei einem Fahrminuten-Radius von 32 Minuten erreicht (vgl. Abbildung 14 vorne).⁷⁴³ In Bezug auf die Vorzugskonditionen der Aktionärinnen der BERAG und das Treuebonussystem der BERAG entspricht der räumlich relevante Markt also den Postleitzahlen, die innerhalb einer Fahrzeit von 32 Minuten ab dem Werk der BERAG in Rubigen beliefert werden können. Das so abgegrenzte Gebiet ist in Abbildung 15 vorne eingezeichnet.

591. Wie erwähnt haben Belagswerke in der Regel am Rand ihres Liefergebiets keine starke Marktstellung (Rz 587 vorne). Umgekehrt nimmt aber nicht jedes Belagswerk in seinem Kernliefergebiet eine starke Stellung ein. Vielmehr ist die Marktstellung eines Belagswerks im Kernliefergebiet von den zahlreichen nachfolgend bei der Beurteilung der Marktstellung zu berücksichtigenden Faktoren abhängig (vgl. Rz 615 ff. hinten). Das Ergebnis der entsprechenden Beurteilung wird entgegen dem Vorbringen der BERAG⁷⁴⁴ durch die Abgrenzung bei einem Ausstossanteil von zwei Dritteln nicht vorweggenommen: So erreicht zum Beispiel das Belagswerk in Heimberg keine hohen Markt- und Produktionsanteile in einem gleich umrissenen Kernliefergebiet, weil sich dieses mit demjenigen der BERAG stark überschneidet. Ausserdem gibt es Beispiele von Werken, die in unmittelbarer Nähe zueinander stehen (z.B. Lyss/Buswil sowie Walliswil/Niederbipp). In diesen Fällen können jeweils kaum beide Werke marktbeherrschend sein.⁷⁴⁵

592. Die Abgrenzung erfolgt bei einem Ausstossanteil von zwei Dritteln, weil so der Rand des Liefergebiets, in welchem die untersuchten Verhaltensweisen den Wettbewerb kaum beeinträchtigen können, ausgeschlossen werden kann. Ausserdem werden so nicht repräsentative Lieferungen über aussergewöhnlich weite Distanzen ausgeschlossen. Gleichzeitig ist das abgegrenzte Gebiet (Kernliefergebiet) ausreichend gross, um die wirtschaftliche Stellung der BERAG angemessen beurteilen zu können. Insbesondere da es im vorliegenden Fall keine klaren regulatorischen oder natürlichen Grenzen gibt, steht der rechtsanwendenden Behörde bei der räumlichen Marktabgrenzung ein gewisses Ermessen zu, welches sie pflichtgemäss auszuüben hat. Dabei hat die Behörde sämtliche der vorangehend beschriebenen Faktoren sowie auch die nachfolgend besprochenen Vorbringen der BERAG berücksichtigt.

⁷⁴² Vgl. z.B. BGer, 2C.113/2017 vom 12.2.2020 E 5.4.2., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*, m.w.N.

⁷⁴³ Dabei ist zu beachten, dass die für die Beurteilung der Marktstellung der BERAG wichtigen Markt- und Produktionsanteile der BERAG bei einer etwas engeren oder einer etwas weiteren räumlichen Abgrenzung ähnlich hoch ausfallen würden (vgl. Abbildung 14 vorne).

⁷⁴⁴ Act. VII.106, Rz 125 ff.

⁷⁴⁵ In diesem Zusammenhang ist ausserdem zu berücksichtigen, dass die Abgrenzung anhand des Ausstossanteils und nicht anhand des Markt- oder Produktionsanteils der BERAG vorgenommen wurde. Anhand des Ausstossanteils eines Unternehmens in einem bestimmten Gebiet lassen sich kaum Rückschlüsse in Bezug auf die Markt- und Produktionsanteile des Unternehmens ziehen.

C.4.4.1.1 Vorbringen der BERAG

593. **Bisherige Praxis der WEKO:** Die BERAG bringt vor, gemäss der *«langjährigen und gefestigten Praxis der WEKO»* sei der räumlich relevante Markt auf einen Fahrminuten-Radius von 60 Minuten abzugrenzen.⁷⁴⁶ Dabei stützt sich die BERAG auf zwei Entscheide der WEKO, welche ebenfalls den Markt für Asphaltmischgut betrafen: Die Untersuchungen *Markt für Strassenbeläge*⁷⁴⁷ und *Strassenbeläge Tessin*⁷⁴⁸.

594. In der Untersuchung *Markt für Strassenbeläge* aus dem Jahr 2000 beschäftigte sich die WEKO im Wesentlichen mit Alleinvertriebsvereinbarungen zwischen schweizerischen und deutschen Herstellern von Asphaltmischgut. Zu diesem Zweck grenzte die WEKO zwei Gebiete ab: Das sogenannte *«Wirkungsgebiet 1»* entspricht dem Gebiet, welches sowohl von den an der Abrede beteiligten deutschen als auch von schweizerischen Werken beliefert werden kann. Dabei handelt es sich *«um das von der Alleinvertriebsvereinbarung unmittelbar betroffene Gebiet»*.⁷⁴⁹ Das im Vergleich dazu grössere *«Wirkungsgebiet 2»* umfasst hingegen *«ganz oder teilweise alle Deutschschweizer Kantone mit Ausnahme von Graubünden»*. Dieses Gebiet entspricht im Wesentlichen der Vereinigungsmenge der 60-Fahrminuten-Radien um die an der Abrede beteiligten schweizerischen Belagswerke.⁷⁵⁰

595. Die WEKO legte ihrer Beurteilung der Allgemeinvertriebsvereinbarungen das Wirkungsgebiet 2 zugrunde.⁷⁵¹ Bei der Untersuchung der Wettbewerbsverhältnisse stellte die WEKO aber nicht ausschliesslich auf das Wirkungsgebiet 2, sondern auch auf das Wirkungsgebiet 1 ab.⁷⁵² Zweck der vorgenommenen Abgrenzungen war die Untersuchung von Wettbewerbsabreden zwischen mehreren Belagswerken, nicht wie vorliegend die Klärung der Frage, ob ein Belagswerk über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Das ist mit ein Grund dafür, dass im erwähnten Entscheid zwei Gebiete abgegrenzt wurden und dass diese Abgrenzungen nicht mit der vorliegend vorzunehmenden räumlichen Marktabgrenzung übereinstimmen. Aus diesem Grund begründet dieser Entscheid auch keine Praxis in Bezug auf die vorliegend vorzunehmende Marktabgrenzung.⁷⁵³ Ausserdem wurde im Gegensatz zum vorliegenden Verfahren keine Sanktion ausgesprochen, die auf dem im relevanten Markt erzielten Umsatz basiert. Deshalb begründet der Entscheid *Markt für Strassenbeläge* auch diesbezüglich keine für die vorliegende Untersuchung einschlägige Praxis.

596. Im zweiten von der BERAG angeführten Entscheid der WEKO, *Strassenbeläge Tessin*, aus dem Jahr 2007 stand eine Abrede zwischen Strassenbauunternehmen im Vordergrund. Zusätzlich lagen Anhaltspunkte dafür vor, dass ein Belagswerk, die Comibit, über eine marktbeherrschende Stellung verfügte und diese durch ihre Preispolitik missbraucht haben könnte. Die Frage eines *«allfälligen Missbrauches in Form einer Verdrängungsstrategie»* konnte aber offen gelassen werden.⁷⁵⁴ Im Gegensatz zum vorliegenden Verfahren musste also nicht untersucht werden, ob die Comibit über eine marktbeherrschende Stellung verfügte. Da ausserdem keine Sanktion ausgesprochen wurde, welche auf dem im relevanten Markt erzielten Umsatz beruht hätte, musste keine exakte räumliche Marktabgrenzung vorgenommen werden.

⁷⁴⁶ Act. VII.106, Rz 285 sowie insbesondere Rz 132 ff. und Rz 230 ff.; Act. V.26, S. 3 f.

⁷⁴⁷ RPW 2000/4, 588 ff.

⁷⁴⁸ RPW 2008/1, 85 ff.

⁷⁴⁹ RPW 2008/1, 616 Rz 128, *Markt für Strassenbeläge*.

⁷⁵⁰ RPW 2000/4, 616 Rz 129, *Markt für Strassenbeläge*.

⁷⁵¹ RPW 2000/4, 618 Rz 132, *Markt für Strassenbeläge*.

⁷⁵² Vgl. z.B. RPW 2000/4, 623 Tabelle 2, *Markt für Strassenbeläge*.

⁷⁵³ Dabei ist ausserdem zu berücksichtigen, dass im vorliegenden Entscheid in einem ersten Schritt festgestellt wird, welche Belagswerke die gleichen Gebiete beliefern wie die BERAG (vgl. Rz 146 ff. vorne). Dazu wird vorliegend keine explizite Marktabgrenzung vorgenommen. Das Gebiet, in welchem sich die vorliegend berücksichtigten Werke befinden, ist aber deutlich grösser als der abgegrenzte räumlich relevante Markt.

⁷⁵⁴ RPW 2008/1 108 Rz 168, *Strassenbeläge Tessin*.

Entsprechend wurde der Markt für Belagsproduktion «*mindestens kantonal*» abgegrenzt.⁷⁵⁵ Aus diesen Gründen begründet die Untersuchung *Strassenbeläge Tessin* keine für die vorliegende Untersuchung einschlägige Praxis.

597. Ausserdem entspricht die «*mindestens kantonale*» Marktabgrenzung nicht einem Radius von 60 Fahrminuten um das Werk der Comibit, wie das die BERAG im vorliegenden Fall fordert: Das Werk der Comibit liegt in Sigirino⁷⁵⁶, welches in der Nähe von Lugano liegt. Ein Fahrminutenradius von 60 Minuten um dieses Werk würde Teile Italiens sowie jedenfalls die nahegelegene italienischsprachige Region Moesa des Kantons Graubünden einschliessen. Deshalb ist klar, dass der von der BERAG geforderte Fahrminutenradius von 60 Minuten nicht der im Entscheid *Strassenbeläge Tessin* vorgenommenen räumlichen Marktabgrenzung entspricht, sondern lediglich als «*Richtwert*»⁷⁵⁷ diene.

598. Aus diesen Gründen sind die räumlichen Marktabgrenzungen in den beiden genannten Verfahren entgegen der Auffassung der BERAG nicht als Präjudizien für die vorliegend vorzunehmende räumliche Abgrenzung zu betrachten.

599. **Abgrenzung anhand der technischen Möglichkeiten:** Des Weiteren bringt die BERAG vor, der räumlich relevante Markt sei vorliegend anhand «*einer Ober- und Untergrenze zu definieren*»⁷⁵⁸:

- Die «*Obergrenze*» werde «*durch die technisch maximal mögliche Lieferdistanz bestimmt*».⁷⁵⁹
- Die «*Untergrenze*» werde «*durch das tatsächlich beobachtete Liefergebiet definiert*». Dabei seien Ausreisser auszuschliessen.⁷⁶⁰

600. Bei der räumlichen Marktabgrenzung sei zunächst von der Obergrenze, also von der technisch möglichen Lieferdistanz auszugehen. Dabei handle es sich vorliegend um einen Fahrminutenradius von 60 Fahrminuten um das Werk der BERAG. Anschliessend sei diese Abgrenzung anhand der tatsächlichen Lieferungen (also anhand der Untergrenze) «*zu plausibilisieren*».⁷⁶¹ Diese Plausibilisierung gelinge im vorliegenden Fall, da die BERAG rund 95 % ihres Ausstosses innerhalb der Obergrenze von 60 Fahrminuten absetze.⁷⁶²

601. Vorliegend ist klar, dass 60 Fahrminuten nicht der maximal möglichen Lieferzeit entsprechen (vgl. Rz 85 ff. vorne). Die BERAG selber reichte in Beilage 3 ihrer Stellungnahme Beispiele von durch sie belieferten Baustellen ein, welche mehr als 80 Fahrminuten vom Werk der BERAG entfernt sind.⁷⁶³ Der [...]der BERAG sagte aus, mit Thermomulden seien Fahrzeiten von bis zu ca. sechs Stunden möglich.⁷⁶⁴ Eine Abgrenzung anhand der technischen Möglichkeiten dieser tatsächlich eingesetzten Transportmittel würde deshalb zu einem deutlich grösseren Markt als dem von der BERAG geforderten Radius von 60 Fahrminuten führen.

602. Ein anhand der technischen Möglichkeiten abgegrenztes Gebiet wäre deshalb deutlich grösser als das tatsächliche Liefergebiet der BERAG. Die BERAG äussert sich nicht dazu, wie vorzugehen ist, wenn wie vorliegend die Obergrenze nicht der Untergrenze (also dem Liefergebiet) entspricht. Wird in diesem Fall auf die Obergrenze abgestellt, würde man einen Markt

⁷⁵⁵ RPW 2008/1 110 Rz 198, *Strassenbeläge Tessin*.

⁷⁵⁶ RPW 2008/1, 87 Tabelle 1, *Strassenbeläge Tessin*.

⁷⁵⁷ RPW 2008/1, 110 Rz 195, *Strassenbeläge Tessin*.

⁷⁵⁸ Act. VII.106, Rz 141.

⁷⁵⁹ Act. VII.106, Rz 142.

⁷⁶⁰ Act. VII.106, Rz 146 f.

⁷⁶¹ Act. VII.106, Rz 148.

⁷⁶² Act. VII.106, Rz 148.

⁷⁶³ Act. VII.106, Rz 41 und Beilage 3.

⁷⁶⁴ Act. IV.7, Ziffern 361–366.

abgrenzen, in welchem die BERAG zu grossen Teilen gar nicht tätig ist. Würde man stattdessen auf die Untergrenze abstellen, kann die Marktabgrenzung direkt anhand der tatsächlich vorgenommenen Lieferungen abgegrenzt werden: Die vorgängige Definition einer Obergrenze hätte in diesem Fall keinen Einfluss auf die Marktabgrenzung.

603. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass die tatsächlich eingesetzten Transportmittel nicht den «*technischen Möglichkeiten*» entsprechen: Eine Thermomulde könnte theoretisch auch per Flugzeug oder Helikopter transportiert werden. Solche Transportmittel werden aus ökonomischen Gründen nicht eingesetzt, obwohl es technisch möglich wäre. Eine Abgrenzung anhand der technischen Möglichkeiten würde deshalb zu einem nochmal deutlich grösseren Markt führen als eine Abgrenzung anhand der mit den tatsächlich eingesetzten Transportmitteln möglichen Lieferdistanzen.⁷⁶⁵

604. Weil die technischen Möglichkeiten keinen Einfluss darauf haben, in welchen Gebieten die Marktgegenseite Asphaltmischgut nachfragt (vgl. Rz 87 ff. vorne), ist eine Abgrenzung des Marktes anhand der technischen Möglichkeiten vorliegend ohnehin nicht zielführend.

605. Eine Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes anhand der technischen Möglichkeiten in Märkten, in welchen diese kaum einen Einfluss auf das Nachfrageverhalten der Marktgegenseite haben, entspricht ausserdem nicht der neueren Praxis der WEKO und der Gerichte. Das Bundesgericht bestätigte zum Beispiel die durch die WEKO und das Bundesverwaltungsgericht vorgenommene räumliche Abgrenzung des Marktes im Verfahren *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion*, in welchem unter anderem zu beurteilen war, ob das Hallenstadion Zürich eine marktbeherrschende Stellung im Markt für die Durchführung von Musikgrossanlässen einnimmt: Der räumliche Markt wurde auf das Einzugsgebiet für Veranstaltungen des Hallenstadions, nämlich auf die Deutschschweiz abgegrenzt. Bei der entsprechenden Abgrenzung ist gemäss Bundesgericht «*der entsprechende Reiseweg bzw. die jeweilige Dauer das entscheidende Element*».⁷⁶⁶ Hingegen spielen die technischen Möglichkeiten keine Rolle. Es ist technisch ohne weiteres möglich, von ausserhalb der Deutschschweiz nach Zürich zu reisen, um dort ein Konzert zu besuchen. Ausserdem dürfte die Deutschschweiz dem Kerneinzugsgebiet entsprechen, da jedenfalls teilweise auch Zuschauerinnen und Zuschauer aus weiter entfernten Gebieten Konzerte im Hallenstadion besuchen.⁷⁶⁷

606. **Angebliche Inkonsistenz zu den angeordneten Verhaltensmassnahmen:** Des Weiteren bringt die BERAG vor, die vorliegend vorgenommene räumliche Marktabgrenzung sei inkonsistent mit dem bei der Anordnung von Massnahmen festgelegten Radius von 90 Fahrminuten (vgl. Ziffer 1.6 des Dispositivs).⁷⁶⁸

607. Der im Dispositiv im Zusammenhang mit den Verhaltensmassnahmen festgelegte Radius von 90 Fahrminuten hat den Zweck, Konkurrenzunternehmen der Belagswerke in Hasle und in Rubigen zu identifizieren. Konkurrenzunternehmen sind Unternehmen, welche zu vergleichbaren Kosten die gleichen Baustellen wie die Werke in Hasle bzw. Rubigen beliefern können. Massgebend sind dabei nicht nur die im Kernliefergebiet gelegenen Baustellen, da der Zweck der Auflage die Verhinderung von Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 5 KG ist. Art. 5 KG setzt keine marktbeherrschende Stellung voraus. Da die BERAG wie auch das Werk in Hasle auch Baustellen beliefern, die jedenfalls bis zu rund 45 Fahrminuten von den jeweiligen

⁷⁶⁵ Gleichzeitig ist klar, dass die Auswahl der für den Transport eingesetzten Transportmittel ein Marktergebnis ist. Deshalb würde eine Abgrenzung anhand der mit den tatsächlich eingesetzten Transportmitteln erreichbaren Distanzen die von den Parteigutachtern aufgestellte angebliche Anforderung nicht erfüllen, dass bei der Marktabgrenzung das Marktergebnis und die herrschende Konkurrenzsituation nicht berücksichtigt werden dürften (Act. VII.106, Beilage 1, Rz 42 f.).

⁷⁶⁶ BGer 2C.113/2017 vom 12.2.2020 E 5.4.2, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

⁷⁶⁷ Vgl. dazu die Ausführungen der WEKO, RPW 2012/1, 98 Rz 126 ff., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

⁷⁶⁸ Act. VII.106, Rz 42.

Werkstandorten entfernt sind, sind deshalb alle Werke, welche solche Baustellen zu vergleichbaren Transportkosten beliefern können, als Konkurrenzwerke zu betrachten. Dabei handelt es sich um alle Werke, welche ihrerseits aus entgegengesetzter Richtung die erwähnten Baustellen innerhalb von 45 Fahrminuten erreichen können. Deshalb sind alle Unternehmen, die innerhalb eines Radius von 90 Fahrminuten (entspricht dem Doppelten der erwähnten 45 Fahrminuten) der Werkstandorte in Rubigen bzw. Hasle selber ein Asphaltmischgutwerk betreiben, als Konkurrenzunternehmen zu betrachten.

C.4.4.2 Konkurrenzverbot der Aktionärinnen der BERAG

608. Wie schon bei der Abgrenzung des räumlichen Marktes bezüglich der Aktionärspreise und des Treuebonussystems der BERAG ist auch bei der räumlichen Abgrenzung in Bezug auf das Konkurrenzverbot der Aktionärinnen der BERAG den Kostenvorteilen aufgrund der Transportwege Rechnung zu tragen (vgl. Rz 582 ff.). Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass von der Abrede vor allem Belagsbezüge im räumlichen Geltungsbereich des Konkurrenzverbots (dazu Rz 462 ff.) betroffen waren. Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass der räumlich relevante Markt bezüglich des Konkurrenzverbots der Aktionärinnen der BERAG mindestens dem Geltungsbereich des Konkurrenzverbots, d.h. das Gebiet von Hindelbank und Jegensdorf, Lützelflüh, Langnau bis nach Thun, allenfalls auch weitere Gebiete umfasst.

C.4.4.3 Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH

609. Bezüglich der Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH umfasst der räumlich relevante Markt mindestens die Liefergebiete der BERAG und der BLH, allenfalls auch angrenzende Gebiete.

C.4.5 Zeitlich relevanter Markt

610. Da die vorliegend zu beurteilenden Verhaltensweisen in unterschiedlichen Zeiträumen ausgeübt wurden, ist der zeitlich relevante Markt folgendermassen differenziert nach Verhaltensweise abzugrenzen:

- Vorzugskonditionen der Aktionärinnen der BERAG und Treuebonussystem der BERAG: 2004 bis heute, da unzulässige Verhaltensweisen i.S.v. Art. 7 KG seit 2004 direkt sanktionierbar sind und da beide Verhaltensweisen bis heute andauern.
- Konkurrenzverbot der Aktionärinnen der BERAG: 1996 bis 2016, da Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG seit Inkrafttreten des Gesetzes im Jahr 1996 unzulässig sind und da das Konkurrenzverbot 2016 aufgehoben wurde.
- Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH: 1996 bis anfangs 2019, da Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG seit Inkrafttreten des Gesetzes im Jahr 1996 unzulässig sind und da die Abrede anfangs 2019 aufgehoben wurde.

C.4.6 Zwischenergebnis

611. Bezüglich der Vorzugskonditionen der Aktionärinnen der BERAG und des Treuebonussystems der BERAG entspricht der relevante Markt allen Arten von Asphaltmischgut, die innerhalb eines Radius von 32 Fahrminuten ab dem Werk der BERAG in Rubigen im Zeitraum von 2004 bis heute ausgeliefert wurden.

612. Bezüglich des Konkurrenzverbots der Aktionärinnen der BERAG entspricht der relevante Markt jedenfalls allen Arten von Asphaltmischgut, die im Zeitraum von 1996 bis 2016 im Geltungsbereich des Konkurrenzverbots ausgeliefert wurden.

613. Bezüglich der Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH entspricht der relevante Markt jedenfalls allen Arten von Asphaltmischgut, die im Zeitraum von 1996 bis 2019 im Liefergebiet der BERAG oder der BLH ausgeliefert wurden.

C.5 Marktbeherrschende Stellung der BERAG

C.5.1 Einleitung

614. Vorliegend wird geprüft, ob die Gewährung von Vorzugskonditionen an Aktionärinnen sowie die Ausrichtung eines Treuebonus missbräuchlich i.S.v. Art. 7 KG sind. Die Anwendung von Art. 7 KG setzt eine marktbeherrschende Stellung i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG voraus. Deshalb wird nachfolgend geprüft, ob die BERAG im relevanten Markt⁷⁶⁹ über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

615. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfragerinnen in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbenden, Anbietern oder Nachfragerinnen) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

616. 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. Massgebend ist eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Möglichkeit eines unabhängigen Verhaltens sprechen.⁷⁷⁰

C.5.2 Aktuelle Konkurrenz

617. Die BERAG verfügt im relevanten Markt im Vergleich zu den meisten Konkurrenten und Konkurrentinnen über einen Transportkostenvorteil. Je nach der konkreten Lage der zu beliefernden Baustelle trifft das zwar nicht auf alle Konkurrenzwerke zu. Insbesondere die leistungsstarken Werke im Norden der Stadt Bern haben aber gegenüber der BERAG namentlich bei der Belieferung von Baustellen im Süden der Stadt Bern einen Transportkostennachteil. Dieser ist insbesondere bei der Lieferung kleiner Mengen spürbar, da bei solchen Lieferungen die Transportkosten pro Tonne und Fahrminute im Vergleich zur Lieferung grösserer Mengen besonders hoch ausfallen (Rz 152 ff.).

618. Zusätzlich sind die Produktionskosten der BERAG aufgrund von Skalenvorteilen tiefer als diejenigen ihrer Konkurrenten und Konkurrentinnen, welche alle deutlich geringere Mengen produzieren (Rz 173). Die BERAG bringt diesbezüglich vor, «*gewisse Fixkosten (insb. die Ausgaben für Verwaltung, Unterhalt und Betrieb sowie für die Finanzierung und Amortisierung der Anlage)*» würden lediglich etwa [...] % der Herstellungskosten ausmachen.⁷⁷¹ Das trifft nicht zu. Die Kosten für Verwaltung alleine hatten 2004–2017 einen Anteil von [...] % an den Herstellungskosten der BERAG. Dazu kommen die Kosten für Unterhalt und Betrieb mit [...] % der Herstellungskosten (vgl. Abbildung 2 vorne). Darin sind die Kosten für Finanzierung und Amortisierung der Anlage noch nicht enthalten (vgl. Rz 97 vorne). Aus Abbildung 6 ist ersichtlich, dass die Kosten für Verwaltung, Unterhalt und Betrieb der BERAG je nach der jährlich produzierten Menge zwischen rund Fr. [...] und Fr. [...] pro Tonne schwanken. Deshalb ist

⁷⁶⁹ Zur Prüfung, ob die BERAG über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, wird auf den bezüglich der Vorzugskonditionen der Aktionärinnen der BERAG und des Treuebonussystems der BERAG abgegrenzten Markt abgestellt (vgl. Rz 571 ff.).

⁷⁷⁰ BGE 139 I 72, 97 E. 9.3.1, (= RPW 2013/1, 129 E. 9.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 402 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*.

⁷⁷¹ Act. VII.106, Rz 93.

davon auszugehen, dass die Skalenerträge im vorliegenden Markt eine relevante Grössenordnung erreichen.

619. Die BERAG verfügt ausserdem schon mindestens seit 2004 über Anlagen, die es ihr erlauben, einen höheren Anteil von Ausbauasphalt beizumischen als Werke ohne Paralleltrommel und damit insbesondere als das [...] Werk in [...] (Rz 169 f.). Dadurch fallen die Produktionskosten der BERAG im Vergleich zu Werken ohne Paralleltrommel zusätzlich tiefer aus.

620. Diese Kostenvorteile in Bezug auf Transport und Produktion führen dazu, dass die BERAG im relevanten Markt in der Preissetzung einen erheblichen Spielraum hat.

621. Ausserdem hat die BERAG im Vergleich zu anderen Werken sehr viele bedeutende Strassenbauunternehmen als Aktionärinnen eingebunden (Rz 135). Dadurch fällt es ihr leichter, diese Strassenbauer als Kundinnen zu gewinnen.

622. Die Kostenvorteile der BERAG, die Verbindung zu wichtigen Kunden und Kundinnen sowie die beschränkten Ausweichmöglichkeiten Dritter weisen auf eine starke Marktstellung der BERAG hin. Dabei handelt es sich um Aspekte, die zur Beurteilung der Möglichkeit eines unabhängigen Verhaltens relevant sind. Diese und weitere Aspekte haben einen Einfluss auf den Marktanteil. Da der Marktanteil zahlreiche solche Aspekte reflektiert, handelt es sich dabei um eine wichtige Kennzahl zur Beurteilung der Marktstellung.⁷⁷²

623. Im vorliegenden Fall beträgt der Marktanteil der BERAG im relevanten Markt rund zwei Drittel (Rz 220 ff.) und widerspiegelt damit in Übereinstimmung mit bereits diskutierten weiteren Aspekten die Stärke der Marktstellung der BERAG. Die BERAG war in der Lage, diesen hohen Marktanteil über den gesamten Zeitraum 2004–2021 aufrechtzuerhalten (Rz 220 ff. sowie Rz 224 ff.). Bei der Beurteilung der Marktstellung der BERAG ist ausserdem zu beachten, dass die nächst stärkste Konkurrentin im Vergleich zur BERAG einen rund [≥ 4 mal] geringeren Marktanteil erreicht und damit nur beschränkt in der Lage ist, den Handlungsspielraum der BERAG wesentlich einzuschränken.

624. Neben dem Marktanteil kann der Produktionsanteil zur Beurteilung der Marktverhältnisse herangezogen werden.⁷⁷³ Während der Marktanteil die Stärke eines Unternehmens im Drittkundenmarkt reflektiert, gibt der Produktionsanteil Aufschluss über den Anteil an den insgesamt von allen Strassenbauern verbauten Mengen Asphaltmischgut. Die BERAG erreicht im relevanten Markt auch diesbezüglich mit einem Anteil von [50–60 %] einen hohen Wert. Dabei ist ausserdem zu berücksichtigen, dass der Produktionsanteil der BERAG mehr als viermal höher ausfällt als der Produktionsanteil der nächst stärksten Konkurrentin (Rz 220 ff.). Selbst wenn unternehmensinterne Verkäufe berücksichtigt werden, gibt es also kein Konkurrenzunternehmen, welches eine ähnlich starke Marktstellung einnimmt wie die BERAG und welches den Handlungsspielraum der BERAG wesentlich einschränken könnte.

625. Die BERAG bringt vor, der Marktanteil vermittele ein verzerrtes Bild der Wettbewerbskräfte, weil dieser den von vertikal integrierten Unternehmen ausgehenden Wettbewerbsdruck nicht reflektiere.⁷⁷⁴

626. Tatsächlich würde sich ein verzerrtes Bild ergeben, wenn im vorliegenden Fall die Wettbewerbsverhältnisse einzig aufgrund des Marktanteils beurteilt würden. Das ist aber nicht der

⁷⁷² Vgl. z.B. BGE 139 I 72, 99 E. 9.3.3.2 (= RPW 2013/1, 129 f. E. 9.3.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGer, 2C.113/2017 vom 12.2.2020 E.5.5.2, *AG Hallenstadion, Ticketcorner AG/WEKO et al.*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 442, *Sanktionsverfügung – DCC*.

⁷⁷³ Vgl. RPW 2014/1, 233 Rz 158 ff., *Swatch Group Lieferstopp*; WEKO, 13.7.2020, Rz 414 ff., *Swatch Group Lieferstopp*, <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/publizierte-entscheide.html>> (15.4.2021).

⁷⁷⁴ Act. VII.106, Rz 114 ff.

