



Hinweis:

Diese Verfügung wurde von den Parteien beim Bundesverwaltungsgericht angefochten und ist derzeit dort hängig (Stand: Juli 2019). Sie ist daher gegenüber den beschwerdeführenden Parteien nicht rechtskräftig.

Verfügung

vom 10. Dezember 2018

in Sachen

Untersuchung **22-0477** gemäss Art. 27 KG
betreffend

KTB-Werke

wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG und
Art. 7 KG,

gegen

1. **Alluvia Holding AG**, Ostermundigenstrasse 34a, 3006 Bern,
K. & U. Hofstetter AG, Ostermundigenstrasse 34a, 3006 Bern und
Messerli Kieswerk AG, Ostermundigenstrasse 34a, 3006 Bern
sowie weitere konzernmässig verbundene Gesellschaften

vertreten durch RA Prof. Dr. Philipp E. Zurkinden und RA Bernhard
Lauterburg, Prager Dreifuss AG, Schweizerhof-Passage 7, 3001
Bern;

2. **Kästli Bau AG**, Grubenstrasse 12, 3072 Ostermundigen, und **Kästli
Beteiligungen AG**, Grubenstrasse 12, 3072 Ostermundigen sowie
weitere konzernmässig verbundene Gesellschaften

vertreten durch RA Dr. Michael Meer, Sirius Legal, Monbijoustrasse
23, Postfach, 3001 Bern.

Besetzung

Andreas Heinemann (Präsident, Vorsitz),
Danièle Wüthrich-Meyer (Vizepräsidentin), Armin Schmutzler
(Vizepräsident),
Florence Bettschart-Narbel, Nicolas Diebold, Winand Emons,
Clémence Grisel Rapin, Andreas Kellerhals, Pranvera Këllezi,
Isabel Martínez, Rudolf Minsch, Martin Rufer, Henrique Schneider

Inhaltsverzeichnis

A	Verfahren	12
A.1	Gegenstand der Untersuchung	12
A.2	Parteien	12
A.2.1	Alluvia-Gruppe	12
A.2.2	Kästli-Gruppe	14
A.2.3	Standorte der Kies- und Betonwerke	15
A.3	KTB AG und KTB-Verband	15
A.3.1	Einführung.....	15
A.3.2	Kies- und Transportverband Bern und Umgebung – KTB-Verband	15
A.3.3	KTB AG	16
A.4	Verfahrensgeschichte	17
A.4.1	Untersuchungseröffnung	17
A.4.2	Hausdurchsuchungen und weitere Ermittlungshandlungen	18
A.4.3	Verfahrenstrennung.....	18
A.4.4	Einvernehmliche Regelung.....	19
A.4.5	Selbstanzeigen.....	19
A.4.6	Datenlieferungen.....	21
A.4.7	Gesuch um Erlass einer Zwischenverfügung.....	22
A.4.8	Beweisanträge	23
A.4.9	Akteneinsicht und Versand des Antrages gemäss Art. 30 Abs. 2 KG	24
A.4.10	Entscheidprozess vor der Wettbewerbskommission	25
B	Sachverhalt	25
B.1	Überblick.....	25
B.2	Vorbemerkungen zum Beweis	25
B.3	Grundsätzliche Bemerkungen zu den Parteistellungnahmen	26
B.3.1	Umfang der Anhörung der Parteien	26
B.3.2	Begründungspflicht.....	27
B.4	Marktverhältnisse in der Kies- und Betonbranche im Raum Bern	27
B.4.1	Beweisthema.....	27
B.4.2	Vorbemerkung zu den Beweismitteln, der Beweiswürdigung und dem Beweisergebnis.....	27
B.4.3	Beschreibung der betroffenen Produkte	27
B.4.3.1	Abbau von Gesteinskörnungen	28
B.4.3.2	Kiesaufbereitung	30
B.4.3.3	Verwendung von aufbereitetem Kies	31
B.4.3.4	Deponie.....	31
B.4.3.5	Beton	31
B.4.3.6	Mörtel.....	32
B.4.3.7	Transport.....	33
B.4.4	Markt.....	34
B.4.4.1	Nachfrageseite	34
B.4.4.2	Relevante Produkte.....	35

B.4.4.3	Liefergebiet	37
B.4.4.4	Anbieter.....	44
B.4.4.5	Markteintrittsschranken	49
B.4.4.6	Preisbildung	54
(i)	Definitionen	54
(ii)	Umsatzanteil der zum Listenpreis verkauften Produkte	54
(iii)	Offertstellung.....	55
(iv)	Preiskalkulation	56
(v)	Verhandlungsmacht grosser Bauunternehmungen.....	58
(vi)	Ausmass des preislichen Spielraumraums der Parteien	59
B.4.5	Zusammenfassung der Beweisergebnisse	59
B.5	Wettbewerbsrechtlich relevante Verhaltensweisen	60
B.5.1	Vorbemerkung zur Beweisführung	60
B.5.2	Koordination der Listenpreise.....	62
B.5.2.1	Konsens, Inhalt und Beteiligte	62
(i)	Beweisthema.....	62
(ii)	Beweismittel.....	62
a.	Urkunden	62
b.	Zeugenaussagen	63
c.	Schriftliche Erklärungen von Dritten	63
d.	Parteiaussagen	64
e.	Schriftliche Parteiauskünfte	64
(iii)	Beweiswürdigung	64
(iv)	Würdigung der Parteistellungnahmen	67
(v)	Beweisergebnis.....	69
B.5.2.2	Verfolgter Zweck	70
(i)	Beweisthema.....	70
(ii)	Beweismittel.....	70
a.	Urkunden	70
b.	Zeugenaussagen	70
c.	Schriftliche Erklärungen von Dritten	71
d.	Parteiangaben.....	71
(iii)	Beweiswürdigung.....	71
(iv)	Würdigung der Parteistellungnahmen	72
(v)	Beweisergebnis.....	73
B.5.2.3	Dauer	73
(i)	Beweisthema.....	73
(ii)	Beweismittel.....	73
a.	Urkunden	73
b.	Zeugenaussagen	75
c.	Parteiauskünfte	75
(iii)	Beweiswürdigung.....	75
(iv)	Würdigung der Parteistellungnahmen	76
(v)	Beweisergebnis.....	76
B.5.2.4	Umsetzung und Auswirkungen zwischen den Parteien	77

(i)	Beweisthema.....	77
(ii)	Beweismittel.....	77
a.	Urkunden.....	77
b.	Zeugenaussagen.....	78
c.	Schriftliche Erklärungen von Dritten.....	78
d.	Parteiaussagen.....	78
e.	Parteieingaben.....	79
(iii)	Beweiswürdigung.....	79
(iv)	Würdigung der Parteistellungnahmen.....	83
(v)	Beweisergebnis.....	86
B.5.2.5	Zusammenfassendes Beweisergebnis der Listenpreise.....	87
B.5.3	Gemeinsamer Mengenrabatt.....	87
B.5.3.1	Konsens, Inhalt und Beteiligte.....	87
(i)	Beweisthema.....	87
(ii)	Beweismittel.....	88
a.	Urkunden.....	88
b.	Parteiauskünfte.....	89
c.	Schriftliche Parteieingaben.....	90
(iii)	Beweiswürdigung.....	90
(iv)	Beweisergebnis.....	91
B.5.3.2	Verfolger Zweck.....	91
(i)	Beweisthema.....	91
(ii)	Beweismittel.....	91
a.	Urkunden.....	91
b.	Parteiaussagen.....	92
(iii)	Beweiswürdigung.....	93
(iv)	Würdigung der Parteistellungnahmen.....	94
(v)	Beweisergebnis.....	96
B.5.3.3	Dauer.....	96
(i)	Beweisthema.....	96
(ii)	Beweismittel.....	96
a.	Urkunden.....	96
b.	Parteiaussagen.....	97
(iii)	Beweiswürdigung.....	98
(iv)	Beweisergebnis.....	98
B.5.3.4	Umsetzung und Auswirkungen.....	98
(i)	Beweisthema.....	98
(ii)	Beweismittel.....	99
a.	Urkunden.....	99
b.	Parteiaussagen.....	99
(iii)	Beweiswürdigung.....	100
(iv)	Würdigung der Parteivorbringen.....	101
(v)	Beweisergebnis.....	103
B.5.3.5	Zusammenfassendes Beweisergebnis der gemeinsamen Mengenrabatte.....	103
B.5.4	Koordination der Liefergebiete.....	104

B.5.4.1	Konsens, Inhalt, Beteiligte und Dauer	104
(i)	Beweisthema.....	104
(ii)	Beweismittel.....	104
a.	Urkunden	104
b.	Lieferscheindaten	105
c.	Zeugenaussagen	105
d.	Parteiaussagen	106
e.	Schriftliche Antworten auf Fragebogen.....	107
(iii)	Beweiswürdigung	107
1.	Koordination der Liefergebiete 1976.....	107
2.	Dauer der Koordination der Liefergebiete aufgrund der Vereinbarung von 1976 .	108
a.	Fortbestand bis ins Jahr 1994	108
b.	Fortbestand bis Ende 1997	109
c.	Fortbestand bis ins Jahr 1999	110
d.	Fortbestand bis 2003.....	113
e.	Fortbestand bis 2009.....	114
f.	Fortbestand bis 2011/2013.....	116
(iv)	Würdigung der Parteistellungnahmen	118
(v)	Beweisergebnis	120
B.5.4.2	Verfolger Zweck	120
(i)	Beweisthema.....	120
(ii)	Beweismittel.....	120
a.	Urkunden	120
b.	Zeugenaussagen	121
c.	Parteiaussagen	121
d.	Schriftliche Antworten auf Fragebogen.....	122
(iii)	Beweiswürdigung	122
(iv)	Würdigung der Parteistellungnahmen	125
(v)	Beweisergebnis.....	126
B.5.4.3	Umsetzung und Auswirkungen.....	126
B.5.4.3.1	Beweisthema.....	126
B.5.4.3.2	Beweismittel	126
(i)	Urkunden	126
(ii)	Lieferscheindaten.....	127
B.5.4.3.3	Beweiswürdigung Urkundenbeweise.....	127
B.5.4.3.4	Auswertung und Würdigung der Lieferscheindaten	127
(i)	Datenbereinigung	128
1.	Baustellen-Postleitzahlen	128
2.	Baustellen-Adressen	129
3.	Netto-Werkpreise	130
(ii)	Abgrenzung der Liefergebiete der Alluvia- und der Kästli-Gruppe	131
(iii)	Untersuchung des Preissetzungsverhaltens.....	134
1.	Herleitung der Hypothesen.....	134
2.	Methode	136
a.	Berücksichtigte Baustellen (Beobachtungen)	137

b.	Messung des Netto-Werkpreises (abhängige Variable).....	137
c.	Messung der Fahrzeit Baustelle – nächstes Alternativwerk (unabhängige Variable).....	139
d.	Kontrollvariablen	140
i.	Weshalb Kontrollvariablen?.....	140
ii.	Messung der Kontrollvariablen	141
e.	Spezifikation der Regressionsgleichung und Schätzmethode.....	142
3.	Darstellung und Interpretation der Resultate	143
a.	Darstellung und Interpretation der berechneten Parameter	143
b.	Statistische Signifikanz.....	144
c.	Test von Hypothese 1	145
d.	Test von Hypothese 2	147
e.	Liegen für den Test von Hypothese 1 genügend Beobachtungen vor?.....	150
f.	Zuverlässigkeit der Berechnungen	153
g.	Alternative Schätzungen der Parteien	153
h.	Beurteilung der Ergebnisse der Auswertung der Lieferscheindaten.....	154
	B.5.4.3.5 Beweisergebnis.....	154
	B.5.4.3.6 Parteivorbringen.....	155
	B.5.4.4 Zusammenfassendes Beweisergebnis der Koordination der Liefergebiete	156
	B.5.5 Kies- und Betonbatzen	157
	B.5.5.1 Konsens, Inhalt und Beteiligte	157
(i)	Beweisthema.....	157
(ii)	Beweismittel.....	157
a.	Urkunden	157
b.	Zeugenaussagen	158
c.	Parteiaussagen	158
d.	Schriftliche Parteieingaben.....	158
(iii)	Beweiswürdigung	159
(iv)	Beweisergebnis.....	159
	B.5.5.2 Verfolger Zweck	160
(i)	Beweisthema.....	160
(ii)	Beweismittel.....	160
a.	Urkunden	160
b.	Zeugenaussagen	160
c.	Parteiaussagen	161
(iii)	Beweiswürdigung	161
(iv)	Beweisergebnis.....	162
	B.5.5.3 Dauer	162
(i)	Beweisthema.....	162
(ii)	Beweismittel.....	162
a.	Urkunden	162
b.	Zeugenaussagen	163
c.	Parteiaussagen	163
(iii)	Beweiswürdigung	163
(iv)	Beweisergebnis.....	164

B.5.5.4	Umsetzung und Auswirkungen	164
(i)	Beweisthema.....	164
(ii)	Beweismittel.....	164
a.	Urkunden	164
b.	Zeugenaussagen	165
c.	Parteiaussagen	165
d.	Schriftliche Parteieingaben.....	165
(iii)	Beweiswürdigung	166
(iv)	Würdigung der Parteistellungnahmen	167
(v)	Beweisergebnis.....	168
B.5.5.5	Zusammenfassendes Beweisergebnis zum Kies- und Betonbatzen.....	168
B.5.6	Gemeinsame Inkassostelle	169
B.5.6.1	Konsens, Inhalt und Beteiligte	169
(i)	Beweisthema.....	169
(ii)	Beweismittel.....	169
a.	Urkunden	169
b.	Zeugenaussagen	170
c.	Parteiauskünfte	170
(iii)	Beweiswürdigung	172
(iv)	Würdigung der Parteistellungnahmen	176
(v)	Beweisergebnis.....	179
B.5.6.2	Verfolger Zweck	179
(i)	Beweisthema.....	179
(ii)	Beweismittel.....	180
a.	Urkunden	180
b.	Zeugenaussagen	180
c.	Parteiauskünfte	180
(iii)	Beweiswürdigung	181
(iv)	Würdigung der Parteistellungnahmen	182
(v)	Beweisergebnis.....	183
B.5.6.3	Dauer	183
(i)	Beweisthema.....	183
(ii)	Beweismittel.....	183
a.	Urkunden	183
b.	Zeugenaussagen	184
c.	Parteiaussagen	184
(iii)	Beweiswürdigung	184
(iv)	Würdigung der Parteistellungnahmen	185
(v)	Beweisergebnis.....	185
B.5.6.4	Umsetzung und Auswirkungen.....	185
(i)	Beweisthema.....	185
(ii)	Beweismittel.....	186
a.	Urkunden	186
b.	Zeugenaussagen	186
c.	Parteiauskünfte	187

(iii)	Beweiswürdigung	187
(iv)	Beweisergebnis	188
B.5.6.5	Zusammenfassendes Beweisergebnis zum gemeinsamen Inkasso und Tragen der Debitorenverluste sowie zu den Liefersperrern gegenüber Kunden	188
B.5.7	Sämtliche Verhaltensweisen umspannender Konsens zur Zusammenarbeit	189
B.5.7.1	Vorbemerkung und Beweisthema	189
B.5.7.2	Beweismittel	189
B.5.7.3	Beweiswürdigung	189
B.5.7.4	Parteistellungnahmen und Würdigung	190
B.5.7.5	Beweisergebnis	191
C	Erwägungen	191
C.1	Geltungsbereich	191
C.2	Verfügungsadressaten	191
C.3	Vorbehaltene Vorschriften	192
C.4	Beachtung von Verfahrensvorschriften	194
C.4.1	Antrag auf Erlass einer Zwischenverfügung	194
C.4.1.1	Vorbringen der Kästli-Gruppe	194
C.4.1.2	Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung	194
C.4.1.3	Würdigung des Antrags	194
C.4.2	Beweisanträge	195
C.4.2.1	Anträge der Kästli-Gruppe	195
C.4.2.2	Beweismassnahmen des Sekretariats	196
C.4.2.3	Ablehnung und Nichteintreten weitergehender Beweisanträge	197
C.4.2.3.1	Die Rechtsgrundlagen	197
C.4.2.3.2	Würdigung der Beweisanträge	197
C.4.3	Behauptete Voreingenommenheit	199
C.4.3.1	Vorbringen der Kästli-Gruppe	199
C.4.3.2	Würdigung der Vorbringen	200
C.4.4	Antrag auf Entfernung eines Aktenstückes aus den Akten	200
C.5	Unzulässige Wettbewerbsabrede	200
C.5.1	Einleitung	200
C.5.2	Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG	201
C.5.2.1	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken	201
C.5.2.2	Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	202
C.5.2.3	Abrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufen	204
C.5.2.4	Fazit: Vorliegen von Abreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG	204
C.5.2.5	Qualifikation als Gesamtabrede	204
C.5.3	Qualifikation der Abreden	205
C.5.3.1	Vorliegen von horizontalen Preis- und Gebietsabreden	205
C.5.3.1.1	Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG	205
C.5.3.1.2	Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG	209
C.5.4	Keine Beseitigung des Wettbewerbs	210
C.5.4.1	Prüfungsablauf	210
C.5.4.2	Relevanter Markt	210

(i)	Marktgegenseite.....	210
(ii)	Sachlich relevanter Markt.....	211
(iii)	Räumlich relevanter Markt.....	211
(iv)	Zeitlich relevanter Markt.....	212
(v)	Fazit.....	212
C.5.5	Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung.....	212
C.5.5.1	Aussenwettbewerb.....	212
C.5.5.1.1	Aktueller Wettbewerb.....	212
C.5.5.1.2	Potenzieller Wettbewerb.....	213
C.5.5.2	Innenwettbewerb.....	213
C.5.5.3	Zwischenergebnis.....	213
C.5.6	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs.....	214
C.5.7	Zwischenergebnis.....	214
C.5.8	Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen.....	214
C.6	Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen.....	216
C.6.1	Einleitung.....	216
C.6.2	Marktbeherrschende Stellung.....	217
C.6.2.1	Vorbemerkung.....	217
C.6.2.2	Der relevante Markt.....	218
C.6.2.2.1	Der sachlich relevante Markt.....	218
C.6.2.2.2	Der räumlich relevante Markt.....	218
C.6.2.2.3	Zeitlich relevanter Markt.....	219
C.6.2.2.4	Zwischenfazit.....	219
C.6.2.2.5	Beurteilung der Marktstellung.....	219
(i)	Einleitung.....	219
(ii)	Aktuelle Konkurrenz.....	219
(iii)	Potenzielle Konkurrenz.....	220
(iv)	Stellung der Marktgegenseite.....	220
(v)	Zwischenfazit.....	220
C.6.3	Missbrauch.....	221
C.6.3.1	Einleitung.....	221
C.6.3.2	Einschränkung des Absatzes und Behinderung in der Ausübung des Wettbewerbs.....	221
C.6.3.3	Keine Rechtfertigungsgründe.....	222
C.6.4	Fazit.....	223
C.7	Massnahmen.....	223
C.7.1	Anordnung von Massnahmen.....	223
C.7.2	Sanktionierung.....	224
C.7.2.1	Allgemeines.....	225
C.7.2.2	Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG.....	225
C.7.2.3	Vorwerfbarkeit.....	225
C.7.2.4	Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht.....	226
C.7.2.5	Bemessung.....	227
C.7.2.5.1	Konkrete Sanktionsberechnung.....	227
(i)	Basisbetrag.....	227

1.	Massgebliche Umsätze	228
2.	Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt).....	228
3.	Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses.....	229
(ii)	Dauer des Verstosses	230
(iii)	Erschwerende und mildernde Umstände.....	230
1.	Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung vor Verfahrenseröffnung	231
2.	Kooperatives Verhalten	231
(iv)	Maximalsanktion	231
C.7.2.5.2	Parteieingaben sind keine Selbstanzeigen – keine weitere Sanktionsreduktion ..	232
(i)	Einleitung	232
(ii)	Rechtliche Vorgaben an Selbstanzeigen	232
(iii)	Beurteilung der Eingaben der Alluvia- und der Kästli-Gruppe	233
1.	Alluvia-Gruppe	233
2.	Kästli-Gruppe	235
(iv)	Fazit	236
C.7.2.5.3	Verhältnismässigkeitsprüfung.....	236
C.7.2.6	Ergebnis.....	237
C.7.3	Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten]	237
D	Kosten	237
E	Untersuchungsergebnis.....	239
F	Dispositiv	241

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Im Rahmen der Untersuchung 22-0477: KTB-Werke wurde abgeklärt, ob die Untersuchungsadressaten unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 KG und Art. 7 KG in den Bereichen Kies und Beton im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) vorgenommen haben.

2. Die Wettbewerbsbehörden untersuchten, ob sich die Untersuchungsadressatinnen insbesondere:

- über Preise betreffend Baustoffe (u.a. Kies und Beton), inkl. Rabatte, absprachen oder ihr Verhalten diesbezüglich aufeinander abstimmten;
- über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern absprachen oder ihr Verhalten diesbezüglich aufeinander abstimmten;
- über die Entrichtung eines Kies- und Betonbatzens an Baumeisterverbände absprachen; sowie
- betreffend das Inkasso, das Tragen von Debitorenverlusten und Liefersperrern gegenüber Kunden absprachen.

3. Zudem untersuchten die Wettbewerbsbehörden, ob die Untersuchungsadressatinnen eine individuelle und/oder kollektiv marktbeherrschenden Stellung einnahmen und andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligten, insbesondere indem sie:

- Bezügern von Kies und Beton abhängig vom Gesamtbezug bei den Werken der Untersuchungsadressaten einen gemeinsamen Mengenrabatt gewährten;
- den Kies- und Betonbatzen an Baumeisterverbände von der Bedingung abhängig machten, dass die Mitglieder der Baumeisterverbände sämtliche Bezüge von Kies und Beton bei ihren Werken tätigten.¹

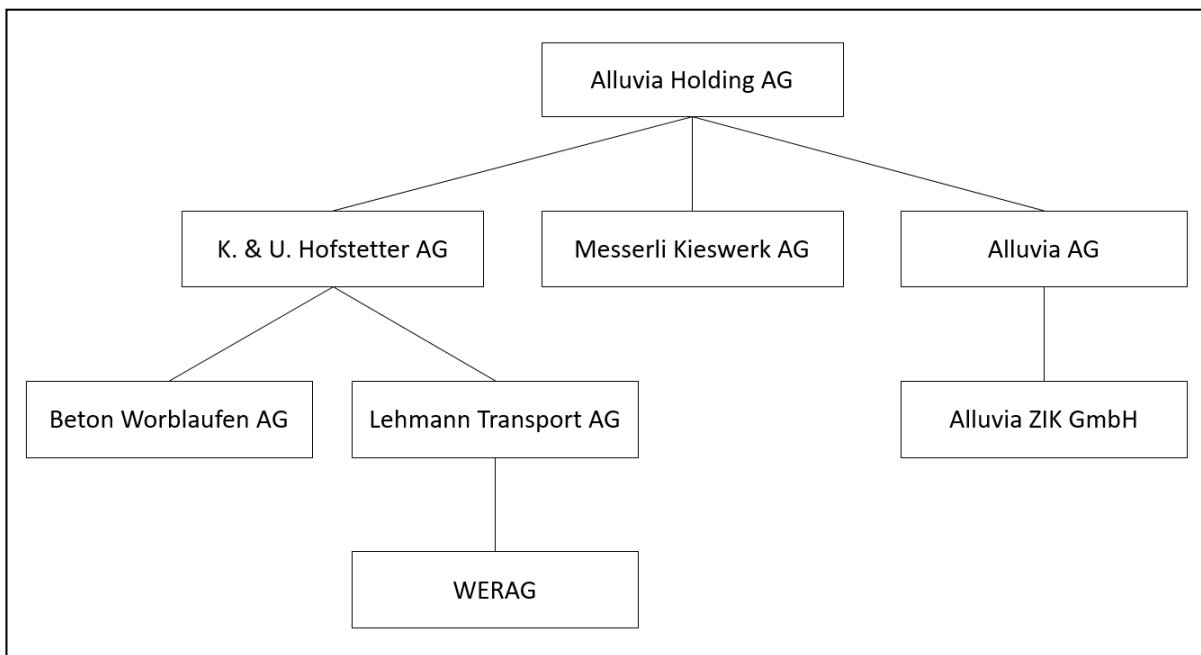
A.2 Parteien

A.2.1 Alluvia-Gruppe

4. Die **Alluvia Holding AG** bezweckt den Erwerb von Beteiligungen insbesondere an Unternehmen zum Betrieb von Kies- und Sandwerken, Transportbetonanlagen, Transporten, Rückbau, Baugrubenaushub sowie Gewinnung von Wertstoffen aus dem Rückbau. Die Alluvia Holding AG hält [>50] % der Beteiligungen an der K.+U. Hofstetter AG, der Messerli Kieswerk AG und der Alluvia AG.

¹ Vgl. SHAB vom 03.02.2015, Nr. 22 (Act. I.56 [22-0440])

Abbildung 1: Alluvia-Gruppe



Kieswerke		Transportbetonwerke	
Hofstetter	Hindelbank, Mattstetten, Berken	Hofstetter	Hindelbank, Berken, Worblaufen
Messerli	Oberwangen	Messerli	Oberwangen und Bern Bethlehem

Quelle: <<http://www.alluvia.ch/geschichte>> (29.5.2018), <<http://www.hofstetter.ch/geschichte>> (29.5.2018)

5. Da die Tochtergesellschaften der Alluvia Holding AG in der Vergangenheit voneinander unabhängige Unternehmen waren, ist es für das Verständnis des nachfolgenden Sacherhalts zentral, einen Teil der Geschichte des Unternehmens zu kennen:

K.+U. Hofstetter AG

1974 Die **K.+U. Hofstetter AG** mit Sitz in Bern wurde ins Handelsregister eingetragen. Ihr Gesellschaftszweck besteht im Betrieb von Kies- und Sandwerken, in der Herstellung und Lieferung von Transportbeton, im Betrieb einer Autotransportunternehmung und von mechanischen Werkstätten sowie im Handel und in der Vermietung von Maschinen aller Art. Dazu betreibt sie Kiesaufbereitungsanlagen in Hindelbank, Mattstetten und Berken und Transportbetonwerke in Hindelbank, Berken und Worblaufen.²

1997 Die **Beton Worblaufen AG** wurde ins Handelsregister eingetragen. Die Beton Worblaufen AG betreibt ein Transportbetonwerk in Worblaufen. Die K.+U. Hofstetter AG hält die Mehrheit des Aktienkapitals daran. Gemäss Handelsregister bezweckt die Beton Worblaufen AG die Fabrikation und Transport von Beton und Mörtel aller Art.³

² <<http://www.hofstetter.ch/geschichte>> (4.5.2018, PDF-Kopie bei den Akten)

³ <<http://www.hofstetter.ch/geschichte>> (4.5.2018, PDF-Kopie bei den Akten)

2011 Die K.+U. Hofstetter AG beteiligte sich an der **Lehmann Transport AG Bern**. Im Jahr 2013 erwarb sie mit [>50]% die Aktienmehrheit.⁴ Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt die Lehmann Transport AG mit Sitz in Bern den Betrieb eines Transportgeschäftes. Sie hält [>50]% des Aktienkapitals an der **WERAG Mattstetten AG**.

Messerli Kieswerk AG

1974 Die **Messerli Kieswerk AG** mit Sitz in Bern wird ins Handelsregister eingetragen. Gemäss Handelsregistereintrag ist sie in den Bereichen Kies, Transportbeton, Aushub, Rückbau und der Wiederverwertung von Baustoffen tätig. Ihr Gesellschaftszweck besteht im Abbau und der Aufbereitung von Steinen und Erden, der Herstellung und dem Vertrieb von Frischbeton und verwandten Produkten, der Annahme, Aufbereitung und dem Vertrieb von Sekundärbaustoffen, der Ausführung von Trax- und Baggerarbeiten sowie von Transporten. Sie verfügt über eine Kiesaufbereitungsanlage in Oberwangen und Transportbetonwerke in Oberwangen und Bern Bethlehem.

1994 Die Messerli Kieswerk AG übernahm die **Kessler AG** mit Sitz in Köniz (Handelsregistereintrag 1971). Die Kessler AG war in den Bereichen Kies, Transportbeton und Wiederverwertung von Baustoffen tätig. Sie bezweckte den Abbau und die Aufbereitung von Steinen und Erden, die Herstellung und den Vertrieb von Frischbeton und verwandten Produkten. Zudem bezweckte sie die Annahme, Aufbereitung und den Vertrieb von Sekundärbaustoffen, Recycling und deren Transporte. Die Kessler AG wurde 2007 im Handelsregister gelöscht.

Alluvia Holding AG, Alluvia AG

2006 Die beiden Gesellschaften K.+U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG gründeten die HM Holding AG, an welcher sie je die Hälfte der Beteiligungen hielten.

2007 Die HM Kies + Beton AG wurde als Tochtergesellschaft der HM Holding AG gegründet. Sie übernahm die Leitungs- und Verwaltungsaufgaben der K.+U. Hofstetter AG und der Messerli Kieswerk AG.

2013 Die HM Holding AG wurde zur **Alluvia Holding AG** und die HM Kies + Beton AG zur **Alluvia AG** umbenannt.

2014 Im Jahr 2014 gründete die Alluvia AG die zentrale Inkassostelle **Alluvia ZIK GmbH** als Tochtergesellschaft.

A.2.2 Kästli-Gruppe

6. Die **Kästli Bau AG** mit Sitz in Ostermundigen ging aus der 1932 gegründeten Bendicht Kästli + Söhne AG hervor und ist seit 2011 im Handelsregister eingetragen. Ihr Gesellschaftszweck besteht u.a. im Betrieb einer Bauunternehmung, dem Abbau von Sand und Kies sowie dem Betrieb von Kies- und Recyclinganlagen aller Art. Dazu betreibt sie eine Kiesgrube und ein Kieswerk in Rubigen und verfügt über Zweigniederlassungen in Thun, Belp, Wattenwil, Schwarzenburg und Rubigen.

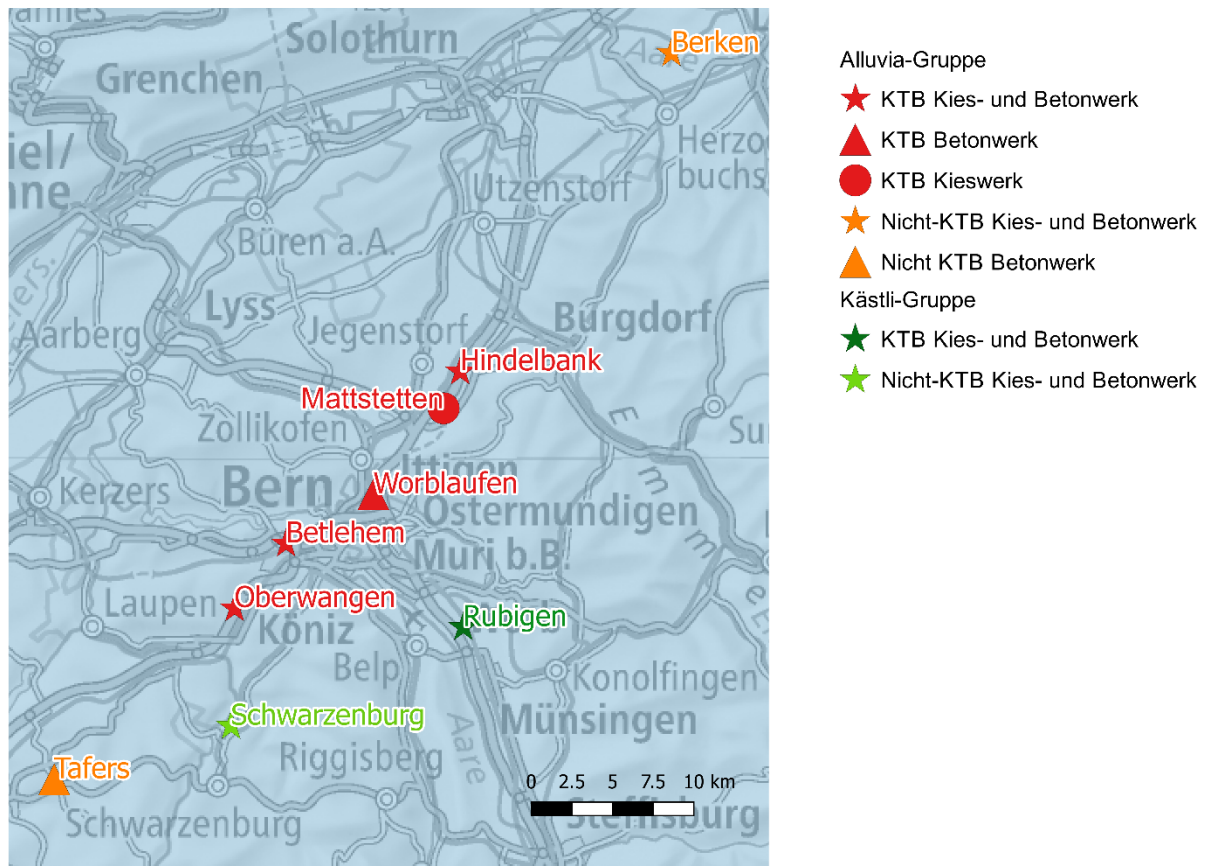
7. Die Kästli Bau AG ist eine [...] Tochtergesellschaft der **Kästli Beteiligungen AG**, ebenfalls mit Sitz in Ostermundigen, welcher zahlreiche Gesellschaften der Bau-, Baustoff-, Recycling-, Baulogistik- sowie Transportbranche angehören. Die Kästli-Gruppe betreibt Kiesabbaustellen und Deponien in Rubigen, Lützelflüh und Schwarzenburg.