Fall. Vielmehr berücksichtigt die Behörde zur Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse eine Vielzahl von Kriterien, unter anderem auch den Marktanteil. Der Marktanteil ist insbesondere aus den folgenden Gründen relevant:

- Nicht alle im Markt für Strassenbau tätigen Unternehmen verfügen über ein eigenes Asphaltmischgutwerk. Zur Beurteilung der Ausweichmöglichkeiten dieser Unternehmen ist der Marktanteil eine relevante Kennzahl, da diese nur auf Werke ausweichen können, welche unternehmensexterne Kundinnen und Kunden zu konkurrenzfähigen Preisen beliefern.
- Asphaltmischgutwerke müssen sich im Wettbewerb gegen andere Anbieterinnen und Anbieter durchsetzen, wenn sie an unternehmensexterne Kundinnen oder Kunden liefern wollen. Das ist bei Lieferungen an unternehmensinterne Abnehmerinnen oder Abnehmer nur in einem geringeren Ausmass der Fall, unter anderem weil das Gesamtunternehmen ein Interesse an der Auslastung des Belagswerks hat.⁷⁷⁵

627. Die BERAG hat also zum Beispiel bei der Belieferung der Bauunternehmung der [F3] einen Nachteil gegenüber dem Werk in Oberwangen. Die Tatsache, dass sich das Werk in Oberwangen dabei regelmässig durchsetzt, ist deshalb kein guter Indikator dafür, dass die BERAG im Markt für Asphaltmischgut durch das Werk in Oberwangen diszipliniert wird. Eine solche Disziplinierung kann erst indirekt über den Markt für Strassenbau erfolgen, und auch das nur in denjenigen Bereichen, in welchen die Bauunternehmung der [F3] im Wettbewerb mit den Kundinnen und Kunden der BERAG steht. Ausserdem dürfte die [F3] nur ein beschränktes Interesse daran haben, ihre Konkurrentinnen im Markt für Strassenbau zu attraktiven Bedingungen mit Asphaltmischgut zu beliefern, wenn sie sich für den gleichen Strassenbauauftrag interessiert, für welchen diese beim Werk in Oberwangen Offerten einholen. Aus diesen Gründen ist auch der Marktanteil bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse zu berücksichtigen.

628. Ausserdem bringt die BERAG vor, dass sämtliche der im relevanten Markt gelegenen Postleitzahlen von mindestens einem anderen Belagswerk im Zeitraum 2011–2018 mit Asphaltmischgut beliefert worden seien. Der überwiegende Anteil dieser Postleitzahlen sei sogar von mehr als 4 anderen Belagswerken beliefert worden.⁷⁷⁶

629. Es trifft zu, dass auch andere Belagswerke in der Lage sind, die im relevanten Markt gelegenen Baustellen zu beliefern. Es trifft ebenfalls zu, dass andere Belagswerke die im relevanten Markt gelegenen Postleitzahlen tatsächlich beliefert haben. Entsprechend verfügt die BERAG im relevanten Markt nicht über ein Monopol. Die Bedeutung der Marktstellung der BERAG kann zuverlässiger anhand der Markt- und Produktionsanteile im relevanten Markt

⁷⁷⁵ Vergleiche dazu den von der BERAG in Rz 123 der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats zitierten Entscheid des Bundeskartellamts: Darin stellt das Bundeskartellamt klar, dass der Anteil der Lieferungen an Dritte bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse von Bedeutung ist: «*In Bezug auf den Eigenverbrauch haben andere Anbieter nämlich nur in Ausnahmefällen eine Chance, als Lieferant ausgewählt zu werden, wenn die betroffene Baustelle sich im Liefergebiet der eigenen Anlage befindet. Dagegen muss sich der Asphalt Hersteller bei der Belieferung von Dritten erst im Wettbewerb mit anderen Anbietern durchsetzen. Folglich hat der Eigenverbrauch ein geringeres Gewicht bei der Bewertung, welche Bedeutung einem Anbieter von Asphalt nach seinem Marktanteil zukommt*» (BKartA, B 1-190/07, Faber/BAG/AML, Rz 50). Vergleiche dazu auch die Aussage von [N24], Act. IV.10, Ziffern 264–270, wobei zu berücksichtigen ist, dass zwar nur auf Lieferungen unternehmensexterner Werke und nicht auf Lieferungen unternehmensinterner Werke Mehrwertsteuer erhoben wird. Die auf dem Einkauf von Asphaltmischgut von externen Werken erhobene Mehrwertsteuer kann aber mit der auf dem Preis für Strassenbauleistungen geschuldeten Mehrwertsteuer verrechnet werden kann. Deshalb führt die Mehrwertsteuer nicht zu zusätzlichen Vorteilen für unternehmensinterne Belagswerke.

⁷⁷⁶ Act. VII.106, Rz 262 ff.

beurteilt werden als anhand des von der BERAG und ihren Parteigutachterinnen und Parteigutachtern vorgebrachten Anteils der Postleitzahlen, welche auch noch von anderen Werken beliefert wurden: Im Gegensatz zu den Markt- und Produktionsanteilen trägt diese Kenngrösse weder der stark unterschiedlichen Bedeutung der verschiedenen Postleitzahlen noch der Unterschiede in Bezug auf die von den verschiedenen Belagswerken gelieferten Mengen Rechnung. Zwar sind andere Werke technisch in der Lage, den relevanten Markt zu beliefern. Trotzdem setzten sich im Wettbewerb insbesondere die weit entfernten Werke nur selten durch.

630. Unter Einbezug aller vorgenannter Aspekte ist deshalb festzuhalten, dass die BERAG sich im aktuellen Wettbewerb im Wesentlichen unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann.

C.5.3 Potenzielle Konkurrenz

631. Neueintritte in den Markt für Asphaltmischgut werden durch verschiedene Umstände erschwert: Für die Errichtung und den Betrieb eines Asphaltmischgutwerks sind Bewilligungen sowie ein Bedarfsnachweis erforderlich (Rz 234). Ausserdem sind Asphaltmischgutwerke auf Zugang zu Gesteinskörnungen angewiesen. Dieser ist nicht ohne Weiteres gewährleistet. Einerseits setzt der Kiesliefervertrag der BERAG mit den lokalen Kiesproduzenten die Zustimmung der BERAG für die Belieferung anderer Belagswerke voraus. Andererseits ist die Eröffnung einer neuen Kiesgrube – wenn überhaupt – nur zu hohen Kosten und mit jahrelanger Vorlaufzeit möglich (Rz 235). Ausserdem sind allein für eine neue Anlage Investitionen von mehr als [8–12] Mio. Fr. erforderlich. Ein Neueintritt setzt zudem ein gewisses Know-How voraus (Rz 236).

632. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass die Dichte der bestehenden Werke relativ gross ist (vgl. Abbildung 9 vorne). Ein neu in den Markt eintretendes Werk wäre deshalb nur in einem relativ kleinen Gebiet durch einen Transportkostenvorteil im Vergleich zu anderen Werken geschützt. Dadurch wird ein Neueintritt erschwert.

633. Ausserdem hat die BERAG im Vergleich zu anderen Werken sehr viele bedeutende Strassenbauunternehmen als Aktionärinnen eingebunden (Rz 135). Für ein neu in den Markt eintretendes Asphaltmischgutwerk wäre es schwierig, der BERAG diese Kundinnen streitig zu machen.

634. Schliesslich haben sich zahlreiche potenzielle Konkurrenten und Konkurrentinnen bis 2016 verpflichtet, die BERAG nicht zu konkurrenzieren (vgl. Rz 440 ff.). Dadurch wird der Kreis der potenziellen Konkurrenten und Konkurrentinnen eingeschränkt, wodurch die Wahrscheinlichkeit eines Neueintritts zusätzlich reduziert wird.

635. Die BERAG bringt vor, beim nachgelagerten Markt für Strassenbau würde es sich um einen sogenannten «*Ausschreibungsmarkt*» handeln, weil dort der Grossteil der Aufträge von der öffentlichen Hand im Rahmen von Submissionsverfahren vergeben werden. In Ausschreibungsmärkten sei die potenzielle Konkurrenz stärker, weil die Ausgangslage bei jeder Ausschreibung wieder offen und dadurch Neueintritte leichter möglich seien.⁷⁷⁷

636. Vorliegend ist die potenzielle Konkurrenz im Markt für Asphaltmischgut und nicht im Markt für Strassenbau zu beurteilen. Neueintritte im Markt für Strassenbau führen nicht zur Reduktion der vorgenannten Eintrittsschranken zum Markt für Asphaltmischgut. Einzig die starke Kundenbeziehung der BERAG zu ihren Aktionärinnen würde an Bedeutung verlieren, wenn neue Unternehmen in den Markt für Strassenbau eintreten würden. Dieser Effekt reicht

⁷⁷⁷ Act. VII.106, Rz 273.

aber nicht aus, um die weiterhin bestehenden Eintrittsschranken in Frage zu stellen. Ausserdem führen insbesondere die Vorzugskonditionen der BERAG dazu, dass Neueintritte im Markt für Strassenbau erschwert werden.

637. Aus diesen Gründen ist festzuhalten, dass die potenzielle Konkurrenz im Markt für Asphaltmischgut zu schwach ist, um die BERAG in ihrem Marktverhalten disziplinieren zu können.

C.5.4 Stellung der Marktgegenseite

638. Da es keine Substitute für Asphaltmischgut gibt, kann die Marktgegenseite nicht auf andere Produkte ausweichen. Einzige Alternative zum Bezug bei der BERAG ist der Bezug bei einem anderen Asphaltmischgutwerk. Zwar sind auch andere Belagswerke in der Lage, die im relevanten Markt gelegenen Baustellen zu beliefern. Insbesondere für die weiter entfernt gelegenen Werke stellen aber die hohen Transportkosten ein Hindernis dar, welches in den entsprechenden Markt- und Produktionsanteilen dieser Werke reflektiert ist (vgl. Abbildung 16 und Abbildung 17 vorne).

639. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass die meisten Konkurrentinnen der BERAG Dritte im Vergleich zu Aktionärinnen oder konzerninternen Abnehmern jedenfalls beim Bezug kleinerer Mengen nur zu höheren Preisen mit Asphaltmischgut beliefern (vgl. Rz 183 und insbesondere Fussnote 233). Deshalb sind die Ausweichmöglichkeiten insbesondere für Bauunternehmungen, die an keinem Asphaltmischgutwerk beteiligt sind und insbesondere beim Bezug kleiner Mengen, beschränkt.

640. Da Nichtaktionäre nur rund [<33] % des von der BERAG hergestellten Asphaltmischguts beziehen (vgl. Rz 135) und da sich dieser Absatz auf verschiedene Nichtaktionäre verteilt, befinden sich diese gegenüber der BERAG in einer eher schwachen Verhandlungsposition. Sie können deshalb den Handlungsspielraum der BERAG nicht wesentlich einschränken.

641. Die BERAG macht geltend, ihre Kunden seien gross, finanzkräftig, sachkundig und professionell. Deshalb sei die Stellung der Marktgegenseite als stark zu bewerten. Ausserdem habe die Nachfragemacht der öffentlichen Hand auf dem nachgelagerten Markt für Strassenbau eine stark disziplinierende Wirkung auf die BERAG.⁷⁷⁸

642. Bei den Kundinnen der BERAG handelt es sich tatsächlich zum überwiegenden Anteil um sachkundige Unternehmungen, die wissen dürften, welche anderen Werke Asphaltmischgut liefern können. Bei grösseren Mengen holen diese Unternehmungen ausserdem bei mehreren Werken Offerten ein (vgl. Rz 184 vorne). Deshalb hat die BERAG kaum die Möglichkeit, schlecht informierte Abnehmerinnen oder Abnehmer auszunützen. Ausserdem wählt die Marktgegenseite insbesondere aufgrund der Vorgaben der als Endnachfragerin auftretenden öffentlichen Hand im Wesentlichen aufgrund des Preises eine Anbieterin von Asphaltmischgut aus (vgl. Rz 136 vorne). Der preisliche Spielraum der BERAG wird deshalb nicht durch unprofessionelle oder schlecht informierte Abnehmer oder Endnachfragerinnen, sondern durch die Kostenvorteile der BERAG gegenüber anderen Herstellern begründet. Ausserdem erschweren die vorangehend beschriebenen Markteintrittsschranken (vgl. Rz 234 ff. vorne) selbst finanzkräftigen Bauunternehmungen einen allfälligen Neueintritt in den Markt für Asphaltmischgut. Aus diesen Gründen können selbst die gut informierten Kundinnen und Kunden der BERAG deren Handlungsspielraum nicht wesentlich einschränken.

C.5.5 Zwischenergebnis

643. Die BERAG ist im relevanten Markt einer relativ schwachen aktuellen Konkurrenz ausgesetzt und kann sich im Wesentlichen unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten.

⁷⁷⁸ Act. VII.106, Rz 274 ff.

Aufgrund der hohen Markteintrittsschranken vermag der durch das Konkurrenzverbot reduzierte Kreis potenzieller Konkurrenten und Konkurrentinnen diesen Handlungsspielraum der BERAG nicht einzuschränken. Da die Marktgegenseite nur beschränkte Ausweichmöglichkeiten hat, kann auch sie die BERAG nicht disziplinieren. Aus diesen Gründen steht fest, dass die BERAG im relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.

C.6 Vorzugskonditionen für Aktionärinnen der BERAG

C.6.1 Einleitung

644. Gemäss der Generalklausel von 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.

645. Art. 7 KG kann demnach nur auf marktbeherrschende Unternehmen i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG angewandt werden. Deshalb ist zunächst zu prüfen, ob die BERAG über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Dies ist vorliegend zu bejahen (vgl. Rz 614 ff. vorne).

646. Zusätzlich setzt die Anwendung von Art. 7 KG das Vorliegen eines Missbrauchs voraus. Dabei kann zwischen einem sog. Behinderungsmisbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmisbrauch unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.⁷⁷⁹

647. Ein *Behinderungsmisbrauch* liegt vor, wenn andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Behinderung auf dem Markt des marktbeherrschenden Unternehmens oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert. Ein Behinderungsmisbrauch umfasst somit sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen aktuelle oder potenzielle Konkurrenten und Konkurrentinnen oder Handelspartner und Handelspartnerinnen richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder einem benachbarten Markt einschränken.⁷⁸⁰

648. Demgegenüber wird bei einem *Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmisbrauch* die Marktgegenseite benachteiligt, indem dieser ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden.⁷⁸¹

649. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll.⁷⁸² Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise; es müssen vielmehr immer die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt.⁷⁸³

650. Wie es das Bundesgericht im Fall «*Publigroupe*» festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt: In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. *legitimate business reasons*) zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt.⁷⁸⁴

651. Nachfolgend wird zunächst geprüft, ob die BERAG durch die Gewährung von Vorzugskonditionen an ihre Aktionärinnen ihre Kunden und Kundinnen in unzulässiger Weise ungleich

⁷⁷⁹ RPW 2010/1, 166 Rz 322, *Preispolitik Swisscom ADSL*; vgl. auch BGE 139 I 72 E. 10.1.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁷⁸⁰ BGE 139 I 72 E. 10.1.1 m.w.H., *Publigroupe SA et al./WEKO*; vgl. auch Botschaft KG 1995, BBI 1995 468, 569.

⁷⁸¹ BGE 139 I 72 E. 10.1.1 m.w.H., *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁷⁸² Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 71, *Erdgas Zentralschweiz AG*; Botschaft KG 1995, BBI 1995 468, 570.

⁷⁸³ Vgl. Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468, 570; RPW 2004/2, 368 Rz 57 *Produktebündel „Talk & Surf“*.

⁷⁸⁴ BGE 139 I 72 104 E. 10.1.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, m. w. H.

behandelt und damit den Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt.

652. Zusätzlich zum Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung setzt dieser Tatbestand die kumulative Erfüllung der folgenden vier Tatbestandsmerkmale voraus.⁷⁸⁵

- Ungleichbehandlung: Es liegt eine Verhaltensweise vor, die bei gleichem Sachverhalt zu einer Ungleichbehandlung oder bei ungleichem Sachverhalt zu einer Gleichbehandlung führt.
- Handelspartner: Die Diskriminierung betrifft Handelspartner.
- Wettbewerbsbehinderung: Durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt.
- Keine Rechtfertigungsgründe: Die durch die Verhaltensweise bewirkte Ungleichbehandlung ist nicht sachlich gerechtfertigt.

653. Die ersten drei dieser Tatbestandsmerkmale ergeben sich direkt aus dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG. Die entsprechende Prüfung beinhaltet jedenfalls den ersten Prüfschritt des dualen Prüfmusters von Art. 7 Abs. 1 KG, bei welchem eruiert wird, ob eine Behinderung oder eine Benachteiligung vorliegt. Ein Missbrauch i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Abs. 1 KG liegt vor, falls die zu beurteilende Verhaltensweise ausserdem nicht durch sachliche Gründe (sog. *legitimate business reasons*) gerechtfertigt werden kann.⁷⁸⁶

654. Nachfolgend wird geprüft, ob die Gewährung von Vorzugskonditionen an die Aktionärinnen der BERAG die erwähnten vier Tatbestandsmerkmale erfüllt. Dazu werden jeweils zunächst die Voraussetzungen des zu prüfenden Tatbestandsmerkmals näher erläutert.

C.6.2 Ungleichbehandlung

C.6.2.1 Voraussetzungen

655. Eine Ungleichbehandlung liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Handelspartner bei gleichem Sachverhalt ungleich behandelt oder bei ungleichem Sachverhalt gleich behandelt.⁷⁸⁷ Die zu vergleichenden Sachverhalte müssen dabei nicht identisch, sondern lediglich gleichwertig sein. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn sich die Ungleichbehandlung auf gleichartige Produkte oder Dienstleistungen bezieht und sich die zu vergleichenden Geschäfte hinsichtlich der im Geschäftsverkehr als erheblich angesehenen Merkmale nicht wesentlich unterscheiden.⁷⁸⁸

C.6.2.2 Subsumption

656. Die Preispolitik der BERAG sieht vor, Aktionärinnen zu besseren Konditionen mit Asphaltmischgut zu beliefern als Nichtaktionäre: Für Aktionärinnen gelten tiefere Listenpreise,

⁷⁸⁵ Vgl. z.B. RPW 2020/2, 572 Rz 844 ff., Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen.

⁷⁸⁶ Vgl. z.B. BGE 146 II 217 236 f. E. 5.9, *Swisscom AG und Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

⁷⁸⁷ RPW 2008/4, 544 Rz 224, Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern.

⁷⁸⁸ RPW 2016/1, 195 Rz 459, *Swisscom WAN-Anbindung*; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 KG N 206 ff. Die Frage, ob die ungleich behandelten Handelspartner oder Handelspartnerinnen im Wettbewerb zueinander stehen, wird bei der Beurteilung des Vorliegens einer Behinderung oder Benachteiligung berücksichtigt (Drittes Tatbestandsmerkmal, Rz 651, dritter Spiegelstrich), nicht aber zur Beurteilung, ob eine Ungleichbehandlung vorliegt.

tieferen Offertpreise, tiefere Endpreise und vorteilhaftere weitere Konditionen (vgl. Rz 242 ff. vorne). Nachfolgend wird dargelegt, dass diese Ungleichbehandlung Geschäfte betrifft, die sich hinsichtlich der im Geschäftsverkehr als erheblich angesehenen Merkmale nicht unterscheiden.

657. **Listenpreise:** Die Listenpreise für Aktionärinnen liegen rund 15 % unter den Listenpreisen für Nichtaktionäre. Diese Ungleichbehandlung kann weder auf unterschiedliche Jahresbezugsmengen von Aktionärinnen und Nichtaktionären noch auf unterschiedliche Bezugsmengen pro Ladung zurückgeführt werden: Die grössten Nichtaktionäre beziehen pro Jahr ähnlich viel wie die kleinsten Aktionärinnen und die Bezugsmenge pro Ladung ist bei ihnen ähnlich hoch. Trotzdem kommen auch für die grössten Nichtaktionäre die deutlich höheren Listenpreise für Nichtaktionäre zur Anwendung, während selbst die kleinsten Aktionärinnen gemäss der Aktionärspreisliste beziehen können (vgl. Rz 256 ff. vorne).

658. Aus diesen Gründen kann die Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären bezüglich der Listenpreise nicht durch Unterschiede in Bezug auf für den Geschäftsverkehr erhebliche Merkmale gerechtfertigt werden. Damit sind die Voraussetzungen der Ungleichbehandlung in Bezug auf die Listenpreise erfüllt.

659. **Offertpreise:** Wird ein grösseres Strassenbauprojekt ausgeschrieben, holen in der Regel zahlreiche Bauunternehmungen Offerten für das dafür benötigte Asphaltmischgut bei den umliegenden Belagswerken ein. Die BERAG erstellt zwar Offerten für Aktionärinnen und Nichtaktionäre, bietet den Aktionärinnen aber systematisch bessere Offertpreise an (vgl. Rz 287 ff. vorne).

660. Da es sich dabei um Lieferungen identischer Erzeugnisse für identische Objekte handelt, liegt eine Ungleichbehandlung von Geschäften vor, die sich in Bezug auf die im Geschäftsverkehr als erheblich angesehenen Merkmale nicht unterscheiden. Damit sind die Voraussetzungen der Ungleichbehandlung in Bezug auf die Offertpreise erfüllt.

661. **Endpreise:** Auch in Bezug auf die Endpreise behandelt die BERAG Aktionärinnen und Nichtaktionäre ungleich: Nichtaktionäre bezahlen fast immer einen Endpreis, der über dem Listenpreis für Aktionärinnen liegt. Der Endpreis für Aktionärinnen liegt hingegen nie über dem Aktionärslistenpreis und oft sogar darunter. Aktionärinnen können unabhängig von der Grösse der Lieferung, den Eigenschaften der zu beliefernden Baustelle oder der Jahresbezugsmenge der Aktionärin immer zu einem Endpreis beziehen, der tiefer oder gleich dem Aktionärslistenpreis ist. Würde die BERAG das an Nichtaktionäre gelieferte Asphaltmischgut unter identischen Umständen stattdessen an eine Aktionärin liefern, hätte die Aktionärin folglich in der Regel weniger bezahlt. (vgl. Rz 304 ff. vorne).

662. Damit ist klar, dass die Voraussetzungen der Ungleichbehandlung auch in Bezug auf die Endpreise erfüllt sind.

663. Dieser Befund wird zusätzlich durch eine Untersuchung der Endpreise der im Untersuchungszeitraum neu als Aktionärinnen aufgenommenen Unternehmen bestätigt. Diese bezahlen nach der Aufnahme weniger als vor der Aufnahme als Aktionärin und der Anteil des bei der BERAG bezogenen Asphaltmischguts nimmt nach der Aufnahme als Aktionärin deutlich zu (vgl. Rz 336 ff. vorne).

664. Die gleichen Unternehmen bezahlen also als Aktionärinnen weniger als sie als Nichtaktionäre bezahlt haben.

665. **Weitere Konditionen:** Die BERAG gewährt ihren Aktionärinnen Vorzugskonditionen in Bezug auf Zuschläge für Arbeiten ausserhalb der regulären Geschäftszeiten sowie in Bezug auf die Auszahlung des Treuebonus bei Arbeitsgemeinschaften. Ob diese Vorzugskonditionen

gewährt werden, ist einzig vom Aktionärsstatus des Kunden bzw. der Kundin abhängig. Andere allenfalls im Geschäftsverkehr als erheblich angesehene Merkmale spielen keine Rolle (vgl. Rz 354 ff. vorne).

666. Damit ist klar, dass die Voraussetzungen der Ungleichbehandlung auch in Bezug auf die erwähnten weiteren Konditionen erfüllt sind.

667. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die BERAG Aktionärinnen und Nichtaktionäre in Bezug auf Listenpreise, Offertpreise, Endpreise und weitere Konditionen ungleich behandelt. Diese Ungleichbehandlung bezieht sich auf gleichartige Erzeugnisse und auf Geschäfte, die sich hinsichtlich der im Geschäftsverkehr als erheblich angesehenen Merkmale nicht wesentlich unterscheiden. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Ungleichbehandlung erfüllt.

C.6.3 Handelspartner

C.6.3.1 Voraussetzungen

668. Handelspartner sind insbesondere Personen, die im Verhältnis zum marktbeherrschenden Unternehmen auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem im geschäftlichen Kontakt sind.⁷⁸⁹ Dabei ist unerheblich, ob ein Geschäft tatsächlich realisiert wird oder ob es aufgrund der Ungleichbehandlung bereits in der Anbahnungsphase scheitert.⁷⁹⁰

C.6.3.2 Subsumption

669. Die BERAG behandelt ihre Kunden und Kundinnen ungleich. Diese sind im nachgelagerten Markt für Strassenbau tätig. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Handelspartner erfüllt.

C.6.4 Wettbewerbsbehinderung

C.6.4.1 Voraussetzungen

670. Eine Behinderung anderer Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs liegt insbesondere dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine in vor- oder nachgelagerten Märkten tätigen Handelspartner oder Handelspartnerinnen ungleich behandelt und dadurch der Wettbewerb in diesen vor- oder nachgelagerten Märkten verfälscht

⁷⁸⁹ Im vorliegenden Fall kann offengelassen werden, ob auch Unternehmen, die im gleichen Markt wie das marktbeherrschende tätig sind, unter den Begriff des Handelspartners subsummiert werden können (verneinend z.B. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 788), Art. 7 N 155; bejahend z.B. RPW 2020/2, 572 Rz 852 ff., *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*). Wie nachfolgend gezeigt wird, führt die hier zu beurteilende Verhaltensweise nämlich zu einer Wettbewerbsbehinderung im nachgelagerten Markt.

⁷⁹⁰ BGE 139 I 72, 104f. E. 10.2.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*; RPW 2016/1, 195 Rz 460, *Swisscom WAN-Anbindung*.

wird.⁷⁹¹ Zur Beurteilung des Vorliegens einer Wettbewerbsverfälschung ist die Wahrscheinlichkeit massgebend, dass die zu beurteilende Ungleichbehandlung zu einer Wettbewerbsverfälschung führt. Ein Nachweis tatsächlicher Auswirkungen ist hingegen nicht erforderlich.⁷⁹²

C.6.4.2 Subsumption

671. Die BERAG verfolgt mit der Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären den Zweck, ihren Aktionärinnen einen Vorteil im nachgelagerten Markt für Strassenbau zu verschaffen (vgl. Rz 367 ff. vorne). Das spricht dafür, dass die vorliegende Diskriminierung geeignet ist, die schlechter behandelten Nichtaktionäre in der Ausübung und Aufnahme des Wettbewerbs im Markt für Strassenbau zu behindern und damit den Wettbewerb im Markt für Strassenbau zu verfälschen.

672. Ausserdem zeigen mehrere Aussagen von Verwaltungsräten der BERAG, dass diese davon ausgehen, dass die vorliegende Ungleichbehandlung tatsächlich einen wesentlichen Einfluss auf den Wettbewerb im Markt für Strassenbau hat (vgl. Rz 382 ff. vorne). Auch diese Tatsache spricht dafür, dass die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen geeignet sind, den Wettbewerb im nachgelagerten Markt für Strassenbau zu beeinträchtigen.

673. Zusätzlich zum verfolgten Zweck und der Einschätzung von Vertretern der BERAG ist die vorliegende Ungleichbehandlung auch objektiv geeignet, den Wettbewerb im nachgelagerten Markt für Strassenbau zu beeinträchtigen: Für Nichtaktionäre gilt ein rund 15 % höherer Listenpreis als für Aktionärinnen. Auch die Offert- und die Endpreise für Nichtaktionäre sind wesentlich höher als für Nichtaktionäre. Zudem werden Nichtaktionäre in Bezug auf weitere Konditionen schlechter behandelt. Unter Berücksichtigung all dieser Faktoren steht fest, dass Nichtaktionäre für vergleichbare Lieferungen von Asphaltmischgut deutlich mehr bezahlen als Aktionärinnen.

674. Im Markt für Strassenbau ist der Preis der wichtigste Wettbewerbsparameter (vgl. Rz 136 vorne). Da ausserdem die Materialkosten für Asphaltmischgut ein bedeutender Kostenfaktor im Markt für Strassenbau sind (vgl. Rz 137 ff. vorne), ist eine Ungleichbehandlung in Bezug auf den Preis für Asphaltmischgut geeignet, den Wettbewerb im Markt für Strassenbau zu beeinträchtigen: Zahlt eine Bauunternehmung deutlich mehr für Asphaltmischgut, ist sie gezwungen, ihrerseits höhere Preise für die Ausführung von Aufträgen im Markt für Strassenbau zu verlangen oder eine geringere Marge in Kauf zu nehmen als ihre Konkurrenten und Konkurrentinnen. Somit werden Nichtaktionäre durch die im Vergleich zu den Aktionärinnen höheren Asphaltmischgutpreise in Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs im Markt für Strassenbau behindert.

⁷⁹¹ Das Bundesgericht hält im Entscheid «*Publigroupe*» sinngemäss fest, dass der hauptsächliche Schutzzweck von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG darin bestehe, in vor- oder nachgelagerten Märkten tätige Handelspartner davor zu schützen, dass ihre Stellung im Wettbewerb durch Diskriminierung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen beeinträchtigt werde. BGE 139 I 72, 105 E. 10.2.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, mit Verweis vor allem auf BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 788), Art. 7 KG N 204.

Wie bereits in Fussnote 789 dargelegt wurde, muss im vorliegenden Fall nicht geklärt werden, ob auch dann eine Wettbewerbsbehinderung vorliegt, wenn die zu beurteilende Verhaltensweise geeignet ist, den Wettbewerb in demjenigen Markt zu beeinträchtigen, in welchem das marktbeherrschende Unternehmen selber tätig ist. Wie nachfolgend gezeigt wird, führt die hier zu beurteilende Verhaltensweise nämlich zu einer Wettbewerbsbehinderung im nachgelagerten Markt.

Ebenfalls offen gelassen werden kann die Frage, ob ein reiner Ausbeutungsmissbrauch von Art. 7 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG erfasst werden könnte, da die vorliegend zu beurteilende Verhaltensweise geeignet ist, den Wettbewerb im nachgelagerten Markt zu behindern.

⁷⁹² BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1207, *Six Group AG, SIX Payment Services AG/WEKO*.

675. Diese Behinderung hat zur Folge, dass die Aufträge im Markt für Strassenbau teilweise nicht an die kostengünstige Bauunternehmung vergeben werden. Die vorliegende Ungleichbehandlung ist deshalb geeignet, den Wettbewerb im Markt für Strassenbau zu verfälschen.

676. Damit ist das Tatbestandselement der Wettbewerbsbehinderung erfüllt.

677. Die BERAG bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vor, die BERAG verkaufe nur rund [<33] % des von ihr produzierten Asphaltmischguts an Nichtaktionäre. Davon werde [<50 %] an Kleinbezüger geliefert, worunter Gartenbaubetriebe, das Tiefbauamt der Stadt Bern sowie Privatprojekte, etc. zu verstehen seien. Diese Mengen würden nicht auf den nachgelagerten Markt für Strassenbau gelangen und könnten deshalb den Wettbewerb in diesem Markt nicht beeinträchtigen.⁷⁹³

678. Dem ist Folgendes entgegenzuhalten: Es ist davon auszugehen, dass Nichtaktionäre auch deshalb relativ wenig Asphaltmischgut bei der BERAG beziehen, weil sie dafür mehr zahlen müssen als die Aktionärinnen der BERAG. Wenn zum Beispiel ein Nichtaktionär sich für ein Projekt im relevanten Markt interessiert, wird die BERAG ihm in der Regel einen höheren Offertpreis anbieten als ihren Aktionärinnen (vgl. Rz 287 ff. vorne). Dadurch erschwert es die BERAG den Nichtaktionären, überhaupt im relevanten Markt tätig zu werden. Deshalb sind die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen geeignet, den Wettbewerb im Markt für Strassenbau zu verfälschen, obwohl die BERAG nur relativ wenig Asphaltmischgut an Nichtaktionäre liefert.

679. Steht ein Nichtaktionär hingegen nicht im Wettbewerb mit den Aktionärinnen der BERAG, ist eine allfällige Ungleichbehandlung eines solchen Nichtaktionärs auch nicht geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen. Das trifft zum Beispiel auf das Tiefbauamt der Stadt Bern zu. Gemäss der erwähnten Schätzung der BERAG handelt es sich aber bei rund [>50 %] des an Nichtaktionäre gelieferten Asphaltmischguts um Lieferungen an Strassenbauunternehmen. Diese stehen im Wettbewerb mit den Aktionärinnen der BERAG und deshalb sind die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen geeignet, den Wettbewerb im Markt für Strassenbau zu beeinträchtigen.

680. Die BERAG bringt weiter vor, man könne anhand eines Vergleichs des Preisniveaus für Asphaltmischgut zwischen dem Raum Bern und angrenzenden Gebieten (z.B. Berner Jura, Oberaargau, Fribourg, Neuenburg, etc.) feststellen, ob die BERAG eine marktbeherrschende Stellung missbraucht habe. Läge ein Missbrauch vor, müssten die Preise in der Region Bern höher sein als in angrenzenden Gebieten. Das sei nicht der Fall. Die Preise für Lieferung, maschinellen Einbau und Verdichtung von zwei Asphaltmischgutsorten seien gemäss Bundesamt für Statistik in der Grossregion Espace Mittelland sogar tiefer als im schweizerischen Durchschnitt.⁷⁹⁴

681. Diesem Einwand ist Folgendes zu entgegen: Der BERAG wird nicht vorgeworfen, überhöhte Preise für Asphaltmischgut verlangt zu haben. Vielmehr handelt es sich sowohl bei den Vorzugskonditionen für Aktionärinnen als auch bei der Gewährung eines Treuebonus um Behinderungsmissbräuche. Vorliegend wurde nachgewiesen, dass Nichtaktionäre im Vergleich zu Aktionärinnen höhere Preise bezahlten und dass diese Verhaltensweise geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Hingegen ist es nicht erforderlich, die tatsächliche Auswirkung der Vorzugskonditionen für Aktionärinnen auf den Preis im nachgelagerten Markt für Strassenbau nachzuweisen (vgl. Rz 670 vorne).

682. Ausserdem ist der von der BERAG vorgenommene Preisvergleich nicht geeignet, Auswirkungen der Aktionärspreise der BERAG auf die Preise im nachgelagerten Markt für Strassenbau zu identifizieren, insbesondere weil dazu nicht die Preise im relevanten Markt, sondern diejenigen in der Grossregion Espace Mittelland herangezogen werden: Die Grossregion

⁷⁹³ Act. VII.106, Rz 198.

⁷⁹⁴ Act. VII.106, Rz 61 ff.

Espace Mittelland besteht aus den Kantonen Bern, Freiburg, Solothurn, Neuenburg und Jura und ist damit um ein Vielfaches grösser als der vorliegend relevante Markt.⁷⁹⁵ Ausserdem können sich die Preise in verschiedenen Regionen zum Beispiel auch aufgrund von Unterschieden in Bezug auf die Verfügbarkeit von Rohstoffen wie Gesteinskörnungen unterscheiden.

C.6.5 Keine Rechtfertigungsgründe

C.6.5.1 Voraussetzungen

683. Eine Ungleichbehandlung ist nur dann unzulässig, wenn dafür kein sachlicher Grund vorliegt. Solche Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z.B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann.⁷⁹⁶ Sachliche Gründe zur Rechtfertigung eines Behinderungs- oder eines Ausbeutungsmisbrauchs müssen vom marktbeherrschenden Unternehmen hinreichend detailliert vorgetragen werden.⁷⁹⁷

684. Bei der Prüfung, ob eine allfällige Diskriminierung i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG 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 bezüglich ihrer Zahlungsfähigkeit, würde es sich nicht um äquivalente Geschäfte handeln. Diese Prüfung muss an dieser Stelle nicht erneut durchgeführt werden.

685. Ausserdem ist zu beachten, dass die Branchenüblichkeit einer Verhaltensweise kein Rechtfertigungsgrund ist. Verhalten sich zahlreiche Unternehmen einer Branche ähnlich, kann das zwar ein Indiz dafür sein, dass sachliche Gründe für das beobachtete Verhalten vorliegen, zum Beispiel, weil durch das beobachtete Verhalten Kosteneinsparungen erzielt werden können. Die Branchenüblichkeit allein ist zur Rechtfertigung aber nicht hinreichend.

686. Unabhängig vom konkreten Grund kann ein Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens nur dann gerechtfertigt werden, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt wird. Insbesondere darf keine ebenso gut zur Erreichung des Rechtfertigungsgrunds geeignete Verhaltensweise zur Verfügung stehen, welche sich weniger wettbewerbsverfälschend auswirkt.⁷⁹⁸

C.6.5.2 Subsumption

687. **Branchenüblichkeit:** Neben der BERAG führen auch andere Belagswerke der Region separate Preislisten für Aktionärinnen und Nichtaktionäre (vgl. Fussnote 233 vorne). Hingegen ist unklar, ob Offert- und Endpreise bei diesen anderen Werken ebenfalls je nach Aktionärsstatus der Kunden und Kundinnen unterschiedlich hoch ausfallen.

688. Diese Frage muss nicht geklärt werden, da sie zur Beurteilung der vorliegenden Preisdiskriminierung nicht relevant ist: Durch die hohen Transportkosten sowie durch die erforderlichen Investitionen ist im Markt für Asphaltmischgut kein vollkommener Wettbewerb möglich. Die meisten Werke verfügen über eine gewisse Marktmacht, wenn auch nicht über eine marktbeherrschende Stellung. Ausserdem werden die meisten Werke entweder von vertikal inte-

⁷⁹⁵ <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kataloge-datenbanken/definitionen.html#definition-app-g>> (14.1.2022).

⁷⁹⁶ Für weitere mögliche Rechtfertigungsgründe vgl. z.B. RPW 2014/4, 687 Rz 124, *Preispolitik SDA*.

⁷⁹⁷ BGE 146 II 217 228 E. 4.2, Swisscom AG und Swisscom (Schweiz) AG/WEKO, m.w.H.

⁷⁹⁸ RPW 2014/4, 687 Rz 125, *Preispolitik SDA*; RPW 2011/1, 165 Rz 409 m.w.H., SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

grierten Unternehmen oder gemeinsam von im Strassenbau tätigen Bauunternehmungen betrieben. Deshalb sind die Asphaltmischgutwerke jedenfalls nicht ausschliesslich an der Maximierung des Profits im Markt für Asphaltmischgut interessiert. Vielmehr steht oft der deutlich grössere Markt für Strassenbau im Vordergrund.

689. Aus diesen Gründen kann aus der verbreiteten Verwendung unterschiedlicher Preislisten für Aktionärinnen und Nichtaktionäre nicht gefolgert werden, dass sich ein profitmaximierendes Unternehmen ohne Marktmacht gleich wie die BERAG verhalten würde. Deshalb ergeben sich daraus keine Anzeichen für das allfällige Vorliegen eines sachlichen Grunds, welcher die vorliegend zu beurteilende Verhaltensweise rechtfertigen könnte.

690. **Entschädigung für unternehmerisches Risiko:** Die Vertreter der BERAG bringen in Bezug auf den Zweck der Vorzugskonditionen für Aktionärinnen im Wesentlichen vor, dass damit das von den Aktionärinnen getragene unternehmerische Risiko abgegolten würde (vgl. Rz 372 ff. vorne).

691. Mit der Ausschüttung von Dividenden liegt ein besser geeignetes Instrument zur Abgeltung des unternehmerischen Risikos vor, durch welches der Wettbewerb nicht beeinträchtigt wird (vgl. Rz 375 vorne). Deshalb kann die vorliegende Ungleichbehandlung nicht durch die Notwendigkeit der Abgeltung des unternehmerischen Risikos der Aktionärinnen gerechtfertigt werden.⁷⁹⁹

692. Zusammenfassend ist aus diesen Gründen festzuhalten, dass keine Gründe ersichtlich sind, durch welche die vorliegende Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären gerechtfertigt werden könnte.

C.6.6 Zwischenergebnis

693. Sämtliche Tatbestandsmerkmale der Diskriminierung von Handelspartnern i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG sind erfüllt. Ausserdem verfügt die BERAG über eine marktbeherrschende Stellung i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG. Folglich handelt es sich bei der Gewährung von Vorzugskonditionen an Aktionärinnen durch die BERAG um eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens i.S.v. Art. 7 KG.

⁷⁹⁹ Zur Beurteilung der Abgeltung des unternehmerischen Risikos als Rechtfertigungsgrund für Vorzugskonditionen für Aktionärinnen vgl. RPW 2012/3, 468 Rz 85, *Erdgas Zentralschweiz AG*.

C.7 Treuebonussystem der BERAG

C.7.1 Übersicht

694. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die BERAG Konkurrenten und Konkurrentinnen durch ihr Treuebonussystem in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs in missbräuchlicher Weise behindert und damit ihre marktbeherrschende Stellung (dazu Rz 614 ff. vorne) gemäss Art. 7 Abs. 1 KG (vgl. die Ausführungen zu Art. 7 KG in Rz 644 ff. vorne) missbraucht hat.⁸⁰⁰ Dazu werden zunächst Rabattsysteme im Allgemeinen kartellrechtlich eingeordnet (Rz 695 ff.). Sodann wird beurteilt, ob das Treuebonussystems geeignet ist, den Wettbewerb zu behindern (Rz 698 ff.). Schliesslich werden allfällige Rechtfertigungsgründe geprüft (Rz 709 ff.).

C.7.2 Kartellrechtliche Beurteilung von Rabattsystemen

695. Bei der Beurteilung, ob durch ein Rabattsystem ein missbräuchliches Verhalten vorliegt, sind alle Umstände zu berücksichtigen, insbesondere die konkreten Kriterien und Modalitäten der Rabattgewährung bzw. Rückvergütung. Es ist zu untersuchen, ob die Rückvergütung geeignet ist, durch Gewährung eines Vorteils, der nicht auf einer ihn rechtfertigenden wirtschaftlichen Leistung beruht, seine Vertragspartner an sich zu binden, indem es ihnen die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen oder Handelspartner bzw. Handelspartnerinnen erschwert oder sogar unmöglich macht, den Wettbewerbern und Wettbewerberinnen des marktbeherrschenden Unternehmens den Zugang zum Markt zu erschweren sowie die beherrschende Stellung durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken.⁸⁰¹

696. Die Praxis der WEKO, die Lehre und die (hauptsächlich europäische) Rechtsprechung unterscheiden im Hinblick auf die kartellrechtliche Beurteilung von Rabattsystemen marktbeherrschender Unternehmen grundsätzlich zwischen Exklusivitätsrabatten, reinen Mengenrabatten und Rabatten der dritten Kategorie.⁸⁰²

- *Exklusivitäts- und Treuerabatte*⁸⁰³ sind finanzielle Vorteile, die Kunden und Kundinnen zugestanden werden, wenn sie den gesamten oder den Grossteil ihres Bedarfs ausschliesslich beim rabattgebenden Unternehmen beziehen und somit auf den Bezug von Waren oder Dienstleistungen bei dessen Konkurrenten und Konkurrentinnen verzichten (müssen).⁸⁰⁴ Die Rabattgewährung ist dabei grundsätzlich unabhängig von der bezogenen Menge und knüpft vielmehr an den Bedarf des beziehenden Unternehmens an. Der Rabatt wird nicht aufgrund der bezogenen Menge gewährt, sondern als «Gegenleistung» für die Ausschliesslichkeit bei der Bedarfsbefriedigung.⁸⁰⁵ Exklusivitätsrabatte zielen regelmässig darauf ab, dem Abnehmer die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen

⁸⁰⁰ Bezüglich allgemeiner Ausführungen zu unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen i.S.v. Art 7 KG sei auf die Ausführungen in Rz 644 ff. verwiesen.

⁸⁰¹ Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2015:651, Rz 29, *Post Danmark II*; EuG, ECLI:EU:T:1999:246, Rz 114, *Irish Sugar/Kommission*; EuG, ECLI:EU:T:2003:250, Rz 60, *Michelin II*; EuGH, ECLI:EU:C:2007:166, Rz 68, *British Airways/Kommission*.

⁸⁰² Vgl. zum ganzen Abschnitt: RPW 2020/2, 598 f. Rz 1025 ff., m.w.H., *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*. Zur ökonomischen Beurteilung von Rabattsystemen vgl. z.B. CHIARA FUMAGALLI/MASSIMO MOTTA/CLAUDIO CALCAGNO, *Exclusionary Practices: The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance*, 2018.

⁸⁰³ Die Benennung «Treuebonus» führt nicht dazu, dass ein Rabattsystem als «Treuerabatt» zu definieren ist – für die Qualifikation als Exklusivitäts- bzw. Treuerabatt ist entscheidend, dass ein Kunde oder eine Kundin exklusiv bei einem Anbietenden seine resp. ihre Nachfrage befriedigt.

⁸⁰⁴ RPW 2014/4, 685 Rz 113, *Preispolitik SDA*; EuGH, ECLI:EU:C:2012:221, Rz 70, *Tomra/Kommission*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 788), Art. 7 KG N 228.

⁸⁰⁵ EuG, ECLI:EU:T:2014:547, Rz 86, *Intel/Kommission*, konkretisiert in EuGH, ECLI:EU:C:2017:632, Rz 137, *Intel/Kommission*.

zu erschweren oder gar zu verunmöglichen und ihn folglich vom Bezug bei Konkurrenten und Konkurrentinnen abzuhalten.⁸⁰⁶ So können solche Rabattsysteme unter anderem verhindern, dass Konkurrenten und Konkurrentinnen des marktbeherrschenden Unternehmens erfolgreich in den Markt eintreten bzw. erfolgreich am Wettbewerb teilnehmen können.⁸⁰⁷ In der Lehre und der schweizerischen sowie auch der europäischen Praxis bzw. Rechtsprechung werden Exklusivitätsrabatte von marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich als missbräuchlich angesehen.⁸⁰⁸

- Reine *Mengenrabatte* knüpfen gänzlich an den Umfang der beim marktbeherrschenden Unternehmen getätigten Käufe an.⁸⁰⁹ Sie berechnen sich aufgrund objektiv festgesetzter und für sämtliche Abnehmer gleichermaßen geltenden Mengen.⁸¹⁰ Mengenrabatte sind in der Regel zulässig, wenn sie keine verbotene Abschottungswirkung haben und infolge von Kosteneinsparungen beim marktbeherrschenden Unternehmen (z.B. infolge tieferer Transportkosten oder Skalenerträgen) gerechtfertigt werden können.⁸¹¹ Zulässige Mengenrabatte spiegeln folglich den effektiven Zugewinn an Effizienz- und Grössenvorteilen wider, die das Unternehmen aufgrund erhöhter Liefermenge erzielt und an den Kunden bzw. die Kundin weitergegeben werden.⁸¹² Unzulässige Mengenrabatte beruhen hingegen nicht auf wirtschaftlich gerechtfertigten Gegenleistungen, sondern bezwecken, die Kunden und Kundinnen vom Bezug bei konkurrierenden Herstellern abzuhalten.⁸¹³
- Zu den *Rabatten der dritten Kategorie* gehören laut Rechtsprechung der EU diejenigen Rabatte, welche weder reine Mengenrabatte darstellen, noch an die Bedingung zum ausschliesslichen oder nahezu ausschliesslichen Bezug vom marktbeherrschenden Unternehmen geknüpft sind, deren Mechanismus der Gewährung aber eine unzulässige Kundenbindungswirkung haben kann.⁸¹⁴ Diese Rabatte können auf Konkurrenten und

⁸⁰⁶ DALLAFIOR (Fn 808), Art. 7 KG N 150; EuGH, ECLI:EU:C:1983:313, Rz 73, *Michelin I*; EuGH, ECLI:EU:C:2015:651, Rz 29, *Post Danmark II*.

⁸⁰⁷ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 788), Art. 7 KG N 237 m. w. H.; EuG, ECLI:EU:T:2014:547, Rz 77, *Intel/Kommission*, konkretisiert in EuGH, ECLI:EU:C:2017:632, Rz 137 ff., *Intel/Kommission*; EuGH, ECLI:EU:C:1983:313, Rz 73, *Michelin I*; EuGH, ECLI:EU:C:2015:651, Rz 29, *Post Danmark II*.

⁸⁰⁸ Vgl. RPW 2014/4, 685 Rz 113, *Preispolitik SDA*; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 7 KG N 19; ROBERTO DALLAFIOR, in: Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 7 KG N 150; EVELINE CLERC/PRANVERA KÉLLEZI, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 7 Abs. 2 KG N 120; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2005, N 675; vgl. auch MICHAEL TSCHUDIN, Rabatte als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG, 2011, N 585 m. w. H.; RPW 1997/4, 513 f. Rz 32 ff., *Telecom PTT-Fachhändlerverträge*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 1998/4, 675 f. E. 5.1, *Swisscom/WEKO*; RPW 2004/2 439 Rz 143, *Swisscom ADSL*; EuGH, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 89, *Hoffmann-La Roche/Kommission*; EU-KOMM, ABl. 2009 C 227/13, Rz 22 ff., *Intel*, bestätigt in EuG, ECLI:EU:T:2014:547, Rz 72 ff., *Intel/Kommission*, konkretisiert in EuGH, ECLI:EU:C:2017:632, Rz 137 ff., *Intel/Kommission*.

⁸⁰⁹ REKO/WEF, RPW 2005/3, 526 E. 5.4.2, *Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/WEKO*.

⁸¹⁰ EU-KOMM, ABl. 2001 L 125/27, Rz 33, *Deutsche Post AG*.

⁸¹¹ Vgl. DALLAFIOR (Fn 808), Art. 7 KG N 152; Vgl. SHK KG-REINERT (Fn 808) Art. 7 KG N 20; JÜRGEN BORER, Orell Füssli Kommentar Wettbewerbsrecht I – Schweizerisches Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, Art. 7 N 17; vgl. auch TSCHUDIN (Fn 808), N 636 m. w. H.; RPW 2004/2, 441 Rz 152, *Swisscom ADSL*; REKO/WEF, RPW 2005/3, 526 f. E. 5.4.2 f., *Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/WEKO*; EuG, ECLI:EU:T:2003:250, Rz 58 ff. und 100 m.w.H., *Michelin II*.

⁸¹² EuG, ECLI:EU:T:2003:250, Rz 58, *Michelin II*; EuG, ECLI:EU:T:2014:547, Rz 75, *Intel/Kommission*; EuG, ECLI:EU:T:2003:343, Rz 246, *British Airways/Kommission*.

⁸¹³ EuG, ECLI:EU:T:2003:250, Rz 56, *Michelin II*; EuG, ECLI:EU:T:2003:343, Rz 244, *British Airways/Kommission*.

⁸¹⁴ EuG, ECLI:EU:T:2014:547, Rz 78, *Intel/Kommission*; EuGH, ECLI:EU:C:2015:651, Rz 28, *Post Danmark II*.

Konkurrentinnen eine widerrechtliche Verdrängungswirkung haben und damit eine Behinderung von Wettbewerbern und Wettbewerberinnen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG darstellen, sofern diese nicht auf einer sie rechtfertigenden wirtschaftlichen Leistung beruhen.⁸¹⁵

697. Das vorliegend zu beurteilende Treuebonussystem der BERAG kann nicht als reiner Mengenrabatt qualifiziert werden – die Gewährung der Rückvergütung knüpft neben der bezogenen Menge zusätzlich an weitere Bedingungen an: Der Treuebonus wird grundsätzlich nur ausbezahlt, wenn die Mindestbezugsregelung (dazu Rz 403 ff.) sowie die 2/3-Regel (dazu Rz 411 ff.) eingehalten werden. Da die Auszahlung des Treuebonus keinen ausschliesslichen oder nahezu ausschliesslichen Bezug bei der BERAG voraussetzt, handelt es sich auch nicht um einen Exklusivitätsrabatt. Damit fällt der Treuebonus der BERAG in die dritte Kategorie. Bei solchen Rabatten ist jeweils im Einzelfall anhand einer Würdigung sämtlicher Umstände zu prüfen, ob das Rabattsystem eine unzulässige Kundenbindungswirkung entfaltet und damit den Konkurrenten und Konkurrentinnen den Zugang zum Markt erschwert oder verunmöglicht (sog. Verdrängungswirkung).

C.7.3 Eignung des Treuebonussystems der BERAG zur Wettbewerbsbehinderung

698. Vorliegend ist zu beurteilen, ob das Treuebonussystem der BERAG geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Dabei kommt es auf die objektiven Eigenschaften des Rabattsystems und nicht auf den subjektiven Zweck an, den die BERAG damit verfolgt. Im Vordergrund stehen die Würdigung der Auswirkungen des Treuebonussystems für aktuelle und potenzielle Konkurrenten und Konkurrentinnen der BERAG. Allerdings ist der Nachweis von tatsächlichen Auswirkungen für die Tatbestandsmässigkeit von Art. 7 KG nicht erforderlich. Vielmehr genügt es, dass das Treuebonussystem geeignet ist, den Wettbewerb zu behindern, also potenzielle Auswirkungen nach sich zieht.⁸¹⁶

699. Im Folgenden wird in einem ersten Schritt dargelegt, dass das Treuebonussystem eine Kundenbindungswirkung entfaltet (Rz 700 ff.). In einem zweiten Schritt wird dessen Verdrängungswirkung für aktuelle und potenzielle Konkurrenten und Konkurrentinnen erörtert (Rz 705 f.).

C.7.3.1 Kundenbindungswirkung

700. Das Treuebonussystem der BERAG ist durch das Zusammenspiel der 2/3-Regel, der Mindestbezugsregelung und des zehnjährigen Auszahlungszeitraums geprägt: Ein Bezug bei der BERAG löst Auszahlungen im Rahmen des Treuebonus für die nächsten zehn Jahre aus. Für den Erhalt des totalen Treuebonus (dazu Rz 401 f. vorne) müssen aufgrund der Mindestbezugsregelung (dazu Rz 403 ff. vorne) und der 2/3-Regel (dazu Rz 411 ff. vorne) fortlaufend Bezüge in einer bestimmten Höhe getätigt werden. Die Aufrechterhaltung des Anrechts auf den Treuebonus für bereits getätigte Bezüge hängt somit von zukünftigen Bezügen ab. Die jeweiligen Bezüge der Folgejahre lösen ihrerseits wiederum einen Treuebonus über die nächsten zehn Jahre aus. Damit schafft das Treuebonussystem der BERAG für ihre Kunden und Kundinnen einen Anreiz, weiterhin bei der BERAG Asphaltmischgut zu beziehen. Daraus ergibt sich eine Kundenbindungswirkung, welche auch bereits bei teilweiser Anwendung des Treuebonusreglements besteht.

⁸¹⁵ Vgl. EuG, ECLI:EU:T:2014:547, Rz 88, *Intel/Kommission*; EuGH, ECLI:EU:C:2007:166, Rz 68, *British Airways/Kommission*.

⁸¹⁶ Vgl. BVerfG B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1207, 1406 und 1612, Sanktionsverfügung - Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsrechnung (DCC).

701. Allerdings ist nicht jedes Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens, das eine Kundenbindungswirkung entfaltet, missbräuchlich. Beispielsweise kann ein marktbeherrschendes Unternehmen durch langjährige und sorgfältige Kundenpflege oder eingespielte Geschäftsabwicklungen seine Kunden und Kundinnen davon abzuhalten versuchen, auf einen anderen Anbieter und Anbieterinnen zu wechseln. Ein solches Verhalten im Sinne eines «fairen Leistungswettbewerbs» ist in der Regel kartellrechtlich nicht zu beanstanden, da das Unternehmen eine Leistung erbringt, durch welche die Kundenbindung entsteht. Die Auszahlung einer Rückerstattung wie sie durch die BERAG im Rahmen ihres Treuebonussystems vorgenommen wird, stellt hingegen keine eigenständige Leistung dar.⁸¹⁷ Deshalb sind solche Auszahlungen missbräuchlich, wenn sie durch ein marktbeherrschendes Unternehmen vorgenommen werden (dazu Rz 614 ff. vorne), die dadurch entstehende Kundenbindung ein gewisses Ausmass erreicht (dazu Rz 702 nachfolgend) und damit andere Marktteilnehmer in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden (dazu Rz 705 f. hinten) sowie wenn keine Rechtfertigungsgründe vorliegen (dazu Rz 709 ff. hinten).

702. Zur Einschätzung der Stärke der Kundenbindungswirkung des Treuebonus ist insbesondere massgebend, wie hoch die Verluste der Kunden und Kundinnen der BERAG bei Anwendung der Mindestbezugsregel (dazu Rz 403 ff. vorne) oder der 2/3-Regel (dazu Rz 411 ff. vorne) ausfallen. Der Treuebonus beläuft sich auf fast [5–15] % des Materialendpreises (dazu Rz 424 vorne). Die jährlichen Treuebonusauszahlungen für den einzelnen Kunden bzw. die einzelne Kundin sind beachtlich (dazu Rz 425 vorne). Allerdings kann der Verlust für einen Kunden bzw. eine Kundin viel höher ausfallen als eine jährliche Treuebonustranche. Bei einem Wechsel zu einem Konkurrenten oder einer Konkurrentin droht dem Kunden bzw. der Kundin nämlich, *alle* noch nicht ausbezahlten Treuebonustranchen für bereits getätigte Bezüge zu verlieren. Aufgrund des zehnjährigen Auszahlungszeitraums des Treuebonus (dazu Rz 400 ff.) können Bezüge betroffen sein, die bis zu zehn Jahren zurückliegen. Zudem wurde für jüngere Bezugsjahre erst ein geringer Anteil der Treuebonustranchen ausbezahlt.⁸¹⁸ Da Treueboni für Bezüge der letzten zehn Jahre verloren gehen können, kann der Verlust somit weit höher ausfallen als der totale Treuebonus von fast [5–15] % des Materialpreises. Vor diesem Hintergrund entfaltet das Treuebonussystem eine hohe Kundenbindungswirkung (vgl. aber zum Ausmass der bei der BERAG gebundenen Bezüge Rz 706, 4. Lemma hinten).⁸¹⁹

703. Zu beachten ist, dass die Anwendung der 2/3-Regel – im Unterschied zur Mindestbezugsregelung – nicht in jedem Fall zu einem vollständigen Verlust des Treuebonus führen muss. Vielmehr liegt es gemäss Ziffer 3 des Treuebonusreglements im Ermessen des Verwaltungsrats der BERAG, im Einzelfall für einen Kunden bzw. eine Kundin die Folgen der Verletzung festzulegen (Rz 411 ff. vorne). Dies vermag an der hohen Kundenbindungswirkung des Treuebonussystems jedoch nichts zu ändern. Die BERAG verfolgt mit dem Treuebonus das Ziel, ihre Kunden und Kundinnen zu binden (dazu Rz 427 ff. vorne). Dies ist gar reglementarisch verankert. Der Verwaltungsrat der BERAG wird diesem Zweck bei der Ausübung seines Ermessens typischerweise Rechnung tragen. Auch die konkreten Anwendungsfälle zeigen, dass die BERAG die entsprechende Missachtung der 2/3-Regel nicht hingenommen hat, sondern diesbezüglich teilweise Bedingungen für den Erhalt des gesamten Treuebonus aufgestellt sowie entweder den Treuebonus gänzlich gestrichen oder zumindest substanziell gekürzt hat (dazu Rz 413 f. vorne). Bezüglich der Reduktion berücksichtigte die BERAG die von den betroffenen Kunden und Kundinnen prognostizierten Bezüge (vgl. Rz 413 f. vorne) – die Kunden und Kundinnen mussten der BERAG folglich eine Zusicherung machen.

⁸¹⁷ BGE 139 I 72, 102 E. 10.1.1, *Publigroupe*.

⁸¹⁸ Für das Jahr vor Anwendung der Mindestbezugsregelung oder der 2/3-Regel wurden erst 10 % des totalen Treuebonus ausbezahlt.

⁸¹⁹ Die BERAG führte die 2/3-Regel erst im Jahr 2014 ein, jedoch bestand bereits davor aufgrund der Mindestbezugsregelung eine Kundenbindungswirkung – die 2/3-Regel hat das Potential die Wirkung zu intensivieren.