⁴ Act. II.B.X.437 (22-0440)

A.2.3 Standorte der Kies- und Betonwerke

8. Die Kies- und Betonwerke der Kästli- und der Alluvia-Gruppe sind in Abbildung 2 dargestellt. Dabei werden die der KTB AG angeschlossenen Werke separat gekennzeichnet, weil diese für die vorliegende Untersuchung von besonderer Bedeutung sind (mehr dazu im nachfolgenden Abschnitt A.3).

Abbildung 2: Kies- und Betonwerke der Parteien



Quelle: Swisstopo (Kartenmaterial)

A.3 KTB AG und KTB-Verband

A.3.1 Einführung

9. Vor der Eröffnung der vorliegenden Untersuchung gründeten die Verfahrensparteien gemeinsam die KTB AG und lösten diese wieder auf. Da die KTB AG aufgrund ihrer Auflösung nicht Verfahrensadressatin ist, deren Aktivitäten aber zentral für die vorliegende Untersuchung sind, sei im Folgenden deren Entstehungsgeschichte, Auflösung und der Zweck dargelegt.

A.3.2 Kies- und Transportverband Bern und Umgebung – KTB-Verband

10. Die Entstehung und Auflösung des Kies- und Transportverbandes Bern und Umgebung, genannt KTB-Verband, ist unstrittig, weshalb darüber nicht Beweis geführt werden muss. Der KTB-Verband bestand seit 1974.⁵ Er setzte sich 1974 aus der K.+U. Hofstetter AG, der Messerli Kieswerk AG, der Kessler Kies AG, der Kieswerk AG Oberwangen (heute Alluvia-

⁵ Act. III.17, Zeile 105; Act. III.27, Beilage 1

Gruppe)⁶, der Bendicht Kästli & Söhne AG (heute Kästli-Gruppe)⁷, der ehemaligen Kieswerk Wichtrach AG⁸, der ehemaligen W. und E. Künti⁹ sowie der Losinger AG, Bern (heute Losinger Marazzi AG)¹⁰. Anlässlich der Generalversammlung vom 1. November 1996 entschieden die Gesellschafter den KTB-Verband per Ende 1997 aufzulösen.¹¹

11. Der Zweck des KTB-Verbandes und der Grund für dessen Auflösung sind nicht vollumfänglich klar, weshalb darüber kurz Beweis zu führen ist. Gemäss den Zeugenaussagen von [A._____] bestand der Zweck des Verbandes hauptsächlich darin «*Preisabreden, Mengenzuteilungen und Gebietsabreden*» zu organisieren. Dazu habe man eigens einen Geschäftsführer organisiert, der dies professionell durchführte.¹² Diese Aussagen stimmen mit den Parteiaussagen des [Organs] der Kästli Bau AG [B._____] überein, wonach der Verband eine Marktaufteilung nach Mengen und Gebieten vornahm¹³, und den Parteiaussagen des [Mitarbeiters] der Alluvia-Gruppe [C._____] gemäss dem im KTB-Verband Preise abgesprochen worden seien.¹⁴ Damit stimmt auch die Zeugenaussage von [D._____] anlässlich seiner Einvernahme vom 6. Oktober 2016 überein. Er sagte aus, der KTB-Verband sei aufgrund des neuen Wettbewerbsrechts aufgelöst worden.¹⁵

12. Aufgrund der übereinstimmenden Aussagen zum Zweck des Verbandes und der Aussage über den Grund der Auflösung des Verbandes ist erwiesen, dass der KTB-Verband bis zu seiner Auflösung den Zweck hatte, «*Preisabreden, Mengenzuteilungen und Gebietsabreden*» zu treffen. Die Parteien waren sich bewusst, dass diese Verhaltensweisen nicht wettbewerbsrechtskonform waren, weshalb der Verband aufgelöst wurde.

A.3.3 KTB AG

13. Es ist unstrittig, dass die heutige Alluvia-Gruppe¹⁶ und die Kästli-Gruppe¹⁷ nach der Auflösung des KTB-Verbandes Ende des Jahres 1997 eine gemeinsame Inkassostelle gründeten, die KTB AG. Bezüglich den Aufgaben und dem Zweck der KTB AG sei auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen (dazu hinten B.5.6, Rz 688 ff.). Ebenfalls unstrittig ist, dass die folgenden Unternehmen an der KTB AG angeschlossen waren:

- Kästli-Gruppe:
 - o BERAG AG (Rubigen),
 - o Kieswerk Rubigen,
 - o Frischbeton AG (Rubigen)

⁶ Vgl. Act. II.C.X.24 (22-0440), S. 1

⁷ Vgl. Act. II.C.X.24 (22-0440), S. 1

⁸ Liquidiert, vgl. DRACHE Post, Nr. 13, September 2007, 6, <http://www.wichtrach.ch/documents/drache_post_13.pdf> (4.5.2018).

⁹ Heute in Liquidation, Firmennummer im Handelsregister des Kantons Bern, CHE-100.888.036.

¹⁰ Act. II.C.X.24 (22-0440), S. 1

¹¹ Act. II.A.2, 2 (Bericht des Präsidenten)

¹² Act. III.24, Zeilen 120 ff.

¹³ Act. III.14, Zeilen 198 ff.

¹⁴ Act. III.17, Zeile 317

¹⁵ Act. III.28 (22-0440), Zeilen 119 f.

¹⁶ Damals K. und U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Kessler Kies AG und die Beton Worblaufen AG, Act. II.G.X.33 (22-0440), S. 2.

¹⁷ Beteiligt war die Frischbeton AG Rubigen, welche eine Tochtergesellschaft der Kästli-Gruppe ist; Act. II.G.X.33 (22-0440), S. 2.

- Seitens der Alluvia-Gruppe:
 - o Hofstetter AG mit den Werken Worblaufen, Mattstetten und Hindelbank
 - o Messerli AG mit den Werken in Oberwangen und Bethlehem.¹⁸

14. Zum Grund, weshalb die Verfahrensparteien den Namen des KTB-Verbandes für die neu geschaffene Inkassostelle wiederverwendeten, liegen den Behörden die folgenden Aussagen aus Einvernahmen und Urkunden vor:

- Anlässlich seiner Einvernahme vom 16. März 2015 sagte [C._____] für die Alluvia-Gruppe aus, der Kürzel KTB sei vom KTB Verband für die KTB AG übernommen worden, weil der Name Kies Transportwerke Bern und Umgebung bekannt gewesen sei.¹⁹ [D._____] gab anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 6. Oktober 2016 zu Protokoll, die Bezeichnung KTB habe sich «*einfach so eingebürgert*», sie sei «*intern geläufig*» gewesen.²⁰
- Das Protokoll der Generalversammlung vom 1. November 1996 enthält den Bericht des Verbandspräsidenten [B._____] . Er sagte zum Entschluss den KTB-Verband per Ende 1997 aufzulösen aus, zumal die aktiven Gesellschafter im Rahmen der Kies AG Aaretal regelmässig im Kontakt stünden und sich auch im kantonalen und schweizerischen Fachverband trafen, werde die gesellschaftliche Kontaktpflege «*nicht zu kurz kommen.*» Die guten Beziehungen zu den Baumeisterverbänden könne über die zentrale Inkassostelle und auf bilateralem Weg «*weiterhin aufrechterhalten und gepflegt werden.*»²¹

15. Die Inhalte der Aussagen von [C._____] , [D._____] und [B._____] stimmen insofern überein, als dass der Name des KTB-Verbandes in der Umgebung Bern bzw. intern bekannt gewesen seien. Allerdings kommt der unabhängig vom vorliegenden Verfahren gemachten und zeitnahe protokollierten Aussage von [B._____] grössere Bedeutung zu. Aus seiner Aussage geht hervor, dass die guten Beziehungen zu den Baumeisterverbänden aufrechterhalten und gepflegt werden sollten. Die Namenswahl erfolgte folglich bewusst, um auch die Kontinuität der Tätigkeiten des Verbandes zu signalisieren. Gewisse bereits im Rahmen des Verbandes übernommene Aufgaben wurden entsprechend weitergeführt (zu den genauen Aufgaben vgl. hinten B.5.6, Rz 688 ff.).

A.4 Verfahrensgeschichte

A.4.1 Untersuchungseröffnung

16. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) erlangte im November 2014 durch Informanten und Medienberichte Kenntnis über mögliche unzulässige Wettbewerbsabreden und missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen in der Baustoff- und Deponiebranche im Kanton Bern.²²

17. Gestützt auf die erhaltenen Informationen und weiteren Abklärungen eröffnete das Sekretariat am 12. Januar 2015 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums die Untersu-

¹⁸ Act. II.A.35, Act. II.A.28

¹⁹ Act. III.14, Zeilen 302 ff.

²⁰ Act. III.28 (22-0440), Zeilen 129 ff.

²¹ Act. II.A.2, 2 (Bericht des Präsidenten)

²² Die Identität der Informanten ist den Wettbewerbsbehörden bekannt und wird geheim gehalten.

chung 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern nach Art. 27 ff. KG. Die Untersuchungseröffnung richtete sich gegen sechs im Kanton Bern tätige Unternehmen der Baustoff- und Deponiebranche, namentlich auch gegen die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe.²³

18. Die Untersuchungseröffnung gab das Sekretariat nach den Hausdurchsuchungen mittels Pressemitteilung²⁴ am 14. Januar 2015 sowie amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG am 3. Februar 2015 im Schweizerischen Handelsamtsblatt²⁵ und im Bundesblatt²⁶ bekannt. Die 30-tägige Frist zur Anmeldung einer Verfahrensbeteiligung nach Art. 28 Abs. 2 KG verstrich ohne entsprechende Meldung.

A.4.2 Hausdurchsuchungen und weitere Ermittlungshandlungen

19. Das Sekretariat führte am 13. Januar 2015 in Zusammenarbeit mit der Polizei und IT-Spezialisten zeitgleich an 9 Standorten Hausdurchsuchungen durch, unter anderem bei der Alluvia-Gruppe und der Kästli-Gruppe.²⁷ Parallel zu den Hausdurchsuchungen wurden erste Einvernahmen mit den Parteien durchgeführt, darunter mit [E. _____], [Mitarbeiter] der Kästli Bau AG, und [F. _____], [Mitarbeiter] der Alluvia Holding AG. Insgesamt fanden im Anschluss an die Hausdurchsuchungen im Rahmen des Verfahrens 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern 29 Parteieinvernahmen und Zeugeneinvernahmen statt.²⁸

20. Von Februar 2015 bis Mai 2016 sichtete das Sekretariat die anlässlich der Hausdurchsuchungen beschlagnahmten Papierdokumente und wertete die sichergestellten elektronischen Daten aus. Die Parteien wurden vorgängig über ihr Recht informiert, der Sichtung der elektronischen Daten beizuwohnen.²⁹ Sowohl die Alluvia- als auch die Kästli-Gruppe nahmen in der Folge an den jeweiligen elektronischen Sichtungen teil.³⁰

A.4.3 Verfahrenstrennung

21. Im Rahmen der Ermittlungen ergaben sich Hinweise auf unzulässige Wettbewerbsabreden zwischen der Alluvia-Gruppe und der Kästli-Gruppe. Mit Zwischenverfügung vom 21. November 2016 trennte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums die Untersuchung 22-0477: KTB-Werke von der Untersuchung 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern³¹. Das getrennte Verfahren 22-0477: KTB-Werke wurde gegen die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe weitergeführt.

22. Mit Vorladungen vom 30. Oktober 2017³² setzte das Sekretariat für den 27. November 2017³³ und den 29. November 2017³⁴ zwei weitere Zeugeneinvernahmen an, worüber es die

²³ Vgl. SHAB vom 03.02.2015, Nr. 22 (Act. I.56 [22-0440]) und Untersuchungseröffnungsschreiben an die Parteien vom 12.01.2015 (Act. I.2-I.7 [22-0440]).

²⁴ Act. I.29

²⁵ Act. I.56

²⁶ Act. I.57

²⁷ Act. I.8–I.15 und I.18 (22-0440)

²⁸ Act. III.1–III.29 (22-0440)

²⁹ Act. I.96, I.102, I.118, I.137, I.174, I.175 und I.367 (22-0440)

³⁰ Act. I.119 und I.140 (22-0440)

³¹ Act. V.5.1–V.5.2 (22-0440)

³² Act. I.49–I.52

³³ Act. III.2

³⁴ Act. III.3

Verfahrensparteien informierte und zur Teilnahme einlud.³⁵ In der Folge nahmen Vertreter der Alluvia-Gruppe und der Kästli-Gruppe an den Zeugeneinvernahmen teil.³⁶

A.4.4 Einvernehmliche Regelung

23. Die beiden Verfahrensparteien äusserten im Verlauf des Verfahrens ihr grundsätzliches Interesse am Abschluss des Verfahrens mittels einvernehmlicher Regelung i.S.v. Art. 29 KG. Nachdem die Parteien ihre Bereitschaft zu Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung schriftlich bestätigt hatten,³⁷ stellte das Sekretariat ihnen am 1. Februar 2017 die Rahmenbedingungen für eine einvernehmliche Regelung zu.³⁸ In der Folge wurden die standardisierten Rahmenbedingungen von den Parteien unterschrieben retourniert.³⁹

24. Im März 2017 stellte das Sekretariat den Parteien das vorläufige Ermittlungsergebnis und den Entwurf der einvernehmlichen Regelung zu.⁴⁰ Das vorläufige Beweisergebnis äusserte sich zum sachlich und räumlich relevanten Markt und zu den kartellrechtlich relevanten Sachverhalten. Das Sekretariat erachtete zu diesem Zeitpunkt die Koordination der Listenpreise, den gemeinsamen Mengenrabatt, die Koordination der Liefergebiete, den Kies- und Betonbatzen sowie das gemeinsame Inkasso und Tragen von Debitorenverlusten vorläufig als erwiesen. Der geschilderte Sachverhalt beruhte auf den Angaben in den Parteieinvernahmen, den eingereichten Dokumenten und den sichergestellten Dokumenten.

25. In der Folge führte das Sekretariat am 10. April 2017 mit der Alluvia-Gruppe beziehungsweise am 26. April 2017 mit der Kästli-Gruppe die mündlichen Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung durch.⁴¹

26. Im Anschluss an die mündlichen Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung bestritten beide Parteien Sachverhaltsteile, die das Sekretariat in seinem vorläufigen Beweisergebnis dargestellt hatte und zu diesem Zeitpunkt als bewiesen erachtete.⁴² Da zentrale Elemente des Sachverhalts strittig blieben und ein Rechtsmittelverfahren mit Bezug auf die strittigen Punkte sicher schien, brach das Sekretariat die Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung im August 2017 ab und kündigte den Parteien an, das Verfahren in der Folge auf dem ordentlichen Weg weiterzuführen.⁴³ Die Kästli-Gruppe erhebt in diesem Zusammenhang Vorwürfe der Voreingenommenheit des Sekretariats. Darauf wird in den rechtlichen Erwägungen angemessen eingegangen (dazu hinten C.4.3, Rz 823 ff).

A.4.5 Selbstanzeigen

27. Nachdem das Sekretariat im Rahmen der mündlichen Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung die Möglichkeit einer Selbstanzeige erläutert hatte, machten die Parteien die nachfolgenden Eingaben. Die Eingaben und Kooperation der Verfahrensparteien werden im Rahmen der Sanktionsbemessung rechtlich gewürdigt und gebührend berücksichtigt (dazu hinten C.7.2.5.2, Rz 961 ff.). Das diesbezügliche Verfahren verlief wie folgt:

³⁵ Act. I.53-I.54

³⁶ Act. I.55-I.56

³⁷ Act. I.1-I.4

³⁸ Act. I.5-I.6

³⁹ Act. I.7-I.10

⁴⁰ Act. I.18.a; I.18.b; I.18.c und I.18.d

⁴¹ Act. I.18.b und I.18.d

⁴² Act. I.18.e und I.18.n

⁴³ Act. I.20 und I.23

Schriftliche Eingaben

28. Die Alluvia-Gruppe machte am 4. Mai 2017 eine Eingabe, welche sie als Selbstanzeige im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG einreichte.⁴⁴ Am 12. Mai 2017 machte die Kästli-Gruppe eine Eingabe, welche sie als Selbstanzeige im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG einreichte.⁴⁵

29. Mit Schreiben vom 9. Mai 2017⁴⁶ bzw. vom 17. Mai 2017⁴⁷ forderte das Sekretariat die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe auf, alle wesentlichen Beweismittel und Informationen zu den ihnen im vorläufigen Beweisergebnis mitgeteilten Vorwürfe einzureichen. Daraufhin reichte die Alluvia-Gruppe am 2. Juni 2017 eine schriftliche Ergänzung der Selbstanzeige ein.⁴⁸ Am 6. Juni 2017 reichte die Kästli-Gruppe eine schriftliche Ergänzung der Selbstanzeige vom 12. Mai 2017 ein.⁴⁹

30. Das Sekretariat teilte den Parteien seine Einschätzung zu den Eingaben der Alluvia-Gruppe vom 4. Mai 2017 und 2. Juni 2017 und zu den Eingaben der Kästli-Gruppe vom 12. Mai 2017 und 6. Juni 2017 mit und äusserte sich zum weiteren Vorgehen.⁵⁰ Da es nicht davon ausging, dass die Parteien eine vollumfänglich dem Merkblatt „Bonusregelung (Selbstanzeige)“ entsprechende Eingabe einreichen würden, schlug es den Parteien vor, entweder den ganzen oder einen Teil des Sachverhalts gemäss dem vorläufigen Beweisergebnis anzuerkennen und/oder eine umfassende, nicht relativierende Anzeige über einen oder mehrere kartellrechtlich relevante Sachverhalte einzureichen.

31. Mit Schreiben vom 19. Juli 2017 nahm die Alluvia-Gruppe das Analyseresultat des Sekretariats zur Kenntnis und vertrat den Standpunkt, dass die Selbstanzeige vom 4. Mai 2017 vollständig sei und die Alluvia-Gruppe mit dem Sekretariat jederzeit kooperiert habe.⁵¹ Die Kästli-Gruppe äusserte sich mit Schreiben vom 16. August 2017 zum Analyseresultat des Sekretariats und brachte zum Ausdruck, dass die Kästli-Gruppe mit den Eingaben vom 12. Mai 2017 und 6. Juni 2017 eine vollständige und rechtsgenügende Selbstanzeige eingereicht habe.⁵²

Mündliche Ergänzungen der Selbstanzeige

32. Auf Vorladung des Sekretariats erteilte [F._____] am 14. November 2017 mündliche Auskünfte für die Alluvia-Gruppe zu den Lieferscheindaten, der Preisbildung und den Marktverhältnissen. Die Befragung wurde vom Sekretariat vorläufig als mündliche Ergänzung der Selbstanzeige behandelt.⁵³ Mit Eingabe vom 29. November 2017 reichte die Alluvia-Gruppe Ergänzungen zum Befragungsprotokoll ein.⁵⁴

33. Auf Vorladung des Sekretariats gaben am 20. November 2017 folgende Personen seitens der Kästli-Gruppe dem Sekretariat Auskunft zum Kies- und Betonmarkt einschliesslich Transport:

⁴⁴ Act. VIII.A.1

⁴⁵ Act. VIII.B.1

⁴⁶ Act. VIII.A.4

⁴⁷ Act. VIII.B.3 und 4

⁴⁸ Act. VIII.A.11 und 12

⁴⁹ Act. VIII.B.7

⁵⁰ Act. VIII.A.16 (Alluvia); Act. VIII.B.18 (Kästli)

⁵¹ Act. VIII.A.17

⁵² Act. VIII.B.19

⁵³ Act. VIII.A.49

⁵⁴ Act. VIII.A.58

- [E. _____], [Mitarbeiter] der Kästli Bau AG, [Funktionsbezeichnung]⁵⁵
- [G. _____], [Organ] der Kästli Beteiligungen AG und der Kästli Bau AG, [Funktionsbezeichnung]⁵⁶.

34. Auch diese Fragen wurden vom Sekretariat vorläufig als mündliche Ergänzung der Selbstanzeige behandelt. Mit Eingabe vom 23. November 2017 reichte die Kästli-Gruppe Präzisierungen zu den protokollierten Aussagen von [G. _____] ein.⁵⁷

A.4.6 Datenlieferungen

Alluvia-Gruppe

35. Auf Aufforderung des Sekretariats überreichte die Alluvia-Gruppe den mit der Untersuchung befassten Sekretariatsmitarbeitenden am 1. Juni 2017 einen USB-Stick mit Lieferscheindaten der Betonwerke in Oberwangen, Bern-Betlehem, Worblaufen, Hindelbank und Berken sowie der Kieswerke in Oberwangen, Bern-Betlehem, Hindelbank und Mattstetten für die Jahre 2010 bis 2013.⁵⁸ Mit Schreiben vom 25. September 2017 stellte das Sekretariat der Alluvia-Gruppe einen Fragebogen zu den eingereichten Daten zu⁵⁹, welchen sie mit Eingaben vom 11. Oktober 2017⁶⁰ und 1. November 2017⁶¹ beantwortete. Zusätzlich zu den Antworten auf den Fragebogen reichte Alluvia am 1. November 2017 einen USB-Stick mit den Lieferscheindaten für die Jahre 2007 bis 2013 ein.⁶² Weiteren Auskunftsbegehren des Sekretariats bezüglich der Lieferscheindaten kam Alluvia mit Eingaben vom 6. November 2017⁶³ und 17. November 2017⁶⁴ nach.

Kästli-Gruppe

36. Auf Aufforderung des Sekretariats reichte die Kästli-Gruppe mit E-Mail vom 20. Juni 2017 Lieferscheindaten des Betonwerks in Rubigen für die Jahre 2011 bis 2013 ein.⁶⁷ Mit Schreiben vom 25. September 2017 stellte das Sekretariat der Kästli-Gruppe einen Fragebogen zu den eingereichten Daten zu⁶⁸, welcher sie mit Eingabe vom 23. Oktober 2017 beantwortete.⁶⁹ Zusätzlich zu den Antworten auf den Fragebogen reichte Kästli einen USB-Stick mit Lieferscheindaten des Betonwerks Rubigen für die Jahre 2007 bis 2010 ein.⁷⁰ Am 26. Oktober

⁵⁵ Act. VIII.B.46

⁵⁶ Act. VIII.B.45

⁵⁷ Act. VIII.B.51

⁵⁸ Act. VIII.A.10.a-k

⁵⁹ Act. VIII.A.28

⁶⁰ Act. VIII.A.29 und 30

⁶¹ Act. VIII.A.41.a

⁶² Act. VIII.A.41.b-h

⁶³ Act. VIII.A.43

⁶⁴ Act. VIII.A.50

⁶⁵ Act. VIII.A.54.a-f

⁶⁶ Act. I.97- Act. I.99

⁶⁷ Act. VIII.B.10.a-d

⁶⁸ Act. VIII.B.27

⁶⁹ Act. VIII.B.33.a

⁷⁰ Act. VIII.B.33.b-e

2017 stellte das Sekretariat Kästli Nachfragen zu den Antworten von Kästli auf den Fragebogen vom 25. September 2017⁷¹, welche Kästli innerhalb der bis am 10. November 2017 erstreckten Frist beantwortete.⁷² Mit Eingabe vom 2. November 2017 reichte Kästli auf einem USB-Stick die Lieferscheindaten des Kieswerks Rubigen für die 2007 bis 2013 ein.⁷³ Das Sekretariat stellte Kästli weitere Nachfragen zu den eingereichten Daten, welche Kästli per E-Mail am 23. November 2017⁷⁴ und am 29. November 2017⁷⁵ beantwortete.

Inhalt der Lieferscheindaten

37. In den Lieferscheindaten sind sämtliche Kies- und Betonlieferungen der KTB-Werke, die zwischen 2007 und 2013 ausgeliefert wurden, einzeln aufgeführt. Für diese Lieferungen sind insbesondere die folgenden Informationen separat pro Lieferung vorhanden:

- Brutto-Werkpreis (Listenpreis ohne Transport, nur Alluvia-Gruppe)⁷⁶
- Netto-Werkpreis (tatsächlich bezahlter Preis ohne Transport)
- Transportpreis
- Gelieferte Menge in Kubikmeter
- Baustellenadresse

38. Gemäss Auskunft der Parteien sind ähnliche Daten für den Zeitraum 2004–2006 nicht verfügbar. Die Transportpreise lassen sich aufgrund der eingereichten Daten nur für einen Teil der Lieferungen zuverlässig berechnen. Die Brutto-Werkpreise (Listenpreise) decken bei der Kästli-Gruppe nur den Zeitraum von 2010 bis 2013 ab und liegen auch da nur für die wichtigsten Produkte vor. Den Daten kann nicht entnommen werden, zu welchem Zeitpunkt die Preise der aufgeführten Lieferungen verhandelt wurden.

39. Die eingereichten Lieferscheindaten enthalten teilweise konzerninterne Lieferungen. Diese werden nicht immer zu Marktpreisen verbucht: Bei manchen konzerninternen Lieferungen enthalten die Lieferscheindaten Preise von null. Deshalb werden die konzerninternen Lieferungen bei sämtlichen Auswertungen der Lieferscheindaten entfernt.

40. Genauere Angaben zu den eingereichten Daten sind Akte VI.3, Kapitel B.1 und B.2, zu entnehmen. Im Folgenden wird bei Berechnungen, die anhand der von den Parteien eingereichten Lieferscheindaten vorgenommen wurden, als Quellenangabe «Lieferscheindaten» angegeben.

A.4.7 Gesuch um Erlass einer Zwischenverfügung

41. Mit Schreiben vom 14. November 2017 wies das Sekretariat die Kästli-Gruppe auf Ziffer 10 der Rahmenbedingungen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung (nachfolgend: Rahmenbedingungen) hin. Es vertrat den Standpunkt, die Kästli-Gruppe beziehe sich in ihren Eingaben auf den Inhalt der Verhandlungen der einvernehmlichen Regelung

⁷¹ Act. VIII.B.34 und 35

⁷² Act. VIII.B.40.a-o

⁷³ Act. VIII.B.36.a-h

⁷⁴ Act. VIII.B.49

⁷⁵ Act. VIII.B.53

⁷⁶ Vgl. Rz 141 und Abbildung 14 für Definitionen der verschiedenen Preise.

und verstosse damit gegen Ziffer 10 der Rahmenbedingungen. Es behalte sich vor, im Wiederholungsfalle den bernischen Anwaltsverband zu kontaktieren.⁷⁷

42. Am 23. November 2017 erwiderte die Kästli-Gruppe schriftlich, sie teile den Standpunkt des Sekretariats zu Ziffer 10 der Rahmenbedingungen nicht. Sie beantragte eine Aussprache zur Klärung des Inhalts von Ziffer 10 der Rahmenbedingungen unter Mitwirkung des Direktors des Sekretariats.⁷⁸ Mit Schreiben vom 6. Dezember 2017 erläuterte der Direktor des Sekretariats Ziffer 10 der Rahmenbedingungen und lehnte den Antrag ab.⁷⁹ Die Kästli-Gruppe beantragte am 15. Dezember 2017 schriftlich, das Sekretariat solle die Vorwürfe des Verstosses gegen Ziffer 10 der Rahmenbedingungen konkretisieren und die Auslegung von Ziffer 10 der Kästli-Gruppe bestätigen.⁸⁰ Das Sekretariat erläuterte seine Auffassung zur Auslegung von Ziffer 10 der Rahmenbedingungen mit Schreiben vom 18. Dezember 2017.⁸¹

43. Am 28. Dezember 2017 stellte die Kästli-Gruppe schriftlich einen Antrag auf Erlass einer Zwischenverfügung zu Ziffer 10 der Rahmenbedingungen.⁸² Das Sekretariat erwiderte am 15. Januar 2018 brieflich, die Wettbewerbsbehörden würden nach vorläufiger Einschätzung das Nichteintreten auf den Antrag unter Kostenfolgen verfügen. Es räumte der Kästli-Gruppe Frist ein, ihre Anträge zu präzisieren und klarzustellen, ob sie an ihrem Antrag festhalte.⁸³ Mit Schreiben vom 30. Januar 2018 hielt die Kästli-Gruppe an ihrem Antrag fest.⁸⁴ Sie wiederholte ihren Antrag mit Schreiben vom 9. Mai 2018.⁸⁵ Auf den Antrag wird nicht eingetreten (zu den rechtlichen Erwägungen vgl. hinten C.4.1, Rz 799 ff.).

A.4.8 Beweisanträge

44. Mit Schreiben vom 27. September 2017 beantragte die Kästli-Gruppe die Einvernahme einer Reihe von Personen als Zeugen.⁸⁶ Daraufhin lud das Sekretariat die Verfahrensparteien zur mündlichen Ergänzung ihrer Selbstanzeigen vor und führte zwei Zeugeneinvernahmen durch. Es vernahm am 14. November 2017 [F.____], [Mitarbeiter] der Alluvia-Gruppe⁸⁷ und am 20. November 2017 [G.____], [Funktionsbezeichnung] und [Organ] der Kästli Beteiligungen AG und der Kästli Bau AG.⁸⁸ Schliesslich befragte es am 27. November 2017 [H.____]⁸⁹, [Funktionsbezeichnung], Implenia Schweiz AG, und am 29. November 2017 [I.____]⁹⁰, [Mitarbeiter] (seit 1. Januar 2018 [Funktionsbezeichnung]) der Büchi AG, als Zeugen. Die Kästli-Gruppe wiederholte mit Schreiben vom 28. Dezember 2017 ihre Beweisanträge im Wesentlichen.⁹¹

45. Die Beweisanträge werden nach Abschluss der Untersuchungen abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann (dazu hinten, C.4.1, Rz 806 ff.).

⁷⁷ Act. VIII.B.43

⁷⁸ Act. VIII.B.52

⁷⁹ Act. I.62

⁸⁰ Act. I.64

⁸¹ Act. I.65

⁸² Act. I.66

⁸³ Act. I.69

⁸⁴ Act. I.80

⁸⁵ Act. I.100

⁸⁶ Act. I.40

⁸⁷ Act. VIII.A.49 (24-0113)

⁸⁸ Act. VIII.B.45 (24-0114)

⁸⁹ Act. III.2

⁹⁰ Act. III.3

⁹¹ Act. I.40

A.4.9 Akteneinsicht und Versand des Antrages gemäss Art. 30 Abs. 2 KG

46. Am 22. August 2017⁹² und am 25. Januar 2018⁹³ gewährte das Sekretariat den Parteien Einsicht in die Akten des getrennten Verfahrens 22-0477: KTB-Werke. Die vorbereinigten Selbstanzeigeakten stellte das Sekretariat den Parteien am 22. August 2017⁹⁴, 14. November 2017⁹⁵ und 21. Dezember 2017⁹⁶ zu und forderte sie auf, sich zur Geschäftsgeheimnisbereinigung zu äussern. Ab November 2017 konnten die Parteien fortlaufend Einsicht in die eigentlichen Selbstanzeigen vor Ort in den Räumlichkeiten des Sekretariats nehmen. Die Alluvia-Gruppe nahm diese Möglichkeit am 6. Dezember 2017⁹⁷ und die Kästli-Gruppe am 9. Januar 2018⁹⁸ wahr.

47. Am 24. Mai 2018 sandte das Sekretariat den Parteien die Akten erneut zur Einsicht⁹⁹ und gab ihnen erneut Gelegenheit, Einsicht in die zu diesem Verfahrenszeitpunkt als Selbstanzeigeakten behandelten Aktenstücke zu nehmen. Die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe machten am 2. Juli 2018¹⁰⁰ bzw. am 10. Juli 2018¹⁰¹ von ihrem Einsichtsrecht Gebrauch.

48. Am 6. Juli 2018 stellte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag an die Kommission unter Aufforderung zur Stellungnahme innert Frist zu. Zugleich räumte es den Parteien die Möglichkeit ein, Einsicht in die für die Berechnung des Sekretariats verwendeten Daten zu nehmen.¹⁰²

49. Die Kästli-Gruppe nahm am 13. August 2018 vertreten durch ihren Rechtsvertreter und die Polynomcis AG Einblick in die elektronischen Daten. Auch der Rechtsvertreter der Alluvia-Gruppe nahm an der Akteneinsicht teil.¹⁰³ Die Kästli-Gruppe und die Alluvia-Gruppe unterzeichneten vorab eine Bestätigung, wonach sie mit der Regelung zur Einsicht in die vor Ort einsehbaren Daten der Untersuchung 22-0477: KTB-Werke einverstanden waren.¹⁰⁴

50. Die Stellungnahmen der Kästli-Gruppe und der Alluvia-Gruppe gingen am 12. Oktober 2018 nach einmaliger Fristerstreckung fristgerecht beim Sekretariat ein.¹⁰⁵ Mit Schreiben vom 28. November 2018 versandte das Sekretariat die Verfahrensakten den Parteien erneut zur Einsicht.¹⁰⁶

51. Im Anschluss an den Aktenversand beantragte die Kästli-Gruppe die Ausscheidung des Berichts der Polynomics AG aus den Akten.¹⁰⁷ Die WEKO lehnt den Antrag ab (dazu hinten C.4.4, Rz 826 f.)

⁹² Act. I.24-I.29

⁹³ Act. I.72-I.77

⁹⁴ Act. VIII.A.24-VIII.A.26 und Act.VIII.B.20-VIII.B.22

⁹⁵ Act. VIII.A.46-VIII.A.48 und Act.VIII.B.41-VIII.B.43

⁹⁶ Act. VIII.A.64-VIII.A.66 und Act.VIII.B.55-VIII.B.57

⁹⁷ Act. I.59-I.60

⁹⁸ Act. I.67-I.68

⁹⁹ Act. I.105 und I.106

¹⁰⁰ Act. I.112

¹⁰¹ Act. I.115

¹⁰² Act. VI.1 und VI.2

¹⁰³ Act. I.125

¹⁰⁴ Act. I. 124 und I.126

¹⁰⁵ Act. VI.29 und VI.30

¹⁰⁶ Act. VII.24 und VII.25

¹⁰⁷ Act. VI.19

A.4.10 Entscheidungsprozess vor der Wettbewerbskommission

52. Nach Eingang der Stellungnahmen der Parteien am 12. Oktober 2018¹⁰⁸ überwies das Sekretariat die Stellungnahmen an die Wettbewerbskommission (nachfolgend WEKO). Am 12. November 2016 entschied die WEKO auf den Antrag des Sekretariats vom 5. Juli 2018 einzutreten. Am 26. November 2018 hörte die WEKO sowohl die Kästli-Gruppe als auch die Alluvia-Gruppe an.¹⁰⁹ Nach der Debatte vom 10. Dezember 2018 erliess sie die vorliegende Verfügung.

B Sachverhalt

B.1 Überblick

53. Die Sachverhaltsdarstellung ist folgendermassen aufgebaut. Nach den Vorbemerkungen zu den Grundlagen der Beweisführung (B.2, Rz 54 ff.) werden die Marktverhältnisse der Kies- und Betonbranche im Raum Bern untersucht (B.4, Rz 62 ff.). Im Anschluss daran werden die wettbewerbsrechtlich relevanten Verhaltensweisen dargestellt (B.4.5, Rz 165 ff.).

B.2 Vorbemerkungen zum Beweis

54. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)¹¹⁰ 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 BZP)¹¹¹.

55. Der Beweis einer Tatsache ist im Allgemeinen erbracht, wenn die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von deren Verwirklichung überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht ohne Zweifel festzustehen, hingegen müssen allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.¹¹² 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.¹¹³ Für den Beweis 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.¹¹⁴ Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt gemäss Rechtsprechung insbesondere bei Sachverhalten zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung.¹¹⁵

¹⁰⁸ Act. VI.29 und VI.30

¹⁰⁹ Act. VII.19

¹¹⁰ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021)

¹¹¹ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273)

¹¹² Urteil des BGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, E. 6.4.4.1, *Cellere/WEKO*; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2 f., *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.2 f., *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; vgl. auch etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.03.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

¹¹³ Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a

¹¹⁴ BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.2 (= RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.7, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.7, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; je mit weiteren Hinweisen.

¹¹⁵ BGE 139 I 72 E. 8.3.2; Urteil des BGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, E. 6.4.4.3 und E.6.4.4.4, *Cellere/WEKO*

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

B.3 Grundsätzliche Bemerkungen zu den Parteistellungen

B.3.1 Umfang der Anhörung der Parteien

57. Das Recht auf vorgängige schriftliche Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats und die zusätzliche Anhörung durch die Wettbewerbskommission gemäss Art. 30 Abs. 2 KG geht über die Gehörs Garantien von Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 29 VwVG und Art. 30 VwVG hinaus.¹¹⁶

58. Das Recht auf vorgängige Anhörung erlaubt es den Parteien primär, sich zum rechtserheblichen Sachverhalt zu äussern.¹¹⁷ Hingegen haben die Parteien gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung weder basierend auf Art. 29 VwVG noch aus den verfassungsrechtlichen Minimalgarantien von Art. 29 Abs. 2 BV einen allgemeinen Anspruch auf vorgängige Anhörung zu Fragen der Rechtsanwendung.¹¹⁸ Ein Anhörungsrecht zu Rechtsfragen besteht ausnahmsweise, wenn der Betroffene vor überraschender Rechtsanwendung zu schützen ist¹¹⁹, wenn sich die Rechtslage geändert hat oder ein ungewöhnlich grosser Ermessensspielraum besteht.¹²⁰ Ausnahmsweise kann jedoch selbst von der Anhörung zu einer veränderten rechtlichen Würdigung abgesehen werden, wenn die veränderte rechtliche Würdigung überhaupt keine Auswirkung auf die Verteidigungsrechte haben konnte.¹²¹

59. Das Sekretariat brachte den Parteien den aus seiner Sicht erstellten Sachverhalt mit der Versendung des Antrags am 6. Juli 2018 vollumfänglich zur Kenntnis. Die Parteien hatten bis zum 10. Oktober 2018 Zeit, eine Stellungnahme zu erarbeiten und einzureichen. Ferner erhielten sie die Möglichkeit, ihren Standpunkt mündlich vor der WEKO vorzutragen. Der Sachverhalt hat sich seither nicht geändert. Die WEKO fällt ihre Entscheidung gestützt auf den im Antrag genannten Sachverhalt, den vorliegenden Beweismitteln und den Parteivorbringen zum Sachverhalt. Die rechtliche Würdigung des Sachverhaltes durch die WEKO stimmt mit derjenigen des Antrags des Sekretariats vom Juli 2018 überein und umfasst die in der

¹¹⁶ BGE 129 II 497, 505 E. 2.2.; BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2016, Art. 30 VwVG N 13.

¹¹⁷ Urteil des BGer 2A.492/2002 vom 17.06.2003, RPW 2003/3, 699 f., E. 3.2.3, *Elektra Baselland Liestal (EBL)/Watt Suisse u.a.*; Urteil des BVGer d-6374/2006 vom 11. Februar 2008, E. 3.3, *Z1 et al./BFM*.

¹¹⁸ BGE 132 II 485, 494 E. 3.2; BGE 127 I 54, 56, E. 2b; BGE 114 Ia 97, 99 E. 2. a); WALDMANN/BICKEL (Fn 116), in: Praxiskommentar VwVG, Art. 30 N 20; PATRICK SUTTER, in: Kommentar zum Bundesgesetz zum Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler, 2008, Art. 29 N 12; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2013, 187, N 530.

¹¹⁹ BGE 126 I 19 ff., insbes. 24 f. E. 2 e und f: In einem Strafverfahren hatte das beurteilende Obergericht eine von der Anklageschrift abweichende rechtliche Beurteilung und Würdigung vorgenommen. Konkret hatte es einen Angeklagten wegen unangemessener Geschwindigkeit verurteilt, obwohl der Staatsanwalt ihm dies in der Anklageschrift nicht zur Last gelegt hat. Unter diesen Umständen nahm das Bundesgericht eine Gehörsverletzung an, weil der Angeklagte nicht mit der Verurteilung wegen unangemessener Geschwindigkeit rechnen musste und die unterlassene Anhörung zu der verschiedenen rechtlichen Wirkung eine Auswirkung auf die Verteidigungsrechte hatte. Der Angeklagte hätte namentlich zusätzliche Argumente zum Sachverhalt anbringen können, die die rechtliche Würdigung des Obergerichts in Frage gestellt hätten. BGE 116 V 182, 185 E. 1a; BGE 115 IA 94, 96 E. 1b; WALDMANN/BICKEL (Fn 116), in: Praxiskommentar VwVG, Art. 30 N 20; SUTTER (Fn 118), in: Kommentar VwVG, Art. 29 N 12 und Art. 30 N 1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn 118), Verwaltungsverfahren, 187, N 530.

¹²⁰ Vgl. bereits Urteil des BGer 2A.492/2002 vom 17.06.2003, RPW 2003/3, 699 f., E. 3.2.3, *Elektra Baselland Liestal (EBL)/Watt Suisse u.a.*; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014, E. 3.1.6, *Paul Koch AG/WEKO*, wo das Bundesverwaltungsgericht festhielt, dass die abweichende rechtliche Würdigung einer Tatsache nicht die Frage des rechtlichen Gehörs beschlage, sondern eine materielle rechtliche Frage sei; vgl. auch Urteil des BVGer B 8404/2010 vom 23. September 2014, E. 3.1., *SFS/Unimarket AG/WEKO*.

¹²¹ BGE 126 I 19, 24 E. 2 d) bb)

Untersuchungseröffnung angekündigten Normen. Die Rechtsanwendung im vorliegenden Fall ist also nicht überraschend. Die Anwendung der hier einschlägigen Normen bringt keinen ungewöhnlichen Ermessensspielraum mit sich.

60. Aus diesen Gründen liegt es im Ermessen der WEKO, ob und inwieweit sie abweichende Rechtsauffassungen der Parteien beachtet. Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird dadurch jedenfalls nicht verletzt.

B.3.2 Begründungspflicht

61. Gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG sind Verfügungen zu begründen. Eine Begründung ist so abzufassen, dass die Betroffenen die wesentlichen Argumente der Behörde kennen und die Verfügung in voller Kenntnis der Sache anfechten können. Es sind mindestens kurz die Überlegungen zu nennen, die für die Behörde entscheidend waren.¹²² Dabei ist es gemäss Bundesgericht nicht erforderlich, dass sich die Behörde mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken.¹²³

B.4 Marktverhältnisse in der Kies- und Betonbranche im Raum Bern

B.4.1 Beweisthema

62. Zur Beurteilung der wettbewerbsrechtlich relevanten Ereignisse und ihrer Auswirkungen sind das Wettbewerbsumfeld und dessen Funktionsweisen zu analysieren. Ausgangspunkt der Betrachtungen ist der Untersuchungsgegenstand. Aus diesem Grund werden vorliegend als Erstes die relevanten Produkte (B.4.3, Rz 64 ff.) dargelegt. Anschliessend wird der Markt (Nachfrageseite, nachgefragte Produkte, Liefergebiet und die Anbieter, Markteintrittsschranken und Preisbildung) analysiert (B.4.4, 86 ff.). Insgesamt wird auch die Marktstellung der Parteien näher betrachtet (Marktanteile der Parteien und Marktkonzentration, Symmetrien, Marktwachstum, Markttransparenz, Multimarktbeziehungen, Stellung der Marktgegenseite, Potenzielle Konkurrenz).

B.4.2 Vorbemerkung zu den Beweismitteln, der Beweiswürdigung und dem Beweisergebnis

63. Die vorliegende Analyse stützt sich auf Aussagen der Parteien und Zeugen in Einvernahmen, schriftliche Stellungnahmen, Auskunftsbegehren, Untersuchungen von ausländischen Behörden und die Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden in anderen Fällen. Da der hier wiedergegebene Sachverhalt weitgehend unbestritten ist, kann das Beweisergebnis unter Hinweis auf die Quellen ohne nähere Beweiswürdigung dargestellt werden. Im Anschluss an die Beschreibung der betroffenen Produkte und des Marktes werden die Beweisergebnisse noch einmal zusammengefasst (dazu hinten Rz B.4.5, Rz 162 ff.).

B.4.3 Beschreibung der betroffenen Produkte

64. Gegenstand dieser Untersuchung ist die mögliche Koordination der an der KTB AG beteiligten Unternehmen mit Bezug auf Kies- und Transportbetonprodukte einschliesslich

¹²² BGE 136 I 229, 236 E. 5.2; BGE 134 I 83, 88, E. 4.1; BGE 129 I 232, 236 E. 3.2; FELIX UHLMANN/ALEXANDER SCHWANK, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 35 N 3, 17; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn 118), Verwaltungsverfahren, 218, N 630.

¹²³ BGE 136 I 229, 236 E. 5.2; BGE 134 I 83, 88, E. 4.1; REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATTHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2015, 66 N 244, FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHILLING-SCHWANK, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2016 Art. 35 N 17; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn 118), Verwaltungsverfahren, 218, N 630.

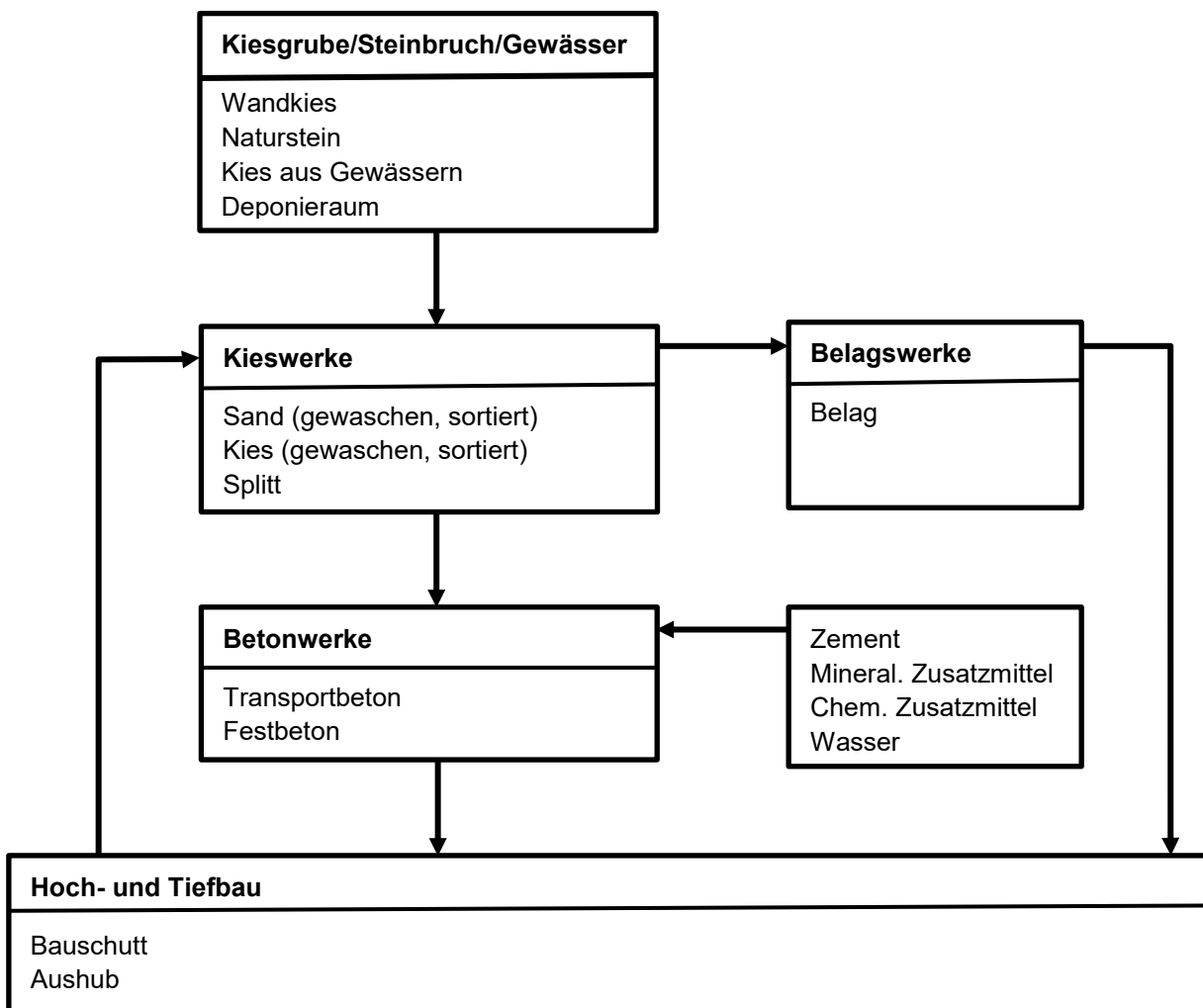
Transport im Untersuchungszeitraum von 2004 bis 2013. Die nachfolgende Beschreibung bezieht sich auf diese Produkte.

B.4.3.1 Abbau von Gesteinskörnungen

65. Der wichtigste Rohstoff zur Produktion von Transportbeton ist Kies. Dieser wird aus Gruben, aus Gewässern sowie in Steinbrüchen abgebaut, bevor er in Kieswerken aufbereitet und an Betonwerke und andere Abnehmer verkauft wird. Diese Wertschöpfungskette ist in Abbildung 3 dargestellt.

66. Im Kanton Bern kommt dem aus Gruben abgebauten Kies die grösste Bedeutung zu. Da dieser Kies von den Grubenwänden stammt, wird er Wandkies genannt. Zusätzlich werden Bauschutt und Aushub wiederaufbereitet und für ähnliche Verwendungen eingesetzt. Während die aus natürlichen Kiesvorkommen hergestellten Kiessorten als Primär-Gesteinskörnungen bezeichnet werden, handelt es sich bei den aus Recycling gewonnenen Stoffen um Sekundär-Gesteinskörnungen.

Abbildung 3: Wertschöpfungskette



Quelle: Eigene Darstellung

67. Die Anteile der verschiedenen Gewinnungsarten an der Gesamtproduktion im Kanton Bern sind in Tabelle 1 dargestellt. Diese Zahlen werden jährlich vom Kanton Bern erhoben,¹²⁴ der den Anteil der Recycling-Baustoffe nicht erfasst. Gemäss Angaben des Kantonalen Kies und Betonverbands Bern (KSE Bern) liegt ihr Anteil am gesamten Kiesmaterialverbrauch im

¹²⁴ Act. IV.11 (22-0440), Antworten auf Frage 1 (Controlling-Daten). Per Auskunftsbegehren erfragte das Sekretariat beim Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern verschiedene Auskünfte zur Baustoff- und Deponiebranche im Kanton Bern. Das AGR reichte daraufhin unter anderem ihre Controlling-Daten ein, welche das gesamte Abbau- und Ablagerungsvolumen im Kanton Bern im Zeitraum 2001–2015 (mit Ausnahme des Jahres 2011) abbilden sollen (Act. VI.3, VI.5.a-d, VI.8, VI.9, VI.10, VI.11.a-g, 22-0440). Nach Analyse der Controlling-Daten und nach Rücksprache mit dem AGR und dem Amt für Umwelt und Abfall (AWA) zeigte sich, dass diese Controlling-Daten – trotz Überprüfung und Neuaufbereitung – mit Ungenauigkeiten behaftet sind. Dies kann zum einen daran liegen, dass die jährlich durchgeführte Datenerhebung auf freiwilligen Angaben der Unternehmen basiert und daher gegebenenfalls lückenhaft ist (bspw. kann ein Leereintrag bedeuten, dass kein Abbau erfolgte oder aber, dass das Unternehmen die Angaben nicht geliefert hat). Zum anderen können Abweichungen in den Volumenangaben aufgrund unterschiedlicher Umrechnungsfaktoren (Kubik in Tonne oder Volumen lose und fest) entstehen (Act. VI.15–18 und VI.11 und VI.14, 22-0440). Bei der Auswertung der Controlling-Daten können daher Abweichungen nach oben oder unten nicht ausgeschlossen werden. Dennoch sollten die Daten die Grössenverhältnisse der Abbau- und Ablagerungsvolumen im Kanton Bern und insbesondere in den vorliegend betroffenen Gebieten hinreichend abbilden können.

Kanton Bern heute bei ca. 20 %.¹²⁵ Der [Mitarbeiter] der Alluvia-Gruppe [F._____] schätzte den Marktanteil der Sekundär-Körnungen im Liefergebiet der Alluvia-Gruppe heute auf ca. 10 %.¹²⁶ Im Untersuchungszeitraum 2004–2013 dürfte dieser Anteil noch etwas geringer ausgefallen sein.¹²⁷

68. Im für die vorliegende Untersuchung relevanten gemeinsamen Liefergebiet der Parteien wird praktisch nur Wandkies abgebaut. Die beim Kiesabbau entstehenden Kosten können dabei je nach Bodenbeschaffenheit variieren.¹²⁸ Da der Transport von Kies im Verhältnis zum Kiespreis sehr teuer ist,¹²⁹ werden nur sehr geringe Mengen aus anderen Kantonen eingeführt.¹³⁰

Tabelle 1: Gewinnungsarten Gesteinskörnungen im Kanton Bern 2001–2015

Gewinnungsart	Abgebaute Menge (Mio. m ³)	Anteil an der Gesamtmenge
Kies ab Wand	2.77	79 %
Fels ab Bruch	0.67	17 %
Kies aus Gewässer	0.13	4 %
Total	3.56	100 %

Quelle: Akte VI.11, 22-0440, Antworten auf Frage 1

B.4.3.2 Kiesaufbereitung

69. Wandkies wird in geringem Ausmass ohne weitere Verarbeitung im Strassenbau und im Gartenbau verwendet. Der überwiegende Anteil muss aber in einem Kieswerk aufbereitet werden, bevor er industriell eingesetzt werden kann. Um die Transportkosten zu minimieren, sind Kieswerke in der Regel direkt neben den Abbaustätten angesiedelt.

70. Die Aufbereitung beginnt zumeist mit dem Waschen, um das Gemisch von abschlämmbaren Bestandteilen, wie Lehm und Ton, und von verunreinigenden Beimengungen wie Holz, Kaolin, Kohle, Metall usw. zu befreien. Danach wird es nach Korngrösse sortiert. Korngrössen bis zu 2 mm Durchmesser werden als Sand bezeichnet. Dieser fällt wie die grösseren Körnungen unter den Oberbegriff «Kies». Grosse Körner (in der Regel ab 60 mm Durchmesser) werden oft mit Brechern zerkleinert und zu Splitt oder Brechsand verarbeitet. Je nach Verwendungszweck werden die verschiedenen Korngrössen nach vorgegebenen Rezepten neu gemischt bevor sie zum Beispiel zur Produktion von Beton eingesetzt werden.

71. Da Wandkies in der Regel ziemlich homogen ist und die Verarbeitungsprozesse standardisiert sind,¹³¹ sind die Kosten der Aufbereitung von Wandkies bei allen Werken ähnlich.¹³² Im Vergleich zu Wandkies ist die Aufbereitung von Fels ab Bruch oder aus Recycling-Material

¹²⁵ Siehe <http://www.ksebern.ch/de/kies_und_beton/baustoffrecycling> (4.5.2018)

¹²⁶ Act. VIII.A.49, Rz 352

¹²⁷ Vgl. Act. II.B.X.178-II.B.X.180; Act. II.B.X.253; Act. II.B.X.255; Act. II.B.X.278; Act. II.B.X.305; Act. II.B.X.340; Act. II.B.X.362; Act. II.B.X.405

¹²⁸ Act. VIII.A.49, Rz 303–306: Die Abbaukosten sind in Oberwangen höher als bei den anderen Kiesgruben der Alluvia-Gruppe.

¹²⁹ Nähere Ausführungen dazu in Rz 85.

¹³⁰ Angaben des AGR des Kantons Bern, Antwort auf Frage 7 des Fragebogens (Act. VI.5.a 22-0440).

¹³¹ Act. VI.5.a, Antwort auf Frage 15 (22-0440)

¹³² Gemäss Angaben der Alluvia-Gruppe sind die Kosten der Kiesaufbereitung bei allen Werken der Alluvia-Gruppe ähnlich. Act. VIII.A.49, Rz 307–310.

in der Regel aufwändiger.¹³³ Das Mahlen von Naturstein oder Recycling-Material ist mit Kosten verbunden. Zusätzlich dazu müssen bei der Herstellung von Sekundär-Gesteinskörnungen oft zusätzlich Schadstoffe entfernt werden.

B.4.3.3 Verwendung von aufbereitetem Kies

72. Der Kantonale Kies und Betonverband Bern (KSE) erfasst Daten zur Verwendung der im Kanton Bern aus Wandkies und Recyclingmaterialien hergestellten Produkte. In einer Auftragsstudie aus dem Jahr 2015 werden die folgenden Zahlen angegeben: „Nach Schätzung des KSE werden im Kanton Bern rund 40 % der Produkte aus Wandkies und Recyclingmaterialien zu Beton verarbeitet, rund 10 % gehen in die Strassenbelagsproduktion und 50 % in den Direkt- oder Einzelverkauf.“¹³⁴ Es gibt keine begründeten Zweifel an der Richtigkeit dieser ungefähren Angaben.

B.4.3.4 Deponie

73. Die Betreiber von Kiesgruben verkaufen nicht nur Wandkies. Ein weiteres Produkt besteht in der Entgegennahme von Deponiematerial zur Wiederauffüllung der Gruben. Dazu wird oft unverschmutzter Aushub eingesetzt. Auch sind in Kiesgruben Inertstoffdeponien angesiedelt. Beide Parteien betreiben zwar Deponien, dieses Produkt ist aber nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

B.4.3.5 Beton

74. Betonwerke sind die wichtigsten Abnehmer von Kiesprodukten. Rund 80–85 % des Gewichts von Beton entfällt auf die Körnung.¹³⁵ Deshalb sind viele Betonwerke in unmittelbarer Nähe eines Kieswerks angesiedelt. Nach der Gesteinskörnung hat der als Bindemittel eingesetzte Zement mit 13 % den höchsten Anteil am Gesamtgewicht. In Bezug auf den Einkaufspreis ist Zement sogar der bedeutendste Ausgangsstoff.¹³⁶ Die Gesteinskörnung wird zur Herstellung von Beton mit Zement und Wasser vermischt. Daneben werden mineralische Stoffe wie z.B. Silikatstaub zur Verbesserung verschiedener Eigenschaften beigegeben. Auch mit chemischen Zusatzstoffen können die Eigenschaften des Betons günstig beeinflusst werden.

75. Beton wird sowohl im Hoch- als auch im Tiefbau vielseitig eingesetzt. Je nach Verwendungszweck ergeben sich verschiedene Anforderungen an die Eigenschaften des Betons. Diese Eigenschaften werden in der Norm SN EN 260-1 einschliesslich der zur Überprüfung vorgesehenen Methoden definiert. Wenn ein Kunde in der Schweiz Beton kauft, wird in der Regel vereinbart, welche Eigenschaften nach Norm SN EN 260-1 der Beton zu erfüllen hat. Zum Beispiel unterscheiden sich verschiedene Betonsorten in Bezug auf ihre Druckfestigkeit oder ihre Anfälligkeit auf verschiedene Arten von Korrosion. Ein im Meer stehender Brückenpfeiler wird zum Beispiel aus einer anderen Betonsorte hergestellt als die Innenwand eines Wohngebäudes. Die Norm SN EN 260-1 gilt nicht für manche Spezialbetonsorten wie zum Beispiel für feuerfesten Beton.

¹³³ Act. VI.5.a, Antwort auf Frage 15 (22-0440)

¹³⁴ MARKUS SAURER, Studie zu den Markt- und Wettbewerbsverhältnissen in der Berner Kies- und Deponiebranche, 2015, 27.

¹³⁵ Für die nachfolgenden Ausführungen siehe BUNDESKARTELLAMT, Sektoruntersuchung Zement und Transportbeton, 2017, Rz 77. Übereinstimmende Angaben sind der Webseite der BetonSuisse zu entnehmen, <<http://www.betonsuisse.ch/Wissen/Betonwissen/Produktion-und-Verwendung/Was-es-zur-Betonherstellung-braucht/>> (4.5.2018).

¹³⁶ BUNDESKARTELLAMT, Sektoruntersuchung Zement und Transportbeton, 2017, Rz 64, 77

76. Die Eigenschaften des Betons beeinflussen nicht nur den möglichen Verwendungszweck. Sie sind auch dafür ausschlaggebend, auf welche Art und Weise der Beton eingebracht werden kann. Beton wird oft mittels Kran und Kübel in die Schalung eingefüllt, häufig wird er auch gepumpt. Andere Anwendungsarten sind ebenfalls möglich. Im Tunnelbau wird Beton zum Beispiel manchmal direkt als Spritzbeton auf den Felsen aufgebracht.

77. Beton erhärtet innerhalb weniger Stunden nach der Herstellung. Deshalb sollte er spätestens 90 Minuten nach dem ersten Kontakt mit Wasser eingebracht sein.¹³⁷ Wegen dieser Eigenschaft ist es sinnvoll, 3 verschiedene Betonarten nach Herstellungsort und Zustand während des Transports zur Baustelle zu unterscheiden:

Tabelle 2: Definitionen Betonarten

1. **Transportbeton** – auch **Frischbeton** genannt – wird ausserhalb der Baustelle hergestellt und in flüssigem Zustand zur Baustelle gebracht.
2. **Festbeton** wird ausserhalb der Baustelle hergestellt und in bereits festem Zustand zur Baustelle gebracht.
3. **Baustellenbeton** wird direkt auf der Baustelle hergestellt.

78. Im Zentrum der vorliegenden Untersuchung steht Transportbeton. Dieser wird von beiden Parteien angeboten. Festbeton wird hingegen nur von der Alluvia-Gruppe und [...]. Baustellenbeton wird nicht von den Betonwerken, sondern von den Bauunternehmungen direkt vor Ort produziert. Dazu muss auf der Baustelle eine mobile Mischanlage aufgebaut und betrieben werden. Im Raum Bern werden solche Baustellenanlagen kaum eingesetzt.¹³⁸ Trotzdem werden die Einsatzmöglichkeiten von Baustellenanlagen sowie ihr Einfluss auf den Markt für Transportbeton in Rz 95 ff. näher diskutiert.

B.4.3.6 Mörtel

79. Die gleichen Mischanlagen, die zur Herstellung von Beton verwendet werden, können auch zur Produktion von Mörtel eingesetzt werden.¹³⁹ Mörtel wird aus den gleichen Rohstoffen wie Beton hergestellt. Im Vergleich zu Beton werden aber Gesteinskörnungen mit kleinerem Durchmesser beigemischt.