704. Die BERAG bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vor, dass fraglich sei, «*warum die BERAG – würde sie tatsächlich über eine marktbeherrschende Stellung verfügen – überhaupt Anstrengungen unternehmen sollte, um ein solches Kundenbindungssystem aufrechtzuerhalten*». Es würde keine Notwendigkeit dazu bestehen und dies sei «*Beweis dafür, dass sie in Konkurrenz zu anderen Mitbewerbern steht*».⁸²⁰ Dem ist zu entgegnen, dass ein Kundenbindungssystem wie der Treuebonus vorliegend dazu dienen soll (vgl. zum Zweck des Treuebonus Rz 427 ff. vorne), die Kunden und Kundinnen der BERAG langfristig zu binden. Die festgestellte Kundenbindung unterstützt die Aufrechterhaltung der marktbeherrschenden Stellung, da dadurch – wie nachfolgend festgestellt wird – auch eine Verdrängungswirkung entsteht und somit die Konkurrenten und Konkurrentinnen der BERAG in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs im Markt für Asphaltmischgut behindert werden.

C.7.3.2 Verdrängungswirkung

705. Angesichts der hohen Kundenbindungswirkung hat die BERAG mit dem Treuebonussystem gegenüber aktuellen und/oder potenziellen Konkurrenten und Konkurrentinnen mit gleichen Kosten einen Vorteil. Um ein konkurrenzfähiges Angebot zur BERAG offerieren zu können, müssen die Konkurrenten und Konkurrentinnen den Verlust des Treuebonus kompensieren, d.h. *deutlich* tiefere Preise anbieten. Andernfalls besteht für die Kunden und Kundinnen der BERAG kaum ein Anreiz, auf das Angebot von Konkurrenten und Konkurrentinnen auszuweichen. Dies erschwert bestehenden Konkurrenzunternehmen, ihre Produkte abzusetzen und potenziellen Konkurrenzunternehmen, überhaupt in den Markt einzutreten. Das Treuebonussystem der BERAG ist daher geeignet, eine Verdrängungswirkung zu erzielen.

706. Die Stärke der Verdrängungswirkung ist unter folgenden Gesichtspunkten zu würdigen:

- Die BERAG wendet ihr Treuebonussystem bei allen Kunden und Kundinnen an. Es handelt sich entsprechend um ein breites Kundenbindungsinstrument, das nicht bloss auf einzelne Kunden und Kundinnen oder Kundensegmente ausgerichtet ist. Insofern bindet das Treuebonussystem viele Abnehmer von Asphaltmischgut an die BERAG, zumal sie marktbeherrschend ist (Rz 614 ff. vorne) und einen weiten Kundenkreis hat. Dies schmälert die Absatzmöglichkeiten der Konkurrenten und Konkurrentinnen bei einem grossen Teil ihrer potenziellen Kunden und Kundinnen. Entsprechend erhöht ist die Verdrängungswirkung des Treuebonussystems.
- Das Treuebonussystem der BERAG ist nicht ein zeitlich beschränktes, vorübergehendes Kundenbindungsinstrument. Vielmehr ist es auf unbestimmte Dauer angelegt und bindet die Kunden und Kundinnen der BERAG fortlaufend und zeitlich unbegrenzt. Auch dieser Aspekt verstärkt die Verdrängungswirkung des Treuebonussystems.
- Der Wettbewerb im Belagsbereich spielt primär über den Preis (Rz 143 vorne). Andere Faktoren wie die Qualität der Leistungen haben eine untergeordnete Bedeutung. Für Konkurrenten und Konkurrentinnen der BERAG ist es daher schwierig, den Nachteil, den sie in preislicher Hinsicht gegenüber der BERAG infolge des Treuebonus haben, anderweitig aufzuwiegen. Auch dies akzentuiert die Verdrängungswirkung des Treuebonussystems.
- Das Treuebonussystem bindet die Kunden und Kundinnen nur für einen Teil des Bezugs von Asphaltmischgut an die BERAG. Gemäss der Mindestbezugsregelung fällt die Anspruchsberechtigung für die weiter zurückliegenden Jahre dahin, wenn der Kunde bzw. die Kundin während einer zusammenhängenden Periode von drei Jahren jährlich weniger als 500 (bzw. 501 t) Tonnen bezieht (Rz 403 ff. vorne). Die 2/3-Regel besagt, dass der Kunde bzw. die Kundin mindestens einen Drittel seines Durchschnittsbezugs der letzten zehn Jahre von der BERAG beziehen muss, um den vollen ihm zustehenden

⁸²⁰ Act. VII.107, Rz 211.

Treuebonus zu erhalten (Rz 411 ff. vorne). Die gebundenen Mengen sind dennoch beachtlich. Die Mindestbezugsregelung kann vor allem bei Strassenbauunternehmen mit geringem Bedarf nach Asphaltmischgut ins Gewicht fallen, aber auch bei solchen, deren Bedarf stark schwankend ist, etwa weil sie im Liefergebiet der BERAG nur selten Strassenbauprojekte ausführen. Die 2/3-Regel bindet – formal betrachtet – zwar nur einen Drittel des Bezugs an die BERAG und steht einer gestaffelten Verlagerung des Belagsbezugs an einen Konkurrenten bzw. einer Konkurrentin nicht entgegen. Allerdings kann ein Strassenbauunternehmen seinen Jahresbedarf an Asphaltmischgut im Liefergebiet der BERAG nicht genau vorhersehen. Dabei ist insbesondere an Konjunkturschwankungen und die Unsicherheit zu denken, ob sich ein Unternehmen in den Ausschreibungsverfahren tatsächlich durchsetzen kann. Dies führt dazu, dass ein Kunde bzw. eine Kundin der BERAG in Bezug auf die 2/3-Regel eine Sicherheitsmarge einkalkulieren muss, um das Risiko des Verlusts des Treuebonus zu vermeiden. Mit anderen Worten ist der bei der BERAG gebundene Teil des Bezugs höher als ein Drittel.

- Den Kunden und Kundinnen der BERAG steht grundsätzlich die Wahl offen, anstelle des treuebonusberechtigten Angebots «Nettoangebote» zu wählen (dazu Rz 416 ff. vorne). Wie der Blick auf das Verhalten der Kunden und Kundinnen der BERAG zeigt, sind diese trotz der Alternative von Nettoangeboten typischerweise im Treuebonussystem verblieben. Es sind grösstenteils Arbeitsgemeinschaften, welche zu Nettoangeboten beziehen (Rz 418 f. vorne). Für Arbeitsgemeinschaften ist das Treuebonussystem in der Regel nicht geeignet, da diese nur projektspezifisch gebildet werden und die Kenntnis des definitiven Preises im Zeitpunkt des Bezugs die interne Abrechnung erleichtert. Im Übrigen beabsichtigt die BERAG mit der Ausgestaltung des Treuebonussystems diese Verhaltensweise ihrer Kunden und Kundinnen, denn sie will mittels dem Treuebonus ihre Kunden und Kundinnen langfristig binden (dazu Rz 427 sowie Rz 700 ff. vorne). So setzt die BERAG den monetären Anreiz, dass Nettoangebote nicht gleichwertig wie treuebonusberechtigter Bezüge sind, da bei den Nettoangeboten maximal [70–90] % des zu erwartenden Treuebonus berücksichtigt werden kann (Rz 417 vorne). Aufgrund der Ausgestaltung der Rabattsysteme und des daraus folgenden hohen Anteils treuebonusberechtigter Bezüge (vgl. Rz 419 vorne), wird die Verdrängungswirkung nicht durch die Option der Nettoangebote aufgehoben.⁸²¹

C.7.3.3 Zwischenergebnis

707. Im Ergebnis kommt dem Treuebonussystems eine Verdrängungswirkung zu. Es ist geeignet, die Bezüger an sich zu binden und die Marktstellung der BERAG gegenüber den Konkurrenten und Konkurrentinnen zu festigen oder gar zu stärken. Die BERAG behindert somit ihre Konkurrenten und Konkurrentinnen durch die Ausgestaltung ihres Rabattsystems in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs im Markt für Asphaltmischgut.

708. Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob die Verhaltensweise durch sachliche Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt werden kann.

C.7.4 Keine hinreichenden Rechtfertigungsgründe

709. Es ist zu prüfen, ob die Kundenbindungs- und Verdrängungswirkung des Treuebonussystems der BERAG mittels sachlichen Gründen gerechtfertigt werden kann und somit nicht

⁸²¹ Vgl. dazu die europäische Rechtsprechung in EuG, ECLI:EU:T:1993:31, Rz 73, *BPB und British Gypsum/Kommission*, wonach die Möglichkeit der Kunden, ihre vertraglichen Beziehungen zum marktbeherrschenden Unternehmen jederzeit zu beenden, nichts an der möglichen Unzulässigkeit eines Rabattsystems ändere, da das Recht zur Kündigung eines Vertrages seiner effektiven Durchführung nicht entgegenstehe, solange von der Kündigungsmöglichkeit kein Gebrauch gemacht worden sei.

missbräuchlich ist (vgl. zur Rechtfertigungsmöglichkeit im Rahmen von Art. 7 KG im Allgemeinen Rz 683 ff. vorne).

710. Die BERAG beabsichtigt mit dem Treuebonussystem unter anderem unterjährige Preis- anpassungen zu vermeiden (Rz 427 ff. vorne). Dies hat den Vorteil, nur eine Preisliste pro Jahr herausgeben zu müssen. Der Ausgleich kurzfristiger Preisschwankungen ist ein legitimes Ziel und somit ein möglicher Rechtfertigungsgrund.

711. Allerdings sind zur Verhinderung von Preisschwankungen weder die 2/3-Regel (Rz 411 ff. vorne) noch die Mindestbezugsregelung (Rz 403 ff. vorne) erforderlich, welche die behindernde Wirkung des Treuebonussystems der BERAG hauptsächlich begründen. Jährliche Rückvergütungen für das vergangene Jahr (also nicht über mehrere Jahre hinweg) ohne Anknüpfungen an zukünftige Bezüge würden diesen Zweck ebenso erfüllen. Die vorliegende Ausgestaltung des Treuebonussystems der BERAG stellt somit nicht das mildeste geeignete Mittel zur Verhinderung von Preisschwankungen dar. Es besteht folglich keine Erforderlichkeit für das Treuebonussystem der BERAG.

712. Für das Treuebonussystem der BERAG bestehen somit keine hinreichenden Rechtfertigungsgründe. Es ist missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG.

C.7.5 Einschränkung des Absatzes i.S.v. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG

713. Rabattsysteme von marktbeherrschenden Unternehmen zielen regelmässig darauf ab, dem Abnehmer die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen zu erschweren oder gar unmöglich zu machen und ihn folglich vom Bezug bei Konkurrenten und Konkurrentinnen abzuhalten. Indem das marktbeherrschende Unternehmen die Abnehmer durch die konkrete Ausgestaltung seines Rabattsystems an sich bindet, verzichten diese (zumindest teilweise) auf Alternativangebote, was eine Absatzeinschränkung der Konkurrenz bewirkt.⁸²² Daher können solche Rabattsysteme namentlich den Tatbestand der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG erfüllen. Vorliegend kann dahingestellt bleiben, ob die konkrete Ausgestaltung des Treuebonussystems der BERAG eine solche Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG darstellt, da das Treuebonussystem der BERAG bereits als missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG qualifiziert wird.

C.7.6 Zwischenergebnis

714. Das Treuebonussystem der BERAG entfaltet eine Kundenbindungs- und Verdrängungswirkung. Es erschwert den Kunden und Kundinnen den Wechsel zu einem Konkurrenten oder einer Konkurrentin der BERAG. Das Treuebonussystem schränkt somit die Wahlmöglichkeit der Bezüger hinsichtlich ihrer Bezugsquellen ein. Dadurch werden die Konkurrenten und Konkurrentinnen der BERAG in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs im Markt für Asphaltmischgut behindert. Es bestehen keine hinreichenden Rechtfertigungsgründe. Das Treuebonussystem der BERAG ist missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG.

⁸²² Vgl. bspw. RPW 2014/4, 687 f. E. 129 ff., *Preispolitik SDA*.

C.8 Konkurrenzverbot der Aktionärinnen der BERAG

715. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

716. Im Folgenden ist zu beurteilen, ob das Konkurrenzverbot der Aktionärinnen der BERAG als unzulässige Wettbewerbsabrede zu qualifizieren ist.

C.8.1 Wettbewerbsabrede

717. 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). Vorausgesetzt ist zum einen ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken, zum anderen ein Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung.⁸²³

718. Vorliegend ist erstellt (Rz 458 ff.), dass zwischen den Aktionärinnen der BERAG ein tatsächlicher Konsens vorlag, diese im Umkreis ihres Werkes in Rubigen nicht durch eigene Belagswerke oder Beteiligungen an anderen Belagswerken zu konkurrenzieren (*Konkurrenzverbot*). Im Einzelnen stimmten dem Konkurrenzverbot folgende Verfahrensparteien zu: die Adolf Künzi AG, die Andreas Wälti AG, die Arm AG Konolfingen, die Burkhart AG, die Frutiger AG, die Huldli + Stucki Strassen- und Tiefbau AG, die K. & U. Hofstetter AG, die Messerli Kieswerk AG, die Kästli Bau AG, die Marti AG Bern, Moosseedorf, die Stucki AG Bern und die Walo Bertschinger AG Bern (Rz 467 ff.). Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in Bezug auf die genannten Verfahrensparteien erfüllt.

719. Keine solche Verpflichtung eingegangen sind die BLH, die Cäsar Bay AG, die KIBAG Bauleistungen AG, die Peter Batt AG und die STRABAG AG. In Bezug auf diese Verfahrensparteien ist das Verfahren – mit Ausnahme der BLH – einzustellen.

720. Das Konkurrenzverbot untersagte den beteiligten Unternehmen, die BERAG im Umkreis ihres Werkes in Rubigen durch eigene Belagswerke oder Beteiligungen an anderen Belagswerken zu konkurrenzieren. Unter dem Gesichtspunkt der (potenziellen) Wettbewerbsbeschränkung sind primär die folgenden beiden Aspekte relevant: Einerseits ist der Aktionärskreis der BERAG für ein Belagswerk ausgesprochen weit und schliesst einen grossen Teil der im Raum Bern tätigen Strassenbauunternehmen sowie lokale Kiesproduzenten ein. Das Konkurrenzverbot untersagte damit einem wesentlichen Teil von Unternehmen, von denen zusätzliche Konkurrenz hätte ausgehen können, im Umkreis der BERAG Werksstandorte zu errichten. Die langfristige Einbindung dieser Unternehmen ins Aktionariat der BERAG (dazu auch vorne Rz 476), verbunden mit dem Konkurrenzverbot, schützte die BERAG vor Konkurrenz, zwar nicht absolut, aber in einem bedeutenden Umfang. Das System des «Schutzes durch Einbindung» offenbart sich etwa auch in den Bemühungen der BERAG, weitere potenzielle Konkurrentinnen in die BERAG aufzunehmen und ihnen das Konkurrenzverbot zu überbinden, wie insbesondere im Jahr 2002 die [F27] (dazu vorne Rz 490 f.). Der zweite Aspekt betrifft die Dauer. Das Konkurrenzverbot war nicht etwa zum Investitionsschutz auf die Anfangsphase der BERAG befristet, sondern ist auf unbestimmte Dauer abgeschlossen worden und dauerte von 1976 bis 2016. Aus der Kumulation dieser beiden fallspezifischen Aspekte ist auf eine (potenzielle) Wettbewerbsbeschränkung zu schliessen.

⁸²³ BGer, 2C_149/2018 vom 4.2.2021 E. 3.2 (zur Publikation vorgesehen); vgl. auch BGE 129 II 18 E. 6.3; BVGer, B-8430/2010 vom 23.9.2014 E. 6.3, *Paul Koch AG/WEKO*.

721. Nach dem Gesagten ist der vorliegende Abredeinhalt in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Dies gilt insbesondere für das Verbot, keine eigenen Belagswerke errichten zu dürfen. Zusätzliche Konkurrenzwerke hätten den Wettbewerb belebt, insbesondere vor dem Hintergrund, dass die BERAG über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Offen gelassen werden kann, ob auch dem Verbot der Beteiligungen an anderen Werken die Eignung, Wettbewerbsbeschränkungen zu bewirken, inhärent ist. Jedenfalls ist in Bezug auf diesen Aspekt des Konkurrenzverbots kein prokompetitiver Zweck geltend gemacht worden; für ein generelles und absolutes Verbot von Beteiligungen an Konkurrenzwerken ist ein solcher auch nicht ersichtlich. Das Konkurrenzverbot ist in Art. 5 des Gründervertrags in einer einzigen, zusammenhängenden Vertragsbestimmung verankert, die als Ganzes ein wettbewerbsbeschränkendes Potenzial aufweist. Es handelt sich um eine und nicht um zwei Abreden. Eine isolierte Betrachtung der beiden Teilgehalte ist daher nicht angezeigt. Darüber hinaus ist vorliegend – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Abredeteilnehmer mit dem Konkurrenzverbot auch in subjektiver Hinsicht im Wesentlichen bezweckten, die BERAG durch die Einbindung von Unternehmen ins Aktionariat vor weiteren konkurrierenden Werken zu schützen (dazu vorne Rz 473 ff.). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer.

722. Schliesslich standen alle Abredeteiligten zumindest in einem potenziellen Wettbewerbsverhältnis zur BERAG, namentlich auch diejenigen Unternehmen, die im relevanten Zeitraum keine eigenen Belagswerke betrieben haben. Die Abredeteiligten sind im Geschäftsbereich der BERAG allesamt entweder im Strassenbau oder in der Kies- und Betonproduktion tätig. Belagswerke werden typischerweise von Unternehmen, die in diesen Bereichen aktiv sind, betrieben, oft auch gemeinsam. Zwar ist vorliegend die Wahrscheinlichkeit, dass weitere Abredeteiligte ohne Konkurrenzverbot in den relevanten Markt eingetreten wären, als eher gering einzustufen. Sie kann aber nicht als bloss abstrakt bezeichnet werden.⁸²⁴ So gab es etwa tatsächlich Veränderungen bei den Betreibern von Belagswerken. Dies zeigt das Beispiel der Frutiger-Gruppe und der Marti-Gruppe, die sich im Jahr 2016 [...] an der [F8] beteiligt haben und in dieser Gesellschaft nunmehr zwei von drei Verwaltungsräten stellen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Geltungsdauer des vorliegenden Konkurrenzverbots ausgesprochen lang war (dazu Rz 479 ff.). Über einen langen Zeitraum betrachtet ist die Wahrscheinlichkeit höher, dass ein Unternehmen neue Geschäftsfelder erschliesst, bestehende Geschäftszweige ausweitet, neue Produktionsstätten errichtet oder sich an anderen Unternehmen beteiligt. Unter dem Gesichtspunkt der potenziellen Konkurrenz ist nicht erheblich, dass die meisten Abredeteiligten vorliegend während der Geltungsdauer des Konkurrenzverbots wohl zu keinem Zeitpunkt tatsächlich die Absicht hatten, im vom Konkurrenzverbot erfassten Gebiet ein eigenes Belagswerk zu errichten oder zu übernehmen oder sich an einem konkurrierenden Werk zu beteiligen. Ebenso ist nicht von Bedeutung, ob die Abredeteiligten im Verwaltungsrat der BERAG oder anderen Gremien wie die Betriebskommission vertreten waren oder nicht. Massgebend ist die Beteiligung am Konkurrenzverbot, nicht die Einflussmöglichkeiten auf die BERAG.⁸²⁵

723. Diese Schlüsse decken sich mit der Einschätzung der BERAG der potenziellen Konkurrenz in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats. Danach würden die finanziellen, administrativen und technischen Anforderungen nicht per se ausschliessen, dass in naher Zukunft ein neues Werk in der Region Bern errichtet werden könnte. Zudem könne das hierfür erforderliche Know-how relativ leicht auf dem Markt akquiriert werden, zumal die meisten Werke zu grossen, landesweit tätigen und finanzkräftigen Baukonzernen gehören würden, welche bereits über das entsprechende Know-how und beträchtliche finanzielle Ressourcen

⁸²⁴ Vgl. dazu auch Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (nachfolgend: EU-Horizontalleitlinie), ABL 011 vom 14.1.2011, Rz 10.

⁸²⁵ Anders das Vorbringen der Burkhart AG in ihrer Stellungnahme zum Antrag (Act. VII.37).

verfügen würden.⁸²⁶ Das Ausmass der potenziellen Konkurrenz, das von einem Abredebeteiligten hätte ausgehen können, ist bei der Sanktionierung zu berücksichtigen (vgl. zu den entsprechenden Differenzierungen hinten Rz 833 f.).

724. Soweit die Parteien vorbringen, sie stünden zur BERAG nicht in einem (potenziellen) Wettbewerbsverhältnis,⁸²⁷ ist ihnen nach dem Gesagten nicht zu folgen. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

725. Dem steht nicht entgegen, dass die an der Abrede beteiligten Unternehmen allesamt Aktionärinnen der BERAG sind. Die BERAG ist nicht als Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 der VKU⁸²⁸ zu qualifizieren. Dies würde bedingen, dass zwei oder mehrere Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über die BERAG ausüben, was vorliegend nicht zutrifft. Bei der Entscheidungsfindung der BERAG kann es zu wechselnden Mehrheiten kommen. Die konkreten Beteiligungsverhältnisse führen nicht zu Pattsituationen, zumal keine Aktionärin die Möglichkeit besitzt, Entscheidungen der Gesellschaft zu blockieren. Entsprechend liegt kein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG vor. Ein allfälliges «Zusammenschluss- oder Konzentrationsprivileg» für das Konkurrenzverbot scheidet damit zum Vornherein aus. Die Alluvia-Gruppe wendet in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats ein, dass nicht ersichtlich sei, weshalb das fehlende Element der gemeinsamen Kontrolle dazu führen solle, das Konkurrenzverbot nicht den gleichen Regeln wie denjenigen zu Nebenabreden bei Zusammenschlussvorhaben zu unterstellen.⁸²⁹ Damit verkennt sie die Bedeutung des Kriteriums der gemeinsamen Kontrolle bei Gemeinschaftsunternehmen im kartellrechtlichen Sinn. Bei gemeinsamer Kontrolle wird das Gemeinschaftsunternehmen in die wirtschaftliche Einheit der Muttergesellschaften eingebunden. Es findet eine Konzentration statt. Dies ist bei Unternehmen wie der BERAG, die lediglich von mehreren Unternehmen gehalten werden (ohne gemeinsame Kontrolle) nicht der Fall. Die Aktionärinnen der BERAG werden nicht durch die gemeinsame Kontrolle am Gemeinschaftsunternehmen wirtschaftlich verbunden, sondern haben bloss die Gemeinsamkeit, dass sie individuell bei der BERAG Aktionärsstellung innehaben. Abreden zwischen ihnen, die etwa das gemeinsam gehaltene Unternehmen betreffen, können folglich und richtigerweise auch nicht vom «Konzentrationsprivileg» erfasst sein. Vielmehr unterliegen sie der Beurteilung nach Art. 4 und 5 KG.⁸³⁰ Nichts anderes gilt im EU-Recht.⁸³¹

C.8.2 Qualifikation der vorliegenden Wettbewerbsabrede

726. Die vorliegende Wettbewerbsabrede wurde 1976 abgeschlossen und bestand bis 2016 (vgl. Rz 479 ff.). Damit ist sie als *Dauerabrede* zu qualifizieren. Sodann verbot die Abrede den beteiligten Unternehmen, in einem definierten Gebiet um das Werk der BERAG in Rubigen eigene Belagswerke zu betreiben oder Beteiligungen an anderen Belagswerken zu erwerben.

⁸²⁶ Act. VII.106, Rz 106 (Stellungnahme BERAG).

⁸²⁷ Vgl. etwa Act. VII.90, Rz 22 ff. (Stellungnahme Walo Bertschinger AG); Act. VII.103, Rz 98 ff. und 103 ff. (Stellungnahme Alluvia-Gruppe).

⁸²⁸ Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996 (SR 251.4).

⁸²⁹ Act. VII.103, Rz 14 ff. (Stellungnahme der Alluvia-Gruppe); vgl. auch Act. VII.98, Rz 3 (Stellungnahme der Marti AG Bern, Moosseedorf).

⁸³⁰ STEPHANIE VOLZ, Kartellrechtliche Fragen bei der Gründung eines Joint Ventures, SZW 2020, 557–573, 570, vertritt gar die Auffassung, dass Wettbewerbsverbote zwischen Gesellschaften, die keine Kontrolle über das gemeinsam gehaltene Unternehmen haben, generell unzulässig seien.

⁸³¹ Gemäss Rz 40 der Bekanntmachung der EU-Kommission vom 5.3.2005 über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (2005/C 56/03) gelten «*Wettbewerbsverbote zwischen Gründern ohne Beherrschungsmacht und einem Gemeinschaftsunternehmen nicht als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig*». Entsprechend unterstehen sie auch nicht den Regeln für «Nebenabreden» bei Zusammenschlüssen.

Eine Abrede über einen solchen Gegenstand ist als Gebietsabrede zu qualifizieren. Zwar werden vorliegend die Absatzmärkte nicht direkt nach Gebieten aufgeteilt. Das Konkurrenzverbot räumte der BERAG aber innerhalb seines räumlichen Geltungsbereichs Produktionsstandortexklusivität gegenüber ihren Aktionärinnen zu. In der Asphaltmischgutbranche sind Produktionsort und Absatzmarkt wegen der hohen Transportkosten eng verknüpft. Das Liefergebiet eines Belagswerks erstreckt sich stets auf ein Gebiet um den Werkstandort. Mit einer Abrede über den Produktionsstandort werden daher – jedenfalls teilweise – auch die Liefergebiete koordiniert. Aus diesen Gründen ist vorliegend eine Gebietsabrede zu bejahen.⁸³² Da diese zwischen Unternehmen der gleichen Marktstufe, nämlich (aktuellen und potenziellen) Konkurrenten und Konkurrentinnen der BERAG, getroffen worden ist, ist sie horizontaler Natur. Sie erfüllt den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG.

727. Liegt eine Abrede vor, welche unter die Aufzählung in Art. 5 Abs. 3 KG fällt, so wird hierfür vermutet, dass sie eine wettbewerbsbeseitigende Wirkung hat. In Bezug auf die vorliegende Gebietsabrede greift damit die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.

728. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt. Dabei ist wiederum der relevante Markt, auf dem sich die Abrede auswirkte, in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abzugrenzen (Rz 730 f.). Anschliessend ist zu prüfen, ob der auf dem relevanten Markt trotz des Vorliegens der Wettbewerbsabrede noch verbliebene aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag. Wie zu zeigen ist, liegt keine Wettbewerbsbeseitigung vor (Rz 731 ff.). Daher ist anschliessend zu prüfen, ob die Abrede eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zur Folge hatte (Rz 735 ff.) sowie ob sie sich ggf. aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt (Rz 738 ff.).

729. Um die Schwere der Auswirkungen der vorliegenden Wettbewerbsabrede bewerten zu können, ist im Folgenden der kartellrechtlich relevante Markt abzugrenzen. Dabei ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind (dazu auch Rz 571 ff. vorne).⁸³³

C.8.3 Relevanter Markt

730. Um die Schwere der Auswirkungen der vorliegenden Wettbewerbsabrede bewerten zu können, ist zunächst der relevante Markt abzugrenzen. In sachlicher Hinsicht ist der Markt für Asphaltmischgut relevant. Der räumlich relevante Markt erfasst vorliegend mindestens den Geltungsbereich des Konkurrenzverbots, d.h. das Gebiet von Hindelbank und Jegensdorf, Lützelflüh, Langnau bis nach Thun, allenfalls auch weitere Gebiete. Schliesslich bestand die zu beurteilende Abrede von 1976 bis 2016. In zeitlicher Hinsicht ist vorliegend jedoch lediglich die Periode von 1996 (Inkrafttreten des Kartellgesetzes) bis 2016 relevant (vgl. Rz 571 ff. für nähere Ausführungen zur Marktabgrenzung).

C.8.4 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

731. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt.

⁸³² Vgl. auch RPW 2019/2 359 Rz 701, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*. Anderer Meinung ist aber die Frutiger AG, die in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vorgebracht hat, dass das Konkurrenzverbot nicht als Gebietsabrede zu qualifizieren sei (Act. VII.100, Rz 49).

⁸³³ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

732. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Hierzu ist zu beurteilen, ob der auf dem relevanten Markt trotz des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede noch verbleibende aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten vermag.

733. Unter dem Gesichtspunkt des Innenwettbewerbs ist zu beachten, dass das Konkurrenzverbot von den beteiligten Unternehmen eingehalten worden ist (Rz 509 ff.). Allerdings betrieben mehrere an der Abrede beteiligte Unternehmen eigene Belagswerke ausserhalb des vom Konkurrenzverbot erfassten Gebiets, mit welchen sie auch Lieferungen in den räumlich relevanten Markt tätigten, so etwa die Frutiger-Gruppe mit dem Belagswerk in Sundlauenen und die Marti-Gruppe mit dem Belagswerk in Walliswil. Zudem ging ein gewisser disziplinierender Konkurrenzdruck von verschiedenen Aussenwettbewerbern und Aussenwettbewerberinnen aus, namentlich dem Belagswerk der Weibel AG in Oberwangen, dem Belagswerk der Belagswerke Heimberg AG in Heimberg, den Belagswerken der Miphalt AG in Lyss und Niederbipp sowie dem Belagswerk der BLH in Hasle. Vor diesem Hintergrund ist die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs als umgestossen zu erachten.

734. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob die zu beurteilende Wettbewerbsabrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führte.