80. Grundsätzlich gibt es zwei verschiedene Arten von Mörtel: Nass- und Trockenmörtel. Trockenmörtel wird erst auf der Baustelle mit Wasser vermischt. Dadurch ist er zeitlich lange haltbar und kann flexibel eingesetzt werden. Trotzdem kommt stattdessen oft Nassmörtel zum Einsatz. Da dieser bereits fertig gemischt zur Baustelle gebracht wird, sind die Gesamtkosten im Vergleich zu Trockenmörtel tiefer.¹⁴⁰ Nassmörtel kann je nach Beigabe von Chemikalien während einem bis drei Tagen verarbeitet werden.¹⁴¹ Der von der Alluvia-Gruppe hergestellte Presyn Mörtel ist zwei Tage lang haltbar. Wegen der längeren Haltbarkeit kann Mörtel über weitere Distanzen transportiert werden als Frischbeton.¹⁴² Mörtel wird vor allem zur Verbindung von Mauersteinen sowie als Überzug eingesetzt.¹⁴³

¹³⁷ BUNDESKARTELLAMT, Sektoruntersuchung Zement und Transportbeton, 2017, Rz 64, 74

¹³⁸ So zum Beispiel [F. _____] (Act. VIII.B.49, Rz 401–407)

¹³⁹ Aussage [E. _____] (Act. VIII.B.46, Rz 260–262)

¹⁴⁰ Aussage [I. _____] (Act. III.3, Rz 333–342)

¹⁴¹ Aussage [I. _____] (Act. III.3, Rz 333–337)

¹⁴² Aussage [F. _____] (Act. VIII.B.49, Rz 510–515)

¹⁴³ Aussage [H. _____] (Act. III.2, Rz 271–274)

81. Nur die Alluvia-Gruppe ist in der Produktion und dem Vertrieb von Mörtel tätig. Der Anteil von Mörtel am Umsatz der Parteien ist im Vergleich zu Beton gering. In Tabelle 3 sind die mit den drei Produktkategorien Mörtel, Kies und Beton durch die der KTB AG angeschlossenen Werke 2007–2013 erzielten Umsatzanteile dargestellt. Transportkosten und konzerninterne Lieferungen werden dabei nicht berücksichtigt.¹⁴⁴

82. Die Kästli-Gruppe bietet keinen Mörtel an. [...].¹⁴⁵

83. Da Mörtel für andere Zwecke eingesetzt wird als Beton oder Kies und deshalb aus Sicht der Nachfrageseite kein Substitut für Beton oder Kies darstellt und da nur eine der beiden Parteien Mörtel verkauft, ist dieser für die vorliegende Untersuchung nicht relevant und wird im Folgenden nicht weiter diskutiert.

Tabelle 3: Umsatzanteile KTB-Werke 2007–2013

Produkt	Umsatz 2007–2013	Umsatzanteil
Kästli-Gruppe (Kies- und Betonwerke in Rubigen)		
Kies	[5-15] Mio. Fr.	[5-15] %
Beton	[75-100] Mio. Fr.	[80-100] %
Alluvia-Gruppe (ohne Werke in Berken und Tafers)		
Mörtel	[10-20] Mio. Fr.	[3-10] %
Kies	[10-20] Mio. Fr.	[3-10] %
Beton	[200-300] Mio. Fr.	[80-94] %

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

B.4.3.7 Transport

84. Die meisten Kies- und Betonwerke verfügen über eine Transportflotte, mit welcher sie ihre Produkte zum Abnehmer (vorwiegend Baustellen) bringen können. Während Kies in der Regel mitkipperfahrzeugen ausgeliefert wird, wird Transportbeton mit Fahrmischern befördert. Sowohl die Alluvia- als auch die Kästli-Gruppe liefern etwa zwei Drittel bis drei Viertel des von ihnen produzierten Betons und Kieses mit firmeneigenen Fahrzeugen aus.¹⁴⁶ Für den Transport der restlichen Beton- und Kieslieferungen engagieren die Kies- und Betonwerke überwiegend Drittfirmen. Diese Transportunternehmen springen dann ein, wenn die Werke so hoch ausgelastet sind, dass die eigene Transportflotte nicht den gesamten Ausstoss transportieren kann. Hingegen kommt es nur selten vor, dass der Kunde Beton oder Kies selber abholt.¹⁴⁷

85. Sowohl bei Kies als auch bei Transportbeton kostet der Transport im Vergleich zur Herstellung relativ viel. In Tabelle 4 sind die Anteile der Transportpreise am Gesamtpreis separat nach Werk der Parteien und separat für Kies und Beton aufgeführt. Je nach Sorte und je nach Transportdistanz fällt der Anteil der Transportkosten unterschiedlich hoch aus. Da sich die durchschnittlichen Transportdistanzen zwischen den Werken teilweise unterscheiden, gibt es auch in Bezug auf den Anteil des Transports am Gesamtpreis Unterschiede. Während der

¹⁴⁴ Dadurch wird die Bedeutung der Kieslieferungen unterschätzt, da der Anteil der konzerninternen Lieferungen bei Kies höher ist als bei Beton. Die relative Bedeutung von Mörtel und Beton ist davon nicht betroffen. Ausserdem liegen für konzerninterne Lieferungen teilweise keine Marktpreise vor.

¹⁴⁵ Aussage [E._____] (Act. III.B.46, Rz 249–251)

¹⁴⁶ Aussagen von [F._____] (Act. VIII.B.49, Rz 448–454), [E._____] (Act. VIII.B.46, Rz 357–358) und [G._____] (Act. VIII.B.46, Rz 184–185)

¹⁴⁷ Aussagen [F._____] (Act. VIII.A.49, Rz 455–462), [E._____] (Act. VIII.B.46, Rz 362–363) sowie [G._____] (Act. VIII.B.45, Rz 180–187)

Transport beim Beton für rund 15 % des Gesamtpreises verantwortlich ist, ist dieser Anteil beim Kies rund doppelt so hoch.

Tabelle 4: Anteil Transport am Gesamtpreis für Beton und Kies, 2007–2013

Produkt	Werk	Anteil Transport am Gesamtpreis (%)
Beton	Berken	[10-20] %
	Betlehem	[10-20] %
	Hindelbank	[10-20] %
	Oberwangen	[10-20] %
	Rubigen	[10-20] %
	Worblaufen	[10-20] %
Kies	Berken	[20-35] %
	Betlehem	[20-35] %
	Hindelbank	[20-35] %
	Mattstetten	[20-35] %
	Oberwangen	[20-35] %
	Rubigen	[20-30] %

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)¹⁴⁸

B.4.4 Markt

86. Das Sekretariat untersuchte als erstes, wer die von einer allfälligen Koordination zwischen den Parteien betroffenen Kies- und Betonprodukte bezieht (Nachfrageseite). In einem nächsten Schritt prüfte es, welche Produkte aus Sicht der Nachfrageseite für die von einer allfälligen Koordination betroffenen Produkte substituiert werden können. Als nächstes untersuchte das Sekretariat, in welchen räumlichen Gebieten die relevanten Produkte abgesetzt werden. Anschliessend analysierte es, welche Unternehmen als Anbieter tätig sind (aktuelle Konkurrenz/Innenwettbewerb) und wie neue Unternehmen in den Markt eintreten können (potenzielle Konkurrenz/Aussenwettbewerb).

B.4.4.1 Nachfrageseite

87. Wie beschrieben wird Wandkies zu einem grossen Teil zur Weiterverarbeitung an Kieswerke geliefert. Der veredelte Kies wird seinerseits zu einem grossen Teil zu Beton weiterverarbeitet, der an Bauunternehmungen im Hoch- und Tiefbau verkauft wird. Dieser Kreislauf ist in Abbildung 3 dargestellt. Somit besteht die Nachfrageseite im Wesentlichen aus Bauunternehmungen. Diese beziehen nicht nur Beton, sondern auch einen Teil der Erzeugnisse der vorgelagerten Stufen, also Wandkies sowie veredelten Kies.

88. Daneben sind Kieswerke wichtige Abnehmer von Wandkies und Betonwerke wichtige Abnehmer von veredeltem Kies. Diese werden aber im Raum Bern von den Parteien betrieben und sind deshalb im vorliegenden Fall nicht Teil der Nachfrageseite. Während Frischbeton zum allergrössten Teil direkt an Bauunternehmungen verkauft wird, beziehen Aushub-, Rückbau- und Transportunternehmen unter anderem zur Vermeidung von Leerfahrten Kies. Diesen veräussern sie wiederum an Bauunternehmungen. Geringe Mengen an Kies werden ausserdem an Private sowie an Gartenbauunternehmungen verkauft.

¹⁴⁸ Konzerninterne Lieferungen werden bei diesen Berechnungen nicht berücksichtigt, da für diese teilweise ein Werkpreis von 0 verbucht wurde.

89. Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass der überwiegende Anteil der von den Parteien verkauften Kies- und Transportbetonprodukten an Bauunternehmungen verkauft wird.

B.4.4.2 Relevante Produkte

90. Aus Sicht der Nachfrageseite sind nicht alle der von der allfälligen Koordination betroffenen Produkte beliebig austauschbar. Selbst innerhalb der diskutierten Produktgruppen gibt es verschiedene Sorten, die sich teilweise in Bezug auf die möglichen Anwendungen stark unterscheiden. Das interne Sortenverzeichnis der Alluvia-Gruppe umfasst zum Beispiel [...] verschiedene Betonsorten.¹⁴⁹ Diese unterscheiden sich unter anderem in Bezug auf ihre Korrosionsresistenz, Druckfestigkeit oder auch die optische Erscheinung. Den unterschiedlichen Eigenschaften verschiedener Betonsorten entsprechen substantielle Preisunterschiede. Gemäss der Preisliste der Messerli Kieswerk AG 2013 kostet ein Kubikmeter Sickerbeton mit einem Zementgehalt von 100 kg pro Kubikmeter 113 Franken ab Werk Betlehem. Ein Kubikmeter Weissbeton kostet ab dem gleichen Werk 404 Franken pro Kubikmeter.¹⁵⁰ Wenn diese Betonsorten aus Sicht der Nachfrageseite problemlos austauschbar wären, liessen sich derartige Preisunterschiede kaum aufrechterhalten.

91. Obwohl die allfällige Koordination der Verfahrensparteien (dazu hinten Kapitel B.5) verschiedenartige Produkte betrifft, müssen diese nicht alle separat untersucht werden. Eine Aufteilung in die folgenden drei Produktgruppen reicht aus: (1) Kies (sämtliche Kiessorten einschliesslich unverarbeitetem Kies) (2) Transportbeton und (3) Transporte von Kies und Beton. Diese Vereinfachung ist deshalb möglich, weil alle verschiedenen Sorten innerhalb einer Produktgruppe jeweils ähnliche für den Transport relevante Eigenschaften aufweisen.¹⁵¹ Sickerbeton erhärtet zum Beispiel genauso schnell wie Weissbeton und hat auch ein ähnliches spezifisches Gewicht. Ausserdem können die Anbieter in der Regel ihr Angebot relativ problemlos umstellen und andere Kies- oder Betonsorten herstellen. Die gleiche Betonmischanlage kann zum Beispiel zur Produktion aller Transportbetonsorten verwendet werden. Einzig das Mischverhältnis und die Beigabe von Zusatzstoffen muss dazu angepasst werden. Deshalb sind die Marktverhältnisse für alle Produkte der gleichen Produktgruppe sehr ähnlich. Schliesslich besteht die Nachfrageseite bei allen von den wettbewerbsrechtlich relevanten Verhaltensweisen (dazu hinten B.5, Rz 165 ff.) betroffenen Produkten immer aus den gleichen Bauunternehmungen. Aus diesen Gründen kann von einer separaten Untersuchung der verschiedenen Kies- und Betonsorten abgesehen werden. Die Betrachtung der drei Produktgruppen erlaubt eine ausreichend präzise Beschreibung der Wettbewerbsverhältnisse.¹⁵²

¹⁴⁹ Act. VIII.A.36

¹⁵⁰ Act. VIII.A.10.k

¹⁵¹ Gemäss Aussage von [F._____] (Act. VIII.A.49, Rz 498–509) gibt es spezielle Betonsorten, die sich weniger gut transportieren lassen. Bei 95 % des transportierten Betons ist der Transport hingegen problemlos. Ähnlich äussert sich [E._____] (Act. VIII.B.46, Rz 343–346). Verschiedene Kiessorten unterscheiden sich gemäss Aussage von [F._____] (Act. VIII.A.49, Rz 523–525) nicht in Bezug auf ihre für den Transport relevanten Eigenschaften.

¹⁵² Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes spielt unter anderem bei der Sanktionsbemessung eine Rolle. In diesem Zusammenhang fordert die Kästli-Gruppe in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vom 5. Juli 2018 «insofern Kästli Spezial-Betonsorten im Angebot hat, die Alluvia nicht liefert, wären die entsprechenden Umsätze auszusondern» (Act. VI.29, Rz 448). Dazu ist festzuhalten, dass die publizierten Preislisten nicht das gesamte Angebot reflektieren. Sorten, die nur selten nachgefragt werden, sind nicht in den Preislisten aufgeführt. Auch die tatsächlich ausgelieferten Sorten widerspiegeln nicht das vollständige Angebot an Sorten, die bei entsprechender Nachfrage geliefert werden könnten. Tatsächlich können beide Parteien alle Sorten herstellen. Ausnahmen bilden allenfalls Sorten, deren Herstellung eine Lizenz erfordert. Diesbezüglich ist in Bezug auf den Umsatzanteil lediglich Presyn Markenbeton relevant. Beide Parteien waren während des Untersuchungszeitraums im Besitz einer entsprechenden Lizenz zur Herstellung von Presyn Beton. Da nur die Alluvia-Gruppe eine Lizenz zur Produktion von Presyn Mörtel hatte, hat das Sekretariat bei der Berechnung des für die Sanktionsbemessung relevanten Umsatzes die entsprechenden Umsätze ausgesondert (vgl. Rz 943).

92. Da die drei Produktgruppen sehr breit definiert sind, gibt es für eine ganze Produktgruppe aus Sicht der Nachfrageseite kaum Substitute. Für manche Anwendungen von Kies können auch andere Materialien eingesetzt werden. So wird zum Beispiel statt der normalerweise verwendeten natürlichen Gesteinskörnung bei manchen Betonsorten geschäumtes Glas verwendet. Derartige Substitute sind aber in der Regel bedeutend teurer und weisen auch nicht die gleichen Eigenschaften aus.

93. Ähnlich sieht es bei Transportbeton aus. Es gibt zwar andere Baustoffe wie zum Beispiel Holz oder Backsteine. Da bei den meisten Bauten die Kosten des Betons nur einen geringen Anteil an den gesamten Baukosten ausmachen, wird eine bescheidene Preiserhöhung kaum dazu führen, dass Beton durch andere Baustoffe ersetzt wird. Dazu wäre eine völlig andere Konstruktionsweise notwendig, da diese alternativen Baustoffe völlig andere Eigenschaften aufweisen. Die Bauunternehmung kann deshalb nicht von Transportbeton auf andere Baustoffe umstellen. Bereits bei der Planung des Bauwerks durch den Architekten und/oder Bauingenieur müsste eine entsprechende Umstellung berücksichtigt werden. Es kommen also nur Festbeton oder Baustellenbeton als mögliche Substitute in Frage.

94. Festbeton weist zwar im erhärteten Zustand die gleichen Eigenschaften wie Transportbeton auf. Trotzdem ist Festbeton kein gleichwertiger Ersatz für Transportbeton. Wiederum müsste das ganze Bauwerk anders geplant werden, so dass die Bauunternehmung keine Möglichkeit hat, von Transport- auf Festbeton umzustellen.

95. Anders ist die Lage bei Baustellenbeton. Dieser weist die gleichen Eigenschaften auf wie Beton, der im Werk gemischt wird. Trotzdem handelt es sich aus Sicht der Nachfrageseite in den meisten Fällen nicht um ein vollwertiges Substitut, da diese Art der Betonproduktion nur bei sehr grossen Baustellen wirtschaftlich eingesetzt werden kann. Gemäss Aussagen von Parteien und Vertretern der Nachfrageseite liegt die Untergrenze für den Einsatz einer Baustellenanlage zwischen 10 000 und 30 000 Kubikmetern.¹⁵³ Tabelle 5 stellt den Anteil grosser Baustellen an der insgesamt abgesetzten Anzahl Kubikmeter Beton separat für die beiden Parteien während der Jahre 2007 bis 2013 dar. Daraus geht hervor, dass der Einsatz einer Baustellenanlage nur bei einem kleinen Teil des verkauften Betons – wenn überhaupt – eine mögliche Alternative darstellt.

¹⁵³ Gemäss [I._____] liegt die Mindestgrösse einer Baustelle für den wirtschaftlichen Einsatz einer Baustellenanlage bei ca. 20 000–30 000 m³ (Act. III.3, Rz 299–300). [H._____] sagt aus, dass Baustellenanlagen höchstens im Tunnelbau interessant sind (Act. III.2, Rz 230–231). [F._____] nennt als Mindestgrösse ca. 10 000 m³ (Act. VIII.A.49, Rz 491).

Tabelle 5: Umsatzanteil grosse Baustellen Beton 2007–2013

Baustellengrösse	Anteil an der insgesamt verkauften Menge Beton
Frischbeton AG Rubigen (Kästli-Gruppe)	
>10 000 m ³	[<25] %
>20 000 m ³	[<10] %
>30 000 m ³	[<5] %
Alluvia-Gruppe ohne Werke in Berken und Tafers	
>10 000 m ³	[<30] %
>20 000 m ³	[<15] %
>30 000 m ³	[<5] %

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

96. Selbst wenn eine Baustelle die minimale für den wirtschaftlichen Einsatz einer Baustellenanlage nötige Grösse erreicht, ist der dafür erforderliche Platz nicht immer vorhanden. Ausserdem sind die Kosten umso höher, je länger die Baustellenanlage vor Ort in Betrieb bleiben soll. Auch der im Vergleich zu den Frischbetonwerken geringere Ausstoss pro Stunde kann je nach Bedarf gegen den Einsatz einer Baustellenanlage sprechen.¹⁵⁴ Aus diesen Gründen ist Baustellenbeton aus Sicht der Nachfrageseite kein vollwertiges Substitut für Transportbeton.

97. Während beim Baustellenbeton sämtliche Zutaten erst vor Ort gemischt werden, muss dem sogenannten Trockenbeton nur noch Wasser beigemischt werden. Da dieser ebenfalls erst auf der Baustelle fertiggestellt wird, handelt es sich dabei ebenfalls um eine Art Baustellenbeton. Auch dieser Baustellenbeton ist aber aus Sicht der Nachfrageseite kein Substitut für Transportbeton: Dieser Beton ist deutlich teurer und qualitativ schlechter als Frischbeton. Deshalb wird Trockenbeton nur eingesetzt, wenn Frischbeton nicht verwendet werden kann. Sein Anteil am insgesamt verbauten Beton dürfte unter 5 % liegen.¹⁵⁵

98. Die dritte von der Untersuchung betroffene Produktgruppe ist diejenige für den Transport von Kies- und Betonprodukten. Im vorliegenden Fall wird der überwiegende Anteil des von den Parteien hergestellten Kieses und Betons von diesen selber oder durch Dritte im Auftrag der Parteien zum Kunden transportiert (dazu Abschnitt B.4.3.7). Deshalb muss dieser Markt vorliegend nicht weiter untersucht werden. Die entsprechenden mit dem Transport erzielten Umsätze können direkt den Produktgruppen Kies und Beton zugerechnet werden.

B.4.4.3 Liefergebiet

99. Als nächstes untersuchte das Sekretariat, in welchen Gebieten die relevanten Produkte abgesetzt werden. Die geografische Lage der KTB-Werke kann Abbildung 2 entnommen werden. Als Erstes wird erklärt, weshalb die Lieferradien der KTB-Werke in Fahrminuten gemessen werden. Anschliessend wird aufgezeigt, wie lange der von den KTB-Werken verkaufte Kies und Beton unterwegs ist und welche Gebiete damit beliefert werden.

100. Die Transportkosten für Kies oder Beton sind sowohl von der Fahrzeit als auch von der Fahrdistanz zwischen Baustelle und Werk abhängig.¹⁵⁶ Manche Kostenfaktoren sind eher proportional zur Fahrdistanz (z.B. Diesel, LSVA), andere eher zur Fahrzeit (z.B. Lohnkosten).

¹⁵⁴ Aussage von [E._____] (Act. VIII.B.46, Rz 277–294)

¹⁵⁵ Aussagen von [H._____] (Act. III.2, Rz 235–246) und [I._____] (Act. III.3, Rz 301–312)

¹⁵⁶ Aussage [G._____] [Mitarbeiter] der Kästli Bau AG, Act. VIII.B.45, Rz 205–218. Die entsprechende Aussage bezieht sich auf die Transportkosten von Kies. Übereinstimmend in Bezug auf Beton äussert sich [E._____] Act. VIII.B.46, Rz 312–325. Ebenso [F._____] Act. VIII.A.49, Rz 477–489. Ausserdem dürfte der

Fahrzeit und Fahrdistanz korrelieren in der Regel stark. Allein die Kosten für den Chauffeur inkl. Spesen und Aufsicht machten 2005 bei der Messerli Kieswerk AG fast [...] der variablen Transportkosten aus.¹⁵⁷ Da die Fahrzeit einen stärkeren Einfluss auf die Transportkosten hat als die Fahrdistanz, wird zur Darstellung der Lieferradien der KTB-Werke die Fahrzeit verwendet.

101. Die Fahrzeiten zwischen den Baustellen und den KTB-Werken könnten anhand der in den von den Parteien eingereichten Lieferscheindaten enthaltenen Baustellenadressen berechnet werden. Diese Adressen sind aber oft unvollständig oder fehlerhaft. Insbesondere die Strassenangabe sowie die Strassennummer fehlen oft. Ausserdem sind teilweise in den Adressdaten Angaben dazu enthalten, wie die Adresse zu erreichen ist. Das führt dazu, dass rund ein Drittel der Adressen ohne zusätzliche Aufbereitung nicht automatisch erkannt werden.

102. Die entsprechenden Ausfälle sind möglicherweise mit anderen relevanten Grössen wie zum Beispiel der Baustellengrösse korreliert. Adressen von Selbstabholern sind ausserdem in der Regel weniger genau als diejenigen für Lieferungen, die vom Hersteller selbst transportiert werden. Diese systematischen Ausfälle könnten insbesondere bei den in Abschnitt B.5.4.3.4 vorgenommenen Auswertungen Probleme bereiten.

103. Deshalb werden zur Berechnung der Lieferradien nicht die genauen Baustellenadressen, sondern die Postleitzahlen der belieferten Baustellen verwendet. Diese sind fast immer vorhanden und dadurch ist die Gefahr systematischer Fehler im Vergleich zur Verwendung der Baustellenadressen geringer. Dafür ist die Berechnung der Fahrzeit auf Ebene Postleitzahl im Vergleich zu einer vollständigen und korrekten Adresse weniger genau. Insbesondere in städtischen Gebieten ist der Radius der einer Postleitzahl zugeordneten Regionen mit einem Radius von rund 1–2 Kilometern relativ klein. Deshalb ist der entsprechende Messfehler relativ gering. Aus diesen Gründen wird nachfolgend zur Berechnung der Fahrzeiten immer die Baustellenpostleitzahl herangezogen.¹⁵⁸

104. In Abbildung 4 ist die Verteilung der Lieferzeit für alle der KTB angeschlossenen Betonwerke gemeinsam für die Jahre 2007–2013 dargestellt. Auf der x-Achse ist die Fahrzeit zwischen Baustelle und Betonwerk in Minuten angegeben. Die y-Achse misst den Anteil des ausgelieferten Betons, der über eine gleich lange oder kürzere Fahrzeit ausgeliefert wurde als der entsprechende auf der x-Achse angegebene Wert. Es lässt sich zum Beispiel erkennen, dass mehr als 50 % des Betons weniger als 10 Minuten lang unterwegs ist. Mehr als 96 % des Betons wird innerhalb eines Radius von 20 Minuten um das herstellende Betonwerk ausgeliefert.

105. In Abbildung 5 sind die Lieferradien aller Betonwerke dargestellt, für welche die entsprechenden Daten zur Verfügung stehen. Daraus geht hervor, dass die Werke [...] und [...] den Beton über weitere Distanzen ausliefern als die anderen Werke. Mehr als 10 % des ab [...] verkauften Betons wird über mehr als 20 Minuten ausgeliefert. Dieser Anteil liegt beim Werk [...] bei 0,4 %.

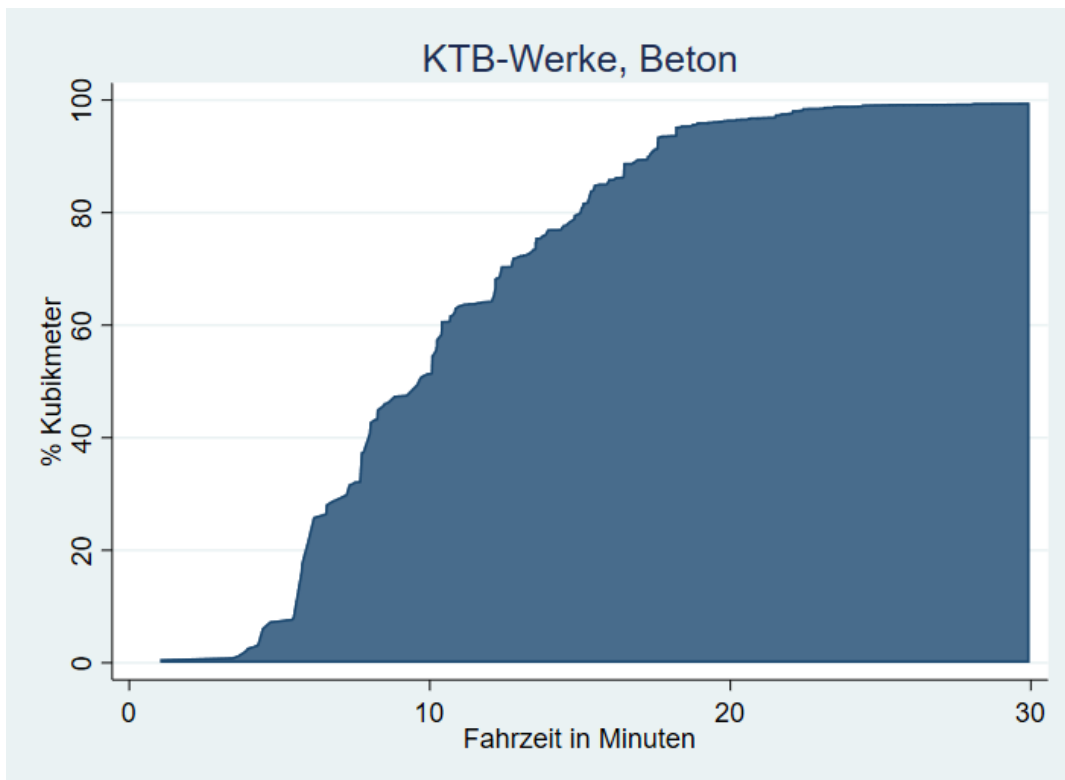
106. Abbildung 6 entspricht Abbildung 4, ausser dass statt Beton die Verteilung der Fahrzeit für Kies dargestellt wird. Kies wird etwas länger transportiert als Beton. Rund ein Drittel des Kieses wird über eine Fahrzeit von weniger als 10 Minuten geliefert, 86 % wird innerhalb eines Radius von 20 Minuten verkauft. Die Verteilung der Fahrzeiten wird in Abbildung 7 wiederum separat für die einzelnen Kieswerke dargestellt.

Höhenunterschied einen gewissen Einfluss auf den Treibstoffverbrauch sowie die Wartungskosten der Fahrzeuge haben.

¹⁵⁷ Transportkostenkalkulation der Messerli Kieswerk AG, Act. II.A.X.71 (22-0440)

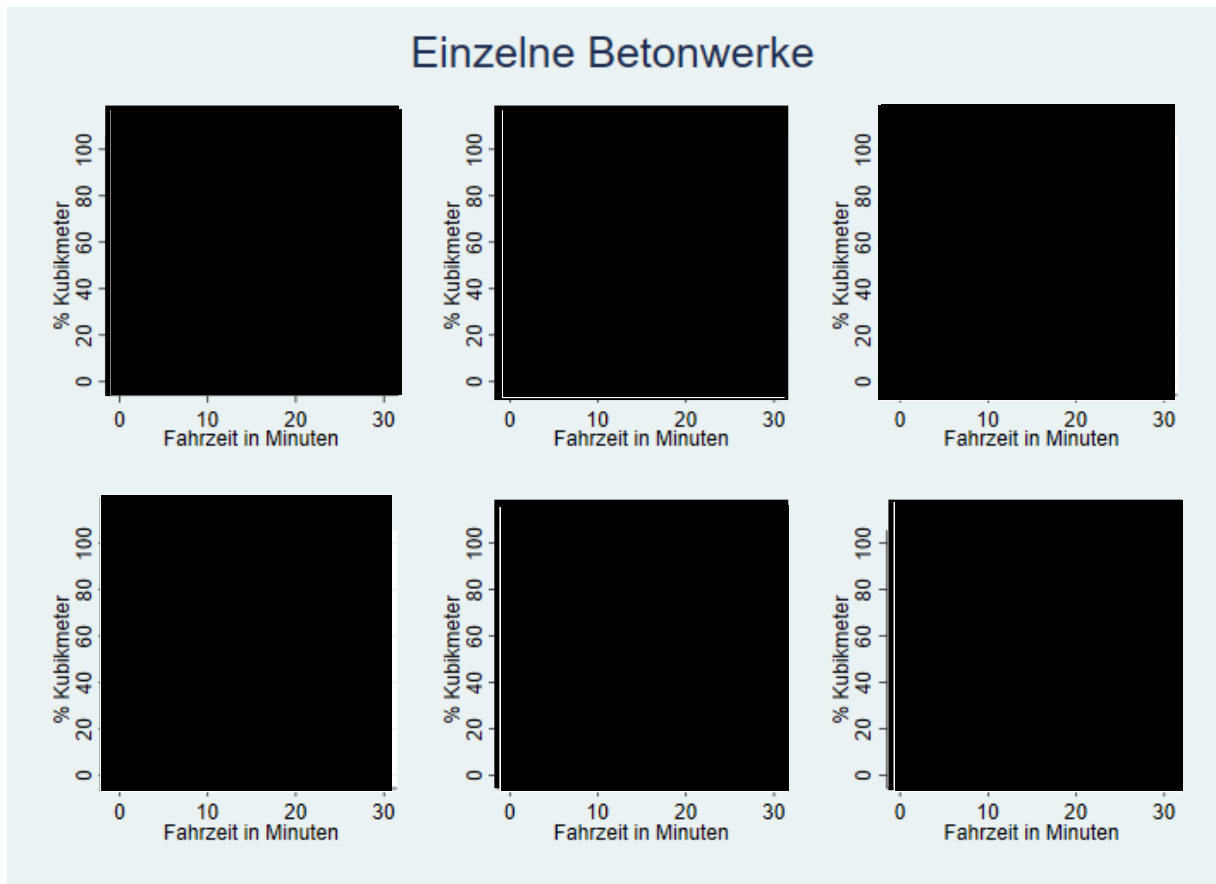
¹⁵⁸ Weitere Angaben zur Berechnung der Fahrzeiten zwischen Baustellen und Kies- und Betonwerken sind in Akte VII.36, Kapitel B.4.3, enthalten.

Abbildung 4: Verteilung der Fahrzeit, KTB-Werke, Beton 2007–2013



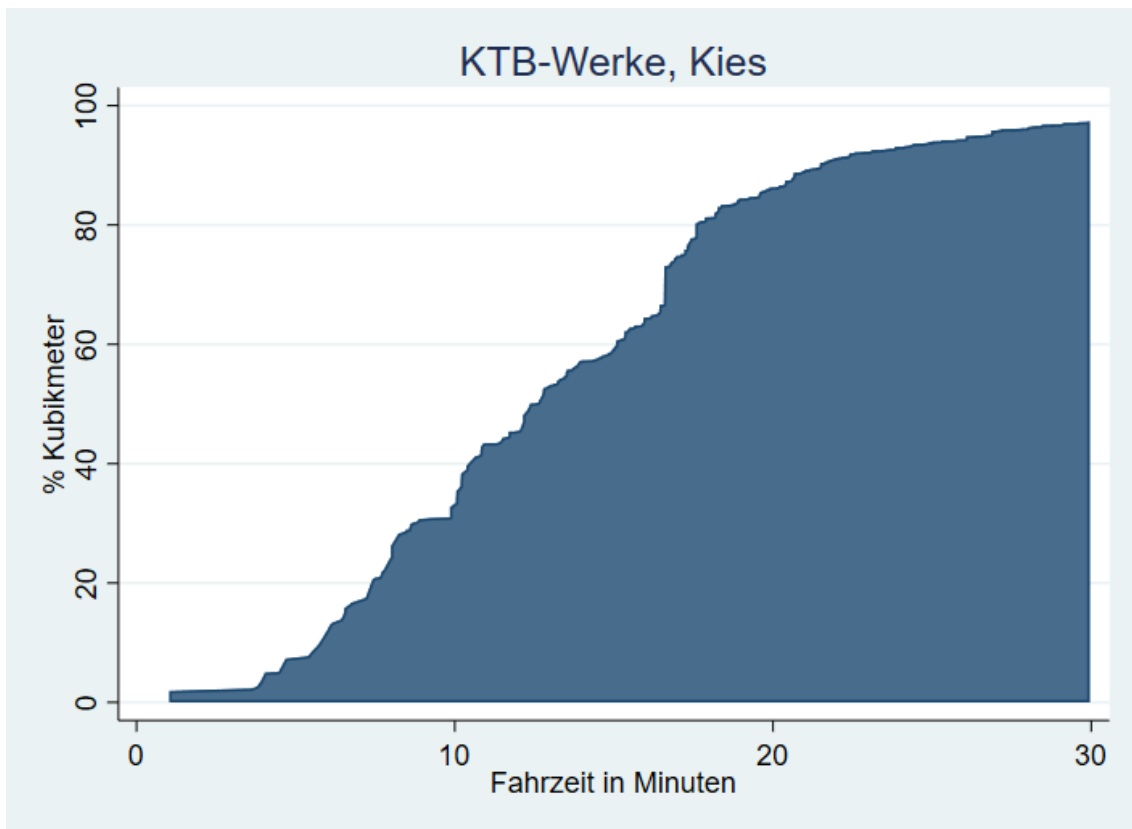
Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

Abbildung 5: Verteilung der Fahrzeit, einzelne Betonwerke 2007–2013



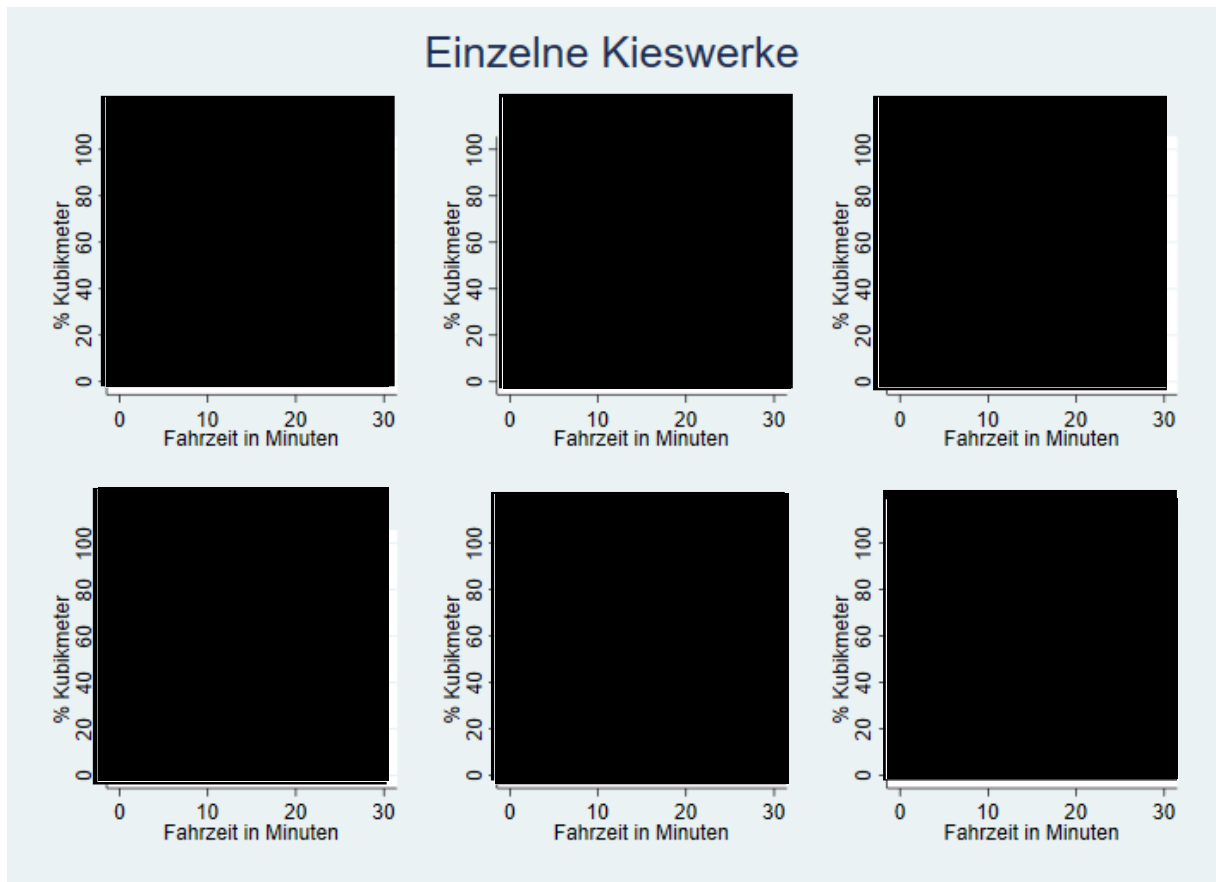
Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

Abbildung 6: Verteilung Fahrzeit, KTB-Werke, Kies 2007–2013



Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

Abbildung 7: Verteilung Fahrzeit einzelne Kieswerke 2007–2013



Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

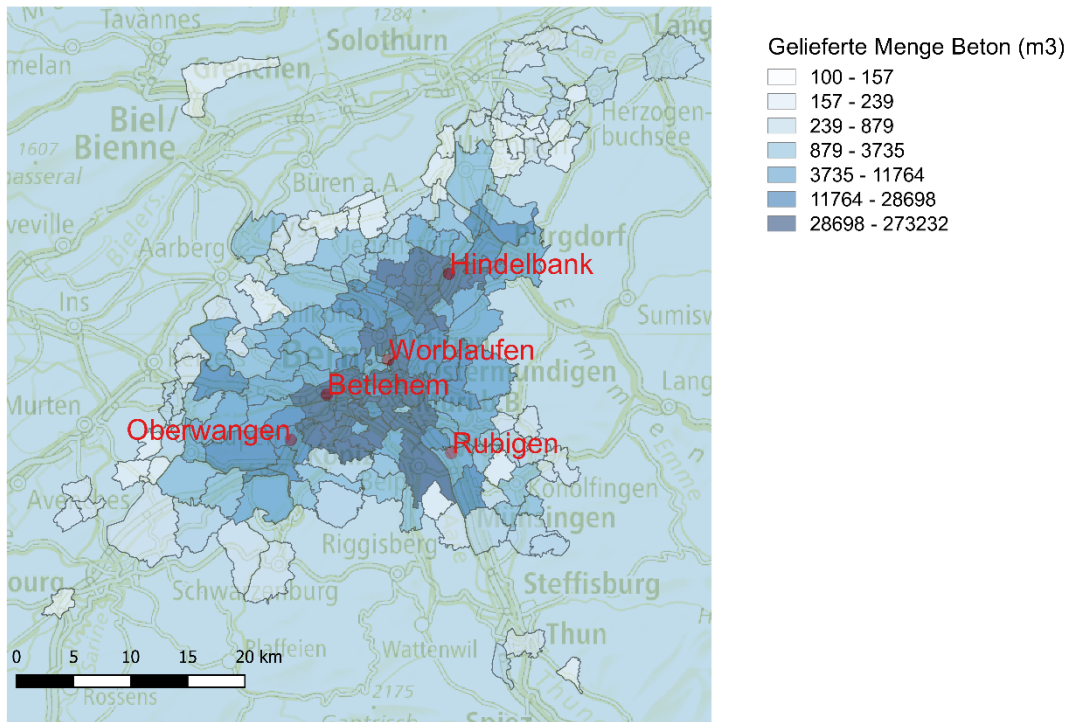
107. Bereits aus der Verteilung der Lieferzeiten ist ersichtlich, welche Gebiete von den der KTB AG angeschlossenen Werken beliefert werden. Zur besseren Veranschaulichung und Verdeutlichung werden die belieferten Postleitzahlen in Abbildung 8 (Beton) und Abbildung 9 (Kies) grafisch dargestellt. Je dunkler eine Postleitzahl, desto grösser die dorthin gelieferte Menge. Die Grenzen der diesbezüglichen 7 Kategorien sind so festgelegt, dass jede Kategorie eine gleich grosse Anzahl Postleitzahlen umfasst.¹⁵⁹ Berücksichtigt werden sämtliche Kies- und Betonlieferungen der KTB-Werke 2007 bis 2013, ausser konzerninterner Lieferungen. Postleitzahlen, an welche weniger als 100 m³ geliefert wurde, sind nicht eingezeichnet. Diese Lieferungen sind in Bezug auf ihren Umsatzanteil nicht relevant: Deren Anteil am Gesamtvolumen beläuft sich auf 0,16 % (Beton) bzw. 1,02 % (Kies).¹⁶⁰

108. In Abbildung 8 und Abbildung 9 sind jeweils die Standorte der der KTB AG angeschlossenen Beton- bzw. Kieswerke eingezeichnet. In Mattstetten wird nur Kies, aber kein Beton hergestellt, während das Werk Worblaufen nur Beton, aber keinen Kies produziert.

¹⁵⁹ Wenn die an eine Postleitzahl gelieferte Menge genau einer Intervallgrenze entspricht, wird die Postleitzahl dem Intervall mit der tieferen Menge zugeteilt. Wenn also zum Beispiel 157 m³ Beton an eine Postleitzahl geliefert wurde, wird diese dem Intervall 100–157 zugeteilt und deshalb in der hellsten Farbe eingefärbt.

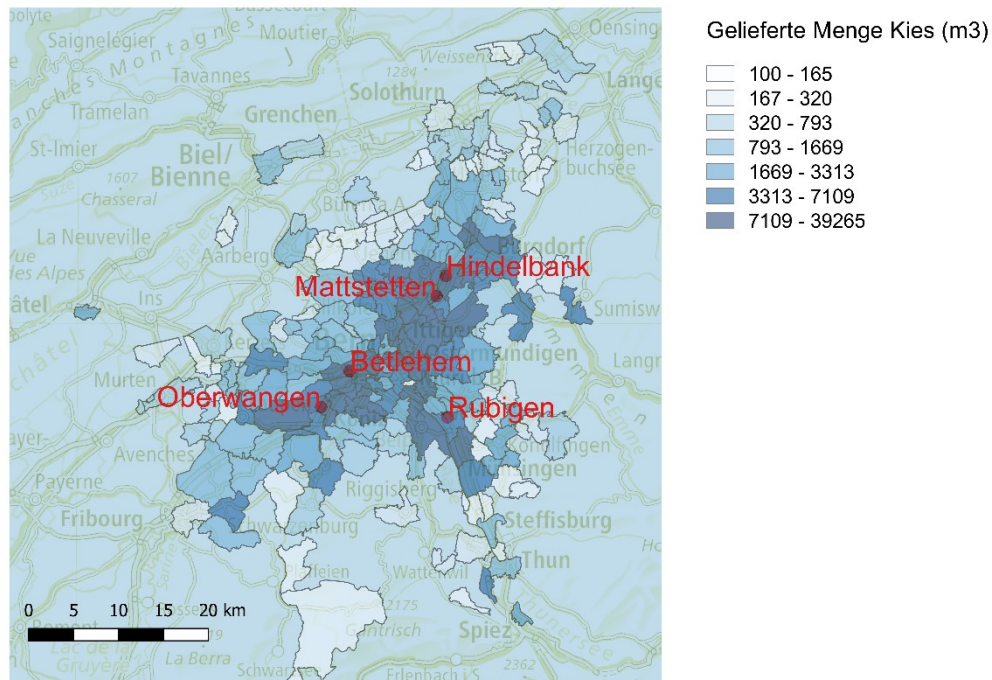
¹⁶⁰ Die Prozentsätze beziehen sich auf die insgesamt von 2007 bis 2013 von den KTB-Werken an Baustellen mit gültiger Baustellenpostleitzahl ausgelieferten Mengen an Beton bzw. Kies.

Abbildung 8: Gemeinsames Liefergebiet der KTB-Werke, Beton



Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.), Swisstopo (Kartenmaterial)

Abbildung 9: Gemeinsames Liefergebiet der KTB-Werke, Kies



Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.), Swisstopo (Kartenmaterial)

B.4.4.4 Anbieter

109. Die wichtigsten Anbieter von Kies und Transportbeton im gemeinsamen Liefergebiet sind die an der zu untersuchenden Koordination beteiligten Unternehmen. Diese der KTB AG angeschlossenen Werke sind in Tabelle 6 aufgelistet.

Tabelle 6: KTB-Werke, Stand 2013

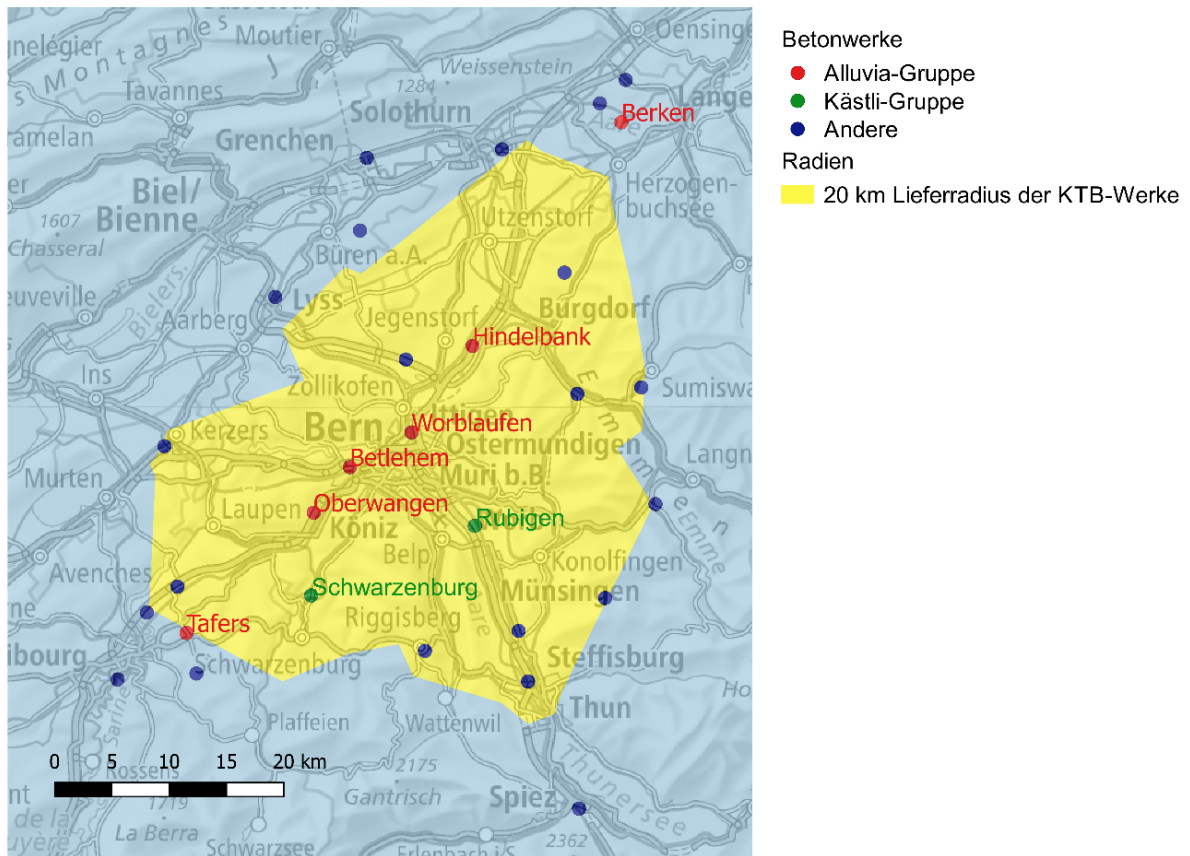
Standort	Inhaber	Kiesabbau	Kieswerk	Betonwerk
Betlehem	100 % Alluvia-Gruppe	Nein	Ja	Ja
Hindelbank	100 % Alluvia-Gruppe	Nein	Ja	Ja
Mattstetten	100 % Alluvia-Gruppe	Ja	Ja	Nein
Oberwangen	100 % Alluvia-Gruppe	Ja	Ja	Ja
Worblaufen	>50 % Alluvia-Gruppe	Nein	Nein	Ja
Rubigen	Betonwerk: >50 % Kästli-Gruppe Rest: Bauunternehmungen Kieswerk: 100 % Kästli-Gruppe	Ja	Ja	Ja

Quelle: Act. II.A.X.582 (Beteiligung Kästli Rubigen), <<http://www.hofstetter.ch/geschichte>> (4.5.2018, PDF-Kopie bei den Akten, Beteiligung Alluvia Worblaufen)

110. Zusätzlich zu den in Tabelle 6 aufgeführten Werken betreibt die Alluvia-Gruppe in Berken ein Kies- und Betonwerk. Ausserdem ist die Alluvia-Gruppe am Betonwerk in Tafers beteiligt. Die Kästli-Gruppe betreibt in Schwarzenburg ein Kies- und Betonwerk und ist an der Waldhaus Kies AG beteiligt, welche in Grünenmatt eine Kiesabbaustelle betreibt. Sowohl die Kästli- als auch die Alluvia-Gruppe sind darüber hinaus an der Kies AG Aaretal (KAGA) beteiligt, welche im Aaretal zwischen Thun und Bern verschiedene Kiesabbaustellen betreibt.

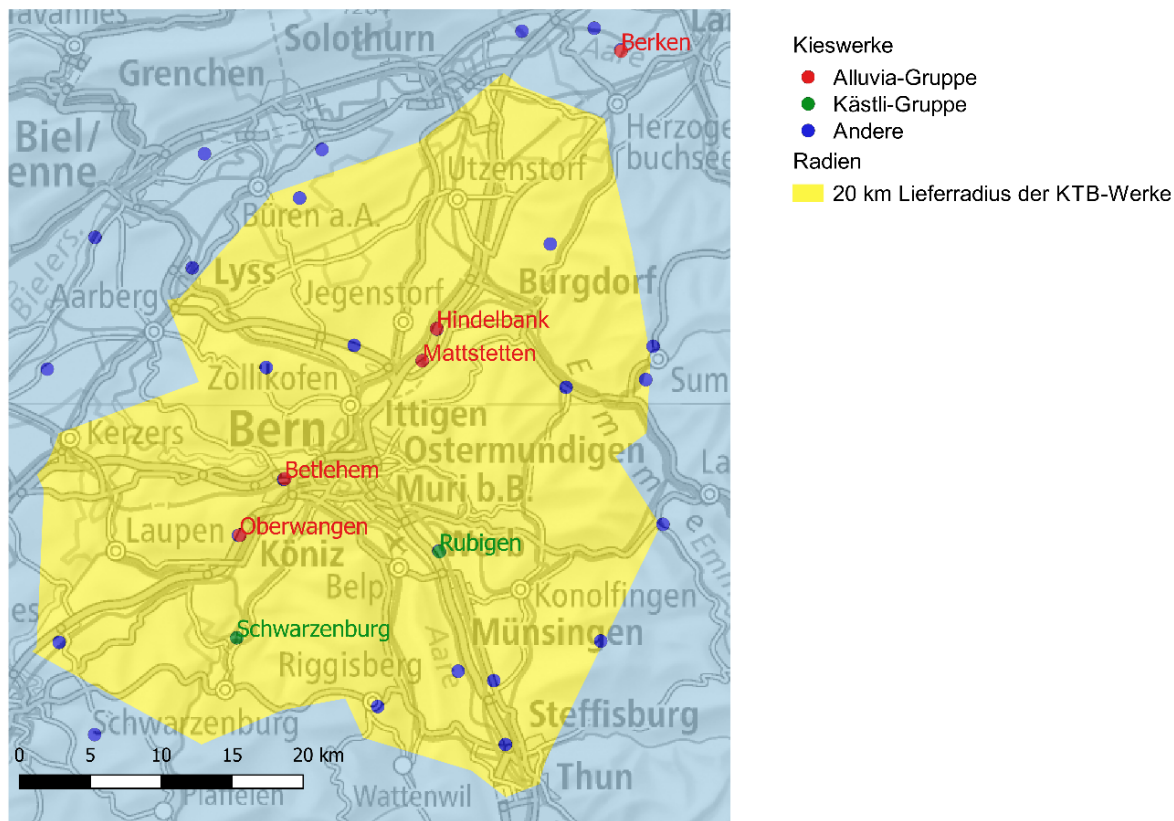
111. Obwohl in der Stadt Bern selbst keine anderen Anbieter Kies oder Transportbetonwerke betreiben, sind im Umland durchaus weitere Hersteller angesiedelt. Die geografische Anordnung der Betonwerke der Region ist in Abbildung 10 dargestellt, diejenige der Kieswerke in Abbildung 11. Dabei werden nur Kies- und Betonwerke berücksichtigt, die in weniger als 30 Minuten Fahrzeit oder weniger als 30 km Fahrdistanz eines Personenwagens von einem der KTB AG angeschlossenen Kies- oder Betonwerk erreicht werden können. Die gelbe Fläche entspricht dem Gebiet, das weniger als 20 km Fahrdistanz von einem der KTB-Werke entfernt ist. Die Zusammenstellung der in diesen Abbildungen dargestellten Werke wird in Akte VI.3, Kapitel B.4.2, näher erläutert.

Abbildung 10: Geografische Anordnung Betonwerke



Quelle: Act. VI.5.a, Antworten auf Frage 26 (22-0440), eigene Recherchen, Swisstopo (Kartenmaterial)

Abbildung 11: Geografische Anordnung Kieswerke



Quelle: Act. VI.5.a, Antworten auf Frage 26 (22-0440), eigene Recherchen, Swisstopo (Kartennaterial)

112. Die in blau eingezeichneten Dritt-Anbieter sind zwar grundsätzlich in der Lage, Kies oder Beton in das gemeinsame Liefergebiet der KTB-Werke zu liefern. Je nach der genauen Lage einer Baustelle fallen die entsprechenden Transportkosten aber aufgrund der grösseren Distanz im Vergleich zu den Transportkosten der KTB-Werke deutlich höher aus.

113. Gemäss Angaben der Alluvia-Gruppe kostet ein Fahrmischer mit 7 Kubikmetern Fassungsvermögen zwischen 140 und 150 Franken pro Stunde.¹⁶¹ Folglich kostet der Transport eines Kubikmeters Beton bei vollausgelastetem Fahrzeug pro Minute zwischen 33 und 36 Rappen. Da der Betonmischer wieder zurückfahren muss, ergeben sich Kosten von rund 70 Rappen pro Minute für den Transport eines Kubikmeters Frischbeton. Beim Kies sind die Transportkosten pro Kubikmeter zwar tiefer, im Verhältnis zum Werkpreis von Kies fallen die Transportkosten aber deutlich höher aus als beim Beton (vgl. Tabelle 4).

114. Neben der Lage der Kies- und Betonwerke hat auch der Zugang zu unverarbeitetem Kies (in dieser Region im Wesentlichen Wandkies) einen Einfluss auf die Marktstellung eines Anbieters. Beim Wandkies ist der Transportkostenanteil nochmal deutlich höher als beim verarbeiteten Kies, da ein Kubikmeter Wandkies ab Werk nur rund die Hälfte eines Kubikmeters verarbeiteten Kies kostet.¹⁶² Wenn ein Anbieter also zu konkurrenzfähigen Preisen Kies oder Beton im Raum Bern verkaufen will, muss er in der Nähe Zugang zu Wandkies haben.

¹⁶¹ Aussage [F. _____] (Act. VIII.A.49, Rz 494–495)

¹⁶² Der durchschnittliche Werkpreis pro Kubikmeter Wandkies liegt bei den der KTB AG angeschlossenen Werken der Alluvia-Gruppe 2007–2013 bei Fr. [...]. Die anderen Kiessorten kosten durchschnittlich Fr. [...]. Die folgenden Sortennummern werden dabei dem Wandkies zugerechnet: [...]. [...].

115. Im Untersuchungszeitraum 2004–2013 hatten die Kästli- und die Alluvia-Gruppe gemeinsam einen Anteil von rund 43 % am insgesamt im Verwaltungskreis Bern-Mittelland abgebauten Wandkies (vgl. Tabelle 7). Ein weiterer wichtiger Betreiber von Kiesabbaustellen ist die Kies AG Aaretal (KAGA), an welcher die Alluvia- und die Kästli-Gruppe gemeinsam [...] des Aktienkapitals halten. Die KAGA verkauft über [...] % des von ihr abgebauten Kieses an ihre Aktionäre. Die Kästli- und die Alluvia-Gruppe bezogen 2004–2013 gemeinsam [...] % des von der KAGA abgebauten Kieses.¹⁶³ Betreiber, die von der Kästli- und der Alluvia-Gruppe unabhängig sind, waren 2004–2013 lediglich für den Abbau von 15 % des im Verwaltungskreis Bern-Mittelland abgebauten Wandkieses verantwortlich. Dieser Verwaltungskreis umfasst einen grossen Teil des gemeinsamen Liefergebiets der KTB-Werke. Dieses ist gemeinsam mit den Grenzen des Verwaltungskreises Bern-Mittelland in Abbildung 12 dargestellt.

Tabelle 7: Abbau Sand/Kies Bern-Mittelland 2004–2013¹⁶⁴

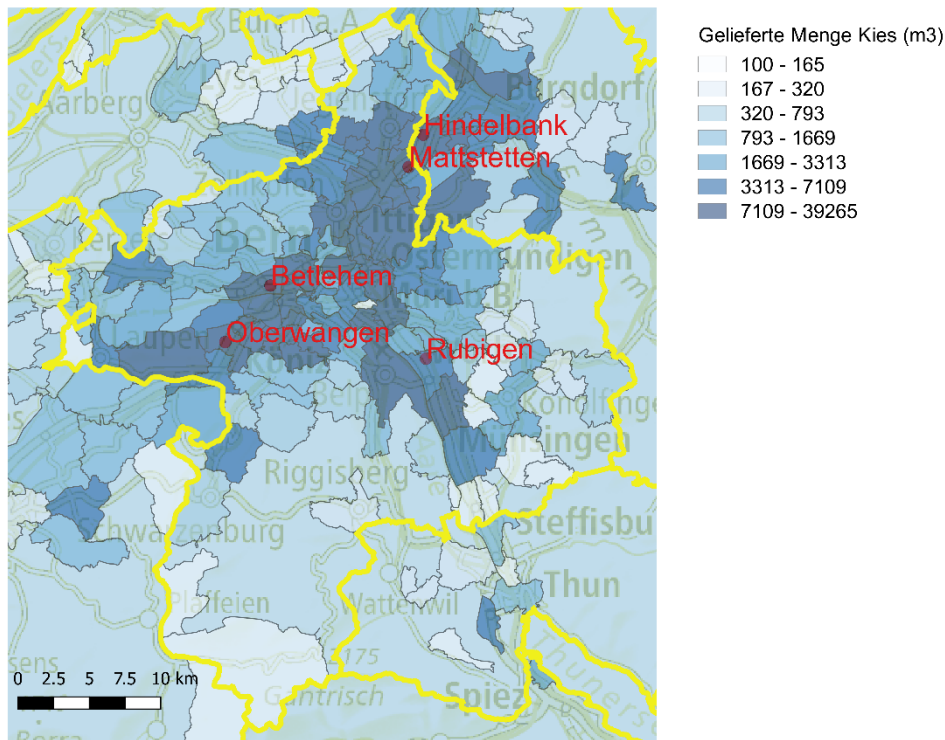
Betreiber	Anteil Abbau Wandkies Bern-Mittelland
Alluvia-Gruppe	[...] %
KAGA	[...] %
Kästli-Gruppe	[...] %
Andere	[...] %

Quelle: Act.VI.11a und Act. VI.11b (22-0440)

¹⁶³ Act. II.D.X.135 (22-0440)

¹⁶⁴ 2004–2013 wird in der Region Bern-Mittelland kein Kies aus Gewässern entnommen. Neben dem Abbau von Wandkies wird auch Fels abgebaut, der ebenfalls zu Kies verarbeitet werden kann. Der Abbau von Fels ist für weniger als 1 % des insgesamt in der Region Bern-Mittelland 2004–2013 abgebauten Primärmaterials verantwortlich. Für das Jahr 2011 hat der Kanton keine Daten erhoben. Die durch die Waldhaus Kies AG abgebauten Mengen werden der Kästli-Gruppe zugerechnet. Die Kiesgrube Bümberg der KAGA liegt an der Grenze der Region Bern-Mittelland und wird dieser zugeteilt.

Abbildung 12: Gemeinsames Liefergebiet KTB-Werke und Grenze Bern-Mittelland



Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.), Swisstopo (Kartenmaterial), Kanton Bern (Grenze Bern-Mittelland)

116. Aufgrund der hohen Transportkosten ist es unwahrscheinlich, dass grosse Mengen an unverarbeitetem Kies von in anderen Regionen gelegenen Kiesabbaustellen zugeführt werden. Auch verarbeiteter Kies wird in der Regel nicht über grosse Distanzen hinweg transportiert. Deshalb ist davon auszugehen, dass die KTB-Werke in ihren gemeinsamen Liefergebieten einen hohen Marktanteil im Markt für Kies aufweisen. Mit dieser Einschätzung ist eine Aussage von [H._____] konsistent: Er nennt drei wichtigste Anbieter von Kiesprodukten im Raum Bern (Stadt und Gebiete 25 km rund um Bern). Bei zwei dieser drei Anbieter handelt es sich um die Alluvia- und um die Kästli-Gruppe. Daneben erwähnt er nur Niederhauser als weiteren wichtigen Anbieter.¹⁶⁵

117. Da Beton zu einem grossen Teil aus Kies besteht und auch beim Beton die Transportkosten hoch sind, sieht die Lage im Markt für Transportbeton ähnlich aus. Gemäss Angaben von [C._____] [Mitarbeiter] der Alluvia-Gruppe, liegt der Marktanteil der Alluvia-Gruppe im Bereich Beton in ihrem Liefergebiet bei rund [> 75] %. Die restlichen [...] % entfallen auf Unternehmen der Vigier- und Jura- Konzerne sowie auf die Kästli-Gruppe.¹⁶⁶ [I._____] [Mitarbeiter] der Büchi Bauunternehmung AG, schätzt den Marktanteil der Werke der Alluvia- und der Kästli-Gruppe gemeinsam in der Stadt Bern auf 80 %.¹⁶⁷

118. Einen derart hohen Marktanteil scheinen andere Betonwerke nicht einmal im unmittelbaren Umland zu erreichen. [...] ¹⁶⁸

¹⁶⁵ Act. III.2., Rz 300–302

¹⁶⁶ Act. III.17, Rz 419–421

¹⁶⁷ Act. III.3, Rz 286–288

¹⁶⁸ [...]

119. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Parteien in ihrem gemeinsamen Liefergebiet sowohl im Bereich Kies- als auch in Bezug auf Beton zusammen über sehr hohe Marktanteile verfügen und nur wenigen, kleineren Konkurrenten gegenüberstehen. Sie nehmen eine sehr starke Stellung im Markt ein und können ihre Preise aufgrund der höheren Transportkosten ihrer Konkurrenten zu einem gewissen Grad unabhängig von anderen Anbietern festlegen.

B.4.4.5 Markteintrittsschranken

120. Die Wertschöpfungskette der hier relevanten Produkte beginnt mit dem Abbau von Kies. Da die Transportkosten relativ zu den Herstellungskosten bei unverarbeitetem Kies sehr hoch sind, kann dieser kaum zu konkurrenzfähigen Preisen über weite Distanzen transportiert werden. Wenn also ein neuer Wettbewerber unverarbeiteten Kies zu konkurrenzfähigen Preisen anbieten möchte, muss dieser im Raum Bern oder den umliegenden Gemeinden eine neue Kiesgrube in Betrieb nehmen. Dazu muss er die Abbaurechte von den Grundeigentümern erwerben. Ausserdem muss jede neue Kiesgrube durch den Kanton bewilligt werden. Erst dann können die für den Abbau erforderlichen Installationen errichtet werden.