C.8.5 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

735. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

736. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts, u.a. im Fall Gaba, ist das Kriterium der Erheblichkeit in Art. 5 Abs. 1 KG als Bagatellklausel zu verstehen. Schon ein geringes Mass ist ausreichend, um als erheblich qualifiziert zu werden.⁸³⁴ Das Gericht stellte sodann klar, dass die Erheblichkeiten von Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG in der Regel bereits unter dem Gesichtspunkt qualitativer Elemente zu bejahen ist, d.h. aufgrund ihres Gegenstandes.⁸³⁵ Quantitative Aspekte sind hierbei in der Regel nicht zu prüfen. Schliesslich ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.⁸³⁶

737. Der vorliegenden Wettbewerbsabrede war ein wesentliches Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Gebietsabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG) betraf sie einen zentralen Wettbewerbsparameter. Verschiedene an der Abrede beteiligte Unternehmen sind im Lichte ihrer Ressourcen, Grösse und Geschäftstätigkeit in der Baustoffbranche als bedeutende aktuelle oder potenzielle Wettbewerber und Wettbewerberinnen der BERAG zu betrachten. Dies gilt namentlich für die Frutiger-Gruppe und die Marti-Gruppe, die bereits eigene Belagswerke in anderen Regionen betreiben. Einerseits wäre es für die BERAG-Aktionärinnen zwar aufgrund der hohen Markteintrittsschranken und der Marktverhältnisse (bestehende Werke) anspruchsvoll gewesen, eigene Werke innerhalb des vom Konkurrenzverbot erfassten Gebiets zu errichten und wirtschaftlich zu betreiben (eher geringe Eintretenswahrscheinlichkeit; dazu vorne Rz 722). Andererseits sind die möglichen Folgen des Konkurrenzverbots für den Wettbewerb im relevanten Markt, nämlich die Verhinderung von weiteren konkurrierenden Belagswerken, als gravierend zu qualifizieren. Die BERAG verfügt über eine markbeherrschende

⁸³⁴ BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 349 E. 5.1, GABA; bestätigt in BGer, 2C_63/2016 vom 24.10.2017 E. 4.3.1, BMW.

⁸³⁵ BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 350 E. 5.2, GABA; bestätigt u.a. in BGer, 2C_63/2016 vom 24.10.2017 E. 4.3.1, BMW; BGer, 2C_1017/2014 vom 9.10.2017 E. 3.1, Paul Koch AG/WEKO; BGer, 2C_1016/2014 vom 9.10.2017 E. 1, Siegenia-Aubi AG/WEKO.

⁸³⁶ BGE 143 II 297, RPW 2017/2, RPW 2017/2, 353 E. 5.4.2, GABA; bestätigt in BGer, 2C_63/2016 vom 24.10.2017 E. 4.3.2, BMW.

Stellung (Rz 614 ff.). Zusätzliche Konkurrenzwerke hätten den Konkurrenzdruck auf die BERAG in hohem Mass erhöht und den Wettbewerb spürbar belebt. Zudem dauerte die Wettbewerbsabrede bis zur Aufhebung im Jahr 2016 jahrzehntelang (vgl. Rz 479 ff.). Die Bagatellschwelle ist bei weitem überschritten. Das Kriterium der Erheblichkeit ist somit gegeben.

C.8.6 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

738. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- notwendig sind, um 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 (Bst. a); und
- den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Bst. b).

739. Mit dem Konkurrenzverbot nach Art. 5 des Gründervertrags bezweckten die beteiligten Unternehmen, die BERAG vor konkurrierenden Werken zu schützen. Mittelbar sollte das Konkurrenzverbot dazu dienen, die Investitionen in die BERAG zu schützen, den Absatz zu fördern und letztlich den wirtschaftlichen Erfolg der BERAG zu begünstigen (Rz 473 ff.).

740. Bei der Frage der Rechtfertigung sind vorliegend primär die folgenden beiden Aspekte zu berücksichtigen. Erstens war der Kreis der an der Abrede beteiligten Unternehmen gross. Die Errichtung und der Betrieb eines Belagswerks setzen nicht voraus, dass sich derart viele Unternehmen daran beteiligen. Vielmehr zeigen die Beispiele des Belagswerks der Weibel AG in Oberwangen, des Belagswerks der Frutiger-Gruppe in Sundlauenen und des Belagswerks der Marti-Gruppe in Walliswil, dass Belagswerke auch alleine betrieben werden können. Diese Belagswerke können ohne jeglichen Schutz durch ein Konkurrenzverbot zwischen potenziellen Konkurrenten und Konkurrentinnen wirtschaftlich existieren. Mit anderen Worten war das Konkurrenzverbot für die Existenz und den Betrieb der BERAG nicht erforderlich. Dies zeigt sich auch daran, dass das Konkurrenzverbot bereits 2016 aufgehoben worden ist, also noch vor Eröffnung der kartellrechtlichen Untersuchung und ohne behördliche Intervention.

741. Zweitens ist zu beachten, dass das Konkurrenzverbot von 1976 bis 2016 bestand und eingehalten worden ist. Zwar kann das Anliegen, das wirtschaftliche Risiko getätigter Investitionen durch ein Konkurrenzverbot zwischen den Gründern abzufedern, legitim sein.⁸³⁷ Hierzu hätte allerdings ein angemessen befristetes Konkurrenzverbot genügt. Eine Dauer des Konkurrenzverbots von vierzig Jahren war vorliegend jedenfalls bei weitem nicht erforderlich. Auch unter diesem Gesichtspunkt ging die Wettbewerbsabrede über das Notwendige hinaus.

742. Ein zentrales Element einer vom Gedanken des Wettbewerbs geprägten Wirtschaftsordnung bildet die Unsicherheit über das Marktverhalten der aktuellen und potenziellen Wettbewerber und Wettbewerberinnen. Indem sich die Abredeteiligen darüber einigten, die BERAG vor weiteren Werken der BERAG-Aktionärinnen zu schützen, versuchten sie, dieser Unsicherheit zu entgehen. Dies ist in einer marktwirtschaftlichen Ordnung kein legitimer Zweck eines wettbewerbswidrigen Konkurrenzverbots. Vielmehr sind die Absatzsicherung und Amortisation der Investitionen durch entsprechendes Marktverhalten anzustreben. Auch ist für den Absatz nicht erforderlich, dass die Kundinnen ins Aktionariat aufgenommen werden.⁸³⁸ Das

⁸³⁷ Vgl. zum Teil auch die Ausführungen der Alluvia-Gruppe zur Rechtfertigung aus Effizienzgründen, die sich im Wesentlichen auf die Entstehung der BERAG beziehen (Act. VII.103, Rz 113 ff.).

⁸³⁸ Anders aber die Stellungnahme der Alluvia-Gruppe zum Antrag des Sekretariats, wonach die BERAG aufgrund der begrenzten Nachfrage und der hohen Transportkosten mit ihren Aktionärinnen stehe und falle (Act. VII.103, Rz 120).

vorliegende Konkurrenzverbot lässt sich somit nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen. Zu betonen ist, dass dieser Schluss primär aufgrund der fallspezifischen Umstände zu ziehen ist, namentlich der Art und Breite der am Konkurrenzverbot Beteiligten (Einbindung eines grossen Teils der aktuellen und potenziellen Konkurrenten) und der übermässigen Dauer. Die entsprechende Beurteilung lässt sich nicht unbenommen und ohne Einzelfallprüfung auf anderweitige Konkurrenzverbote zwischen Beteiligten an einer Aktiengesellschaft oder einer Gesellschaft in anderer Rechtsform übertragen.

743. Nach dem Gesagten stellt die vorliegende Wettbewerbsabrede eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung dar.

C.8.7 Zwischenergebnis

744. Der vorliegende Konsens zwischen den Aktionärinnen der BERAG, diese im Umkreis ihres Werkes in Rubigen nicht durch eigene Belagswerke oder Beteiligungen an anderen Belagswerken zu konkurrenzieren (*Konkurrenzverbot*), ist als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Der Gegenstand dieser Abrede ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. Zudem bezweckten die Abredeteilnehmer vorliegend im Wesentlichen tatsächlich, die BERAG vor weiteren konkurrierenden Werken zu schützen.

745. Die vorliegende Wettbewerbsabrede ist als horizontale Gebietsabrede zu werten. Damit erfüllt sie die Tatbestandsmerkmale von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG. Zeitlich hatte sie von 1976 bis 2016 Bestand. Sie weist daher die Merkmale eines Dauerverstosses auf.

746. Als Gebietsabrede greift gemäss Art. 5 Abs. 3 KG die Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. Diese Vermutung lässt sich zwar vorliegend widerlegen. Allerdings liegt kein Bagatellfall vor. Die Abrede ist daher als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu werten. Hinreichende Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG, die sie rechtfertigen würden, liegen nicht vor. Die vorliegende Wettbewerbsabrede stellt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

C.9 Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH

C.9.1 Wettbewerbsabrede

747. 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; vgl. auch vorne Rz 717).

748. Vorliegend ist erwiesen (Rz 532 ff.), dass zwischen der BERAG und der BLH seit 1995 tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen (natürlicher Konsens) vorlagen, sich gegenseitig ein Mandat im Verwaltungsrat einzuräumen (*Kreuzmandat*) und sich in diesem Rahmen Informationen über sämtliche Verwaltungsratsangelegenheiten auszutauschen. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt.

749. Zu prüfen ist, ob eine bezweckte oder bewirkte Wettbeschränkung gegeben ist. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen «*die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben*». ⁸³⁹ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen.

750. Um zu eruieren, ob eine Abrede über einen Informationsaustausch geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken, sind einerseits die Eigenschaften des betroffenen Marktes zu beurteilen, andererseits die Eigenschaften der ausgetauschten Informationen und die Modalitäten des Austauschs. Dabei ist eine Gesamtwürdigung vorzunehmen. ⁸⁴⁰

751. Die vorliegende Abrede zwischen der BERAG und der BLH war aus folgenden Gründen geeignet, den Wettbewerb zu beschränken ⁸⁴¹:

- *Marktstruktur*: Aufgrund der hohen Transportkosten können in der Regel nur wenige Werke eine bestimmte Baustelle zu konkurrenzfähigen Preisen mit Asphaltmischgut beliefern (vgl. Rz 145 ff.). Das gilt auch für Baustellen, die zwischen dem Werk der BERAG und dem Werk der BLH gelegen sind. Dieses zwischen den beiden Werken gelegene Gebiet wird jedenfalls teilweise sowohl von der BERAG als auch von der BLH beliefert, welche in nordöstlicher Richtung das am nächsten zur BERAG gelegene Asphaltmischgutwerk ist. In diesem von beiden Werken belieferten Gebiet gehören die BERAG und die BLH zu den stärksten Asphaltmischgutwerken, weil sie im Vergleich zu den meisten anderen Anbietern und Anbieterinnen über kürzere Transportwege und damit über tiefere Transportkosten verfügen (vgl. Abbildung 19). Insofern sind die BERAG und die BLH in einem bedeutenden Teil ihres Liefergebiets wichtige Konkurrentinnen. Die Gefahr, dass in einem derart konzentrierten Markt ein Informationsaustausch zwischen zwei bedeutenden Anbietern bzw. Anbieterinnen zu einer Verhaltensabstimmung führt, ist erhöht.
- *Homogenität der Produkte*: Im Belagsbereich gibt die ausschreibende Stelle in der Regel vor, welche Belagssorten einzubauen sind. In den dazu herangezogenen Normen sind

⁸³⁹ BGer, 2C_149/2018 vom 4.2.2021 E. 3.6 (zur Publikation vorgesehen); RPW 2013/4, 560 Rz 180, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

⁸⁴⁰ RPW 2011/4, 584, Rz 391 ff., *ASCOPA*.

⁸⁴¹ Vgl. zur kartellrechtlichen Beurteilung von Mehrfachmandaten bei konkurrierenden Gesellschaften auch KISSLING (Fn 718), Rz 758 ff. Vgl. zu den Kriterien für die kartellrechtliche Beurteilung eines Informationsaustausches im Allgemeinen auch RPW 2011/4, 584, Rz 391 ff., *ASCOPA*; EU-Horizontalleitlinie, ABL 011 vom 14.1.2011, Rz 86 ff. Zum Einfluss von Informationsaustausch zwischen Konkurrenten auf den Wettbewerb vgl. z.B. MASSIMO MOTTA, *Competition Policy: Theory and Practice*, 2004, 142 ff; MATTHEW BENNETT/PHILIP COLLINS, *The Law and Economics of Information Sharing: The Good, the Bad and the Ugly*, *European Competition Journal* 6(2), 2010, 311–337.

die Eigenschaften der Belagssorten bereits sehr weitgehend festgelegt. Deshalb spielen qualitative Merkmale, die über die in den Normen bereits enthaltenen Vorgaben hinausgehen, in der Regel keine wesentliche Rolle. Der Wettbewerb erfolgt im Wesentlichen über den Preis (vorne Rz 186). Dieser Umstand erleichtert eine Verhaltenskoordination. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist das Risiko eines koordinierten Marktverhaltens infolge eines Informationsaustausches als erhöht zu werten.

- *Art und Umfang der ausgetauschten Informationen:* Im Rahmen der Ausübung der Kreuzmandate erhielten die beim jeweils anderen Unternehmen in den Verwaltungsrat gewählten Unternehmensvertreter Einsicht in sämtliche strategischen Angelegenheiten und nahmen diesbezüglich an den Entscheidberatungen und Beschlussfassungen teil (Rz 536 vorne). Namentlich waren auch Preisinformationen vom Austausch erfasst, etwa betreffend die Anpassungen der Listenpreise, das Rabattsystem und die Rabattpolitik (Rz 537 vorne). Da der Wettbewerb beim Verkauf von Asphaltmischgut primär über den Preis spielt (Rz 186 vorne), erhöhte der Austausch solcher Informationen vorliegend die Gefahr, dass die beteiligten Unternehmen ihr Marktverhalten abstimmten. Dabei ist auch zu beachten, dass sich die BERAG und die BLH nicht etwa nur historische Preisinformationen mitgeteilt haben, sondern auch Angaben zur aktuellen und künftigen Preisfestsetzung. Zum Beispiel erfuhren sie gegenseitig von geplanten Anpassungen der Listenpreise und legten dem anderen Unternehmen ihre aktuelle Rabattpolitik offen. Der Informationsaustausch betraf neben Preisangaben zahlreiche weitere Aspekte der Geschäftstätigkeit der BERAG und der BLH, namentlich Produktionskosten, Mengen, Umsätze, Verkaufszahlen, Kapazitäten, Qualität, Marketingpläne, Risiken, Investitionen und Technologien (Rz 537). Viele dieser Daten waren im Wesentlichen geheim und den nicht an der Abrede beteiligten Marktteilnehmern nicht zugänglich. Mit dieser Transparenz gewährten die BERAG und die BLH dem jeweils anderen Unternehmen Einblick in ihr Innenleben – und zwar exklusiv. Auch wenn nicht jede einzelne ausgetauschte Information gleichermassen bedeutsam und sensibel war, so waren die BERAG und die BLH aufgrund der Fülle und der Möglichkeit der Vernetzung der Informationen dennoch in der Lage, das Verhalten des anderen Unternehmens im Wettbewerb besser zu antizipieren. Auch dieser Aspekt akzentuierte das Risiko der Verhaltenskoordination infolge der Abrede.
- *Frequenz und Dauer des Informationsaustausches:* Der Informationsaustausch zwischen der BERAG und der BLH erfolgte regelmässig und institutionalisiert, nämlich im Rahmen der Verwaltungsratssitzungen der beiden Unternehmen. Zudem handelte es sich um ein über einen langen Zeitraum praktiziertes Verhalten. Die Regelmässigkeit und Dauer des Informationsaustausches steigerten die Vorhersehbarkeit des Wettbewerbsverhaltens des Konkurrenzunternehmens und verstärkten damit auch die Gefahr der Verhaltensabstimmung.

752. Bereits aus der Betrachtung der Eigenschaften des betroffenen Marktes und der ausgetauschten Informationen ist zu schliessen, dass die Abrede zwischen der BERAG und der BLH objektiv geeignet war, den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Die vorliegende Abrede geht jedoch über einen reinen Informationsaustausch hinaus und beinhaltete insbesondere die gegenseitige Einsitznahme im Verwaltungsrat. Vor diesem Hintergrund ist auch dem tatsächlichen Zweck, den die beteiligten Unternehmen mit dem Kreuzmandat verfolgten, Rechnung zu tragen. Die BERAG und BLH bezweckten mit dem Kreuzmandat nicht nur, Fachwissen auszutauschen, sondern auch, ihre Interessen abzugleichen und gegenseitig Einfluss auf strategische Entscheide des anderen Unternehmens nehmen zu können (Rz 548 ff.). Dieser Zweck erhöhte die Gefahr, dass das Kreuzmandat und der Informationsaustausch tatsächlich zu kollusivem Verhalten führt. Das Beispiel der koordinierten Preiserhöhung der BERAG und der BLH per 1. September 2008 untermauert dies.

753. Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Doppelmandate sowohl bei der BERAG als auch bei der BLH von Personen ausgeübt worden sind, die in ihren Stammunternehmen

Schlüsselfunktionen wahrnahmen und eine zentrale Stellung innehatten, namentlich das Bindeglied zwischen Verwaltungsrat und operativer Tätigkeit bildeten (Rz 538). Die BERAG und die BLH haben keinerlei Schutzvorkehrungen oder Massnahmen getroffen, um die Verwendung der erhaltenen Informationen zu begrenzen (Rz 539). Den strukturellen Interessenkonflikten, die Doppelmandaten im Verwaltungsrat von konkurrierenden Unternehmen immanent sind (dazu auch Rz 551), schenken sie keine Beachtung. Dies kann nur durch den kooperativen Hintergrund des Kreuzmandats schlüssig erklärt werden. Hätte das Kreuzmandat und der Informationsaustausch den Wettbewerb zwischen der BERAG und der BLH verstärkt, namentlich durch das Ausnutzen von erhaltenen Informationen zum Nachteil des anderen Unternehmens, wären diese Interessenkonflikte an die Oberfläche getreten. Dies hätte seinen Niederschlag in der Zusammenarbeit gefunden. Dass ausgeprägtes Konkurrenzverhalten zwischen der BERAG und der BLH als Folge des Informationsaustausches nicht zumindest zu Regeln betreffend den Umgang mit den erhaltenen Informationen geführt hätte, kann ausgeschlossen werden.

754. Nach dem Dargelegten war das vorliegende Kreuzmandat und der darauf basierende Informationsaustausch geeignet, den Wettbewerb zwischen der BERAG und der BLH zu beschränken. Entgegen der Behauptung der BERAG gründet diese Eignung nicht bloss in abstrakten Überlegungen,⁸⁴² sondern beruht auf den soeben aufgezeigten konkreten Umständen des vorliegenden Falles. Es liegt somit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

C.9.2 Qualifikation der Wettbewerbsabrede

755. Die vorliegende Wettbewerbsabrede wurde 1995 abgeschlossen und bestand bis anfangs 2019 (vgl. Rz 555). Damit ist sie als *Dauerabrede* zu qualifizieren. Die BERAG und BLH sind beide in der Produktion und dem Vertrieb von Belagsprodukten, also auf der gleichen Marktstufe tätig. Ihre Liefergebiete überschneiden sich. Sie sind daher aktuelle Konkurrentinnen.⁸⁴³ Die Wettbewerbsabrede ist somit horizontaler Natur.

756. Zu prüfen ist, ob die Wettbewerbsabrede als Preis-, Mengen oder Gebiets- bzw. Geschäftspartnerabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a–c KG zu qualifizieren ist. Solche Wettbewerbsabreden unterstehen der Vermutung, dass sie den wirksamen Wettbewerb beseitigen und begründen grundsätzlich die Sanktionierbarkeit nach Art. 49a KG. Sie werden typischerweise als harte horizontale Wettbewerbsabreden bezeichnet.

757. Dabei ist zwischen dem Gegenstand der Wettbewerbsabrede und ihrer potenziellen Wirkung zu differenzieren. Die Formulierung der drei gesetzlichen Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 3 KG legt nahe, dass für die Qualifikation als harte horizontale Wettbewerbsabrede der Gegenstand der Abrede massgebend sein soll. Konkret hat der Gesetzgeber die Wendung «Abreden über (...)» gewählt. Ein Bezug zu den Auswirkungen ist den gesetzlichen Formulierungen nicht zu entnehmen, auch in den französischen und italienischen Gesetzesfassungen nicht. Diese Konzeption überzeugt auch in systematischer und teleologischer Hinsicht. Wettbewerbsabreden zwischen Konkurrenten und Konkurrentinnen sind – unabhängig vom Gegenstand – fast immer geeignet, Auswirkungen auf die Preise nach sich zu ziehen. Das Potenzial einer Abrede, Preiseffekte zu erzielen, kann daher für die Qualifikation als Preisabrede kein sachgerechtes Kriterium bilden. Dies hätte zur Folge, dass für fast alle Wettbewerbsabreden – auch unbedenkliche – von Gesetzes wegen zu vermuten wäre (vgl. Art. 5 Abs. 3 KG), dass sie den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Zudem wären die beiden weiteren Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 3 Bst. b und c KG neben der Preisabrede (Bst. a) überflüssig, da sämtlichen Mengen, Gebiets- und Kundenabreden zwischen Konkurrenten und Konkurrentinnen das Potenzial inhärent ist, sich auf die Preise auszuwirken. Vor diesem Hintergrund ist

⁸⁴² Vgl. Act. VII.106, Rz 300.

⁸⁴³ Vgl. auch Act. IV.4, Zeile 359 f. (Aussagen von [...]).

aufgrund des Gegenstands zu beurteilen, ob eine Wettbewerbsabrede einen Vermutungstatbestand nach Art. 5 Abs. 3 KG erfüllt.

758. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede zwischen der BERAG und der BLH bildete das gegenseitige Mandat im Verwaltungsrat (Kreuzmandat) und den damit einhergehenden Informationsaustausch. Nicht nachgewiesen ist namentlich, dass zwischen der BERAG und der BLH ein Konsens über die direkte oder indirekte Festlegung von Preisen bestand (Rz 540 ff.). Eine Preisabrede in Form einer Vereinbarung scheidet somit aus. Ebenso wenig ist erwiesen, dass zwischen der BERAG und der BLH eine Koordination der Preise erfolgt ist oder die erhaltenen Preisinformationen das Preisfestsetzungsverhalten tatsächlich beeinflusst haben. Weder ist ein entsprechendes Marktverhalten beobachtbar noch belegen dies entsprechende innerbetriebliche Umsetzungsmassnahmen (Rz 542).⁸⁴⁴ Damit entfällt auch eine Preisabrede in Form einer abgestimmten Verhaltensweise.⁸⁴⁵ Hierzu fehlt es am Kriterium des Marktverhaltens, das auf den Informationsaustausch zurückzuführen ist (Kausalität zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg).⁸⁴⁶ Der Tatbestand der Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG ist somit nicht erfüllt. Gleiches gilt für den Tatbestand der Mengenabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG) und den Tatbestand der Gebietsabrede oder Geschäftskundenabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG). Auch hier fehlt es am Konsens über die entsprechenden Wettbewerbsparameter bzw. an der Kausalität zwischen Marktverhalten und Abstimmung.

759. Die Wettbewerbsabrede zwischen der BERAG und der BLH erfüllt somit den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG nicht. Die Zulässigkeit der Wettbewerbsabrede ist daher einzig unter dem Gesichtspunkt von Art. 5 Abs. 1 KG zu prüfen.

760. Präzisierend ist hierzu zu ergänzen, dass dies nur für die Dauerabrede (1995 bis anfangs 2019) gilt. Die beidseitige Preiserhöhung im Jahr 2008, die auf die Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH zurückzuführen ist (dazu Rz 542), erfüllt hingegen alle Merkmale einer Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Diese Preisabrede dürfte zudem als erheblich einzustufen, nicht zu rechtfertigen und damit unzulässig sein. Da die Wettbewerbsbeschränkung aber mehr als fünf Jahre vor Untersuchungseröffnung nicht mehr ausgeübt worden ist, sind die Voraussetzungen für eine Sanktion nicht gegeben (vgl. Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG).

C.9.3 Relevanter Markt

761. Um die Schwere der vorliegenden Wettbewerbsabrede bewerten zu können, ist zunächst der relevante Markt abzugrenzen. In sachlicher Hinsicht ist der Markt für Asphaltmischgut relevant. Der räumlich relevante Markt erfasst vorliegend mindestens die Liefergebiete der BERAG und der BLH, allenfalls auch angrenzende Gebiete. In zeitlicher Hinsicht ist die Periode von 1996 (Inkrafttreten des Kartellgesetzes) bis anfangs 2019 (Aufhebung der Wettbewerbsabrede) relevant (vgl. Rz 571 ff. für weitere Ausführungen zur Marktabgrenzung).

⁸⁴⁴ Eine Ausnahme bildet die beidseitige Preiserhöhung um 6 Franken per 1. September 2008 im Zusammenhang mit dem Anstieg der Erdölpreise (Rz 542).

⁸⁴⁵ Eine abgestimmte Verhaltensweise setzt eine Abstimmung, einen Abstimmungserfolg sowie einen Kausalzusammenhang zwischen diesen Elementen voraus; BGer, 2C_149/2018 vom 4.2.2021 E. 3.4.2 (zur Publikation vorgesehen); vgl. auch BVGer, B-829/2012 vom 25.6.2018 E. 9.2.3 (Türbeschläge); BVGer, B-552/2015 vom 14.11.2017 E. 4.5.2 (Submissionsabreden und Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau).

⁸⁴⁶ Dazu BGer, 2C_149/2018 vom 4.2.2021 E. 3.4.3 (zur Publikation vorgesehen). – Das Bundesgericht hat das Kriterium des Abstimmungserfolgs wie folgt beschrieben: «*Der Abstimmungserfolg muss sich in der Regel in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhalten zeigen (...). Dieses muss daher von der aufeinander bezogenen Abstimmung beeinflusst sein. Neben dem beobachtbaren Verhalten auf dem Markt können auch innerbetriebliche Massnahmen die Umsetzung belegen (...). Das Marktverhalten ist der Erfolg der Abstimmung*».

C.9.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

762. Wie erörtert worden ist, ist die Wettbewerbsabrede zwischen der BERAG und der BLH unter die Bestimmung von Art. 5 Abs. 1 KG zu subsumieren (Rz 756 ff.). Bei solchen Abreden greift die gesetzliche Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wird, nicht. Vorliegend ist denn auch nicht anzunehmen, dass die Wettbewerbsabrede zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs geführt hat. Zu prüfen ist, ob sie eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Folge hatte.

763. Die Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung durch Wettbewerbsabreden ist durch eine Gesamtwürdigung qualitativer und quantitativer Kriterien zu prüfen. Die Erheblichkeitsschwelle ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung tief angesetzt. Ziel ist die Aussonderung von Bagatellfällen.⁸⁴⁷ Es ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können (vgl. auch Rz 736 vorne).⁸⁴⁸

764. Zum qualitativen Element ist Folgendes festzuhalten: Die vorliegende Wettbewerbsabrede hatte in ihrer Umsetzung einen Informationsaustausch zwischen der BERAG und der BLH zur Folge. Der Austausch schloss auch sensible Informationen und Geschäftsgeheimnisse ein. Es handelte sich um aktuelle und nicht aggregierte Daten. Zudem erfolgte der Austausch regelmässig und institutionalisiert. Die ausgetauschten Informationen waren im Wesentlichen geheim und den nicht beteiligten Marktteilnehmern nicht zugänglich (Rz 751). Aufgrund der Eigenschaften der ausgetauschten Informationen und der Modalitäten des Austauschs ist von einem hohen Potenzial für Wettbewerbsbeschränkungen auszugehen. Kommt hinzu, dass die ausgetauschten Informationen ein normiertes Produkt betrafen und der Belagsmarkt von wenigen Akteuren beherrscht wird (hoher Konzentrationsgrad; Rz 145 ff.). Schliesslich sind der Interessenabgleich und die gegenseitige Einflussnahmemöglichkeit auf strategische Entscheide des anderen Unternehmens als tatsächlich verfolgte Zwecke des Informationsaustauschs, die fehlenden Schranken oder Regeln in Bezug auf die Verwendung der erhaltenen Informationen sowie die fehlenden Vorkehrungen in Bezug auf Interessenkonflikte im Zusammenhang mit den Doppelmandaten zu nennen (Rz 551). Diese Umstände erhöhten vorliegend die Gefahr, dass der Informationsaustausch zu tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkungen führte, zusätzlich.

765. Die BERAG und die BLH sind schliesslich in ihren hauptsächlichen Liefergebieten je die bedeutendsten Belagsproduzenten (quantitatives Element).

766. Damit liegt unter Berücksichtigung der qualitativen und quantitativen Elemente kein Bagatellfall vor. Die vorliegende Wettbewerbsbeschränkung ist als erheblich einzustufen.

C.9.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

767. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- notwendig sind, um 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 (Bst. a); und
- den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Bst. b).

⁸⁴⁷ BGE 143 II 297 E. 5.2.2; bestätigt durch BGE 144 II 194 E. 4.3.1 und BGE 144 II 246 E. 10.1.

⁸⁴⁸ BGE 143 II 297 E. 5.4.2.

768. Überwiegende Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) sind für einen derart weitreichenden Informationsaustausch, welcher mit der Wettbewerbsabrede zwischen der BERAG und der BLH einherging, nicht ersichtlich. Vielmehr haben die involvierten Personen selbst ausgeführt, dass kein Grund mehr für die Fortführung der Kreuzmandate besteht (Rz 521, 523, 524). Mehrere der befragten Personen haben auf die Gefahr von Interessenkonflikten hingewiesen (Rz 525, 526). Die BERAG und die BLH haben bereits vor der Untersuchungseröffnung Bestrebungen eingeleitet, das Kreuzmandat aufzulösen. Seit anfangs 2019 besteht das Kreuzmandat nicht mehr.

769. Die BERAG bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag vor, dass das Kreuzmandat insofern gerechtfertigt gewesen sei, als es den Austausch von Fachwissen ermöglicht habe, wodurch auch den Kunden und Kundinnen ein Nutzen entstanden sei.⁸⁴⁹ Zudem habe der Informationsaustausch der Verbesserung der Produkte oder der Produktionsverfahren gedient.⁸⁵⁰ Ohne Einräumung eines Kreuzmandats hätte der Austausch von Fachinformationen nie stattgefunden, weil nur letzteres den Beteiligten ein hinreichendes Vertrauensfundament habe bieten können. Dabei verkennt die BERAG, dass das Kreuzmandat zu einem Informationsaustausch geführt hat, der weit über den Austausch von Fachwissen hinausging. Namentlich waren auch Preisinformationen vom Austausch erfasst, etwa betreffend die Anpassungen der Listenpreise, das Rabattsystem und die Rabattpolitik (Rz 537 vorne). Die jeweils beim anderen Unternehmen in den Verwaltungsrat gewählten Unternehmensvertreter hatten Einsicht in sämtliche strategischen Angelegenheiten und nahmen diesbezüglich an den Entscheidungsberatungen und Beschlussfassungen teil (Rz 536 vorne). Für den reinen Fachaustausch wäre zudem die gegenseitige Einsitznahme im Verwaltungsrat nicht erforderlich gewesen und erst recht nicht das Stimmrecht in allen strategischen Angelegenheiten des anderen Unternehmens. Vielmehr hätten gezielte fachspezifische Besprechungen unter den geeigneten Personen ausgereicht. Das Kriterium der Notwendigkeit (vgl. Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG) ist damit nicht gegeben.