121. Bei einem Kiesabbaurecht handelt es sich um eine im Grundbuch eingetragene privatrechtliche Dienstbarkeit. Der Dienstbarkeitsbelastete erhält in der Regel eine Ausbeutungsent-schädigung. In welcher Art und Höhe diese ausbezahlt wird, ist Verhandlungssache. Manche Entschädigungen werden proportional zur Menge des abgebauten Kieses ausbezahlt. Bei anderen handelt es sich um periodische Zahlungen. Es kommt auch vor, dass der künftige Betreiber dem Grundeigentümer vorab einen Pauschalbetrag überweist.

122. Sobald sich der künftige Betreiber die Abbaurechte gesichert hat, kann er den Prozess zur Erlangung einer kantonalen Bewilligung in Gang setzen. Im Rahmen dieses Prozesses sind zahlreiche Abklärungen und Planungen erforderlich, die in der Regel mit hohen Kosten für künftige Betreiber einhergehen. Ein notwendiger Bestandteil des Bewilligungsprozesses ist die Festsetzung im relevanten Richtplan.¹⁶⁹ Diese Richtpläne werden in der Regel nur alle 10–15 Jahre neu ausgearbeitet und der entsprechende Prozess dauert seinerseits mehrere Jahre.¹⁷⁰ Vor diesem Hintergrund scheint die Aussage von [E._____] plausibel, dass der Planungshorizont bei Kiesabbauprojekten normalerweise rund 15 Jahre beträgt.¹⁷¹

123. Neben der langen Dauer des Bewilligungsverfahrens erschwert die Unsicherheit, ob eine solche erteilt wird, den Eintritt neuer Wettbewerber: Es besteht kein Rechtsanspruch auf eine Bewilligung. Bei einem abschlägigen Bescheid sind allfällige Vorauszahlungen an Grundstückseigner sowie die Ausgaben für den Bewilligungsprozess verloren.

124. Die Markteintrittsschranken für neue Betreiber von Kiesabbaustellen sind demnach sehr hoch. Von dieser Marktlage im Bereich des Kiesabbaus sind auch die nachgelagerten Stufen der Wertschöpfungskette betroffen. Kieswerke verarbeiten Rohkies (in der Region Bern im Wesentlichen Wandkies) und sind deshalb auf Zugang zu diesem Rohstoff angewiesen. Da die Transportkosten für Kies hoch sind, stehen Kieswerke in der Regel direkt neben Kiesabbaustellen. Manchmal werden Kieswerke auch nach Erschöpfung der am gleichen Standort abgebauten Kiesvorkommen weitergeführt. Das kann dann sinnvoll sein, wenn die gleiche Un-

¹⁶⁹ Act. VI.5, Antworten auf Frage 3 (22-0440)

¹⁷⁰ Act. VI.5, Antworten auf Frage 4 (22-0440). Falls eine Knappheit an Primärmaterial besteht, dauert der Bewilligungsprozess weniger lange.

¹⁷¹ Act. III.2, Rz 343–346 (22-0440)

ternehmung andernorts Kiesabbaustellen betreibt und die Transportdistanz zwischen Kiesabbaustelle und Abnehmern grösser ist als diejenige zwischen Kieswerk und Abnehmern. Hingegen gibt es kaum Kieswerke ohne unternehmenseigene Kiesabbaustelle.¹⁷²

125. Ein neu in den Markt eintretendes Kieswerk hätte Wandkies kaum zu kompetitiven Preisen und in ausreichenden Mengen von der Kästli- oder der Alluvia-Gruppe beziehen können, da sie eigene Kieswerke betreiben und ihren Wandkies zum überwiegenden Teil für den Eigenbedarf verwenden. Der einzige andere relevante Produzent von Wandkies im Verwaltungskreis Bern-Mittelland ist die KAGA. Diese betreibt selber kein Kieswerk, lieferte jedoch den von ihr abgebauten Kies im Untersuchungszeitraum zu Vorzugspreisen an ihre Aktionäre.¹⁷³ Ein neu eröffnetes Kieswerk ohne eigene Abbaustelle hätte also im Vergleich zu den bereits in diesem Geschäft tätigen Unternehmen höhere Preise für das Ausgangsmaterial Wandkies bezahlen müssen.

126. Eine weitere Alternative besteht darin, statt Wandkies aufbereiteten Kies aus Aushubmaterial oder Bauschutt zu verwenden. Diese Ausgangsstoffe spielen während des für die Untersuchung relevanten Zeitraums eine untergeordnete Rolle (dazu Rz 67). Die weitaus wichtigsten Abnehmer von Kies sind die Betonwerke. Diese sind während des Untersuchungszeitraums 2004–2013 auf Primär-Gesteinskörnungen angewiesen. Das liegt einerseits daran, dass Sekundär-Körnungen in der Regel aus gebrochenen Körnern bestehen. Für manche Verwendungszwecke bevorzugen die Kunden aber aus ästhetischen Gründen Beton aus ungebrochenen Körnern. Andererseits müssen bei einem hohen Anteil an Sekundär-Körnungen mehr Zement und mehr Zusatzstoffe beigemischt werden, um die erforderlichen Eigenschaften des hergestellten Betons gewährleisten zu können. Dadurch verteuert sich die Betonproduktion. Aus diesen Gründen gibt es praktisch keine Betonsorten, für welche ausschliesslich Sekundär-Körnungen verwendet werden. Ausserdem sind für manche hochwertigen Betonsorten nur Primär-Gesteinskörnungen geeignet.¹⁷⁴

127. Ohne eigene Kiesgrube wäre es also sehr schwierig gewesen, im Marktgebiet der Parteien 2004–2013 ein neues Kieswerk in Betrieb zu nehmen. Dazu kommt, dass die wichtigsten Abnehmer Beton- und Belagswerke sind. Da diese durch die Alluvia- und die Kästli-Gruppe kontrolliert werden,¹⁷⁵ gab es keinen Raum für Neueintritte in den Kiesmarkt 2004–2013.

128. Genauso wie die Herstellung von veredeltem Kies vom Ausgangsprodukt Wandkies abhängig ist, ist ein Betonhersteller auf Zugang zu veredeltem Kies angewiesen. Da die Gesteinskörnung für rund 80–85 % des Gewichts von Beton verantwortlich ist (vgl. Fussnote 135), sind auch hier kurze Transportwege entscheidend. Deshalb sind die meisten Betonwerke in unmittelbarer Nähe von Kieswerken angesiedelt und werden oft von den gleichen Unternehmen betrieben. Betonwerke ohne angegliedertes Kieswerk gehören fast immer Unternehmen, die in der Nähe ein Kieswerk betreiben.¹⁷⁶

¹⁷² [F. _____] (Act. VIII.A.49, Zeilen 367–370) und [G. _____] (Act. VIII.B.45, Zeilen 173–176) konnten spontan keine solchen Werke benennen.

¹⁷³ Preisliste 2004: Act. II.C.X.83; Preisliste 2005: Act. II.C.X.89; Preisliste 2006: Act. II.C.X.98; Preisliste 2008: Act. II.D.X.21; Preisliste 2013: Act. II.E.X.154 und Act. II.D.X.91. Alle Akten stammen aus dem Verfahren 22-0440

¹⁷⁴ Aussage von [E. _____] (Act.VIII.B.46, Rz 222–241). Übereinstimmend F. _____] (Act. VIII.A.49, Rz 323–355).

¹⁷⁵ Das grösste Belagswerk in der Nähe der Stadt Bern ist die BERAG in Rubigen. Während des Untersuchungszeitraums war die Kästli-Gruppe mit der Geschäftsführung betraut (Act.II.A.X.87, Geschäftsführungsvertrag vom 25. Juni 2003). Die Parteien kontrollierten gemeinsam [...] % des Aktienkapitals der BERAG ([...] % Kästli-Gruppe, Act. II.A.X.582, [...] % Alluvia-Gruppe, Act. VI.30, Rz 69).

¹⁷⁶ [F. _____] kennt kein Beispiel eines Betonwerks ohne dazugehöriges Kieswerk (Act. VIII.A.49, Rz 367–370). [E. _____] nennt einige Beispiele für Betonwerke ohne eigenes Kieswerk. Dabei bleibt allerdings unklar, ob den Unternehmen, welche diese Werke betreiben, nahe gelegene Kieswerke gehören (Act. VIII.B.46, Rz 300–304).

129. Da es während des Untersuchungszeitraums kaum relevante Betonsorten gab, die ausschliesslich mit Sekundär-Körnungen hergestellt wurden, war jedes Betonwerk auf Zugang zu Primär-Körnungen angewiesen. Der Betrieb eines Betonwerkes ausschliesslich mit Sekundär-Körnungen war keine gangbare Alternative. Das ist bis heute nach wie vor der Fall, obwohl Sekundär-Körnungen eher an Bedeutung gewonnen haben.¹⁷⁷

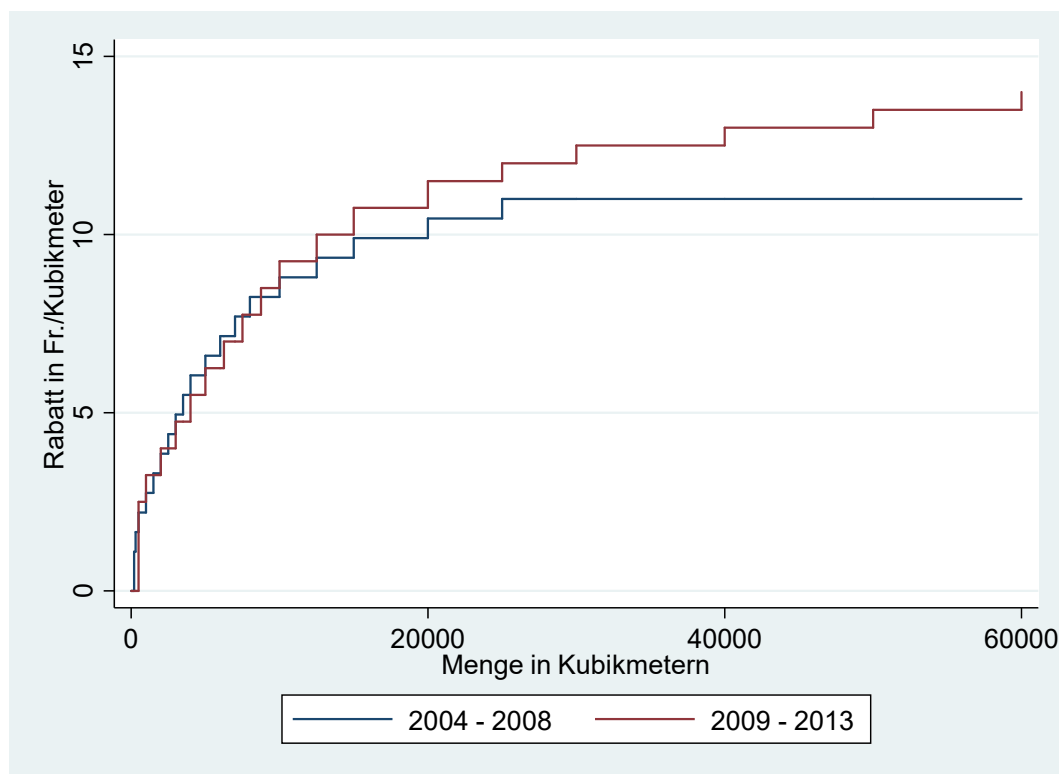
130. Grundsätzlich wäre es zwar möglich, ein Betonwerk ohne eigenes Kieswerk zu betreiben. Ein solches Betonwerk müsste aber Primär-Körnungen von ausserhalb beziehen und hätte dadurch höhere Produktionskosten im Vergleich zu den bestehenden Werken mit Kieswerk vor Ort.

131. Da ohne Kiesgrube die Eröffnung eines Kieswerks im gemeinsamen Liefergebiet der Alluvia- und der Kästli-Gruppe 2004–2013 unrentabel war und da ein Betonwerk ohne eigenes Kieswerk nur unter Inkaufnahme höherer Produktionskosten betrieben werden kann, waren auch im Markt für Transportbeton während des Untersuchungszeitraums keine Neuzutritte zu befürchten.

132. Zusätzlich zum Zugang zu Kies erschwert die Preispolitik der bereits etablierten Anbieter Neueintritte. Die der KTB angeschlossenen Werke gewährten ihren Kunden 2004–2013 einen gemeinsamen Mengenrabatt auf Bezüge von Beton und Mörtel (dazu hinten B.5.3, Rz 299 ff.). Die Höhe dieses Rabatts liegt 2004–2008 zwischen Fr. 1.10 und Fr. 11.– pro Kubikmeter. Im Jahr 2009 wurde der Rabatt leicht angepasst. Bei grösseren Bezugsmengen wurde seither ein grösserer Rabatt gewährt, so dass dieser 2009–2013 zwischen Fr. 2.50 und Fr. 14.– lag. Je grösser die während eines Jahres bei den der KTB angeschlossenen Betonwerken bezogene Menge, desto höher der Rabatt pro Kubikmeter. Abbildung 13 stellt den Zusammenhang zwischen der vom Kunden über das ganze Jahr hinweg bezogenen Menge an Beton und Mörtel und dem von den KTB-Werken gewährten Rabatt pro bezogenem Kubikmeter dar.

¹⁷⁷ Das Sekretariat fragte [F._____] (Alluvia-Gruppe) «Gibt es Betonwerke, die ausschliesslich Sekundär-Körnungen verarbeiten?» Antwort: «Nein, es braucht einen gewissen Teil an Primärmaterial. Es geht gar nicht. Nach der heutigen Norm funktioniert dies nicht» (Act. VIII.A.49, Rz 353–355). [F._____] ordnet sowohl Aushub als auch Recyclingmaterial dem Begriff «Sekundär-Körnungen» zu (Act. VIII.A.49, Rz 312–322). Übereinstimmend die Aussage von [E._____] (Kästli-Gruppe). Auf die Frage, «Ist man als Betonwerk auf Primärkörnungen angewiesen?», antwortet er, «Ja, das ist richtig» (Act. VIII.B.46, Rz 240–241). Auch er ordnet sowohl Aushub als auch Recyclingmaterial den «Sekundär-Körnungen» zu (Act. VIII.B.46, Rz 212–219).

Abbildung 13: KTB-Mengenrabatt



Quelle: Act. II.B.27

133. Sollte sich ein Kunde dazu entscheiden, einen Teil seiner Bezüge bei einem nicht der KTB angeschlossenen Werk zu tätigen, würde sich dadurch der Rabatt für alle anderen Bezüge ebenfalls reduzieren. Dadurch wird der Eintritt neuer Anbieter erschwert und das von den KTB-Werken belieferte Gebiet gegenüber von Drittanbietern abgeschottet.

134. Angenommen, eine Bauunternehmung benötigt zum Beispiel im Zeitraum 2009–2013 für Baustellen in der Stadt Bern 8000 m³ Beton in einem bestimmten Jahr. Diese 8000 m³ werden von den KTB-Werken geliefert. Nehmen wir ebenfalls an, dass diese Bauunternehmung für eine Baustelle am Rand des gemeinsamen Liefergebiets der KTB-Werke zusätzlich 5000 m³ Beton benötigt. Wenn die Bauunternehmung diese 5000 m³ Beton von einem auswärtigen Lieferanten bezieht, reduziert sich der Rabatt auf die 8000 bei den KTB-Werken bezogenen Kubikmeter von Fr. 10.– auf Fr. 7.75 pro Kubikmeter. Dieser Rückgang des Rabatts um Fr. 2.25 pro Kubikmeter entspricht 1,7 % des durchschnittlichen Werkpreises für Beton und Mörtel der KTB-Werke 2007–2013.¹⁷⁸

135. Nicht nur der gemeinsame Mengenrabatt, sondern auch der von den KTB-Werken 2004–2013 an den Baumeisterverbandes Region Bern (BVRB) ausbezahlte Kies- und Betonbatzen erschwert Neueintritte und schottet den Markt gegenüber auswärtigen Anbietern ab (dazu hinten B.5.5, Rz 628 ff.). Dabei werden dem BVRB pro Kubikmeter Kies 30 Rappen und pro Kubikmeter Beton 50 Rappen überweisen. Angerechnet werden Bezüge von Mitgliedern,

¹⁷⁸ Der durchschnittliche Werkpreis für Beton und Mörtel der KTB-Werke beträgt 2007–2013 Fr. [...]. Diese Zahl wurde aufgrund der von den Parteien eingereichten Lieferscheindaten berechnet (vgl. Rz 35 ff.). Da für die meisten grösseren Baustellen Offerten bei allen in der Nähe der Baustelle gelegenen Hersteller eingeholt werden, können die der KTB AG angeschlossenen Werke überprüfen, ob die Bauunternehmungen sämtlichen Kies und Beton in ihrem Liefergebiet bei ihnen bezogen haben.

die im Liefergebiet der KTB-Werke ausschliesslich von den KTB-Werken Kies und Beton beziehen.¹⁷⁹ Bereits geringe Bezüge von auswärtigen Anbietern führen dazu, dass der Kies- und Betonbatzen für sämtliche Bezüge der fehlbaren Bauunternehmung gestrichen wird.

136. Im bereits in Rz 132 diskutierten Beispiel hätten die KTB-Werke dem BVRB einen Betonbatzen von Fr. 0.5 pro Kubikmeter überwiesen, falls auch der Beton der Baustelle am Rand des Liefergebiets von den KTB-Werken bezogen wird. Wenn hingegen ein auswärtiger Anbieter den Zuschlag erhält, fällt diese Zahlung von insgesamt 6500 Franken vollständig weg. Gerade bei kleineren Baustellen wird sich deshalb die Bauunternehmung gut überlegen, auswärtige Anbieter zu berücksichtigen. Im Gegensatz zum KTB-Mengenrabatt wird der Kies- und Betonbatzen allerdings nicht direkt an die Bauunternehmungen ausbezahlt.

137. Auch im Bereich Transportbeton ist also ein Neueintritt schwierig, so dass der Druck durch potenzielle Markteintritte in allen untersuchten Märkten gering ausfällt. Tatsächlich traten im Untersuchungszeitraum 2004–2013 keine neuen Wettbewerber in den Markt für Kies oder Beton im gemeinsamen Liefergebiet der Parteien ein.

138. Trotzdem sind Neueintritte nicht unmöglich. Eine Tochtergesellschaft der Marti-Gruppe hat nach dem Untersuchungszeitraum im November 2016 ein neues Betonwerk in Lätti im Norden von Bern in Betrieb genommen.¹⁸⁰ Als eine der grössten Bauunternehmungen der Region Bern¹⁸¹ mit eigenen Kiesgruben und Kieswerken ist die Marti-Gruppe einer der wenigen Akteure, der erfolgreich eintreten konnte. Am gleichen Standort betreibt die Marti-Gruppe eine Anlage zur Aufbereitung von Sekundär-Material. Zusätzlich können Primär-Körnungen von den gruppeneigenen Kieswerken beigeführt werden. Da der hergestellte Beton für den Eigenbedarf eingesetzt wird,¹⁸² spielt die Preispolitik der etablierten Anbieter keine Rolle.

139. Auch andere Grosskunden könnten sich grundsätzlich zu ähnlichen Schritten entscheiden. Diese haben aber nicht alle Zugang zu eigenen Kiesvorkommen. Ausserdem sind die meisten grösseren Bauunternehmungen der Region an der Frischbeton AG Rubigen beteiligt.¹⁸³ Dadurch können sie Beton zu tieferen Preisen beziehen: Der entsprechende Aktionärsbonus schwankt von 2007 bis 2013 je nach Geschäftsgang und anstehenden Neubauprojekten zwischen Fr. [5–1].– und Fr. [<15].– pro Kubikmeter.¹⁸⁴ Dadurch wird der Anreiz für Neueintritte zusätzlich reduziert.

140. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im Zeitraum 2004–2013 in den Märkten für Kies und Beton der Stadt Bern und Umgebung nur ein geringer Wettbewerbsdruck durch potenzielle Neueintritte bestand. Lediglich Grosskunden mit eigenem Zugang zu Kies wie zum Beispiel die Marti AG hätten möglicherweise erfolgreich in das Kies- und Betongeschäft eintreten können. Bereits etablierte andere Anbieter konnten zwar die Region Bern ebenfalls mit Kies und Beton beliefern, aber nur zu höheren Transportkosten. Nur bei Grossbaustellen hätten die Nachfrager allenfalls auf Baustellenanlagen ausweichen können.

¹⁷⁹ Act. II.A.12

¹⁸⁰ <<https://www.marti-bern.ch/de/Pages/News/Betonanlage-Lätti.aspx>> (10.01.2019)

¹⁸¹ 

¹⁸² <<https://www.marti-bern.ch/de/Pages/News/Betonanlage-Lätti.aspx>> (10.01.2019)

¹⁸³ Act. VIII.B.49, Anhang

¹⁸⁴ Act. VIII.B.40.a, Antwort auf Frage 1

B.4.4.6 Preisbildung

(i) Definitionen

141. In diesem Abschnitt wird dargelegt, wie die Preise für Kies- und Betonprodukte einschliesslich Transport von den Parteien festgelegt werden. Dabei muss zwischen verschiedenen Preisen unterschieden werden: Offerten werden in der Regel für Kies und Beton einschliesslich des Transports vom Werk zur Baustelle erstellt. Wenn der Preis den Transport einschliesst, ist vom «Baustellenpreis» oder dem Preis «franko Baustelle» die Rede. Wenn hingegen der Transport nicht eingeschlossen ist, spricht man vom «Werkpreis». Ausserdem muss zwischen den in den Preislisten der Anbieter aufgeführten Preisen («Listenpreise») und den tatsächlich bezahlten Preisen («Nettopreise») unterschieden werden. In Abbildung 14 sind diese verschiedenen Preise grafisch dargestellt.¹⁸⁵

Abbildung 14: Definitionen Preise



Quelle: Eigene Darstellung

(ii) Umsatzanteil der zum Listenpreis verkauften Produkte

142. Für den überwiegenden Teil des von den Parteien verkauften Kies und Betons werden Offerten erstellt.¹⁸⁶ Ein kleiner Teil der Kunden fordert hingegen keine Offerten an und bezahlt in der Regel den Listenpreis (vgl. Tabelle 7). Dabei handelt es sich vor allem um Kunden, die den Kies oder Beton selber beim Werk abholen. Tabelle 8 enthält Angaben darüber, welcher Anteil des Umsatzes bzw. der abgesetzten Menge 2007–2013 mit Produkten erzielt wurde, die zum Listenpreis verkauft wurden.¹⁸⁷ Für einen Teil der zum Listenpreis verkauften Produkte wurden möglicherweise ebenfalls Offerten erstellt.

¹⁸⁵ Auch in Bezug auf den Transport geben die Anbieter Listenpreise an. Diese werden oft pro Postleitzahl festgelegt. Manchmal enthalten die Preislisten Karten mit eingezeichneten Transportzonen, für welche jeweils der gleiche Listenpreis in Bezug auf den Transport gilt. Bei grösseren Baustellen werden die Transportpreise in der Regel individuell pro Baustelle berechnet. Die entsprechenden Berechnungen fliessen in den angebotenen Preis «franko Baustelle» ein.

¹⁸⁶ Die Alluvia-Gruppe hat Listen der laufenden Offerten eingereicht (Act. VIII.A.5.b). Darin ist jeweils die Anzahl Kubikmeter Beton/Mörtel angegeben, die Gegenstand der aufgelisteten Offerten sind. Die kleinste Menge, für welche eine Offerte erstellt wurde, sind [5–10] m³. Gemäss Auskunft der Parteien werden praktisch für alle Baustellen Offerten erstellt (Act. VIII.B.46, Rz 79–82 sowie Act. VIII.A.49, Rz 162–166).

¹⁸⁷ Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Listenpreise der Werke der Kästli-Gruppe nur für die Jahre 2010–2013 elektronisch verfügbar sind und deshalb nur diese 4 Jahre ausgewertet wurden. Ausserdem sind nur die wichtigsten Sorten in den Preislisten der Kästli-Gruppe aufgeführt. Lieferungen, für welche Listenpreise vorliegen machen bei der Kästli-Gruppe 2007–2013 [>50] % der Summe der Werkpreise aller Lieferungen sowie [>50] % der insgesamt verkauften Anzahl Kubikmeter Kies und Beton aus. In den Daten der Alluvia-Gruppe sind hingegen für sämtliche der Jahre 2007–2013 und sämtliche Produkte Listenpreise enthalten.

Tabelle 8: Umsatzanteil der zum Listenpreis verkauften Produkte

Partei	Produkt	Menge (m ³)	Menge (%)	Umsatz (Mio. Fr.)	Umsatz (%)
Alluvia	Beton	[...]	[10-20] %	[...]	[10-20] %
Alluvia	Kies	[...]	[50-75] %	[...]	[50-75] %
Alluvia	Total	[...]	[15-25] %	[...]	[15-25] %
Kästli	Beton	[...]	[2-10] %	[...]	[2-10] %
Kästli	Kies	[...]	[20-30] %	[...]	[20-30] %
Kästli	Total	[...]	[5-20] %	[...]	[5-20] %

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

(iii) Offertstellung

143. Wenn eine Bauunternehmung eine Offerte für ein Bauprojekt einreichen möchte, holt die Bauunternehmung vorher ihrerseits Offerten von möglichen Lieferanten der verschiedenen Baumaterialien ein. Damit kann sie den angebotenen Preis für das Bauprojekt kalkulieren. Wenn die Bauunternehmung den Zuschlag erhält, werden die Preise der Lieferanten oft nochmal nachverhandelt.¹⁸⁸

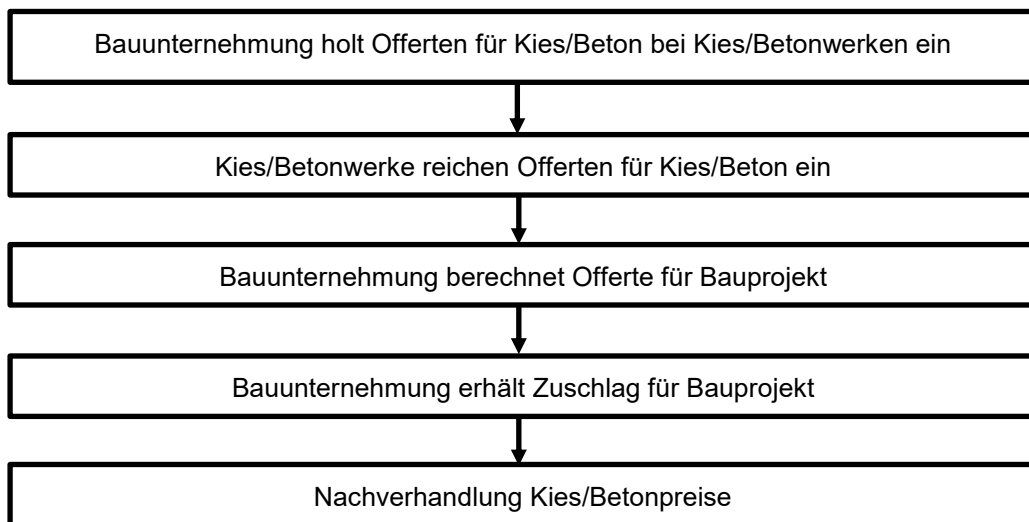
144. Die Bauunternehmungen laden in der Regel alle Kies- und Betonwerke zur Offertstellung ein, die sich in der Nähe der geplanten Baustelle befinden. Bedingung ist lediglich, dass die Werke die benötigten Produkte tatsächlich anbieten. Qualitätsunterschiede spielen hingegen bei den normierten Kies- und Betonsorten kaum eine Rolle. Offeriert wird in der Regel ein Preis «franko Baustelle», im Angebot ist also der Transport miteingeschlossen. Ausgewählt wird der Anbieter, der den niedrigsten Preis offeriert. In der Regel handelt es sich dabei um den Anbieter, dessen Werk sich am nächsten bei der geplanten Baustelle befindet.¹⁸⁹

145. Der soeben beschriebene Preisbildungsprozess für Kies- und Betonbestellungen von Bauunternehmungen ist in Abbildung 15 dargestellt.

¹⁸⁸ Der Verhandlungsprozess wird übereinstimmend von [E. _____] (Act. VIII.B.46, Rz 99–106) und den Vertretern der Marktgegenseite beschrieben (Act. III.3, Rz 108–114, Act. III.2, Rz 113–137).

¹⁸⁹ Act. II.2, Rz 139–152, Act. III.3, Rz 115–155

Abbildung 15: Preisbildungsprozess Kies/Beton



Quelle: Eigene Darstellung

(iv) Preiskalkulation

146. Als nächstes wird dargelegt, wie die Kies- und Betonwerke die ihrerseits den Bauunternehmungen offerierten Preise berechnen. Obwohl in den allermeisten Fällen Angebote inklusive Transport unterbreitet werden, werden die Transportpreise hier nicht weiter diskutiert. Gemäss Aussagen von Vertretern der Nachfrageseite hätten die Bauunternehmungen die Möglichkeit, den Transport von Kies und Beton selber zu organisieren. Trotzdem überlassen sie diese Aufgabe den Kies- und Betonwerken, da es sich nicht lohnen würde, selber zu transportieren.¹⁹⁰ Die Kies- und Betonhersteller scheinen also mit dem Transport keine grösseren Gewinne zu erwirtschaften.¹⁹¹

147. Es bleibt deshalb darzulegen, wie die Kies- und Betonwerke ihre Netto-Werkpreise, d.h. die tatsächlich bezahlten Preise ohne Transport, festlegen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass folgende Faktoren einen Einfluss auf den Netto-Werkpreis von Kies und Transportbeton haben:

- Produktionskosten
- Erwartete Auslastung des Lieferwerks
- Grösse der Baustelle
- Erwartungen in Bezug auf die von anderen Werken eingereichten Offerten

148. Je nach Abbaustelle können die Kosten des Kiesabbaus unterschiedlich hoch ausfallen. Ausserdem gibt es Kieswerke ohne direkt angegliederte eigene Abbaustelle. Wenn der Kies von anderen Abbaustellen herbeigeführt werden muss, entstehen dadurch zusätzliche Kosten. Die Kosten der Kiesaufbereitung sind hingegen überall vergleichbar.¹⁹²

149. Wie oben ausgeführt, haben die der KTB AG angeschlossenen Werke im Untersuchungszeitraum 2004–2013 Wandkies von der KAGA bezogen. Dafür haben alle KTB-Werke

¹⁹⁰ Act. III.2, Rz 258–267, Act. III.3, Rz 320–331

¹⁹¹ Ausserdem liegen Angaben zu den Transportkosten nur für die von den Werken selber organisierten Lieferungen vor. Zusätzlich ist es nicht immer möglich, die Transportkosten dem transportierten Material zuzuordnen. Deshalb ist eine umfassende Auswertung der Transportpreise im Gegensatz zu den Preisen ab Werk (exkl. Transport, «Werkpreise») nicht möglich.

¹⁹² Act. VIII.A.49, Rz 303–310, Act.VIII.B.45, 159–168

den gleichen Preis ab Kiesgrube bezahlt. Ausserdem waren durch den von der KAGA erstatteten so genannten «Transportkostenausgleich»¹⁹³ nicht nur die Preise ab Kiesgrube, sondern trotz unterschiedlicher Fahrzeit auch die Kosten für den Transport zwischen Abbaustelle und den verschiedenen KTB-Kieswerken vergleichbar.¹⁹⁴ Deshalb sind die Produktionskosten der KTB-Werke für Kies im Untersuchungszeitraum vergleichbar, obwohl nicht alle Kieswerke über eine eigene Abbaustelle verfügen.

150. Vergleichbar sind auch die Einkaufspreise der für die Betonproduktion benötigten Ausgangsstoffe sowie die Produktionskosten der verschiedenen Betonwerke. Unterschiede gibt es nur in Bezug auf die Transportkosten für Kies: Die meisten Betonwerke sind direkt neben einem Kieswerk angesiedelt. Wenn der Kies von einem anderen Werk herbeigeführt werden muss, entstehen dadurch zusätzliche Kosten.¹⁹⁵

151. Mit Ausnahme des Werks Worblaufen verfügen alle der KTB-Betonwerke über ein Kieswerk vor Ort. Deshalb kann man davon ausgehen, dass mit Ausnahme des Werks Worblaufen alle KTB-Betonwerke während des Untersuchungszeitraums über vergleichbare Produktionskosten verfügten. Auch die allermeisten nicht der KTB angeschlossenen Betonwerke der Region befinden sich in direkter Nachbarschaft zu einem Kieswerk.¹⁹⁶

152. Neben den Produktionskosten kann auch die Auslastung der Werke den Betonpreis beeinflussen. Da die Offerten in der Regel längere Zeit vor der Lieferung erstellt werden, ist es allerdings oft schwierig, zum Zeitpunkt der Preisverhandlung die genaue Auslastung zum Zeitpunkt der Lieferung vorauszusagen.¹⁹⁷ Zudem ist nicht nur die Auslastung der Werke, sondern auch diejenige der für den Transport eingesetzten Fahrzeuge entscheidend. Dazu sind keine Daten vorhanden.