770. Nach dem Gesagten scheidet eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen aus. Die Wettbewerbsabrede zwischen der BERAG und der BLH stellt daher eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar.

C.9.6 Zwischenergebnis

771. Zwischen der BERAG und der BLH lagen seit 1995 tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen (natürlicher Konsens) vor, sich gegenseitig ein Mandat im Verwaltungsrat einzuräumen (*Kreuzmandat*) und sich in diesem Rahmen Informationen über sämtliche Verwaltungsratsangelegenheiten auszutauschen. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt. Aufgrund der Eigenschaften der ausgetauschten Informationen und der Modalitäten des Austauschs, der Eigenschaften des betroffenen Marktes sowie des tatsächlich verfolgten Zwecks war diese Vereinbarung in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Es liegt somit eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vor. Ein Bagatellfall ist nicht gegeben. Die Wettbewerbsbeschränkung ist daher als erheblich einzustufen. Überwiegende Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) sind nicht ersichtlich. Die Wettbewerbsabrede zwischen der BERAG und der BLH stellt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar.

⁸⁴⁹ Act. VII.106, Rz 317 ff.

⁸⁵⁰ Act. VII.106, Rz 321 ff.

D Massnahmen

772. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Rz 773 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 789 ff.).

D.1 Anordnung von Massnahmen

773. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen.

774. Anstelle der (einseitigen) Anordnung von Massnahmen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen kann die WEKO eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG genehmigen. Inhalt der einvernehmlichen Regelung ist gemäss Art. 29 Abs. 1 KG die Art und Weise der Beseitigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Ihr Ziel und Zweck besteht darin, das wettbewerbswidrige Verhalten für die Zukunft zu beseitigen und eine kartellrechtskonforme Verhaltensalternative auszuarbeiten.

775. Im Folgenden werden die anzuordnenden Massnahmen für die verschiedenen Verstösse dargelegt. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass Verstösse bzw. Wiederhandlungen gegen die vorliegend angeordneten Massnahmen nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden können. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.⁸⁵¹

D.1.1 Massnahmen in Bezug auf die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen und den Treuebonus

776. Die BERAG hat durch Vorzugskonditionen an ihre Aktionärinnen und den Treuebonus ihre marktbeherrschende Stellung im relevanten Markt missbraucht (dazu Rz 644 ff. und 694 ff.). Sie ist zu einem Verhalten zu verpflichten, bei welchem vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden.

777. Im Einzelnen ist der BERAG zu untersagen:

- das Gewähren von Vorteilen bei den Geschäftsbedingungen gegenüber ihren Kunden und Kundinnen, insbesondere das Gewähren von preislichen Vorteilen, nicht von deren Eigenschaft als Aktionärin der BERAG abhängig zu machen. Davon ausgenommen sind Vorteile, welche die BERAG ihren Aktionärinnen für Bezüge von Asphaltmischgut für Bauprojekte gewährt, die weiter als 32 Fahrminuten vom Asphaltmischgutwerk der BERAG in Rubigen entfernt sind.
- das Gewähren von Rabatten und Rückvergütungen für den Bezug von Asphaltmischgut oder deren Höhe gegenüber ihren Kunden und Kundinnen nicht von künftigem Bezug von Asphaltmischgut bei der BERAG abhängig zu machen. Davon ausgenommen sind Rabatte und Rückvergütungen, welche die BERAG ihren Kunden und Kundinnen:

⁸⁵¹ Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

- einzig aufgrund der Gesamtbezüge innerhalb von maximal 12 Monaten gewährt, sofern durch deren Ausgestaltung für die Kunden und Kundinnen nicht die Verpflichtung oder der Anreiz geschaffen wird, den ganzen oder überwiegenden Teil des Asphaltmischguts bei der BERAG zu beziehen, zum Beispiel durch entsprechende Staffelung oder Progression der Höhe des Rabatts oder der Rückvergütung oder durch die Bedingung, dass der Kunde oder die Kundin eine bestimmte Bezugsmenge erreicht (Zielrabatt);
- für den Bezug von Asphaltmischgut für Bauprojekte gewährt, die weiter als 32 Fahrminuten vom Asphaltmischgutwerk der BERAG in Rubigen entfernt sind.

778. Diese Anordnungen umschreiben die Verpflichtungen der BERAG, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Zudem stehen sie in unmittelbarem Zusammenhang zu den von ihnen begangenen unzulässigen Verhaltensweisen und verhindern, dass es erneut zu derartigen Verhaltensweisen kommt. Sie sind verhältnismässig, zumal sie zur Erreichung des Ziels, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, geeignet sowie erforderlich und zumutbar sind.

779. Die Behörde hat vorliegend nur im relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung der BERAG festgestellt (dazu Rz 571 ff. vorne), d.h. in einem Gebiet von 32 Fahrminuten um das Werk der BERAG in Rubigen. Entsprechendes Verhalten bei Lieferungen ausserhalb dieses Gebiets ist nicht unzulässig. Der Geltungsbereich der Massnahmen ist daher auf den relevanten Markt zu beschränken. Auch in dieser Hinsicht wird dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz genüge getan.

D.1.2 Massnahmen in Bezug auf das Konkurrenzverbot

780. Das Sekretariat hat mit der Adolf Künzi AG, Andreas Wälti AG, Arm AG Konolfingen und Walo Bertschinger AG Bern eine einvernehmliche Regelung in Bezug auf das Konkurrenzverbot geschlossen.⁸⁵² Sie lautet wie folgt:

«A. Vorbemerkungen

- a) *Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0497: Belagswerke Bern zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.*
- b) *Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen hinsichtlich aller Gegenstand der Untersuchung 22-0497: Belagswerke Bern bildenden Wettbewerbsbeschränkungen, gegenüber der [Adolf Künzi AG, Andreas Wälti AG, Arm AG Konolfingen, Walo Bertschinger AG Bern] einvernehmlich und abschliessend geregelt.*
- c) *Der Wille und die Bereitschaft der [Adolf Künzi AG, Andreas Wälti AG, Arm AG Konolfingen, Walo Bertschinger AG Bern] zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung werden vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, der WEKO eine Sanktion in der Grössenordnung von Fr. [...] bis Fr. [...] zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO und erfolgt in der Verfügung, die das Verfahren zum Abschluss bringt.*

⁸⁵² Act. I.C.2; Act. I.D.2; Act. I.E.2; Act. I.I.2.

- d) *Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.*
- e) *Selbst wenn der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens der [Adolf Künzi AG, Andreas Wälti AG, Arm AG Konolfingen, Walo Bertschinger AG Bern] keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und der rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält die [Adolf Künzi AG, Andreas Wälti AG, Arm AG Konolfingen, Walo Bertschinger AG Bern] fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss lit. c) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.*
- f) *Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten anteilmässig zu Lasten der [Adolf Künzi AG, Andreas Wälti AG, Arm AG Konolfingen, Walo Bertschinger AG Bern].*

B. Vereinbarung

Der [Adolf Künzi AG, Andreas Wälti AG, Arm AG Konolfingen, Walo Bertschinger AG Bern] ist es untersagt, sich zu verpflichten, die BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG (BERAG) nicht durch eigene oder gemeinsam mit anderen Unternehmen betriebene Asphaltmischgutwerke zu konkurrenzieren. Dies gilt nicht, falls die [Adolf Künzi AG, Andreas Wälti AG, Arm AG Konolfingen, Walo Bertschinger AG Bern] über die BERAG alleinige oder gemeinsame Kontrolle hat».

781. Die Verpflichtung, welche die Parteien damit eingegangen sind, zielt direkt auf die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, also auf das Konkurrenzverbot. Sie ist zur Erreichung des Ziels, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkung zu verhindern, geeignet, erforderlich sowie zumutbar und damit verhältnismässig. Die abgeschlossenen einvernehmlichen Regelungen sind daher zu genehmigen.

782. Die Untersagung, ein Konkurrenzverbot zugunsten der BERAG einzugehen, gilt nicht für den Fall der gemeinsamen Kontrolle über die BERAG. Damit wird jedoch über die Zulässigkeit von Konkurrenzverboten bei einer allfälligen gemeinsamen Kontrolle in der Zukunft nichts gesagt. Vielmehr müsste in dieser Konstellation die Rechtmässigkeit eines Konkurrenzverbots anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls beurteilt werden.

783. Diejenigen Abredeteiligen, die keine einvernehmliche Regelung abgeschlossen haben, sind ebenfalls zu einem Verhalten zu verpflichten, bei welchem vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden und nicht mehr drohen. Die im Dispositiv (Ziffer 2) festgehaltenen Massnahmen entsprechen inhaltlich der Vereinbarung, welche das Sekretariat mit der Adolf Künzi AG, Andreas Wälti AG, Arm AG Konolfingen und Walo Bertschinger AG Bern getroffen hat. Auf die entsprechenden Ausführungen (Rz 780 ff.) kann daher verwiesen werden.

784. Die Behörde verzichtet vorliegend darauf, für die Kästli Bau AG, die K. & U. Hofstetter AG und die Messerli Kieswerk AG Massnahmen in Bezug auf ihren Kiesliefervertrag⁸⁵³ mit der BERAG zu treffen. Damit wird aber nichts zur Zulässigkeit des Kiesliefervertrags oder einzelner darin enthaltener Bestimmungen gesagt. Vielmehr ist diesbezüglich auf die Massnahmen im Verfahren 22-0477: KTB-Werke hinzuweisen, welche die WEKO mit Verfügung vom 12. Dezember 2018 angeordnet hat.

⁸⁵³ Act. II.17.

D.1.3 Massnahmen in Bezug auf die Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH

785. Das Sekretariat hat vorliegend mit der BLH folgende einvernehmliche Regelung in Bezug auf die Zusammenarbeit mit der BERAG geschlossen.⁸⁵⁴

«A. Vorbemerkungen

- a) *Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0497: Belagswerke Bern zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.*
- b) *Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen hinsichtlich aller Gegenstand der Untersuchung 22-0497: Belagswerke Bern bildenden Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber der BLH einvernehmlich und abschliessend geregelt.*
- c) *Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, der WEKO keine Sanktion zulasten der BLH zu beantragen. Der definitive Entscheid darüber obliegt der WEKO.*
- d) *Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.*
- e) *Selbst wenn der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens der BLH keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und der rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält die BLH fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO und eines Verzichts auf eine Sanktion die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.*
- f) *Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten anteilmässig zu Lasten der BLH.*

B. Vereinbarungen

1. Die BLH verpflichtet sich:

- 1.1 *keine Person in den Verwaltungsrat aufzunehmen oder als Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerin anzustellen, die zugleich bei einem Konkurrenzunternehmen eine Organfunktion ausübt (zum Beispiel Mitglied des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung) oder Aufgaben bei der Preisgestaltung wahrnimmt (zum Beispiel Verkaufsleiter oder Verkaufsleiterin).*
- 1.2 *sich im Zusammenhang mit dem Verkauf von Asphaltmischgut nicht mit Konkurrenzunternehmen vor Auftragserteilung über Offertpreise, Preiselemente oder die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen oder Gebieten im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG auszutauschen. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit:*
 - a) *der Bildung und Durchführung von Liefergemeinschaften und/oder Einkaufsgemeinschaften;*
 - b) *Aushilfslieferungen bei Revisionen des Asphaltmischgutwerks, bei Betriebsausfällen oder Lieferschwierigkeiten; sowie*

⁸⁵⁴ Act. I.B.2.

c) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

1.3 sich mit Konkurrenzunternehmen nicht im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG über künftige Listenpreise, die künftige Preis- und Rabattpolitik oder das künftige Liefergebiet auszutauschen.

2. Als Konkurrenzunternehmen im Sinne von Ziffer 1 gilt jedes Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG, das selber in Entfernung von bis zu 90 Fahrminuten zu einem Asphaltmischgutwerk der BLH ein eigenes Asphaltmischgutwerk betreibt.»

786. Das Ziel dieser Vereinbarungen mit der BLH besteht darin, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkung zu verhindern. Die Regeln sind geeignet, erforderlich sowie zumutbar und damit verhältnismässig. Zur Verhältnismässigkeit der Regeln in Bezug auf Doppelmandate (Ziffer 1.1) sind zudem folgende Punkte zu präzisieren:

- *Eignung*: Indem Doppelmandate bei konkurrierenden Unternehmen untersagt werden, zielt Ziffer 1.1 unmittelbar auf die festgestellte unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, die im Kreuzmandat zwischen der BLH und der BERAG gründet. Die aufgestellten Verbote sind geeignet, gleiche oder gleichgelagerte Verstösse zu verhindern.
- *Erforderlichkeit*: Als mildere Regeln als ein Verbot von Doppelmandaten kommen allenfalls Auflagen betreffend den Umgang mit Interessenkonflikten in Frage, namentlich Ausstandsvorschriften.⁸⁵⁵ Vorgaben, dass die Inhaber von Doppelmandaten bei bestimmten Geschäften in den Ausstand treten müssen, sind vorliegend aber nicht geeignet, um der kartellrechtlichen Problematik von Doppelmandaten zu begegnen. Dabei ist zu beachten, dass die BLH und die BERAG ausschliesslich in der Produktion von Asphaltmischgut tätig sind und keine anderen Geschäftszweige haben. Potenzielle Interessenkonflikte gibt es daher bei praktisch allen Angelegenheiten. Auch ist nicht ersichtlich, dass «*Chinese Walls*», etwa organisatorische oder technische Schranken, um die Streuung der im Rahmen von Doppelmandaten erhaltenen Informationen in das Stammunternehmen zu verhindern, die Gefahr der Verhaltenskoordination beheben könnten. Dass solche Schranken so aufgestellt werden können, dass sie wirksam sind, ist fraglich. Zudem treffen auch die Verwaltungsräte der BLH und der BERAG kollusionsanfällige Geschäfte, insbesondere beschliessen beide Unternehmen ihre Listenpreise im Verwaltungsrat. Damit ist die Gefahr der Verhaltenskoordination auch dann gegeben, wenn der (Doppel-)Vertreter die erhaltenen Informationen seinem Stammunternehmen nicht weitergibt.
- *Zumutbarkeit*: Das Verbot von Doppelmandaten gilt nur für Konkurrenzunternehmen. Konkurrenzunternehmen sind gemäss der Definition in Ziffer 2 Unternehmen, die in Entfernung von bis zu 90 Fahrminuten zu einem Asphaltmischgutwerk der BLH ein eigenes Asphaltmischgutwerk betreiben. Die folgende Überlegung steht hinter dieser Definition: Die Belagswerke der Region Bern liefern den überwiegenden Anteil ihrer Produktion innerhalb eines Radius von rund 30–35 Fahrminuten aus (vgl. Rz 190 ff.). In Einzelfällen nehmen die Werke aber eine grössere Fahrzeit in Kauf – zum Beispiel, wenn sie schlecht ausgelastet sind. Deshalb werden jedenfalls in Einzelfällen Baustellen beliefert, die rund 45 Fahrminuten vom Werk entfernt sind. Diese Baustellen am Rand der Liefergebiete können gleichermassen von Konkurrenzwerken beliefert werden, die sich bis zu 45 Fahrminuten in der entgegengesetzten Richtung befinden. Deshalb sind alle Werke, die sich innerhalb eines Radius von 90 Fahrminuten um das Werk der BLH befinden, potenzielle

⁸⁵⁵ Vgl. zum Umgang mit Mehrfachmandaten bei konkurrierenden Gesellschaften im Zivilrecht etwa KISSLING (Fn 718), Rz 361 ff.; FORSTMOSER (Fn 718), 20 ff.; SCHENKER (Fn 718), 19 f.; SETHE (Fn 718), 388; SOMMER (Fn 718), 265 ff.; STEININGER (Fn 718), 155 ff.

Konkurrenten. Nur diese potenziellen Konkurrenten sind vom Verbot der Doppelmandate erfasst. Dadurch verbleiben der BLH hinreichende Möglichkeiten, geeignete Verwaltungsräte zu finden.

787. Nach dem Gesagten ist der Verhältnismässigkeitsgrundsatz gewahrt. Die mit der BLH getroffene einvernehmliche Regelung ist zu genehmigen.

788. Mit der BERAG ist keine einvernehmliche Regelung zustande gekommen. Zur Verhinderung, dass sie erneut gleichartige Verstösse begeht, sind ihr die gleichen Massnahmen aufzuerlegen, die in der einvernehmlichen Regelung mit der BLH enthalten sind. Auf das hierzu Gesagte kann verwiesen werden (Rz 785 ff.).

D.2 Sanktionierung

D.2.1 Einleitung

789. Es liegen drei unzulässige Verhaltensweisen vor, die grundsätzlich sanktionierbar sind: die Gewährung von Vorzugskonditionen an die Aktionärinnen der BERAG, das Treuebonus-system der BERAG sowie das Konkurrenzverbot der Aktionärinnen der BERAG. Nachfolgend wird für alle drei Verhaltensweisen gemeinsam geprüft, ob die Voraussetzungen für eine Sanktionierung i.S.v. Art. 49a KG erfüllt sind.

790. Die Bemessung der Sanktion wird anschliessend separat für die unzulässigen Verhaltensweisen i.S.v. Art. 7 KG (Aktionärskonditionen und Treuebonussystem) einerseits und das Konkurrenzverbot andererseits vorgenommen.

D.2.2 Vorbemerkungen

791. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstösse – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.⁸⁵⁶ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.⁸⁵⁷

792. Aufgrund der Sanktionierbarkeit handelt es sich beim Kartellverfahren um ein Administrativverfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter, nicht jedoch um reines Strafrecht. Die entsprechenden Garantien von Art. 6 und 7 EMRK und Art. 30 bzw. 32 BV sind demnach grundsätzlich im gesamten Verfahren anwendbar; über deren Tragweite ist jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.⁸⁵⁸

D.2.3 Voraussetzungen

D.2.3.1 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

793. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben. Danach wird ein Unternehmen, welches an einer

⁸⁵⁶ Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

⁸⁵⁷ BBl 2002 2022, 2034.

⁸⁵⁸ BGE 139 I 72, 78 ff. E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 118 E. 2.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; BVGer, RPW 2013/4, 798 ff. E. 14, *Gaba/WEKO*; BVGer, RPW 2013/4, 835 ff. E. 12, *Gebro/WEKO*.

unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Daraus ergeben sich folgende Strafbarkeitsvoraussetzungen:

- Es müssen unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG vorliegen (Rz 794);
- Die unzulässigen Verhaltensweisen müssen von einem Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes begangen worden sein (Rz 796).

794. Die Gewährung von Vorzugskonditionen und der Treuebonus der BERAG verstossen gegen Art. 7 KG. Das Konkurrenzverbot der BERAG-Aktionärinnen ist als unzulässige Gebietsabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zu qualifizieren. In diesen Fällen liegen unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG vor. Nicht massgebend für die Frage der Sanktionierbarkeit ist, ob die unzulässigen Abreden zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs oder zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs geführt haben.⁸⁵⁹

795. Die Wettbewerbsabrede zwischen der BERAG und der BLH stellt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar, die nicht sanktioniert werden kann.

796. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem «*Unternehmen*» begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.⁸⁶⁰ Sämtliche Parteien, die sich an einer oder mehreren der festgestellten Wettbewerbsverstössen beteiligt haben, sind zum Tatzeitpunkt als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG zu qualifizieren (vgl. Rz 562).

D.2.3.2 Vorwerfbarkeit

797. Das Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit stellt gemäss Rechtsprechung das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar.⁸⁶¹ Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.

798. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen wird keine Vorwerfbarkeit vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.⁸⁶² Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschulden liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein

⁸⁵⁹ BGE 143 II 297, 337 ff. E. 9.

⁸⁶⁰ RPW 2017/3, 454 Rz 260, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; Entscheid der WEKO vom 26.3.2018, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 733, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018).

⁸⁶¹ BGer, 2C_484/2010 vom 29.6.2012 E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich Vorwerfbarkeit: RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique)*; BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*; RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/DCC*; RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; BVGer, RPW 2013/4, 803 E. 14.3.5, *Gaba/WEKO*; BVGer, RPW 2013/4, 840 E. 13.2.5, *Gebro/WEKO*.

⁸⁶² RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.⁸⁶³

799. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrigen Wettbewerbsabreden trafen, taten dies wissentlich und nahmen deren wettbewerbsbeschränkende Wirkung zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich also zumindest eventualvorsätzlich. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen entweder zeichnungsberechtigt waren oder jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader bzw. der Geschäftsleitung angehörten. Ihr (Eventual-)Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

800. Anderweitige Gründe, welche dagegen sprechen würden, dass den Unternehmen die fraglichen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen vorgeworfen werden können, sind nicht ersichtlich und werden von den Parteien auch nicht vorgebracht. So dürfen das Kartellgesetz resp. dessen grundlegende Normen für Unternehmen (als dessen Adressaten) als bekannt vorausgesetzt werden.⁸⁶⁴ Die Unternehmen müssen alles Zumutbare vorkehren, um sicherzustellen, dass die Vorgaben des Kartellgesetzes eingehalten werden. Dass die Parteien vorliegend angemessene und wirksame organisatorische Massnahmen zur Verhinderung der getroffenen Wettbewerbsabreden getroffen hätten, ist nicht ersichtlich.

D.2.3.3 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht

801. Die Sanktionierung ist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ausgeschlossen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist. Für die Prüfung dieser fünfjährigen Frist ist im Einzelfall die gesamte Dauer der Wettbewerbsbeschränkung miteinzubeziehen.

802. Vorliegend ist die Frist für die Sanktionierbarkeit gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG mit der Verfahrenseröffnung vom 5. März 2019 (vgl. Rz 32) für alle Wettbewerbsverstösse gewahrt.

D.2.4 Zurechenbarkeit der Wettbewerbsverstösse

803. Schliesslich ist zu beurteilen, inwiefern die begangenen Wettbewerbsverstösse den Verfahrensparteien zugerechnet werden können. Massgebend ist dabei die Unternehmensträgerschaft, das heisst, welche juristischen oder natürlichen Personen oder Rechtsgemeinschaften (z.B. Kollektivgesellschaft) Trägerinnen der fehlbaren Unternehmen waren bzw. sind. Vorliegend waren die betreffenden Verfahrensparteien jedenfalls zum Tatzeitpunkt Trägerinnen der fehlbaren Unternehmen. Sie sind daher für diejenigen Verstösse zu sanktionieren, die von den von ihnen getragenen Unternehmen begangen worden sind.

⁸⁶³ Vgl. BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; BGer, 2C_484/2010 vom 29.6.2012 E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁸⁶⁴ Siehe statt anderer etwa RPW 2011/1, 190 Rz 558 m.w.H. *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; vgl. auch Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18.6.2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG; SR 170.512).

D.2.5 Bemessung

D.2.5.1 Vorzugskonditionen für Aktionärinnen und Treuebonussystem der BERAG

D.2.5.1.1 Einleitung

804. Die BERAG gewährte ihren Aktionärinnen Vorzugskonditionen und band ihre Kunden und Kundinnen durch ihr Treuebonussystem. Nachfolgend wird dargelegt, mit welchem Betrag die BERAG für diese Verstösse zu sanktionieren ist.

805. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag innerhalb des Sanktionsrahmens anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.

806. Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung begrenzt wird. Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen nach den konkreten Umständen im Einzelfall.

D.2.5.1.2 Basisbetrag

807. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.⁸⁶⁵

808. Zur Festlegung des Basisbetrags wird nachfolgend zunächst dargelegt, welcher Prozentsatz des Umsatzes im vorliegenden Fall angemessen ist. Anschliessend wird dargelegt, welche Umsätze für die Sanktionierung herangezogen werden. Daraus ergibt sich der Basisbetrag.

Prozentsatz

809. In Bezug auf die Art und Schwere des Verstosses der **Gewährung von Vorzugskonditionen an die Aktionärinnen der BERAG** ist Folgendes zu beachten: Listenpreise, Offertpreise und Endpreise sowie weitere Konditionen der BERAG waren für Nichtaktionäre deutlich weniger vorteilhaft als für Aktionärinnen (vgl. Rz 242 ff.). Da Asphaltmischgut ein wichtiger Kostenfaktor im Markt für Strassenbau ist und da der Preis in diesem Markt der wichtigste Wettbewerbsparameter darstellt (vgl. Rz 136 ff.), ist die vorliegend zu beurteilende Verhaltensweise geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen. Genau darin bestand auch die Absicht der BERAG: Sie wollte ihren Aktionärinnen einen Vorteil im Markt für Strassenbau verschaffen (vgl. Rz 367 ff.).

810. Zugunsten der BERAG ist zu berücksichtigen, dass ein grosser Teil der im Strassenbau in der Region Bern aktiven Bauunternehmungen Aktionärinnen der BERAG sind (vgl. Rz 135).

⁸⁶⁵ In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; Verfügung i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Praxis > Entscheide > Altimum SA: Verfügung vom 20.08.2012 (11.05.2021).

Da die BERAG alle Aktionärinnen gleich behandelte (vgl. Rz 246), wurde der Wettbewerb unter den Aktionärinnen durch die Vorzugskonditionen nicht beeinträchtigt. Deshalb ist die zu beurteilende Verhaltensweise nicht geeignet, den Wettbewerb zu beseitigen. Ausserdem hat die BERAG verschiedentlich neue Aktionärinnen aufgenommen (vgl. Rz 336) und diesen damit ermöglicht, den Wettbewerb mit den bestehenden Aktionärinnen unter gleichen Bedingungen aufzunehmen. Die Gewährung von Vorzugskonditionen zielte nicht darauf ab, den Gewinn der BERAG zu maximieren, sondern den Aktionärinnen der BERAG einen Vorteil im nachgelagerten Markt für Strassenbau zu verschaffen.

811. In Bezug auf die Art und Schwere des Verstosses des **Treuebonussystems der BERAG** ist Folgendes festzuhalten: Das Treuebonussystem entfaltet eine starke Kundenbindungswirkung. Die Aufrechterhaltung des Anrechts auf den Treuebonus auf bereits getätigte Bezüge hängt von zukünftigen Bezügen ab. Die jeweiligen Bezüge der Folgejahre lösen ihrerseits wiederum einen Treuebonus für weitere zehn Jahre aus. Folglich verlieren die Kunden und Kundinnen der BERAG bei Anwendung des Treuebonussystems, beispielsweise aufgrund eines vollständigen Wechsels zu einem Konkurrenten oder einer Konkurrentin, ihren Anspruch auf einen Treuebonus in bedeutender Höhe für Bezüge der Vorjahre ganz oder teilweise (vgl. Rz 700 ff. vorne). Da die Konkurrenten und Konkurrentinnen der BERAG den Verlust des Treuebonus kompensieren müssen, um ein wettbewerbsfähiges Angebot zu offerieren, entsteht eine Verdrängungswirkung (vgl. Rz 705 f. vorne). Zudem können alle Kunden und Kundinnen der BERAG treuebonusberechtigter Bezüge tätigen, der Anwendungskreis ist folglich breit (dazu Rz 706, 1. Lemma vorne). Das Treuebonussystem ist schliesslich ein zeitlich unbegrenztes Instrument und der Preis ist der primäre Wettbewerbsfaktor im Markt für Asphaltmischgut (dazu Rz 706, 2. und 3. Lemma vorne). Das Schädigungspotential ist gross, da Neueintritte oder Kapazitätserweiterungen grosse Auswirkungen auf den Markt für Asphaltmischgut haben könnten.

812. Zu Gunsten der BERAG ist zu berücksichtigen, dass kein Exklusivbezug erforderlich ist, um den Treuebonus beanspruchen zu können. Vielmehr wird dazu lediglich vorausgesetzt, dass die Kunden und Kundinnen einen bestimmten Anteil ihres Gesamtbedarfs bei der BERAG beziehen (vgl. Rz 706, 4. Lemma vorne). Die starke Kundenbindungswirkung bezieht sich folglich nur auf einen begrenzten Anteil des Gesamtbedarfs der Kunden und Kundinnen der BERAG. Schliesslich ist nicht nachgewiesen, dass ein Kunde oder eine Kundin der BERAG wegen des Treuebonus einen Auftrag an die BERAG statt an ein anderes Asphaltmischgutwerk vergeben hätte oder dass ein Konkurrent oder eine Konkurrentin wegen des Treuebonussystems auf den Ausbau oder Neubau eines Asphaltmischgutwerks verzichtet hätte.

813. Unter Berücksichtigung des soeben Ausgeführten handelt es sich bei der Gewährung von Vorzugskonditionen an ihre Aktionärinnen und dem Treuebonussystem der BERAG um einen mittelschweren Verstoss. Deshalb ist vorliegend zur Berechnung des Basisbetrags gemäss Art. 3 SVKG ein Prozentsatz von 4 % angemessen. Als nächstes sind die von der BERAG in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt erzielten Umsätze zu bestimmen.

Umsatz

814. Gemäss Art. 3 SVKG ist für die Berechnung des Basisbetrags der in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielte Umsatz massgebend. Im vorliegenden Fall ist der Umsatz heranzuziehen, welchen die BERAG durch den Verkauf von Asphaltmischgut (sachlich relevanter Markt, vgl. Rz. 575 ff.) im Zeitraum 2018–2020 erzielt hat. Dabei sind nur Verkäufe an Baustellen zu berücksichtigen, die innerhalb von 32 Fahrminuten ab dem Werk der BERAG erreicht werden können (räumlich relevanter Markt, vgl. Rz 580 ff.).

815. Die Behörde hat diesen Umsatz anhand der von der BERAG eingereichten Lieferscheindaten der Jahre 2018–2020 berechnet. Dabei hat die Behörde nur die mit Materiallieferungen

erzielten Einnahmen ohne Transporte und ohne Mehrwertsteuer berücksichtigt. Dieser Umsatz ist separat für die Jahre 2018–2020 in der zweiten Spalte von Tabelle 20 ausgewiesen. Davon sind Rückerstattungen abzuziehen, welche die BERAG an die Bezüger von Asphaltmischgut ausbezahlt hat. Solche Rückerstattungen erfolgten zum Beispiel im Rahmen des Treuebonussystems. Die Höhe dieser Rückerstattungen wurde von der BERAG für die Jahre 2018–2020 berechnet⁸⁶⁶ und durch die Behörde plausibilisiert. Sie sind in der dritten Spalte von Tabelle 20 ausgewiesen. Der in der vierten Spalte von Tabelle 20 angegebene Nettoumsatz entspricht dem aus den Lieferscheindaten entnommenen Umsatz abzüglich der Rückerstattungen.

816. Ausserdem sind nur die im räumlich relevanten Markt erzielten Umsätze zu berücksichtigen. Die BERAG verkauft rund zwei Drittel des von ihr hergestellten Asphaltmischguts im räumlich relevanten Markt (vgl. Rz 214 ff. vorne). Deshalb wird zur Sanktionierung zwei Drittel des Nettoumsatzes herangezogen.⁸⁶⁷ Diese von der BERAG im relevanten Markt erzielten Nettoumsätze sind in der fünften Spalte von Tabelle 20 ausgewiesen. Insgesamt ergibt sich für die Jahre 2018–2020 somit ein für die Sanktionierung relevanter Umsatz von Fr. [...].

Tabelle 20: Umsatz im relevanten Markt 2018–2020.

[...]

Quelle: Lieferscheine der BERAG (vgl. Tabelle 28), Act. V.34.

817. Der Basisbetrag entspricht 4 % des relevanten Umsatzes von Fr. [...] und beläuft sich damit auf Fr. [...].

D.2.5.1.3 Dauer des Verstosses

818. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3). Innerhalb dieses Rahmens legt die Behörde die Höhe des Dauerzuschlags unter Berücksichtigung von Art und Inhalt der Wettbewerbsbeschränkung und deren Auswirkung im Zeitverlauf fest. In der bisherigen Praxis hat die WEKO einen Prozentsatz von 10 % pro berücksichtigtem Jahr für eine Dauer zwischen einem und fünf Jahren angewandt.⁸⁶⁸ Das Bundesgericht hat diese Praxis bestätigt und eine Erhöhung des Basisbetrages um jeweils 10 % pro angefangenes Jahr für die Dauer von einem bis fünf Jahren als bundesrechtskonform beurteilt.⁸⁶⁹

819. Die BERAG gewährte ihren Aktionärinnen spätestens seit Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 Vorzugskonditionen. Das Treuebonussystem der BERAG besteht ebenfalls spätestens seit dem 1. April 2004. Beide dieser unzulässigen Verhaltensweisen dauern bis heute an. Damit beträgt die für die Sanktionierung relevante Dauer dieser Verstösse rund 17 Jahre. Deshalb könnte die Sanktion um maximal 170 % erhöht werden.

820. Vorliegend ist der maximale Dauerzuschlag von 170 % nicht angemessen: Zunächst ist zu berücksichtigen, dass das Sanktionsbedürfnis für sehr weit zurückliegende Verstösse geringer ausfällt als für neuere Verstösse. Ausserdem führte die BERAG die 2/3-Regel, durch welche sie insbesondere ihre Grosskunden und -kundinnen an sich band, erst im Jahr 2014

⁸⁶⁶ Act. V.34.

⁸⁶⁷ Die Materialpreise sinken in der Regel mit der Distanz zum Werk der BERAG in Rubigen (vgl. Rz 187; Rz 305, erster Spiegelstrich; Fn 236). Deshalb würde eine präzise räumliche Zuordnung der einzelnen Lieferungen tendenziell zu einem höheren für die Sanktionierung relevanten Umsatz führen.

⁸⁶⁸ RPW 2020/3a 1219 Rz 520, Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen; RPW 2014/4, 702 Rz 238, Preispolitik und andere Verhaltensweisen.

⁸⁶⁹ BGer, 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.3.4 (nicht publiziert in BGE 139 I 72).

ein (vgl. Rz 412 vorne). Aus diesem Grund entfaltet das Treuebonussystem der BERAG seit 2014 eine grössere potenzielle Wirkung als in den Vorjahren. Deshalb ist der Dauerzuschlag für die Jahre seit 2014 höher anzusetzen als für die vorangehenden Jahre. Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände ist vorliegend eine Erhöhung um 130 % des Basisbetrags, also eine Erhöhung um Fr. [...] angemessen. Damit ergibt sich eine Zwischensumme von Fr. [...] bestehend aus Basisbetrag zuzüglich Dauerzuschlag (vgl. Tabelle 21 hinten).

821. Sollten die vorliegenden Verstösse nach Eröffnung der vorliegenden Verfügung weiterhin andauern, wäre im Rahmen einer allenfalls neu zu eröffnenden Untersuchung abzuklären, ob es sich dabei auch in Bezug auf den Zeitraum nach Eröffnung der vorliegenden Verfügung um unzulässige Verhaltensweisen i.S.v. Art. 7 KG handelt. Gegebenenfalls wäre die BERAG im Rahmen der erwähnten neu zu eröffnenden allfälligen Untersuchung erneut mit einer Sanktion zu belasten.

D.2.5.1.4 Erschwerende und mildernde Umstände

822. Kooperatives Verhalten der Verfahrensparteien ist als in der SVKG unbenannter Milderungsgrund grundsätzlich anerkannt. Allerdings führt nicht jede Mitwirkung im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung zu einer derartigen Milderung, weil die Verfahrensparteien von Gesetzes wegen ohnehin dazu verpflichtet sind, im verwaltungsrechtlichen Verfahren mitzuwirken. Kommt hinzu, dass das Kartellrecht mit den Regelungen zur Milderung der Sanktion bei der Einreichung einer Selbstanzeige spezielle Vorgaben für die Begünstigung infolge guter Kooperation kennt. Bezüglich des Umfangs der Milderung kommt praxisgemäss eine Reduktion der Sanktion um bis zu 20 % in Abhängigkeit von Zeitpunkt, Verfahrensstand und Intensität der Zusammenarbeit in Frage.

823. Im vorliegenden Fall reichte die BERAG freiwillig – d.h. auf Ersuchen des Sekretariats, aber ohne Auskunftsverfügung – ihre vollständigen Lieferscheindaten für den Zeitraum 2009–2020 sowie weitere Unterlagen ein. Deshalb ist eine Sanktionsreduktion von 10 % für Kooperation angezeigt. Da keine weiteren erschwerenden oder mildernden Umstände vorliegen, da die BERAG keine Selbstanzeige eingereicht hat und da die Verstösse nach wie vor anhalten, ergibt sich damit eine Sanktion von [1,5–2 Mio. Fr.].

D.2.5.1.5 Maximalsanktion

824. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Diese Maximalsanktion wird im vorliegenden Fall offensichtlich nicht überschritten (vgl. Tabelle 20 vorne).

D.2.5.1.6 Verhältnismässigkeitsprüfung

825. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die BERAG tragbar und steht mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einklang.

D.2.5.1.7 Ergebnis

826. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in der Höhe von [1,5–2 Mio. Fr.] als dem Verstoß der BERAG gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen (vgl. Tabelle 21).

Tabelle 21: Sanktion BERAG.

Position	Betrag
Basisbetrag	Fr. [...]
Dauerzuschlag (130 %)	Fr. [...]
Zwischensumme	Fr. [...]
Reduktion für Kooperation (10 %)	Fr. [...]
Sanktion	Fr. [1,5–2 Mio. Fr.]

D.2.5.2 Konkurrenzverbot der Aktionärinnen der BERAG

827. Folgende Verfahrensparteien waren durch ihre Zustimmung zum im Jahr 1976 vereinbarten Konkurrenzverbot an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt (Rz 467 ff.): die Adolf Künzi AG, die Andreas Wälti AG, die Arm AG Konolfingen, die Burkhart AG, die Frutiger AG, die Huldi + Stucki Strassen- und Tiefbau AG, die K. & U. Hofstetter AG, die Messerli Kieswerk AG, die Kästli Bau AG, die Marti AG Bern, Moosseedorf, die Stucki AG Bern und die Walo Bertschinger AG Bern. Im Folgenden ist zu erörtern, mit welchen Beträgen sie hierfür zu sanktionieren sind.

D.2.5.2.1 Basisbetrag

828. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.⁸⁷⁰ Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

829. Der Umsatz der Abredeteiligen auf dem relevanten Markt ist vorliegend jedoch kein sachgerechtes Kriterium, um den Basisbetrag festzulegen. Das Konkurrenzverbot nach Art. 5 des Gründervertrags zielte darauf, die BERAG vor weiteren Konkurrenten und Konkurrentinnen aus dem Kreis der Aktionärinnen zu schützen. Im Ergebnis sollten die Aktionärinnen der BERAG also auf dem relevanten Markt möglichst keinen oder wenig Umsatz erzielen. Umsatz auf dem relevanten Markt haben denn auch nur solche Abredeteiligen generiert, die ausserhalb des örtlichen Geltungsbereichs des Konkurrenzverbots ein eigenes Werk betreiben und von diesen aus Belagsprodukte in den relevanten Markt geliefert haben. Viele Abredeteiligen haben – ganz im Sinne der zu beurteilenden Wettbewerbsabrede – keinen Umsatz auf dem relevanten Markt erzielt.

830. Art. 49a Abs. 1 KG sieht eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer Abrede beteiligt haben. Das Entfallen der Belastung ist auf Gesetzesstufe nur aus den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen vorgesehen. Eine rein auf der Basis des eigenen Umsatzes zu bemessende Sanktion würde bei Abredeteiligen, die zum Schutz eines potenziellen Konkurrenten bzw. einer potenziellen Konkurrentin auf eigene Geschäftsaktivitäten in einem bestimmten Gebiet aufgrund fehlenden Umsatzes zu einer Nicht-Sanktionierung führen, die in Art. 49a KG nicht vorgesehen ist. Dieses Ergebnis entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 3 SVKG und kann vom Verordnungsgeber nicht gewollt

⁸⁷⁰ BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1584; BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 727.

gewesen sein.⁸⁷¹ Inzwischen entspricht es der konstanten Praxis der WEKO, auch Verstösse gegen Art. 5 Abs. 3 KG, bei denen kein Umsatz auf dem relevanten Markt generiert wird (z.B. «erfolglose» Submissionsabreden oder «Stützofferten»), zu sanktionieren.⁸⁷²

831. Vorliegend ist daher – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Verordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen – ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der Wettbewerbsabrede betroffenen Umsatz einbezieht und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtigt. Dabei ist vorliegend ersatzweise der Umsatz der BERAG auf dem relevanten Markt heranzuziehen, zumal die Wettbewerbsabrede darauf zielte, diese zu schützen. Denn dieser Umsatz reflektiert letztlich die Tragweite und das Schädigungspotential des Kartellrechtsverstosses.⁸⁷³

832. Die BERAG erzielte in den drei Jahren vor Aufgabe des Konkurrenzverbots, also im Zeitraum 2014–2016, einen Erlös aus Lieferungen und Leistungen von rund Fr. 34 Mio.⁸⁷⁴ Da der in Bezug auf das Konkurrenzverbot relevante räumliche Markt einen grossen Teil des Liefergebiets der BERAG umfasst (vgl. Rz 608 sowie Abbildung 11), wurde der grösste Teil dieses Umsatzes im vorliegend relevanten Markt generiert. Die möglichen Folgen des Konkurrenzverbots für den Wettbewerb im relevanten Markt, nämlich die Verhinderung von weiteren konkurrierenden Belagswerken, sind als bedeutend zu qualifizieren. Zusätzliche Konkurrenzwerke hätten den Konkurrenzdruck auf die BERAG in hohem Mass erhöht und den Wettbewerb spürbar belebt. Insofern war der Abrede ein wesentliches Schädigungspotenzial immanent. Als eher gering ist jedoch die Wahrscheinlichkeit zu werten, dass dieser Schaden tatsächlich hätte eintreten können. Für die BERAG-Aktionärinnen wäre es aufgrund der hohen Markteintrittsschranken und der relativ hohen Werksdichte anspruchsvoll gewesen, eigene Werke innerhalb des vom Konkurrenzverbot erfassten Gebiets zu errichten und wirtschaftlich zu betreiben. Vorliegend konnte denn auch nicht nachgewiesen werden, dass die Wettbewerbsabrede im für die Sanktionierung relevanten Zeitraum tatsächlich dazu geführt hat, dass konkrete Projekte für konkurrierende Belagswerke verhindert worden sind (Rz 512). Diesbezüglich ist zu beachten, dass unzulässige Wettbewerbsabreden erst ab dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 sanktioniert werden können. Allfällige Nachwirkungen von Verhalten vor 2004 sind ausser Acht zu lassen. Diese Aspekte sind bei der Bussgeldbemessung stark zugunsten der Parteien zu berücksichtigen.

833. Schliesslich ist vorliegend in Bezug auf das Ausmass der potenziellen Konkurrenz, die durch die Wettbewerbsabrede hätte ausgeschaltet werden können und sollen, zwischen den verschiedenen abredebeteiligten Unternehmen zu differenzieren. Bei einigen Aktionärinnen der BERAG ist die Wahrscheinlichkeit, dass sie ohne Konkurrenzverbot im räumlichen Geltungsbereich der Wettbewerbsabrede ein eigenes Werk errichtet hätten, deutlich höher einzuschätzen als bei anderen. Errichtung und Betrieb eines neuen Belagswerks erfordern insbesondere Kapital, den Zugang zu natürlichen Ressourcen (insbesondere Kies) sowie Know-

⁸⁷¹ Dazu eingehend BVGer, B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 9.6.8; sodann auch RPW 2019/2 486 Rz 915 f., *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*; BEAT ZIRLICK/DAVID BRUCH, Ausgewählte verfahrensrechtliche Fragen: Hybrid-Verfahren und Sanktionsbemessung, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz (Hrsg.), 10ème Journée de droit de la concurrence / 10. Tagung zum Wettbewerbsrecht, 2019, 1–31, 19 f. Die Kästli AG Bau zitiert in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats eine Aussage zu «umsatzlosen Verstössen» aus dem letztgenannten Beitrag von ZIRLICK/BRUCH, die sich aber klarerweise auf die Maximalsanktion (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG) und nicht den Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG bezieht (vgl. Act. VII.80, Rz 110).

⁸⁷² RPW 2019/2 316 Rz 156 f., *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III*; RPW 2019/2 486 Rz 915 f., *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*; RPW 2020 4a 1704 Rz 266 f., *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II*.

⁸⁷³ Vgl. auch RPW 2013/4, 618 Rz 956, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

⁸⁷⁴ Act. III.A.232, Ziffer 9.2; Act. III.A.248, Ziffer 9.2; Act. III.A.286, Ziffer 9.2.

how (Rz 64 ff.). Für grosse Unternehmen, die bereits in anderen Regionen in der Belagsproduktion tätig sind, wären diese Hürden leichter zu überwinden gewesen. Dies ist bei der Sanktionierung zu berücksichtigen.

834. Vor diesem Hintergrund werden vorliegend bei der Festlegung des Basisbetrags unter Berücksichtigung der sanktionsrelevanten Kriterien, insbesondere der Art und Schwere des Verstosses, folgende Kategorien gebildet:

- *Kategorie A:* In die erste Kategorie fallen die Frutiger AG, die Marti AG Bern, Moosseedorf und die Walo Bertschinger AG Bern. Die Unternehmensgruppen, welchen diese Gesellschaften angehören, bilden grosse Baukonzerne, beschäftigen je mehrere tausend Mitarbeitende und sind in weiten Teilen der Schweiz tätig. Zudem betreiben sie in anderen Regionen der Schweiz eigene Belagswerke oder halten zumindest wesentliche Beteiligungen an anderen Belagswerken. Sie sind sodann als bedeutende Nachfragerinnen auf dem relevanten Markt und angrenzenden Gebieten einzustufen.⁸⁷⁵ Daraus fliesst ein potenzielles Interesse, ein eigenes Belagswerk zu errichten oder durch eine Beteiligung die Errichtung eines Konkurrenzwerks der BERAG zu begünstigen. Der Basisbetrag wird für sie auf Fr. 50 000.– (pauschal) festgesetzt.
- *Kategorie B:* Die zweite Kategorie umfasst die K. & U. Hofstetter AG und die Messerli Kieswerk AG, die beide zur Alluvia-Gruppe gehören. Da sie Teil des gleichen Unternehmens sind, sind sie als ein Sanktionssubjekt zu behandeln. Die Alluvia Gruppe betreibt mehrere Kieswerke in der Umgebung von Bern und verfügt daher über Zugang zu den für die Belagsproduktion erforderlichen natürlichen Ressourcen. Dabei ist auch zu beachten, dass Gesellschaften der heutigen Alluvia-Gruppe vor der Gründung der BERAG eigene Belagswerke in der Umgebung von Bern betrieben haben.⁸⁷⁶ Der Basisbetrag wird für die K. & U. Hofstetter AG und die Messerli Kieswerk AG auf Fr. 25 000.– (pauschal) festgesetzt.
- *Kategorie C:* Der dritten Kategorie gehören die Adolf Künzi AG, die Andreas Wälti AG, die Arm AG Konolfingen, die Huldi + Stucki Strassen- und Tiefbau AG, die Kästli Bau AG und die Stucki AG Bern. Mit Ausnahme der Kästli Bau AG handelt es sich hierbei um eher kleinere Bauunternehmen, die weder eigene Belagswerke betreiben noch einen spezifischen Zugang zu den erforderlichen natürlichen Ressourcen haben. Immerhin haben sie ihren Standort im vom Konkurrenzverbot geschützten Gebiet und beziehen regelmässig für darin gelegene Bauprojekte Asphaltmischgut bei der BERAG. Einen Sonderfall bildet die Kästli Bau AG, die grundsätzlich sowohl über das für den Betrieb eines Belagswerks nötige Know-how als auch über Zugang zu den erforderlichen natürlichen Ressourcen verfügt. Allerdings befindet sich auf ihrem Areal in Rubigen bereits das Belagswerk der BERAG, deren operative Führung sie übernommen hat und das sie mit Kies beliefert. Dass sich die Kästli Bau AG ohne Konkurrenzverbot an der Errichtung eines Konkurrenzwerks der BERAG beteiligt hätte, ist eine eher unwahrscheinliche Konstellation. Vor diesem Hintergrund ist es gerechtfertigt, sie ebenfalls der Kategorie C zuzuordnen. Der Basisbetrag wird für die Abredeteiligen dieser Kategorie auf Fr. 12 000.– (pauschal) festgesetzt.
- *Kategorie D:* In die vierte Kategorie fällt die Burkhart AG. Sie betrieb bis Ende 2015 ein kleines Bauunternehmen mit Standort in Spiez. Entsprechend war sie primär in diesem Gebiet tätig und bezog kaum Asphaltmischgut von der BERAG für innerhalb des vom Konkurrenzverbot geschützten Gebiets. Seit 2016 übt sie keine Bautätigkeit mehr aus.⁸⁷⁷ Sie verfügt kaum über Personal und erwirtschaftet nur noch wenig Umsatz. Aufgrund

⁸⁷⁵ Vgl. dazu etwa die Auflistung der Treuebonus berechtigten Bezüge bei der BERAG bis 2016 in den Ergänzungen zum Geschäftsbericht 2017 der BERAG, Act. III.A.284, S. 16.

⁸⁷⁶ Vgl. Art. 4 des Gründervertrags (Act. II.1).

⁸⁷⁷ Act. V.35; Act. VII.37 (Stellungnahme der Burkhart AG).

des vor diesem Hintergrund reduzierten Strafbedürfnisses wird der Basisbetrag bei der Burkhart AG auf Fr. 2000.– festgesetzt.

835. Zusammengefasst ergeben sich somit die in Tabelle 22 angegebenen Basisbeträge.

Tabelle 22: Basisbetrag Konkurrenzverbot.

Kat.	Basisbetrag	Unternehmen
A	Fr. 50 000	Frutiger AG, Marti AG Bern, Moosseedorf und Walo Bertschinger AG Bern
B	Fr. 25 000	K. & U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG
C	Fr. 12 000	Adolf Künzi AG, Andreas Wälti AG, Arm AG Konolfingen, Huldi + Stucki Strassen- und Tiefbau AG, Kästli Bau AG und Stucki AG Bern
D	Fr. 2 000	Burkhart AG

D.2.5.2.2 Dauer des Verstosses

836. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. Rz 818 vorne).

837. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bestand zwischen den Abredeteilnehmern von 1976 bis 2016 (vgl. Rz 479 ff. vorne).

838. Da dieser Dauerverstoss ab dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 sanktioniert werden kann und bis 2016 dauerte, ist für die Sanktionierung von einer Dauer der Abrede von zwölf Jahren auszugehen. Die Sanktion könnte daher unter dem Aspekt der Dauer um maximal 120 % erhöht werden. Vorliegend ist eine Erhöhung des Basisbetrags um 100 % angemessen, zumal das Sanktionsbedürfnis für sehr weit zurückliegende Verstösse geringer ausfällt als für neuere Verstösse (vgl. auch Rz 820 vorne).

D.2.5.2.3 Erschwerende und mildernde Umstände

(i) Kooperatives Verhalten

839. Kooperatives Verhalten der Verfahrensparteien ist als in der SVKG unbenannter Milderungsgrund grundsätzlich anerkannt (vgl. auch Rz 822 vorne).

840. Die Adolf Künzi AG, die Andreas Wälti AG, die Arm AG Konolfingen und die Walo Bertschinger AG haben mit dem Sekretariat eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (Rz 41 vorne). Der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung werden von den Wettbewerbsbehörden bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt. Bezüglich des Umfangs der Milderung kommt praxisgemäss eine Reduktion der Sanktion um bis zu 20 % in Abhängigkeit von Zeitpunkt, Verfahrensstand und Intensität der Zusammenarbeit in Frage. Vorliegend haben die betreffenden Parteien die einvernehmliche Regelung vor dem Versand des Antrags an die Parteien abgeschlossen. Zu diesem Zeitpunkt waren wesentliche Ermittlungsmassnahmen (Hausdurchsuchungen und Auswertungen der beschlagnahmten Dokumente, Einvernahmen, Fragebögen, etc.) bereits erledigt, auch waren wesentliche Arbeiten am Antrag des Sekretariats bereits fertig gestellt. Zu berücksichtigen ist aber, dass es wegen der einvernehmlichen Regelung zu einer Verringerung des Aufwands der Wettbewerbsbehörden für ein allfälliges Rechtsmittelverfahren kommt, weil die Wettbewerbsbehörden erwarten, dass die Parteien, welche eine einvernehmliche Regelung

abgeschlossen haben, keine Beschwerde gegen eine allfällige Verfügung der WEKO einlegen werden.

841. Bei dieser Sachlage wird für die Adolf Künzi AG, die Andreas Wälti AG, die Arm AG Konolfingen und die Walo Bertschinger AG der Abschluss der einvernehmlichen Regelung vorliegend mit einer Sanktionsminderung von 10 % honoriert.

842. Die Arm AG Konolfingen hat über den Abschluss der einvernehmlichen Regelung hinaus den ihr vorgeworfenen Sachverhalt anerkannt. Dies stellt eine besonders gute Kooperation ausserhalb einer Selbstanzeige dar, erleichtert den Wettbewerbsbehörden die Verfahrensführung und den Verfahrensabschluss. Vorliegend erachtet die Behörde für die Arm AG Konolfingen aus diesem Grund eine zusätzliche Sanktionsreduktion von 10 % als angemessen.

843. Keines der übrigen an der Abrede beteiligten Unternehmen haben mit der Behörde kooperiert, etwa von sich aus relevante Beweismittel eingereicht, oder den Sachverhalt anerkannt. Ein Kooperationsabzug ist bei ihnen nicht gerechtfertigt.

(ii) Aufgabe der Wettbewerbsbeschränkung (Art. 6 Abs. 1 SVKG)

844. Gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG wird der Sanktionsbetrag gemindert, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung spätestens vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG beendet.

845. Die beteiligten Unternehmen haben die Wettbewerbsabrede vorliegend mehr als zwei Jahre vor Untersuchungseröffnung aufgegeben. Die beteiligten Unternehmen haben nach Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsabrede – soweit ersichtlich – keine ähnlich gelagerten Verstösse mehr begangen. Aus diesen Gründen erscheint vorliegend eine Sanktionsmilderung in der Höhe von 10 % angemessen.

(iii) Passive Rolle (Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG)

846. Die Walo Bertschinger AG Bern machte in Bezug auf ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem Konkurrenzverbot eine passive Rolle geltend. Sie habe an der BERAG eine Beteiligung von lediglich 4 % gehabt und sei auch nicht im Verwaltungsrat der BERAG vertreten gewesen.⁸⁷⁸

847. Der Milderungsgrund der passiven Rolle wird als Gegenstück zur Anstiftung nach Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG angesehen. Das bedeutet aber nicht, dass für eine passive Rolle schon das Fehlen einer führenden Rolle ausreicht. Darunter wird vielmehr ein Verhalten eines Unternehmens verstanden, das durch Abwesenheit von besonderen Aktivitäten hinsichtlich der Organisation, Koordination und Durchführung der Wettbewerbsbeschränkung gekennzeichnet ist. Darunter fällt bei Kartellen z.B. ein Unternehmen, welches Wettbewerbsbeschränkungen nur auf Geheiss der anderen durchführt, bei den vorangehenden Gesprächen, Treffen, Veranstaltungen etc. sowie am damit im Zusammenhang stehenden Brief-, Fax- und E-Mail-Verkehr jedoch nicht teilgenommen hat. Zu beachten ist, dass die mangelhafte Umsetzung einer Abrede durch einzelne Unternehmen bei der Bewertung der Schwere des Wettbewerbsverstosses zu berücksichtigen ist.⁸⁷⁹

848. Vorliegend nahm keine der Verfahrensparteien eine derartige passive Rolle ein. Das Konkurrenzverbot auferlegte den Beteiligten die Pflicht, in einem bestimmten Gebiet kein neues Asphaltmischgutwerk zu errichten oder sich an einem solchen zu beteiligen, also eine reine Unterlassungspflicht. Mehr war nicht verlangt, brauchte es aber auch nicht. Bei einer Wettbewerbsabrede dieses Inhalts käme eine passive Rolle wohl erst dann in Frage, wenn

⁸⁷⁸ Act. VII.90, Rz 33.

⁸⁷⁹ Zum Ganzen RPW 2019/2 472 Rz 787 f., *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*.

das Unternehmen auf Geheiss oder Druck zum fehlbaren Verhalten veranlasst worden wäre. Die fehlende aktive Mitwirkung bei strategischen oder operativen Angelegenheiten des geschützten Unternehmens oder eine kleine Beteiligungsquote begründet vorliegend jedenfalls keine passive Rolle.

D.2.5.2.4 Maximalsanktion

849. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich – mit Ausnahme der Burkhart AG – die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

850. Die Burkhart AG erwirtschaftete in den Jahren 2018–2020 einen Gesamtumsatz in der Schweiz von Fr. [...].⁸⁸⁰ Die Maximalsanktion beläuft sich somit auf Fr. [...] und wird mit der konkret auszusprechenden Sanktion somit ebenfalls unterschritten.

D.2.5.2.5 Selbstanzeige

851. Keines der an der unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen hat Selbstanzeige erstattet. Ein Sanktionserlass oder eine Sanktionsreduktion scheidet unter diesem Titel aus.

D.2.5.2.6 Verhältnismässigkeitsprüfung

852. Die vorliegend festgesetzten Sanktionsbeträge sind für die betroffenen Unternehmen tragbar. Sie stehen mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einklang.

D.2.5.2.7 Ergebnis

853. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde Verwaltungssanktionen in den in Tabelle 23 und Tabelle 24 angegebenen Höhen als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen.

⁸⁸⁰ Act. V.35.

Tabelle 23: Sanktion Konkurrenzverbot (Parteien ohne einvernehmliche Regelung).

	Frutiger AG; Marti AG Bern	Alluvia- Gruppe⁸⁸¹	Huldi+Stucki Strassen- und Tiefbau AG; Kästli Bau AG; Stucki AG Bern	Burkhardt AG
Basisbetrag (pauschal)	Fr. 50 000	Fr. 25 000	Fr. 12 000	Fr. 2 000
Dauerzuschlag (100 %)	Fr. 50 000	Fr. 25 000	Fr. 12 000	Fr. 2 000
Zwischensumme	Fr. 100 000	Fr. 50 000	Fr. 24 000	Fr. 4 000
Reduktion gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG (10 %)	Fr. -10 000	Fr. -5 000	Fr. -2 400	Fr. -400
Sanktion	Fr. 90 000	Fr. 45 000	Fr. 21 600	Fr. 3 600

Tabelle 24: Sanktion Konkurrenzverbot (Parteien mit einvernehmlicher Regelung/Sachverhaltsanerkennung).

	Walo Bertschinger AG Bern	Adolf Künzi AG; Andreas Wälti AG	Arm AG Kollnigen
Basisbetrag (pauschal)	Fr. 50 000	Fr. 12 000	Fr. 12 000
Dauerzuschlag (100 %)	Fr. 50 000	Fr. 12 000	Fr. 12 000
Zwischensumme	Fr. 100 000	Fr. 24 000	Fr. 24 000
Reduktion gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG (10 %)	Fr. -10 000	Fr. -2 400	Fr. -2 400
EVR (10 %)	Fr. -10 000	Fr. -2 400	Fr. -2 400
SV-Anerkennung (10 %)			Fr. -2 400
Sanktion	Fr. 80 000	Fr. 19 200	Fr. 16 800

⁸⁸¹ K. & U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG (ein Sanktionssubjekt).

E Kosten

E.1 Gebührenpflicht

854. Nach Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GebV-KG⁸⁸² ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

855. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bejaht wird oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt insbesondere, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise unzulässigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde.⁸⁸³ Vorliegend sind diejenigen Verfahrensparteien gebührenpflichtig, die sich an einem oder mehreren der festgestellten Kartellrechtsverstösse beteiligt haben. Nicht relevant ist, ob sie hierfür mit einer Sanktion belegt werden oder nicht.