153. Die erwartete Auslastung der Kieswerke hat kaum einen Einfluss auf den Preis, da Kies im Gegensatz zu Transportbeton problemlos gelagert werden kann.

154. Ein weiterer Faktor, der einen Einfluss auf den Betonpreis haben kann, ist die Grösse der belieferten Baustelle (gemessen in Kubikmetern gelieferten Betons): Je grösser die Baustelle, desto tiefer der Preis pro Kubikmeter.¹⁹⁸ Diese Baustellenrabatte lassen sich teilweise dadurch erklären, dass bei Grossaufträgen die Werke besser ausgelastet werden können. Da Beton nicht haltbar ist, ist die Koordination bei einer Vielzahl von Kleinaufträgen schwieriger als bei wenigen Grossaufträgen. Da Kies im Gegensatz zu Beton problemlos gelagert werden kann, dürfte der Baustellenrabatt beim Kies im Vergleich zum Beton eine weniger wichtige Rolle spielen. Wie aus Tabelle 8 hervorgeht, wird beim Kies ein deutlich grösserer Anteil der abgesetzten Menge zum Listenpreis verkauft.

155. Schliesslich beeinflusst die Wettbewerbssituation den Kies- und Betonpreis. Wenn der Anbieter davon ausgehen muss, dass andere Werke zu einem tiefen Preis anbieten, wird er

¹⁹³ Dieser ist nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung, sondern wird in einem anderen Verfahren (22-440) untersucht.

¹⁹⁴ Act. II.D.X.11 und II.D.X.14 (für 2002), II.C.X.81 und II.C.X.82 und II.D.X.16 (für 2003), II.D.X.17 (für 2004), II.D.X.18 (für 2005), II.D.X.19 (für 2006), II.C.X.106 und II.D.X.20 (für 2007), II.C.X.116 (für 2008), II.C.X.124 und II.D.X.30 (für 2009), II.C.X.134 und II.D.X.37 (für 2010), II.D.X.50 (für 2011), II.D.X.58 und II.E.X.110 (für 2012), II.D.X.90 und II.E.X.155 (für 2013). Alle Akten stammen aus dem Verfahren 22-0440.

¹⁹⁵ Aussage von [E.____], [Funktionsbezeichnung] der Kästli Bau AG, Act. VIII.B.46, Rz 197–210. Übereinstimmend [F.____], [Funktionsbezeichnung] der Alluvia-Gruppe, Act. VIII.A.49, Rz 293–301.

¹⁹⁶ [E.____] kennt ausser einem Werk in Basel und Werken in Brienz und Adelboden keine weiteren Betonwerke, die über kein Kieswerk vor Ort verfügen (Act. VIII.B.46, Rz 300–304).

¹⁹⁷ Aussage [E.____], Act. VIII.B.46, Rz 117–127. Auch [F.____] gibt an, dass die Auslastung bei der Preissetzung eine Rolle spielen kann (Act. VIII.A.49, Rz 181–183).

¹⁹⁸ [F.____] gibt zu Protokoll, dass die Grösse der Baustelle den Preis beeinflusst (Act. VIII.A.49, Rz 174–177).

nach Möglichkeit selber ebenfalls einen günstigeren Preis offerieren.¹⁹⁹ Da sich die Kosten der verschiedenen Werke im Wesentlichen in Bezug auf die Transportkosten zwischen Werk und Baustelle unterscheiden, muss ein Anbieter umso günstiger offerieren, je näher sich die Werke seiner Konkurrenten bei der Baustelle befinden.²⁰⁰

156. Im Gegensatz zur Distanz zwischen Werk und Baustelle kann die Auslastung der verschiedenen Werke von Aussenstehenden nicht ohne Weiteres beobachtet werden und dürfte deshalb kaum einen Einfluss auf die Erwartung anderer Anbieter in Bezug auf die von den Konkurrenten eingereichten Offerten haben.

157. In Tabelle 9 sind die 2007–2013 von den KTB-Werken durchschnittlich gewährten Rabatte auf den Listenpreis für Kies und Beton angegeben.²⁰¹ Lieferungen, die zum Listenpreis verkauft werden, werden in diesen Berechnungen nicht berücksichtigt. Zusätzlich zu den hier aufgeführten Rabatten wird den Kunden der KTB-Werke jeweils im Folgejahr der gemeinsame Mengenrabatt gewährt. Die Aktionäre der Frischbeton AG Rubigen erhalten darüber hinaus einen Aktionärsrabatt. Diese beiden Rabatte sind nicht in den in Tabelle 9 dargestellten Zahlen enthalten. Die Höhe dieser Rabatte ist nicht von den soeben diskutierten Faktoren abhängig: Der gemeinsame KTB-Mengenrabatt bemisst sich nach der insgesamt während eines Jahres bezogenen Menge, der Aktionärsrabatt der Frischbeton AG Rubigen ist einzig davon abhängig, ob eine Bauunternehmung Aktionärin ist. Eine genauere Untersuchung des Einflusses der verschiedenen Faktoren auf den Betonpreis wird in Abschnitt B.5.4.3.4 vorgenommen.

Tabelle 9: Durchschnittliche Rabatte (ohne KTB-Mengenrabatt und Aktionärsrabatt)

Hersteller	Produkt	Rabatt (% des Listenpreises)	Rabatt (Fr. pro m ³)
Alluvia	Beton	[10-20] %	[20-30]
Alluvia	Kies	[5-15] %	[3-10]
Kästli	Beton	[10-20] %	[15-30]
Kästli	Kies	[10-20] %	[5-10]

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

(v) Verhandlungsmacht grosser Bauunternehmungen

158. Kleinkundinnen und Kleinkunden haben kaum Verhandlungsmacht und beziehen Kies- und Beton in der Regel zum Listenpreis. Nichtbaumeister bezahlen sogar einen Zuschlag von 15 % auf den Listenpreis. Im Gegensatz dazu erhalten Kundinnen und Kunden, insbesondere die Betreiberinnen und Betreiber von Grossbaustellen, substantielle Rabatte auf ihre Betonbezüge.

159. Die Grosskundinnen und Grosskunden erhalten einerseits deshalb Rabatte, weil die Belieferung einer Grossbaustelle eine höhere Werkauslastung erlaubt (vgl. Rz 154). Ausserdem könnten sie möglicherweise bei manchen Grossbaustellen auf Baustellenanlagen ausweichen (vgl. Rz 95f) und hätten auf lange Frist teilweise vielleicht sogar die Möglichkeit,

¹⁹⁹ [E. ____] führt aus, dass der offerierte Preis davon abhängig ist, was andere Wettbewerber einreichen könnten (Act. VIII.B.46, Rz 95-96). Die Alluvia-Gruppe schreibt: „

_____“ (Act. VIII.A.5.b, S. 4).

²⁰⁰ Die Vertreter der Marktgegenseite geben beide zu Protokoll, dass die Distanz zwischen Werk und Baustelle in der Regel einen starken Einfluss auf den angebotenen Preis hat (Act. III.2, Rz 179–182, Act. III.3, Rz 236–237).

²⁰¹ Zur Berechnung des durchschnittlichen Rabatts werden die Listenpreise sowie die tatsächlichen Werkpreise aller Lieferungen 2007–2013 aufsummiert, für welche Listenpreise vorliegen. Der durchschnittliche Rabatt entspricht dem prozentualen Anteil der Summe der Werkpreise an der Summe der Listenpreise. Wie bereits in Fussnote 187 ausgeführt wurde, liegen für die Kästli-Gruppe nur Listenpreise der Jahre 2010–2013 vor.

selber Beton zu produzieren (vgl. Abschnitt B.4.4.5). Da Baustellenanlagen aber nur selten wirtschaftlich eingesetzt werden können und ein Neueintritt teuer und nur langfristig realisierbar wäre, ist das Drohpotenzial der grossen Bauunternehmungen beschränkt. Wie die kleineren Unternehmen versuchen auch sie in erster Linie, den Wettbewerb unter den bestehenden Anbietern zu ihren Gunsten auszunützen, indem sie von allen relevanten Anbietern Offerten einholen. Wenn dieser Wettbewerb nur unvollständig spielt, sind auch sie von den entsprechenden Auswirkungen betroffen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass diese Anbieter wiederholt von Jahr zu Jahr mit den Betonherstellern verhandeln.

160. Zahlreiche Bauunternehmungen sind Aktionäre der Frischbeton AG Rubigen. Die Aktienmehrheit sowie die Geschäftsführung liegen aber bei der Kästli-Gruppe. Deshalb hält sich der Einfluss der anderen Bauunternehmungen auf den von der Frischbeton AG Rubigen gesetzten Betonpreis in engen Grenzen.

(vi) Ausmass des preislichen Spielraumraums der Parteien

161. Die oben beschriebenen Marktverhältnisse erlauben eine Beurteilung des Spielraums der Parteien bezüglich Festlegung der Kies- und Betonpreise im Verhältnis zu anderen Marktteilnehmern. Der Preissetzungsspielraum der Parteien wird vor allem durch Konkurrenten eingeschränkt, deren Werke sich in der Nähe der gemeinsamen Liefergebiete der Parteien befinden. Je näher eine Baustelle bei einem dieser Konkurrenzwerke liegt, desto geringer fällt der Spielraum der Parteien in Bezug auf den Werkpreis aus, den sie gegenüber ihren Kunden durchsetzen können. Im Kerngebiet des gemeinsamen Liefergebiets der Parteien (Stadt Bern) müssen die Konkurrenten deutlich höhere Transportkosten in Kauf nehmen. Dementsprechend ist dort der Spielraum der Parteien am grössten. Am Rand des gemeinsamen Liefergebiets haben die Parteien hingegen kaum noch Spielraum, da sie dort im Vergleich zur Konkurrenz keine Transportkostenvorteile geniessen.²⁰²

B.4.5 Zusammenfassung der Beweisergebnisse

162. Von der untersuchten wettbewerbsrechtlich relevanten Verhaltensweise waren drei verschiedene Produktgruppen betroffen: Kies, Transportbeton sowie Transporte von Kies- und Beton. Diese Produkte wurden zum grössten Teil von Bauunternehmungen nachgefragt. Aus deren Sicht gab es dafür kaum Substitute.

²⁰² Anlässlich einer Zeugeneinvernahme fragte der Rechtsvertreter der Kästli-Gruppe den einvernommenen [Funktionsbezeichnung] einer Bauunternehmung [I. _____]: «Wenn Alluvia und Kästli 10 % höhere Preise als andere Anbieter verlangen würden, müssten Sie in der Stadt und Agglomeration Bern auf Alluvia und Kästli zurückgreifen oder haben Sie Alternativen?» [I. _____] antwortete: «FBB und Daepf sind in der Nähe. Wenn die Preise von Alluvia und Kästli 10 % höher wären, dann würden FBB und Daepf in Frage kommen. Alluvia und Kästli würden höchstwahrscheinlich ihre Preise anpassen» (Act. III.3, Zeilen 405–410).

In der Fragestellung wurde nicht klargestellt, ob von Werkpreisen oder von Baustellenpreisen die Rede ist. Normalerweise verhandeln die Bauunternehmungen Betonpreise einschliesslich Transport (also Baustellenpreise). In diesem Fall ist klar, dass die Bauunternehmung den günstigsten Anbieter auswählt und nicht bereit ist, 10 % höhere Preise zu akzeptieren, da Qualitätsunterschiede eine untergeordnete Rolle spielen. Da die Transportkosten der Parteien zur Belieferung von Baustellen in der Stadt Bern tiefer sind als diejenigen ihrer Konkurrenten, können diese in der Stadt Bern auch bei identischen Baustellenpreisen im Vergleich zur Konkurrenz höhere Werkpreise durchsetzen.

Des Weiteren ist anzumerken, dass die entsprechende Frage nicht dem SSNIP-Test entspricht, wie das von der Kästli-Gruppe geltend gemacht wird (Act. IV.29, Rz 15). Mit dem SSNIP-Test wird untersucht, ob eine Preiserhöhung seitens eines hypothetischen Monopolisten relativ zum Wettbewerbspreis profitabel wäre. Im vorliegenden Fall entsprach der während des Untersuchungszeitraums herrschende Preis aufgrund der in dieser Verfügung nachgewiesenen kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen nicht dem Wettbewerbspreis. Deshalb kann der SSNIP-Test im vorliegenden Fall nicht ohne weiteres angewendet werden. Ausserdem fragte der Rechtsvertreter der Kästli-Gruppe nicht nach den Auswirkungen einer Preiserhöhung, sondern nach den Auswirkungen eines Preisunterschieds relativ zu anderen Anbietern. Das entspricht nicht dem SSNIP-Test. Zudem lässt sich dieser nicht anhand der Befragung eines einzigen Zeugen zuverlässig durchführen.

163. Aufgrund der hohen Transportkosten von Kies und Beton konnten 2004–2013 nur diejenigen Hersteller Kies und Beton zu konkurrenzfähigen Preisen im Raum Bern anbieten, die in der gleichen Region über eine eigene Abbaustelle für Kies verfügten. Da Unternehmen, die mit der Alluvia- oder der Kästli-Gruppe verbunden waren, den Grossteil des in der Region Bern-Mittelland abgebauten Kies kontrollierten, nahmen die Parteien dieses Verfahrens sowohl im Kiesmarkt als auch im nachgelagerten Betonmarkt eine starke Stellung ein. Neueintritte waren unter anderem aufgrund des gesetzlich vorgesehenen Bewilligungsverfahrens für neue Kiesabbaustellen kaum möglich. Aus diesen Gründen hatten die Parteien gemeinsam einen erheblichen Spielraum, die Preise für Kies und Beton 2004–2013 bis zu einem gewissen Grad unabhängig von anderen Marktteilnehmern festzulegen.

164. Die der KTB angeschlossenen Kies- und Betonwerke lieferten den Grossteil ihrer Produkte an Ortschaften, die innerhalb von weniger als 20 Minuten Fahrzeit ab Werk erreicht werden konnten. Ein Teil des Kieses sowie ein (unbedeutender) Anteil des Betons wurden zum Listenpreis an die Endkunden verkauft. Der weitaus grösste Teil des Umsatzes wurde durch Aufträge zur Belieferung von Baustellen erzielt, für welche die Kies- und Betonwerke Offerten einreichten. Dabei wurde in der Regel bei grösseren Baustellen ein tieferer Preis offeriert als bei kleineren Baustellen. Auch die Lage anderer Werke sowie die erwartete Auslastung der Kies- und Betonwerke beeinflussten den offerierten Preis wahrscheinlich zu einem gewissen Grad.

B.5 Wettbewerbsrechtlich relevante Verhaltensweisen

B.5.1 Vorbemerkung zur Beweisführung

165. Nachfolgend werden die verschiedenen rechtserheblichen Verhaltensweisen der Verfahrensparteien dargelegt, die Gegenstand dieses Verfahrens sind. Rechtserheblich sind typischerweise Tatsachen, welche das Tatbestandsmerkmal eines Rechtssatzes erfüllen oder auf ein solches schliessen lassen.²⁰³ Rechtserheblich sind vorliegend folglich diejenigen Tatsachen, welche auf die Erfüllung der Tatbestände der Artikel 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 KG und Art. 4 Abs. 2 KG i.V.m. Art. 7 KG schliessen lassen. Im Einzelnen werden die Sachverhaltsabschnitte folgendermassen aufgeteilt: Konsens und Inhalt, Beteiligte, verfolgter Zweck, Dauer sowie Umsetzung und Auswirkung der Verhaltensweisen. Die gemeinsame starke Marktstellung der Verfahrensparteien wurde bewiesen (vgl. dazu Rz 116–117, Rz 158–161). In der Folge wird daher noch über den Behinderungsmissbrauch dieser Marktstellung Beweis geführt. Über die Tatsachen, welche das Tatbestandselement des Missbrauchs erfüllen, wird mit Bezug auf den gemeinsamen Mengenrabatt unter B.5.3.2, Rz 321 ff. sowie B.5.3.4, Rz 359 ff. Beweis geführt und Bezug auf den Kies und Betonbatzen unter B.5.5.2, Rz 639 ff. und B.5.5.4, Rz 660 ff.

166. Das Vorliegen eines natürlichen ausdrücklichen oder stillschweigenden Konsenses ist eine Tatfrage.²⁰⁴ Mit der Beweisführung über den Konsens geht notwendigerweise die Beweisführung über die Beteiligten am Konsens und dem Inhalt dieses Konsenses einher. Ferner ist herzuleiten, welchen Zweck der Konsens verfolgt. Zum Beweis des verfolgten Zweckes genügt es, wenn die Behörden darlegen, dass der Inhalt des Konsenses objektiv

²⁰³ PETER GUYAN, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), 2010, Art. 150 N 3.

²⁰⁴ BGE 133 III 406, 409 E. 2.2.; Urteil des BVGer B-5685/2012 vom 17.12.2015, E. 4.1, *Altimum*; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch/Arnet et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 N 22

geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen.²⁰⁵ Es steht den Behörden aber auch frei, anstelle dessen die subjektive Absicht zur Wettbewerbsbeschränkung zu beweisen.

167. Weiter ist darzulegen, ob die Beteiligten den erreichten Konsens auch in die Tat umgesetzt haben. Zwar reicht es für die Tatbestandsmässigkeit des Konsenses aus, wenn der Konsens zwischen den Beteiligten einen potenziell wettbewerbsschädigenden Inhalt hat, ohne dass das Verhalten umgesetzt zu werden braucht (vgl. dazu Rz 874). Mit Bezug auf die Rechtsfolge ist jedoch zu beachten, dass ein tatsächlich umgesetztes Verhalten bei der Sanktionierung anders zu gewichten ist als ein abgemachtes, aber nicht umgesetztes Verhalten. Aus diesem Grund ist auch über die Umsetzung Beweis zu führen.

168. Schliesslich ist die Auswirkung des Verhaltens zwischen den Parteien darzulegen. Bei der Prüfung der Auswirkung wird in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht die volkswirtschaftliche Wirkung der Verhaltensweisen untersucht. Darüber brauchen die Wettbewerbsbehörden keinen Beweis zu führen.²⁰⁶ Vielmehr prüfen die Wettbewerbsbehörden, ob sich die Verfahrensparteien entsprechend ihrem Konsens verhalten und den Wettbewerb untereinander eingeschränkt haben. Der Grad der Einschränkung ist bei tatbestandsmässigen und sanktionierbaren Verhaltensweisen bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen.

169. Die Wettbewerbsbehörden nennen jeweils das Beweisthema und die relevanten Beweismittel, bevor sie diese einer Beweiswürdigung unterziehen und die Ergebnisse der Beweiswürdigung im Beweisergebnis zusammenfassen.

170. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass der Sachverhalt umfassend dargestellt und bewiesen ist und die Beweisergebnisse im Rahmen der Erwägungen einer rechtlichen Würdigung unterzogen werden können.

171. Die folgenden Sachverhaltsabschnitte werden der Reihe nach untersucht:

- Koordination der Listenpreise für Baustoffe (dazu hinten B.5.2, Rz 172 ff.),
- gemeinsamer Mengenrabatt (dazu hinten B.5.3, Rz 299 ff.),
- Koordination der Liefergebiete (dazu hinten B.5.4, Rz 388 ff.),
- Entrichtung eines Kies- und Betonbatzens (dazu hinten B.5.5, Rz 628 ff.),
- gemeinsames Inkasso (dazu hinten B.5.6, Rz 688 ff.),
- gemeinsamer sämtliche Verhaltensweisen umspannender Konsens zur Zusammenarbeit («Gesamtabrede», dazu hinten B.5.7, Rz B.5.7.1 ff.).

²⁰⁵ Urteil des BVGer B-506/2010 vom 19.12.2013, E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013, E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*; RPW 2011/4, 584, Rz 389, *ASCOPA*

²⁰⁶ BGE 143 II 297, 314 f. E. 5.1.4

B.5.2 Koordination der Listenpreise

B.5.2.1 Konsens, Inhalt und Beteiligte

(i) Beweisthema

172. Vorliegend ist zu prüfen, ob zwischen den Verfahrensparteien übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, sich über die künftigen Preisänderungen in ihren Listenpreisen für Kies, Beton, Transporte und Nebenleistungen zu informieren und die Listenpreise in Bandbreiten festzulegen (natürlicher Konsens).

(ii) Beweismittel

173. Das Sekretariat verfügt über die nachfolgenden Beweismittel:

a. Urkunden

174. Die Behörden verfügen über eine Vertragsurkunde vom 13. Juni 2001. Darin sind Abmachungen zwischen dem ehemaligen Baumeisterverband der Region Bern (BVRB) und den KTB-Werken in «*Artikeln*» festgehalten. Im vorliegenden Zusammenhang sind folgende Regelungen relevant:

- «*Die Werke der KTB AG [...] und die Mitglieder des BVRB*» strebten «*eine konstruktive Zusammenarbeit an*» (Art. 1).
- Die «*Tarifpreise für Sand, Kies, Beton und Transport*» sollten «*in der Regel jährlich den jeweiligen Gesteungskosten angepasst*» werden. Die KTB-Werke verpflichteten sich, «*Preisänderungen*» dem BVRB zu kommunizieren und so frühzeitig wie möglich bekannt zu geben (Art. 5).²⁰⁷

175. Am 9. Oktober 2013 sandte [der] Alluvia-[Mitarbeiter] [K._____] an seine [Kollegen] und an die [Mitarbeiter] der Kästli-Gruppe [E._____] und [B._____] eine E-Mail zum Thema Strukturveränderung KTB. Der E-Mail ist ein Entwurf eines Schreibens angehängt, welches über die Neuorganisation der KTB und neue Rabattregeln informiert. Bezüglich Preislistenpreis steht in diesem Schreiben, dass die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe ihre «*verschiedenen Preislistenpreise 2014 für Beton*» «*gegenüber 2013 – trotz moderater Teuerung und noch pendenten Zementverhandlungen – unverändert belassen und die bisher gutgeschriebenen Mengenrabatte*» «*durch direkte Kunden- und Baustellenrabatte*» an ihre Kunden «*weitergeben*» würden. «*Das Preisniveau*» der Alluvia- und Kästli-Werke werde «*also gegenüber dem Jahr 2013 netto keine Änderung erfahren!*»²⁰⁸ Der Entwurf enthält in der Unterschriftenzeile die Namen des jeweiligen [Funktionsbezeichnung] der Alluvia AG, der Kästli-Gruppe und der KTB AG.

176. Mit E-Mail vom 14. November 2013 sandte der [Mitarbeiter] der Alluvia-Gruppe [C._____] dem [Organ] der Kästli Beteiligungen AG [B._____] ein Schreiben der Alluvia-Gruppe an ihre Kunden, welches sie am Folgetag versenden würde «*zur Kenntnisnahme*». Zudem fügte er an: «*Gerne erwarte ich im Gegenzug eine Kopie Deines Schreibens.*»²⁰⁹ Bezüglich der Preislisten war dem Anhang der E-Mail zu entnehmen, dass die Alluvia-Gruppe die Preise in den Preislisten 2014 nicht erhöhen werde. Ferner informierte die Alluvia-Gruppe

²⁰⁷ Act. II.A.3

²⁰⁸ Act. II.A.75

²⁰⁹ Act. II.A.80

ihre Kunden, dass die Lieferungen und Leistungen ab 1. Januar 2014 netto in Rechnung gestellt würden.²¹⁰

177. Ein Schreiben der Kästli Bau AG und der Frischbeton AG Rubigen vom November 2013 an ihre Kundschaft besagt, dass die Unternehmen die Preise in der Preisliste 2014, von wenigen Ausnahmen abgesehen, nicht erhöhen würden. Die Betonaufträge würden zudem per 1. Januar 2014 netto offeriert.²¹¹

b. Zeugenaussagen

178. [Der] ehemalige [Mitarbeiter] der Kästli Bau AG [L._____] sagte als Zeuge am 5. Februar 2015 zur gemeinsamen Koordination der Preislisten aus, er sei sich sicher, dass «*man sicher einen Rahmen vorgegeben*» hatte, «*in dem man sich bewegt*» habe. Er ging davon aus, dass «*eine gewisse Bandbreite [...] sehr wahrscheinlich abgemacht*» war. Auf die Frage hin, welche Unternehmen sich diesen Rahmen für die Preislisten vorgegeben hätten, nannte er «*Hofstetter, Messerli, Rubigen, Kästli und eventuell Heimberg.*» Er gab ferner zu Protokoll, dass diese Betonwerke nicht direkt eine Preisabsprache gemacht hätten, sondern einen Rahmen für den Einstandspreis ab Werk.²¹²

179. Anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 8. April 2016 gab [A._____] zu Protokoll, dass die Preise für Kies, Beton, Transporte und Nebenleistungen festgelegt worden seien.²¹³

180. Der frühere [Mitarbeiter] der KTB AG [D._____] sagte anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 6. Oktober 2016 aus, an den Sitzungen mit dem BVRB sei jeweils ausgesagt worden, in welchen Bandbreiten die Preise erhöht werden würden, zum Beispiel 3–8 %. Es seien aber nicht die definitiven Preisanpassungen kommuniziert worden.²¹⁴ Er gab zu Protokoll, dass jeweils Vorbereitungshandlungen stattgefunden hätten für die Treffen mit dem BVRB. Im Rahmen dieser Vorbereitungshandlungen hätten die der KTB angeschlossenen Unternehmen die Bandbreite der Preisanpassung besprochen, zum Beispiel 5–8 %. Dies sei jeweils an einer Sitzung der KTB AG gewesen.²¹⁵ Nebst den Bandbreiten der Preiserhöhungen sei auch der Termin der Preisanpassungen für das darauffolgende Jahr besprochen worden.²¹⁶

c. Schriftliche Erklärungen von Dritten

181. [A._____] beantwortete freiwillig schriftlich den Fragebogen des Sekretariats vom 11. November 2015. Auf die Frage, ob die ehemaligen Mitglieder des Verbandes Kies- und Betonwerke Bern und Umgebung (KTB) nach dessen Auflösung Abmachungen über Preise getroffen hätten, antwortete er Folgendes: «*Im Herbst wurde jeweils über die Preisliste des folgenden Jahres diskutiert und im Sinn einer Empfehlung Beschluss gefasst. Der Beschluss wurde nicht protokolliert, die Empfehlungen meistens umgesetzt.*». An diesen Abmachungen hätten sich die Messerli Kieswerk AG, die Keller AG, die K.+U. Hofstetter AG, die Kästli Bau AG und bis zur Geschäftsaufgabe die Künti AG beteiligt.²¹⁷

²¹⁰ Act. II.A.80

²¹¹ Act. II.A.84

²¹² Act. III.13, Zeilen 218-230 (22-0440)

²¹³ Act. III.24, Zeilen 143 f. (22-0440)

²¹⁴ Act. III.28, Zeilen 277 bis 282 (22-0440)

²¹⁵ Act. III. 28, Zeilen 326-330 (22-0440)

²¹⁶ Act. III. 28, Zeilen 302-305 (22-0440)

²¹⁷ Act. VI.2, Antwort auf Frage 4 und 4.1 (22-0440)

d. Parteiaussagen

182. Gemäss den Aussagen des [Mitarbeiters] der Alluvia-Gruppe [C._____] vom 16. März 2015 hatten die Alluvia- und die Kästli-Gruppe im Rahmen des KTB-Verbandes eine gemeinsame Preisliste.²¹⁸ Im Rahmen des Verbands Kies- und Transportbetonwerke Bern und Umgebung (KTB) habe man die Preise abgesprochen.²¹⁹

183. [Das Organ] der Kästli-Gruppe [B._____] sagte anlässlich seiner Parteieinvernahme vom 9. Februar 2015 aus, die Firma Kästli, die Messerli Kieswerk AG und die K.+U. Hofstetter hätten bis ca. 1996 eine gemeinsame Preisliste geführt.²²⁰

e. Schriftliche Parteiauskünfte

184. Dem Sekretariat liegt zudem die schriftliche Eingabe der Alluvia-Gruppe vom 4. Mai 2017 vor. Sie erklärte, die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe hätten auf Verlangen des BVRB jeweils am Ende des Jahres, letztmals 2010, ihre voraussichtlichen Preiserhöhungen für das folgende Jahr in Form von Prozentspannbreiten bekannt gegeben.²²¹

185. Auch die Kästli-Gruppe gibt an, dass sie in gemeinsamer Sitzung mit der Alluvia-Gruppe dem BVRB auf dessen Ersuchen hin mitgeteilt habe, in welcher Bandbreite (Prozentsatz) sich die Kies- und Betonpreise der einzelnen Werke der Alluvia-Gruppe und der Kästli-Gruppe für das folgende Jahr voraussichtlich verändern würden. Die Kästli-Gruppe bestätigt auch, dass sich die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe gegenseitig zur Vorbereitung der Sitzung mit dem BVRB die voraussichtlichen Preisänderungen bekannt gegeben haben. Die Kästli-Gruppe meint aber, die Preisänderungen seien nicht gemeinsam festgelegt oder koordiniert worden.²²²

(iii) Beweiswürdigung

186. Im Rahmen der Würdigung der oben genannten Beweise ist zu beurteilen, ob die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe den übereinstimmenden wirklichen Willen geäussert haben, sich gegenseitig über die künftigen Preisänderungen in ihren Listenpreisen zu informieren und darüber die Listenpreise in Bandbreiten festzulegen (natürlicher Konsens). Hierbei handelt es sich um eine Tatfrage.²²³ Der wirkliche Wille der Parteien ist eine innere Tatsache, die dem direkten Beweis nicht zugänglich ist, sondern in der Regel lediglich anhand von indirekten Beweismitteln ermittelt werden kann (Indizienbeweis).²²⁴

Vertragsurkunde vom 13. Juni 2001

187. Aufgrund der Artikel 1 und 5 der Vertragsurkunde vom 13. Juni 2001 ist bewiesen, dass eine Vereinbarung zwischen den KTB-Werken und den Mitgliedern des BVRB bestand, die Mitglieder des BVRB über Preisänderungen «*so frühzeitig wie möglich*» zu informieren. Dabei traten die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe vereint als «KTB-Werke» auf. Zumal sich die KTB-Werke gemeinsam gegenüber dem BVRB zur Preismitteilung verpflichteten, steht auch der natürliche Konsens zwischen diesen Parteien fest, die Preisänderungen frühzeitig dem BVRB mitzuteilen.

²¹⁸ Act. III.17, Zeilen 101 ff. (22-0440)

²¹⁹ Act. III.17, Zeilen 317 (22-0440)

²²⁰ Act. III.14, Zeilen 88 ff. (22-0440)

²²¹ Act. VIII.A.1

²²² Act. VIII.B.1, S. 2

²²³ BGE 126 II 171, 182, E. 4c/bb

²²⁴ Urteil des BGer 4A_264/2014 vom 17.10.2014, E. 3.2. Der Indizienbeweis ist auch im Strafrecht zulässig und nicht einzig im Zivil- oder Verwaltungsrecht, vgl. Urteil des BGer 6B_297/2007 vom 4. September 2007, E. 3.3.

Schreiben vom Oktober und November 2013

188. Aus dem Schreiben vom 9. Oktober 2013 von [K. _____] an seine [Kollegen] und an die [Funktionsbezeichnung] der Kästli-Gruppe geht hervor, dass dieses Schreiben gemeinsam von den [Funktionsbezeichnung] der Alluvia-Gruppe, Kästli-Gruppe und KTB AG hätte unterschrieben werden sollen. Das Schreiben enthielt die Mitteilung, dass sie ihre Preislistenpreise für Beton gegenüber 2013 *«unverändert belassen und die bisher gutgeschriebenen Mengenrabatte» «durch direkte Kunden- und Baustellenrabatte»* an ihre Kunden *«weitergeben»* würden. Aus diesem Schreiben geht hervor, dass die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe beabsichtigten, gemeinsam zu kommunizieren, dass sich ihre Betonpreise nicht verändern würden.