856. Namentlich bei der BLH sind die Voraussetzungen für eine Sanktionierung nicht gegeben, da sie sich an einer nicht sanktionierbaren unzulässigen Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 KG beteiligt hat (vgl. Rz 795). Durch ihr Verhalten hat sie das vorliegende Verfahren dennoch im Sinne der GebV-KG verursacht. Damit ist auch sie gebührenpflichtig.

857. Weiter ist auch die Burkhart AG gebührenpflichtig, die gegenwärtig nur in geringem Umfang einer Geschäftstätigkeit nachgeht (Rz 15). Für die Gebührenpflicht ist es einzig Voraussetzung, dass die unternehmenstragende Gesellschaft noch besteht und deren Unternehmung am Verstoß gegen das Kartellgesetz beteiligt war. Auf die Gebührenauflegung ist nicht etwa gemäss Art. 1a GebV-KG i. V. m. Art. 3 Abs. 2 Bst. a und Art. 13 AllgGebV zu verzichten. Die WEKO verzichtete nur dann auf eine Gebührenauflegung, wenn die Gebührenzahlungspflicht die Existenz- oder Wettbewerbsfähigkeit *eines Unternehmens* beeinträchtigen könnte. Eine solche Konstellation liegt – soweit ersichtlich – nicht vor.

858. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, in Bezug auf welche sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärtet haben und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.⁸⁸⁴ Keine Verfahrenskosten sind daher der Cäsar Bay AG, der KIBAG Bauleistungen AG, der Peter Batt AG und der STRABAG AG aufzuerlegen.

E.2 Höhe der Verfahrenskosten

859. Die Höhe der Verfahrenskosten sind auf der Grundlage der von der Behörde für das Verfahren aufgewendeten Stunden zu berechnen. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt dabei ein Stundenansatz von Fr. 100.– bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

860. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 4106,59 Stunden. Aufgeschlüsselt nach den Stundenansätzen ergeben sich folgende Verfahrenskosten:

- 395,05 Stunden zu Fr. 130.–, ergebend Fr. 51 356.50.

⁸⁸² Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁸⁸³ BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

⁸⁸⁴ BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 e contrario (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG; BVGer, RPW 2013/4, 806 f. E. 16.1.3, *Gaba/WEKO*.

- 3559,61 Stunden zu Fr. 200.–, ergebend Fr. 711 922.00.
- 151,93 Stunden zu Fr. 290.–, ergebend Fr. 44 059.70.

861. Die Verfahrenskosten belaufen sich demnach auf Fr. 807 338.

E.3 Verlegung

862. Vorliegend sind vier unterschiedliche Wettbewerbsverstösse festgestellt und abgeurteilt worden. Während die BERAG an drei von vier Verstössen beteiligt war, haben die übrigen fehlbaren Parteien je einen Verstoss begangen. Ein Teil der Aufwendungen betrifft alle Verstösse gleichermassen oder lässt sich nicht einem bestimmten Verstoss zuordnen, so etwa die Kosten infolge der Hausdurchsuchungen, der Sichtung und Auswertung der sichergestellten elektronischen Daten und beschlagnahmten physischen Beweismittel, der Aktenführung und Gewährung der Akteneinsicht sowie der Geschäftsgeheimnisbereinigung. Auch an den Einvernahmen wurden jeweils mehrere Themen erfragt. Der Abklärungs- und Redaktionsaufwand war jedoch nicht bei allen vier Verstössen gleichbedeutend. Insbesondere der spezifische Aufwand für die Abklärung der marktbeherrschenden Stellung der BERAG sowie der Preisunterschiede für Aktionärinnen und Nichtaktionäre der BERAG fiel umfangreich aus, namentlich aufgrund der Datenauswertungen. Vor diesem Hintergrund ist es sachgerecht, die Verfahrenskosten zu zwei Dritteln den beiden Verstössen betreffend den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung der BERAG (Vorzugskonditionen für Aktionärinnen der BERAG und Treuebonus) und zu einem Drittel den beiden anderen Verstössen (Konkurrenzverbot und Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH) zuzurechnen. Somit ergibt sich betreffend die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen der BERAG und den Treuebonus ein Anteil von Fr. 269 112 an den Verfahrenskosten und für die anderen beiden Verstösse je ein Anteil von Fr. 134 556 an den Verfahrenskosten.

863. Die beiden Anteile an den Verfahrenskosten von je Fr. 269 112, die auf die missbräuchlichen Verhaltensweisen der BERAG entfallen (Vorzugskonditionen für Aktionärinnen und Treuebonus), sind vollumfänglich von der BERAG zu tragen. Sie hat diese Kosten verursacht und die ihr zur Last gelegten Missbrauchsvorwürfe haben sich bestätigt.

864. In Bezug auf die Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sich nur ein Teil des Vorwurfs erhärtet hat. Namentlich kann den betreffenden Unternehmen keine Preis- und Gebietskoordination nachgewiesen werden (Rz 542). Für Ermittlungs- und Abklärungsaufwand (inkl. Administration) in diesem Zusammenhang wird ein Anteil von Fr. 30 000 zu Lasten der Staatskasse ausgeschieden. Den verbleibenden Anteil von Fr. 104 556 haben die BERAG und die BLH zu gleichen Teilen zu tragen, d.h. je Fr. 52 278.

865. Beim Anteil an den Verfahrenskosten, der auf das Konkurrenzverbot der BERAG-Aktionärinnen fällt, sind zunächst diejenigen Gebühren zulasten der Staatskasse auszuscheiden, die Aufwendungen im Zusammenhang mit denjenigen Aktionärinnen betreffen, die sich nicht an diesem Verstoss beteiligt haben. Dies sind die BLH, die Cäsar Bay AG, die KIBAG Bauleistungen AG, die Peter Batt AG und die STRABAG AG. Die zulasten der Staatskasse auszuscheidenden Kosten betragen Fr. 42 049 (5/16).

866. Der verbleibende Anteil von Fr. 92 507 ist von den Unternehmen, die sich am Konkurrenzverbot beteiligt haben, zu gleichen Teilen zu tragen. Denn ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung eines Kartells Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle daran Beteiligten gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dem entsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen

wurde. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätserwägungen stehen dabei im Vordergrund.⁸⁸⁵ Die K. & U. Hofstetter AG und die Messerli Kieswerk AG gehören beide der Alluvia-Gruppe und somit dem gleichen Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG an. Sie sind bei der Kostenverlegung als «*ein Kopf*» zu zählen.

867. Der Anteil an Verfahrenskosten in Bezug auf das Konkurrenzverbot beläuft sich demnach auf Fr. 8409 pro Unternehmen.

868. Aufgeschlüsselt nach den verschiedenen Kartellrechtsverstössen sind den Parteien die Verfahrenskosten gemäss Tabelle 25 aufzuerlegen.

Tabelle 25: Übersicht der Verlegung der Verfahrenskosten.⁸⁸⁶

Wettbewerbsverstoss	Anteil	Anteil pro beteiligte Unternehmung	
Vorzugskonditionen für Aktionärinnen	Fr. 269 112	BERAG	Fr. 269 112
Treuebonus	Fr. 269 112	BERAG	Fr. 269 112
Konkurrenzverbot BERAG- Aktionärinnen	Fr. 134 556	Adolf Künzi AG	Fr. 8 409
		Andreas Wälti AG	Fr. 8 409
		Arm AG Konolfingen	Fr. 8 409
		Burkhart AG	Fr. 8 409
		Frutiger AG	Fr. 8 409
		Huldi + Stucki Strassen- und Tiefbau AG	Fr. 8 409
		K. & U. Hofstetter AG / Messerli Kieswerk AG	Fr. 8 409
		Kästli Bau AG	Fr. 8 409
		Marti AG Bern, Moosseedorf	Fr. 8 409
		Stucki AG Bern	Fr. 8 409
		Walo Bertschinger AG Bern	Fr. 8 409
Staatskasse	Fr. 42 049		
Zusammenarbeit BERAG / BLH	Fr. 134 556	BERAG	Fr. 52 278
		BLH	Fr. 52 278
		Staatskasse	Fr. 30 000
Total	Fr. 807 338		Fr. 807 338

869. In Tabelle 26 werden die auf die gebührenpflichtigen Unternehmen fallenden Verfahrenskosten zusammengefasst.

⁸⁸⁵ RPW 2009/3, 221 Rz 174, Elektroinstallationsbetriebe Bern.

⁸⁸⁶ Die den Parteien aufzuerlegenden Verfahrenskosten werden jeweils auf ganze Frankenbeträge abgerundet. Deshalb entspricht das Total nicht exakt der Summe der Einzelbeträge.

Tabelle 27: Übersicht der Verfahrenskosten pro gebührenpflichtigem Unternehmen.

Unternehmen	Gebühr
Adolf Künzi AG	Fr. 8 409
Andreas Wälti AG	Fr. 8 409
Arm AG Konolfingen	Fr. 8 409
BERAG	Fr. 590 502
BLH	Fr. 52 278
Burkhart AG	Fr. 8 409
Frutiger AG	Fr. 8 409
Huldi + Stucki Strassen- und Tiefbau AG	Fr. 8 409
K. & U. Hofstetter AG / Messerli Kieswerk AG	Fr. 8 409
Kästli Bau AG	Fr. 8 409
Marti AG Bern, Moosseedorf	Fr. 8 409
Stucki AG Bern	Fr. 8 409
Walo Bertschinger AG Bern	Fr. 8 409
Total	Fr. 735 279

F Ergebnis

870. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu den folgenden Ergebnissen:

871. Die BERAG verfügt in ihrem Kernliefergebiet im Markt für Asphaltmischgut über eine marktbeherrschende Stellung i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG (Rz 614 ff.).⁸⁸⁷ Durch die Gewährung von Vorzugskonditionen an ihre Aktionärinnen (Rz 644 ff.) und die Bindung ihrer Kunden und Kundinnen durch ihr Treuebonussystem (Rz 694 ff.) hat sich die BERAG von 2004 bis 2021 unzulässig i.S.v. Art. 7 KG verhalten. Deshalb ist die BERAG dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Rz 789 ff.). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren ist eine Belastung der BERAG mit einem Betrag von [1,5–2 Mio. Fr.] angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 804 ff.). Ausserdem wird der BERAG unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) untersagt, ihren Aktionärinnen weiterhin Vorzugskonditionen zu gewähren und die unzulässigen Bestandteile ihres Treuebonussystems weiterzuführen (vgl. Dispositiv, S. 212).

872. Die bis 2016 bestehende Vereinbarung zwischen Aktionärinnen der BERAG, die BERAG im Umkreis ihres Werks in Rubigen nicht zu konkurrenzieren, ist eine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG (Rz 715 ff.). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren ist eine Belastung der daran beteiligten Unternehmen mit Sanktionen in der Höhe von insgesamt Fr. 428 600.– angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 827 ff.). Ausserdem wird den an der Abrede beteiligten Aktionärinnen der BERAG unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) untersagt, zu vereinbaren, die BERAG nicht zu konkurrenzieren (vgl. Dispositiv, S. 213). Die WEKO genehmigt i.S.v. Art. 29 Abs. 2 KG die von einigen der an der Abrede beteiligten Unternehmen abgeschlossene einvernehmliche Regelung, welche eine äquivalente Verpflichtung enthält (vgl. Dispositiv, S. 213).

873. Nicht an der erwähnten Abrede beteiligt waren die BLH, die Cäsar Bay AG, die KIBAG Bauleistungen AG, die Peter Batt AG und die STRABAG AG. Mit Ausnahme der BLH (vgl. die nachfolgende Rz 874) wird deshalb das Verfahren gegen diese Unternehmen eingestellt (vgl. Rz 719). Die entsprechenden Verfahrenskosten werden zu Lasten der Staatskasse ausgedient (vgl. Rz 862 ff.).

874. Die bis 2019 bestehende Vereinbarung zwischen der BERAG und der BLH, sich gegenseitig ein Mandat im Verwaltungsrat einzuräumen und in diesem Rahmen Informationen auszutauschen, ist eine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG (Rz 747 ff.). Dabei handelt es sich nicht um einen sanktionierbaren Verstoss (Rz 755 ff.). Ausserdem wird der BERAG unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) untersagt, Personen mit Organfunktion bei direkten Konkurrenten bzw. Konkurrentinnen oder mit Aufgaben im Bereich der Preisgestaltung zu beschäftigen oder gewisse Informationen mit direkten Konkurrenten oder Konkurrentinnen auszutauschen (vgl. Dispositiv, S. 212). Die WEKO genehmigt i.S.v. Art. 29 Abs. 2 KG die entsprechende mit der BLH abgeschlossene einvernehmliche Regelung (vgl. Dispositiv, S. 213).

875. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind Verfahrenskosten in der Höhe von insgesamt Fr. 735 279 den an den erwähnten Verstössen beteiligten Parteien aufzuerlegen (vgl. Rz 854 ff.).

⁸⁸⁷ Folglich untersteht die BERAG künftig der umsatzunabhängigen Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben nach Art. 9 Abs. 4 KG.

G Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Der BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG wird untersagt,
 - 1.1. das Gewähren von Vorteilen bei den Geschäftsbedingungen gegenüber ihren Kunden und Kundinnen, insbesondere das Gewähren von preislichen Vorteilen, von deren Eigenschaft als Aktionärin der BERAG abhängig zu machen. Davon ausgenommen sind Vorteile, welche die BERAG ihren Aktionärinnen für Bezüge von Asphaltmischgut für Bauprojekte gewährt, die weiter als 32 Fahrminuten vom Asphaltmischgutwerk der BERAG in Rubigen entfernt sind.
 - 1.2. das Gewähren von Rabatten und Rückvergütungen für den Bezug von Asphaltmischgut oder deren Höhe gegenüber ihren Kunden und Kundinnen von künftigem Bezug von Asphaltmischgut bei der BERAG abhängig zu machen. Davon ausgenommen sind Rabatte und Rückvergütungen, welche die BERAG ihren Kunden und Kundinnen:
 - a) einzig aufgrund der Gesamtbezüge innerhalb von maximal 12 Monaten gewährt, sofern durch deren Ausgestaltung für die Kunden und Kundinnen nicht die Verpflichtung oder der Anreiz geschaffen wird, den ganzen oder überwiegenden Teil des Asphaltmischguts bei der BERAG zu beziehen, zum Beispiel durch entsprechende Staffelung oder Progression der Höhe des Rabatts oder der Rückvergütung oder durch die Bedingung, dass der Kunde oder die Kundin eine bestimmte Bezugsmenge erreicht (Zielrabatt);
 - b) für den Bezug von Asphaltmischgut für Bauprojekte gewährt, die weiter als 32 Fahrminuten vom Asphaltmischgutwerk der BERAG in Rubigen entfernt sind.
 - 1.3. eine Person in den Verwaltungsrat aufzunehmen oder als Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerin anzustellen, die zugleich bei einem Konkurrenzunternehmen eine Organfunktion ausübt (zum Beispiel Mitglied des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung) oder Aufgaben bei der Preisgestaltung wahrnimmt (zum Beispiel Verkaufsleiter oder Verkaufsleiterin).
 - 1.4. sich im Zusammenhang mit dem Verkauf von Asphaltmischgut mit Konkurrenzunternehmen vor Auftragserteilung über Offertpreise, Preiselemente oder die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen oder Gebieten im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG auszutauschen. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit:
 - a) der Bildung und Durchführung von Liefergemeinschaften und/oder Einkaufsgemeinschaften;
 - b) Aushilfslieferungen bei Revisionen des Asphaltmischgutwerks, bei Betriebsausfällen oder Lieferschwierigkeiten; sowie
 - c) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.
 - 1.5. sich mit Konkurrenzunternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG über künftige Listenpreise, die künftige Preis- und Rabattpolitik oder das künftige Liefergebiet auszutauschen.
 - 1.6. Als Konkurrenzunternehmen im Sinne von Ziffer 1 gilt jedes Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG, das selber in Entfernung von bis zu 90 Fahrminuten zu einem Asphaltmischgutwerk der BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG ein eigenes Asphaltmischgutwerk betreibt.

2. Der Burkhart AG, Frutiger AG, Huldi + Stucki Strassen- und Tiefbau AG, K. & U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Kästli Bau AG, Marti AG Bern, Moosseedorf und Stucki AG Bern wird untersagt, sich zu verpflichten, die BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG (BERAG) nicht durch eigene oder gemeinsam mit anderen Unternehmen betriebene Asphaltmischgutwerke zu konkurrenzieren. Dies gilt nicht, falls sie über die BERAG alleinige oder gemeinsame Kontrolle haben.
3. Die WEKO genehmigt die nachfolgenden von der Adolf Künzi AG, der Andreas Wälti AG, der Arm AG Konolfingen und der Walo Bertschinger AG Bern mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarten einvernehmlichen Regelungen vom 1. April 2021 (Andreas Wälti AG), 7. April 2021 (Arm AG Konolfingen), 8. April 2021 (Adolf Künzi AG) und 9. April 2021 (Walo Bertschinger AG Bern):

Der [Adolf Künzi AG, Andreas Wälti AG, Arm AG Konolfingen, Walo Bertschinger AG Bern] ist es untersagt, sich zu verpflichten, die BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG (BERAG) nicht durch eigene oder gemeinsam mit anderen Unternehmen betriebene Asphaltmischgutwerke zu konkurrenzieren. Dies gilt nicht, falls die [Adolf Künzi AG, Andreas Wälti AG, Arm AG Konolfingen, Walo Bertschinger AG Bern] über die BERAG alleinige oder gemeinsame Kontrolle hat.

4. Die WEKO genehmigt die nachfolgende von der BLH Belagswerk Hasle AG mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 27. April 2021:

Die BLH verpflichtet sich:

- 4.1. keine Person in den Verwaltungsrat aufzunehmen oder als Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerin anzustellen, die zugleich bei einem Konkurrenzunternehmen eine Organfunktion ausübt (zum Beispiel Mitglied des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung) oder Aufgaben bei der Preisgestaltung wahrnimmt (zum Beispiel Verkaufsleiter oder Verkaufsleiterin).
- 4.2. im Zusammenhang mit dem Verkauf von Asphaltmischgut nicht mit Konkurrenzunternehmen vor Auftragserteilung über Offertpreise, Preiselemente oder die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen oder Gebieten im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG auszutauschen. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit:
 - a) der Bildung und Durchführung von Liefergemeinschaften und/oder Einkaufsgemeinschaften;
 - b) Aushilfslieferungen bei Revisionen des Asphaltmischgutwerks, bei Betriebsausfällen oder Lieferschwierigkeiten; sowie
 - c) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.
- 4.3. mit Konkurrenzunternehmen nicht im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG über künftige Listenpreise, die künftige Preis- und Rabattpolitik oder das künftige Liefergebiet auszutauschen.

Als Konkurrenzunternehmen im Sinne von Ziffer 4 gilt jedes Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG, das selber in Entfernung von bis zu 90 Fahrminuten zu einem Asphaltmischgutwerk der BLH Belagswerk Hasle AG ein eigenes Asphaltmischgutwerk betreibt.

5. Wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG (Vorzugsbedingungen für Aktionärinnen und Treuebonus) wird die BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG mit einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG von [1,5–2 Mio. Fr.] belastet.
6. Wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabrede (Konkurrenzverbot) werden mit folgenden Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet:

- 6.1. die Adolf Künzi AG mit einem Betrag von Fr. 19 200.
- 6.2. die Andreas Wälti AG mit einem Betrag von Fr. 19 200.
- 6.3. die Arm AG Konolfingen mit einem Betrag von Fr. 16 800.
- 6.4. die Burkhart AG mit einem Betrag von Fr. 3600.
- 6.5. die Frutiger AG mit einem Betrag von Fr. 90 000.
- 6.6. die Huldi + Stucki Strassen- und Tiefbau AG mit einem Betrag von Fr. 21 600.
- 6.7. die Kästli Bau AG mit einem Betrag von Fr. 21 600.
- 6.8. die K. & U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG solidarisch mit einem Betrag von Fr. 45 000.
- 6.9. die Marti AG Bern, Moosseedorf mit einem Betrag von Fr. 90 000.
- 6.10. die Stucki AG Bern mit einem Betrag von Fr. 21 600.
- 6.11. die Walo Bertschinger AG Bern mit einem Betrag von Fr. 80 000.
7. Das Verfahren gegen die Cäsar Bay AG, die KIBAG Bauleistungen AG, die Peter Batt AG und die STRABAG AG wird eingestellt.
8. Das Verfahren gegen die gelöschte Friedli & Caprani AG, Strassen- und Tiefbau wird als gegenstandslos abgeschrieben.
9. Die Verfahrenskosten betragen Fr. 807 338 und werden folgendermassen verlegt:
 - 9.1. die Adolf Künzi AG trägt Fr. 8409.
 - 9.2. die Andreas Wälti AG trägt Fr. 8409.
 - 9.3. die Arm AG Konolfingen trägt Fr. 8409.
 - 9.4. die BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG trägt Fr. 590 502.
 - 9.5. die BLH Belagswerk Hasle AG trägt Fr. 52 278.
 - 9.6. die Burkhart AG trägt Fr. 8409.
 - 9.7. die Frutiger AG trägt Fr. 8409.
 - 9.8. die Huldi + Stucki Strassen- und Tiefbau AG trägt Fr. 8409.
 - 9.9. die Kästli Bau AG trägt Fr. 8409.
 - 9.10. die K. & U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG tragen solidarisch Fr. 8409.
 - 9.11. die Marti AG Bern, Moosseedorf trägt Fr. 8409.
 - 9.12. die Stucki AG Bern trägt Fr. 8409.
 - 9.13. die Walo Bertschinger AG Bern trägt Fr. 8409.
 - 9.14. die übrigen Verfahrenskosten gehen zulasten der Staatskasse.
10. Nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Parteien werden die beschlagnahmten Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Person zurückgegeben und die beim Sekretariat vorhandenen, kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten gelöscht.

Die Verfügung ist zu eröffnen:

- Adolf Künzi AG, Holligenstrasse 117, 3008 Bern
- Andreas Wälti AG, Rubigenstrasse 9, 3076 Worb
- Arm AG Konolfingen, Emmentalstrasse 73a, 3510 Konolfingen
- BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG, Altes Riedgässli 16, 3113 Rubigen; vertreten durch Dr. Fritz Rothenbühler, Wenger Plattner Rechtsanwälte, Jungfraustrasse 1, 3000 Bern 6
- BLH Belagswerk Hasle AG, Dicki 200, 3415 Hasle b. Burgdorf; vertreten durch Roger Thomi und Dr. Peter Reinert, Baker McKenzie Zürich, Holbeinstrasse 30, 8034 Zürich
- Burkhart AG, Kirchgasse 22, 3700 Spiez
- Cäsar Bay AG, Emmentalstrasse 73c, 3510 Konolfingen
- Friedli & Caprani AG, Strassen- und Tiefbau, Wangenstrasse 142, 3018 Bern sowie Frutiger AG, Frutigenstrasse 37, 3600 Thun; beide vertreten durch Dr. Daniel Emch, Kellerhals Carrard, Effingerstrasse 1, Postfach, 3001 Bern
- Huldi + Stucki Strassen- und Tiefbau AG, Pfaffensteig 6, 3018 Bern
- K. & U. Hofstetter AG, Ostermundigenstrasse 34a, 3006 Bern sowie Messerli Kieswerk AG, Ostermundigenstrasse 34a, 3006 Bern; beide vertreten durch Prof. Philipp Zurkinden und Bernhard Lauterburg, Prager Dreifuss AG, Schweizerhof-Passage 7, 3001 Bern
- Kästli Bau AG, Grubenstrasse 12, 3072 Ostermundigen; vertreten durch Dr. Michael Meer, Sirius Legal GmbH, Monbijoustrasse 23, Postfach, 3001 Bern
- KIBAG Bauleistungen AG, Seestrasse 404, 8038 Zürich; vertreten durch Dr. Jürg Borer, Borer Rechtsanwälte AG, Olgastrasse 6, 8001 Zürich
- Marti AG Bern, Moosseedorf, Bernstrasse 13, 3302 Moosseedorf
- Peter Batt AG, Dorfstrasse 19, 3073 Gümligen
- STRABAG AG, Unterrohrstrasse 5, 8952 Schlieren; vertreten durch Mario Strebel und Fabian Koch, CORE Rechtsanwälte AG, Talacker 41, 8001 Zürich
- Stucki AG Bern, Stauffacherstrasse 85, 3014 Bern
- Walo Bertschinger AG Bern, c/o Wenger Plattner, Jungfraustrasse 1, 3005 Bern; vertreten durch Dr. Mani Reinert, Bär & Karrer AG, Brandschenkestrasse 90, 8027 Zürich

Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Andreas Heinemann
Präsident

Prof. Dr. Patrik Ducrey
Direktor

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen.

H Appendix

H.1 Angaben der Belagswerke zu Werkeigenschaften und Mengen

Tabelle 28: Angaben der Belagswerke zu Werkeigenschaften und Mengen.

Werkstandort	Act.	Eingang	Eingereichte Informationen
Boningen	V.14	18.02.2020	Werkeigenschaften, Liefermengen pro PLZ
Gunzgen	V.13	18.02.2020	Werkeigenschaften, Liefermengen pro PLZ
Hasle	V.8	29.01.2020	Werkeigenschaften, Liefermengen pro PLZ
Heimberg	V.15	19.02.2020	Werkeigenschaften, Lieferscheindaten
Heimberg	I.302	24.02.2020	Erläuterungen zu Lieferscheindaten
Heimberg	V.18	28.02.2020	Erläuterungen zu Lieferscheindaten
Heimberg	V.19	06.03.2020	Erläuterungen zu Lieferscheindaten
Hüswil	V.7	29.01.2020	Werkeigenschaften, Liefermengen pro PLZ
Hüswil	I.277	03.02.2020	Erläuterungen zu Liefermengen pro PLZ
Lyss, Niederbipp	V.12	18.02.2020	Werkeigenschaften, Liefermengen pro PLZ
Oberwangen, Busswil	I.300	11.02.2020	Erläuterungen zu Lieferscheindaten
Oberwangen, Busswil	V.11	17.02.2020	Werkeigenschaften, Lieferscheindaten
Rubigen	I.190	23.10.2019	Werkeigenschaften
Rubigen	I.208	13.11.2019	Lieferscheindaten
Rubigen	V.6	24.01.2020	Lieferscheindaten, Stellungnahme zu Auswertungen der Lieferscheindaten
Rubigen	V.21	22.04.2020	Erläuterungen zu Lieferscheindaten, Preislisten, Rechnungen
Rubigen	V.25	07.09.2020	Lieferscheindaten
Rubigen	V.26	25.09.2020	Stellungnahme zu Auswertungen der Lieferscheindaten
Rubigen	V.30	30.11.2020	Angaben zu Arbeitsgemeinschaften
Sundlauenen	V.9	31.01.2020	Werkeigenschaften, Liefermengen pro PLZ
Walliswil	V.16	21.02.2020	Werkeigenschaften, Liefermengen pro PLZ
Walliswil	V.23	28.08.2020	Jährlicher Ausstoss
Wimmis	V.17	28.02.2020	Werkeigenschaften, Liefermengen pro PLZ
Wimmis	V.20	20.03.2020	Liefermengen pro PLZ
Wimmis	I.310	31.03.2020	Erläuterungen zu Liefermengen pro PLZ

H.2 Kostenrechnung BERAG

Tabelle 29: Definition der Kostenpositionen in Abbildung 2 und Abbildung 3.

Position	Bezeichnung in den Ergänzungen zu den Geschäftsberichten der BERAG
Gesteinskörnungen	Mineral (Sand, Splitt) Fremdfiller
Bitumen	Bindemittel (Bitumen)
Zusatzstoffe	Zusatzstoffe und Diverses
RM-Aufbereitung	RM-Aufbereitung
Energie	Energie (Heizöl, Gas) El. Energie
Unterhalt und Betrieb	Materialprüfung im Labor Unterhalt Anlagen Betrieb, Unterhalt, Miete Masch. Betriebs- und Fremdpersonal
Verwaltung	GL + Verwaltungskosten VR, BK und GV Werbung Versicherungen Garantieleistungen Baurecht, Miete, Infra

H.3 Koordinaten der Belagswerke

Tabelle 30: Koordinaten der Belagswerke.

Werkstandort	Koordinaten (WGS84)	
	Breite	Länge
Boningen	47.300766	7.850913
Busswil	47.101440	7.316701
Gunzgen	47.305266	7.839401
Hasle	47.009340	7.657167
Heimberg	46.781800	7.600024
Hüswil	47.122554	7.908350
Lyss	47.084224	7.308368
Niederbipp	47.254488	7.716046
Oberwangen	46.915920	7.354978
Sundlauenen	46.682339	7.770288
Walliswil	47.236835	7.684828
Wimmis	46.684200	7.655734

H.4 Listenpreise

Tabelle 31: Listenpreise 2004–2019.

Jahr	Quelle	Anzahl Sorten
2004	V.21	48
2005	III.A.84	57
2006	III.A.90	47
2007	III.A.101	61
2008	III.A.124	62
2009	III.A.132	61
2010	V.21	44
2011	V.21	42
2012	V.21	40
2013	III.A.194	50
2014	III.A.211	46
2015	III.A.244	41
2016	III.A.244	42
2017	III.A.263	42
2018	III.A.282	47
2019	III.D.20	46
Total		776

Tabelle 32: In den Nevaris-Daten eingetragene Listenpreise nach Aktionärsstatus.

Aktionärin	vkpreis	Anzahl Lieferungen	Anteil
Ja	Aktionärspreis	[...]	84,1 %
Ja	Aktionärspreis Vorjahr	[...]	12,5 %
Ja	Anderer Preis	[...]	3,0 %
Ja	Ringbuchpreis	[...]	0,4 %
Ja	Ringbuchpreis Vorjahr	[...]	0,0 %
Nein	Aktionärspreis	[...]	3,4 %
Nein	Aktionärspreis Vorjahr	[...]	0,2 %
Nein	Anderer Preis	[...]	0,4 %
Nein	Ringbuchpreis	[...]	59,0 %
Nein	Ringbuchpreis Vorjahr	[...]	37,1 %