189. Dieses Schreiben wurde anscheinend nicht gemeinsam unterschrieben und verschickt, hingegen sandte der [Mitarbeiter] der Alluvia-Gruppe rund einen Monat später am 14. November 2013 dem [Organ] der Kästli-Gruppe das Schreiben an ihre Kunden, wonach sie ihre Preise nicht erhöhen würde. Mit der Bemerkung *«Gerne erwarte ich im Gegenzug eine Kopie Deines Schreibens»* stellte er klar, dass er eine Bestätigung seitens der Kästli-Gruppe suchte, dass sich diese entsprechend verhalten werde. Aus dem Schreiben der Kästli-Gruppe an ihre Kunden vom November 2013 geht hervor, dass die Kästli-Gruppe die Preise in der Preisliste 2014, von wenigen Ausnahmen abgesehen, nicht erhöhen werde.

190. Aus dem Zusammenhang dieser Schreiben ist ersichtlich, dass die Vertreter der Alluvia-Gruppe ein gemeinsames Schreiben zur Preiserhöhung mit der Kästli-Gruppe verfassen wollten und die Kästli-Gruppe über die Preiserhöhung informierten. Die Alluvia- und die Kästli-Gruppe belassen ihre Preise in der Folge übereinstimmend auf dem Vorjahresniveau. Aus diesem Verhalten folgt der (konkludente) Wille der Parteien, die Preiserhöhungen für das Jahr 2014 aneinander anzupassen.

Zeugenaussagen und schriftliche Erklärung von Dritten

191. Die Aussage von [L. _____] bezüglich der gemeinsamen Koordination der Preislisten ist klar. Er geht davon aus, dass *«man sicher einen Rahmen vorgegeben»* hatte, *«in dem man sich bewegt»* habe. Auch die Aussage *«eine gewisse Bandbreite [sei] sehr wahrscheinlich abgemacht»* gewesen, ist eindeutig. Den Rahmen für die Preislisten hätten sich die *«Hofstetter, Messerli, Rubigen, Kästli und eventuell Heimberg»* vorgegeben. Diese Aussagen stimmen mit denjenigen von [D. _____] überein, wonach an den Sitzungen mit dem BVRB jeweils Bandbreiten zu den Preiserhöhungen von *«zum Beispiel 3–8 %»* besprochen worden seien und auch Vorbereitungshandlungen stattgefunden hätten an einer Sitzung der KTB AG, an welcher die KTB-Unternehmen Bandbreiten der Preisanpassung besprochen hätten. Diese Aussagen stimmen auch mit der schriftlichen Erklärung von [A. _____] überein, wonach im Herbst jeweils die Preisliste des Folgejahres zwischen der Messerli Kieswerk AG, der Kessler AG, der K.+U. Hofstetter AG, der Kästli Bau AG und bis zur Geschäftsaufgabe der Künti AG diskutiert und im Sinne einer Empfehlung ein Beschluss gefasst wurde, welcher nicht protokolliert worden sei.

192. Die Aussagen stimmen in den folgenden Punkten überein:

- Es wurden Rahmen oder Bandbreiten für Preiserhöhungen besprochen.
- An den Besprechungen waren Messerli, «Rubigen» und Kästli beteiligt.

193. Die Aussagen von [D. _____] und [A. _____] stimmen ferner darin überein:

- Es hat Vorbereitungssitzungen zur Besprechung der Preisanpassungen für das Folgejahr gegeben.

194. Es gibt keinen Grund an der Richtigkeit dieser Äusserungen zu zweifeln. Erstens wurden sie zu verschiedenen Zeitpunkten von verschiedenen voneinander unabhängigen Personen gemacht. Zweitens stimmen die Aussagen miteinander überein. Drittens deckt sich deren Inhalt mit den vorliegenden Urkunden.

Parteiaussagen

195. Gemäss den übereinstimmenden Aussagen von [C._____] und [B.____], führte der KTB-Verband bis 1996 eine gemeinsame Preisliste. Gemäss [C._____] hätten die KTB-Werke dazu die Preise abgesprochen.

196. Die gemeinsamen Preislisten während der KTB-Verbandszeit zeigen auf, dass eine lange Tradition der gemeinsamen Preisfestsetzung zwischen den KTB-Mitgliedern bestand. Vor dem Hintergrund dieser Tradition erscheint die gemeinsame Festsetzung der Preiserhöhungen in engen Spannbreiten als Fortführung der früheren Politik der gemeinsamen Preislisten. Die früheren gemeinsamen Preislisten sind folglich ein Indiz für die Absichten der Parteien, die Preiserhöhungen in engen Spannbreiten miteinander zu koordinieren, um so ihre Produktpreise möglichst ähnlich auszugestalten.

Schriftliche Parteiauskünfte

197. Die Alluvia-Gruppe erklärte, sie und die Kästli-Gruppe hätten auf Verlangen des BVRB jeweils am Ende des Jahres ihre voraussichtlichen Preiserhöhungen für das folgende Jahr in Form von Prozentspannbreiten bekannt gegeben. Damit bestätigt die Alluvia-Gruppe das Beweisergebnis, dass die Alluvia- und die Kästli-Gruppe dem BVRB Ende des Jahres jeweils ihre voraussichtlichen Preiserhöhungen mitgeteilt haben.

198. Auch die Kästli-Gruppe gibt zu, dass sie in gemeinsamer Sitzung mit der Alluvia-Gruppe dem BVRB mitgeteilt habe, in welcher Bandbreite (Prozentsatz) sich die Kies- und Betonpreise der einzelnen Werke der Alluvia-Gruppe und der Kästli-Gruppe für das folgende Jahr voraussichtlich verändern würden. Sie bestätigt, dass sich die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe gegenseitig zur Vorbereitung der Sitzung mit dem BVRB ihre Bandbreite der voraussichtlichen Preisänderungen bekannt gegeben haben.

199. Diese Aussagen stimmen mit den oben genannten Urkundenbeweisen und Zeugenaussagen überein und sind selbstbelastend. Es gibt keinen Grund an deren Richtigkeit zu zweifeln.

Konsens zur Festlegung von gemeinsamen Bandbreiten für künftige Preisänderungen

200. Zusammenfassend ist Folgendes erwiesen:

- Die Parteien trafen sich im Oktober oder November zu Vorbereitungssitzung für die Treffen mit dem BVRB, während denen sie sich die beabsichtigen Spannbreiten der Preiserhöhungen mitteilten. Sie fassten dazu informelle Beschlüsse oder Empfehlungen.
- Die Parteien kommunizierten die beabsichtigen Spannbreiten der Preiserhöhungen im Dezember dem BVRB, bevor die neuen Preislisten gedruckt wurden.
- Die neuen Preislisten der Parteien wurden ca. Mitte Januar des Folgejahres publiziert.

201. Allein aus der Tatsache, dass die Parteien sich über mehrere Jahre gegenseitig über die künftigen Spannbreiten der Preisänderungen informierten, folgt der tatsächlich übereinstimmende konkludente Wille, gemeinsam Bandbreiten für künftige Preisänderungen festzulegen. Die Richtigkeit dieses Beweisergebnisses lässt sich zusätzlich auf die folgenden Tatsachen stützen:

- Künftige Preiserhöhungen sind Geschäftsgeheimnisse. Unternehmen, welche im Wettbewerb zueinanderstehen, teilen sich keine Geschäftsgeheimnisse mit.
- Die Mitteilung künftiger Preiserhöhungen ermöglicht es dem Konkurrenten, sich der eigenen Preissetzung anzupassen. Es ergibt keinen Sinn, wenn ein Unternehmen, welches nicht möchte, dass sich die Konkurrenz ihrer Preissetzung anpasst, seine künftigen Preiserhöhungen diesem Konkurrenten mitteilt.
- Es ergibt keinen Sinn, dass Unternehmen, welche sich uneingeschränkt konkurrieren, Zeit und Mühe für Vorbereitungssitzungen aufbringen, um die Konkurrenz über ihre künftige Preisstrategie zu unterrichten. Es sei denn, die Vorbereitungssitzung dienen dazu, die künftig vorgesehenen Bandbreiten von Preislistenenerhöhungen und deren Umsetzungstermine zu koordinieren.

202. Die Willensübereinstimmung manifestiert sich schliesslich auch noch im Umstand, dass die Konkurrenten, die einander anlässlich der Vorbereitungssitzung kommunizierten Preisbandbreiten und die Termine der Preiserhöhungen später noch einmal anlässlich einer gemeinsamen Sitzung mit dem BVRB in gegenseitiger Anwesenheit bestätigten. Dies ermöglichte der Alluvia-Gruppe und der Kästli-Gruppe zu überprüfen, ob ihre Konkurrentin sich tatsächlich an die vorbesprochenen Bandbreiten hielt. Denn die Mitteilung der vorbesprochenen Bandbreiten gegenüber einem aussenstehenden Dritten führt dazu, dass sich die Unternehmen auch an die Bandbreiten halten mussten. Andernfalls würde die Vorabkommunikation gegenüber dem BVRB sinnlos (dazu hinten Rz 218). An der Willensübereinstimmung über die Festsetzung von Bandbreiten für künftige Preiserhöhung ändert der Umstand nichts, dass die Preise in den Preislisten innerhalb der Bandbreiten variieren konnten. Es liegt in der Natur der Sache der Festlegung von Bandbreiten, dass es innerhalb dieser Bandbreiten Unterschiede geben kann und darf.

(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen

Stellungnahmen

203. Die Alluvia-Gruppe bestreitet, dass sich aus Art. 5 der Vereinbarung zwischen den KTB-Werken und dem damaligen Baumeisterverband Region Bern (BVRB) vom 13. Juni 2001, den Aussagen von [L.____], [A.____] und [D.____] ein Konsens zwischen den Verfahrensparteien zur Koordination der Listenpreise herleiten lasse. Aus den Aussagen von [M.____] gehe hervor, dass der BVRB froh gewesen sei, seinen Mitgliedern ungefähre Angaben über die Entwicklungen im Folgejahr abgeben zu können. Es sei unklar, ob Vorbereitungssitzungen stattgefunden hätten, diese hätten gegebenenfalls höchstens bis 2006 stattgefunden. [L.____] sei bis 2010 bei der Kästli-Gruppe beschäftigt gewesen. [A.____] sei bis Ende 2006 in aktiver Funktion bei der Messerli beschäftigt gewesen. [D.____] sei bis 2009 KTB-Geschäftsführer gewesen. Die E-Mail von [K.____] vom 9. Oktober 2013 vermöge ebenso wenig einen Konsens darzulegen. Das Schreiben im Anhang der E-Mail sei nicht versandt worden. Das Sekretariat verwende die E-Mail von [C.____] vom 14. November 2013, mit der er die Kästli-Gruppe zur Stellungnahme auffordere, zum Beweis des Konsenses. Die E-Mail stehe im Zusammenhang mit der Auflösung der KTB AG, weshalb die Alluvia-Gruppe eine Bestätigung der Kästli-Gruppe angefordert habe. Die Alluvia habe die Antwort der Kästli-Gruppe über die Nicht-Erhöhung der Preise nicht abgewartet.²²⁵

204. Die Kästli-Gruppe meint, der Umstand, dass die kommunizierten Bandbreiten der Alluvia- und Kästli-Gruppe sich im selben Rahmen bewegt hätten, sei auf exogene Teuerungsfaktoren zurückzuführen. Einen Beleg für Ihre Aussage weist die Kästli-Gruppe

²²⁵ Act. VI.30, Rz 73 f., 75 f.

keinen an. Ferner lässt Kästli verlauten, nach 2006 habe es keine Vorbereitungssitzungen mehr gegeben, da Hofstetter und Messerli fusioniert hätten, weshalb das Verhältnis zu Kästli getrübt gewesen sei. Auch diese Darlegung belegt die Kästli-Gruppe nicht.²²⁶

Würdigung

205. Dazu ist vorab Folgendes anzumerken:

- Die Tatsache, dass sich die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe ihre bevorstehenden Preiserhöhungen anlässlich gemeinsamer Sitzungen mit dem BVRB mitgeteilt haben, war bis anhin nicht streitig. Diese Tatsache haben die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe früher im Verfahren anerkannt.²²⁷ Soweit die Parteien diesen Sachverhalt bestreiten, widersprechen sie sich selbst.
- Die beiderseitige Mitteilung bevorstehender Preiserhöhungen anlässlich gemeinsamer Sitzungen setzt notwendigerweise die beiderseitige Bereitschaft bzw. den Konsens voraus, sich über bevorstehende Preiserhöhungen zu informieren. Darüber braucht kein weitergehender Beweis geführt zu werden.
- Es steht fest, dass ein Unternehmen, das Konkurrenten über seine künftigen Preiserhöhungen informiert, es dem Konkurrenten auch ermöglicht, seine Preise entsprechend anzupassen. Hätten die Alluvia oder die Kästli-Gruppe diese Möglichkeit nicht gewünscht, hätten sie einander die bevorstehenden Preiserhöhungen nicht mitgeteilt. Es wäre einfach möglich gewesen, dem BVRB die Preiserhöhungen getrennt und ohne Mitteilung an die Konkurrenz zu übermitteln.

206. Zu den einzelnen Vorbringen sei zudem Folgendes klargestellt:

207. In diesem Abschnitt soll bewiesen werden, wie oben in Rz 171 aufgeführt, ob zwischen den Verfahrensparteien ein Konsens bestand, welchen Inhalt dieser Konsens hatte und wer daran beteiligt war. Es geht also vorerst nicht darum, den Zweck (vgl. dazu Rz 206 ff.) oder die Dauer (vgl. dazu unten Rz 220 ff.) zu klären. Zur Beurteilung des Vorliegens dieses Konsenses, dessen Inhalt und den daran Beteiligten können entsprechend dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung²²⁸ alle objektiven und subjektiven Beweismittel herangezogen werden. Sämtliche herangezogenen Beweismittel sind verwertbar. Dementsprechend können Partei- und Zeugenaussagen, welche über den Konsens der Verfahrensparteien – zweier Unternehmen – Auskunft geben können, verwertet werden und zwar unabhängig davon, wann die einvernommenen Personen bei den Verfahrensparteien angestellt waren. Die Dauer des Konsenses ist in diesem Abschnitt nicht Beweisthema. Soweit die Parteien also auf die Anstellungszeiten von [L.____], [A.____] und [D.____] hinweisen, um damit den Konsens in Zweifel zu ziehen, gehen ihre Vorbringen an der Sache vorbei.

208. Auch das Vorbringen, der BVRB sei froh über die Mitteilungen der bevorstehenden Preiserhöhungen gewesen, sagt nichts über den Konsens zwischen den Parteien aus.

209. Die Behauptung der Alluvia-Gruppe, es sei unklar, ob Vorbereitungssitzung stattgefunden hätten, stehen mit den Aussagen der Kästli im Widerspruch, welche anerkannte, dass Vorbereitungssitzungen bis 2010 stattgefunden haben.²²⁹ Soweit Kästli neuerdings den Standpunkt vertritt die Vorbereitungssitzung hätten bis 2006 stattgefunden, widerspricht sie

²²⁶ Act. VI.29, RZ 331 f.

²²⁷ Act. I.2, S. 2, Abschnitt 4; Act. VIII.A.1, Rz 12.1; Act. VIII.B.1, S. 2/6

²²⁸ Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP

²²⁹ Act. VIII.B.1, S.2/6, Kästli reichte ihre Eingabe nach der Verhandlung mit dem Sekretariat über eine einvernehmliche Regelung ein. Anlässlich dieser Verhandlung wurde Kästli das vorläufige Beweisergebnis des Sekretariats bekanntgegeben. Dieses ging davon aus.

sich selbst. Zudem ist der Beweis der Vorbereitungssitzungen ohnehin nicht notwendig für die Darlegung des Konsenses zwischen den Parteien, einander bevorstehende Preiserhöhungen mitzuteilen und ihre Preise in gewissen Spannbreiten zu koordinieren, (vgl. bereits Rz 181 f. des Antrags²³⁰). Die Vorbereitungssitzungen sind ein zusätzlicher Beweis dafür, dass die Parteien sich über die jährlichen Treffen mit dem BVRB hinaus über die bevorstehenden Preiserhöhungen unterhalten haben und gemeinsame Bandbreiten an Preiserhöhungen festlegen wollten. Wie in der Beweiswürdigung dargelegt (vgl. vorne Rz 201), ergibt es keinen Sinn, dass Unternehmen, welche sich uneingeschränkt konkurrieren, Zeit und Mühe für Vorbereitungssitzungen aufbringen, um die Konkurrenz über ihre künftige Preisstrategien zu unterrichten. Daraus ergibt sich vielmehr der konkludente Wille, sich mit Hinblick auf die bevorstehenden Preisänderungen in einem bestimmten Rahmen zu koordinieren.

210. Es spielt für die Beurteilung der Koordination der Preislistenpreise keine Rolle, wie dies Kästli vorbringt, dass eine Preisänderung der Parteien durch exogene Kostenfaktoren motiviert war. Denn es stand jeder Partei frei, wie sie auf eine Einkaufspreisänderung reagieren wollte. Sie konnte eine allfällige Teuerung oder Verbilligung weitergeben oder die Preise unverändert belassen. Dies brauchte sie nicht vorab mit der Konkurrenz anlässlich einer gemeinsamen Sitzung (noch vor dem Druck der Preislisten) zu besprechen. Es ist eine notorische Tatsache, dass ein uneingeschränkt Wettbewerb treibendes Unternehmen die Konkurrenz nicht über bevorstehende Preisänderungen unterrichtet, um ihr eine Preisanpassung zu ermöglichen. Ferner ist anzumerken, dass sich die Kästli-Gruppe selbst widerspricht. In ihrer Eingabe vom 12. Mai 2017 brachte sie vor, zum Zeitpunkt der Treffen mit dem BVRB seien die exogenen Kostenfaktoren noch nicht bekannt gewesen.²³¹

211. Weiter spielt es keine Rolle, ob das Schreiben über die Preisanpassungen im Folgejahr im Anhang der E-Mail von [K. _____] vom 9. Oktober 2013 tatsächlich gemeinsam von den Parteien an die Klienten versandt wurde. Erstens ist erwiesen, dass die Alluvia-Gruppe ihrer Konkurrentin mit einer E-Mail die bevorstehende eigene Preisanpassung angekündigt hat und zweitens ist erwiesen, dass die Preisanpassungen der Alluvia-Gruppe und der Kästli-Gruppe in der Folge tatsächlich ähnlich waren. Ebenso wenig ist es relevant, ob die Alluvia die Antwort von Kästli auf ihr Preiserhöhungsschreiben abgewartet hat, bevor sie ihr Schreiben versandte. Die Nachricht enthält ausdrücklich die Erwartungshaltung an Kästli, dass diese der Alluvia-Gruppe ihre Preiserhöhungen vorab mitteilen würde. Diese Erwartungshaltung zeigt, dass die Parteien sich mit Bezug auf die Änderungen der Preislisten koordinieren wollten. Anders ist ein solches Schreiben nicht erklärbar. Wäre das wahre Motiv dieses Schreibens einzig die Auflösung der KTB AG gewesen, hätte die Alluvia-Gruppe ihre Preisänderungsabsichten der Kästli-Gruppe nicht mitgeteilt und diese aufgefordert, der Alluvia-Gruppe die Kästli-Preisänderungen mitzuteilen. Es ist eine notorische Tatsache, dass sich Konkurrenten bei funktionierendem Wettbewerb nicht vorab Preiserhöhungsschreiben zuschicken.

(v) Beweisergebnis

212. Insgesamt ist also erwiesen, dass die Alluvia- und die Kästli-Gruppe den tatsächlich übereinstimmenden Willen hatten, sich gegenseitig über ihre jeweiligen künftigen Preisänderungen in ihren Listenpreisen zu informieren. Daraus folgt auch ihr tatsächlich übereinstimmender Wille die Listenpreiserhöhungen für Kies, Beton, Transporte und Nebenleistungen in Bandbreiten festzulegen.

²³⁰ Act. VI.1, Rz 181 f.; Act. VI.2, Rz 181 f.

²³¹ Act. VIII.B.1, S. 2/6

B.5.2.2 Verfolgter Zweck

(i) Beweisthema

213. Weiter ist Beweis darüber zu führen, welchen Zweck die Verfahrensbeteiligten mit der Koordination der künftigen Preisänderungen und der Koordination der Bandbreiten dieser Preisänderungen verfolgten. Dabei stützt sich die Behörde auf die nachfolgend aufgeführten Beweismittel.

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

214. Die Behörden verfügen über eine Vertragsurkunde vom 13. Juni 2001. Darin sind Abmachungen zwischen dem ehemaligen Baumeisterverband der Region Bern (BVRB) und den KTB-Werken in «Artikeln» festgehalten. Im vorliegenden Zusammenhang sind die folgenden Passagen relevant:

- Laut Artikel 1 «*Grundsätzliches*» strebten die KTB-Werke und die Mitglieder des BVRB «*eine konstruktive Zusammenarbeit an.*» Die «*Eckpfeiler dieser Zusammenarbeit*» seien «*u.a. optimale, kundenbezogene Dienstleistungen einerseits und Lieferantentreue andererseits.*»
- Gemäss Artikel 3 bestehen die Ziele der Vereinbarung darin, die BVRB-Mitglieder mit «*günstigeren Preisen und Konditionen zu beliefern*» als Nichtmitglieder und Private, welche «*gemäss Preislisten einen Zuschlag (Kleinmengen, Bearbeitungs- und Risikoanteil)*» bezahlen mussten. Die Mitglieder des BVRB erklärten sich ihrerseits bereit, aufbereiteten Sand, Kies und Transportbeton bei den Werken der KTB AG zu beziehen in einem auf einem «*Plan eingezeichneten Gebiet*».
- «*Die Tarifpreise für Sand, Kies, Beton und Transport*», sollten «*in der Regel jährlich den jeweiligen Gestehungskosten angepasst*» werden und dem «*BVRB kommuniziert und so frühzeitig wie möglich bekanntgegeben*» werden» (Art. 5).²³²

215. Aus der Aktennotiz zu Bern Beton der Hofstetter vom 16. April 1996 geht hervor, dass die «*Interessenslage [...] für alle drei gleich*» sei. Sie hätten «*grosses Interesse*» daran, dass «*alle drei als mittelständische Betriebe erhalten bl[ie]ben*», «*die weitere Zusammenarbeit [sei] erwünscht und möglich*», «*loyales Verhalten untereinander w[e]rd[e] seit langem gelebt*» und es habe ein «*Vertrauensverhältnis [...] aufgebaut werden*» können. «*Die Zusammenarbeit ha[be] Tradition und funktionier[e] gut.*» Das Einzugsgebiet von Bern sei auf längere Sicht gross genug für die drei optimal platzierten Werke Kästli, Worblaufen und Messerli. Wichtig sei, «*dass die Agglomeration Bern vollflächig abgedeckt [sei] und somit für potentielle Konkurrenten wenig Motivation besteh[e], hier einzudringen.*»²³³

b. Zeugenaussagen

216. In der Zeugeneinvernahme vom 28. April 2016 gab der Inhaber und Geschäftsführer der BAUMANNING GmbH – [A._____] – zu Protokoll, der Unternehmenszweck der KTB AG habe unter anderem in der Zusammenarbeit mit den Baumeisterverbänden, insbesondere dem Baumeisterverband der Stadt Bern bestanden.²³⁴

²³² Act. II.A.3

²³³ Act. II.B.X.24, Seite 1/3 (22-0440)

²³⁴ Act. III.24 (22-0440)

c. Schriftliche Erklärungen von Dritten

217. [A. _____] beantwortete freiwillig schriftlich den Fragebogen des Sekretariats vom 11. November 2015. Auf die Frage, ob sich die ehemaligen Mitglieder des Verbandes Kies- und Betonwerke Bern und Umgebung (KTB) nach dessen Auflösungen Abmachungen über Preise getroffen hätten, antwortete er unter anderem, die Listenpreise seien «*sehr ähnliche*» gewesen. «*Der Konkurrenzkampf [sei] höchstens über die Rabatte geführt [worden].*».²³⁵

d. Parteiangaben

218. Die Alluvia-Gruppe machte in ihrer schriftlichen Eingabe vom 18. Januar 2017 geltend, die alljährliche Ankündigung der ungefähren Bandbreiten der prozentualen Preiserhöhungen sei auf Drängen des BVRB erfolgt. Auf diese Weise hätten die BVRB-Mitglieder ihre Regiepreise und somit ihre Offerten erstellen können.²³⁶

219. Die Kästli-Gruppe macht in ihrer Eingabe vom 12. Mai 2017 geltend, die Kästli-Gruppe und die Alluvia-Gruppe hätten dem BVRB auf dessen Ersuchen hin in einer gemeinsamen Sitzung je individuell mitgeteilt, in welcher Bandbreite (Prozentsatz) sich die Kies- und Betonpreise der einzelnen Werke der Alluvia-Gruppe und der Kästli-Gruppe für das folgende Jahr voraussichtlich verändern würden. Zu diesem Zeitpunkt seien in der Regel noch nicht alle Teuerungsfaktoren bekannt gewesen. Die Informationen hätten den BVRB-Mitgliedern in der Planung und Offertstellung ihrer Leistungen für das folgende Jahr gedient.²³⁷

(iii) Beweiswürdigung

220. Aus der Vertragsurkunde vom 13. Juni 2001 geht hervor, dass die Alluvia- und die Kästli-Gruppe eine «*konstruktive Zusammenarbeit*» mit den BVRB-Mitgliedern anstrebten und die «*Lieferantentreue*» sicherstellen wollten (Art. 1). Unter Lieferantentreue verstanden die KTB-Werke, dass sie die BVRB-Kunden und –Kundinnen an sich binden wollten. Die Kundenbindung wollten sie erreichen, indem sie den BVRB-Mitgliedern garantierten, dass «*Nichtmitglieder nicht zu günstigeren Preisen und Konditionen*» beliefert wurden als die Mitglieder des BVRB. Ferner hatten Nichtbaumeister, Nichtbaumeisterinnen und Private einen Preiszuschlag zu berappen. Die Kundenbindung wollten die KTB-Mitglieder zudem durch die Vereinbarung sicherstellen, dass die Mitglieder des BVRB «*aufbereiteten Sand, Kies und Transportbeton*» in einem «*eingezeichneten Gebiet bei den Werken der KTB AG*» bezogen. Als weiteres Entgegenkommen gegenüber den BVRB-Mitgliedern wollten die KTB-Werke ihre jährlichen Preisänderungen dem BVRB frühzeitig kommunizieren, damit dieser seine Mitglieder informieren konnte. Insgesamt wollten die KTB-Mitglieder erreichen, dass möglichst keine Produkte von anderen Kies- und Betonwerken bezogen wurden, um auf diese Weise den Wettbewerbsdruck von nichtbeteiligten Werken zu verringern.

221. Vor diesem Hintergrund ist auch der tatsächlich übereinstimmende Wille der Alluvia- und Kästli-Gruppe zu würdigen, sich gegenseitig über ihre jeweiligen künftigen Preisänderungen in ihren Listenpreisen zu informieren und gemeinsam Bandbreiten über die Listenpreiserhöhungen für Kies, Beton, Transporte und Nebenleistungen festzulegen. Aufgrund ihrer Pflicht, die BVRB-Mitglieder frühzeitig über Preisänderungen zu informieren, trafen sie sich vorab zu Vorbereitungssitzungen, um übereinzukommen, in welchen Bandbreiten die Listenpreise verändert werden sollten. Auf diese Weise verringerten die Konkurrenten den Preiswettbewerb untereinander. Dieser Schluss stimmt auch mit der Zeugenaussage von [A. _____]

²³⁵ Act. VI.2, Antwort auf Frage 4 und 4.1 (22-0440)

²³⁶ Act. I.2, S. 2 f.

²³⁷ Act. VIII.B.1, S. 2

überein, wonach der «*Konkurrenzkampf [...] höchstens über die Rabatte geführt*» worden sei, zumal die Listenpreise «*sehr ähnlich*» gewesen seien.

222. An diesem Beweisergebnis vermag auch das Vorbringen der Alluvia- und der Kästli-Gruppe nichts zu ändern, dass der BVRB auf eine frühzeitige Mitteilung gedrängt habe. Dieser Umstand widerlegt die aufgeführten Motive (Verringerung des Konkurrenzdrucks von aussen, Kundenbindung der BVRB-Mitglieder, Verringerung des Preiswettbewerbs untereinander) nicht.

223. Ebenso wenig ändert das Beweisergebnis durch den Einwand, zum Zeitpunkt der Mitteilung seien in der Regel noch nicht alle Teuerungsfaktoren bekannt gewesen. Im Gegenteil manifestiert sich darin der Wille der Parteien, den Preiswettbewerb einzuschränken. Denn obwohl angeblich noch nicht alle Teuerungsfaktoren bekannt waren, verpflichteten sie sich zur Einhaltung von Bandbreiten. Daran hielten sie sich im Übrigen auch (dazu hinten B.5.2.4, Rz 248 ff.).

224. Abschliessend kann zudem festgehalten werden, dass die KTB-Werke sich nicht die Mühe bereitet und den organisatorischen Aufwand gemeinsamer Sitzungen zu Preiserhöhungen und Bandbreiten betrieben hätten, um den Preiswettbewerb zwischen einander zu verschärfen. Ein solcher Zweck kann ausgeschlossen werden.

(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen

Stellungnahmen

225. Die Alluvia-Gruppe bringt vor, aus der Aussage von [A. _____] und seiner schriftlichen Aussage ergebe sich, dass jedes Unternehmen sich so verhielt, wie es dies für richtig hielt. Es sei nicht ersichtlich, wie angesichts der Vielzahl von Betonsorten ein preisharmonisierender Zweck aufgrund von Bandbreiten für die Erhöhung von Betonpreise möglich gewesen sei.²³⁸

226. Die Kästli-Gruppe hebt hervor, der Zweck der Treffen des BVRB habe darin gelegen, die Mitglieder des BVRB zu informieren, damit sie gewusst hätten, wie sie im kommenden Jahr rechnen müssten. Es ergebe sich aus keinem Dokument der Beweis, dass die Parteien die Koordination der Preiserhöhungen beabsichtigt hätten.²³⁹

Würdigung

227. Unabhängig davon, wie die Aussage von [A. _____] von der Alluvia-Gruppe ausgelegt wird, steht fest, dass sich die Verfahrensparteien anlässlich von gemeinsamen Sitzungen ihre bevorstehenden Preiserhöhungen mitgeteilt haben und zwar bevor sie ihre Preislisten gedruckt hatten. Hätten die Parteien keine Wettbewerbsbeschränkung durch eine Preissetzung in einem bestimmten Rahmen bezweckt, hätten die Parteien die bevorstehenden Preisänderungen einander nicht anlässlich von gemeinsamen Sitzungen (mit oder ohne Beisein des BVRB und allfälligen Mitgliedern) mitgeteilt. Vielmehr hätten sie ihre Konkurrenten im Ungewissen über ihr künftiges Preissetzungsverhalten gelassen. Dies war gerade der Fall.

228. Das Vorbringen der Alluvia-Gruppe, aufgrund der Vielzahl von Betonprodukten könne kein preisharmonisierender Zweck bestanden haben, trifft nicht zu. Erstens handelt es sich hierbei, um eine Tatsachenbehauptung, welche die Alluvia-Gruppe nicht mit Studien oder Belegen stützt. Es steht fest, dass Wettbewerber, welche ihren Konkurrenten Angaben über künftige Preisänderungen machen, unabhängig davon auf wie viele Produkte sich diese Angaben beziehen, den Wettbewerb verfälschen. Die Alluvia- und die Kästli-Gruppe wüssten unter normalen Wettbewerbsverhältnissen nämlich nicht, ob der Konkurrent die Preise ändert,

²³⁸ Act. VI.30, Rz 82

²³⁹ Act. VI.29, Rz 240 f.

ob er die Preise senkt oder erhöht und in welchem Rahmen er dies tut. Diese Ungewissheit wird durch die Kommunikation der Preisänderung beseitigt. Zweitens erzielten sowohl die Kästli [>40 %] und Alluvia [>30 %] ihres Umsatzes mit fünf Betonsorten (vgl. dazu hinten Rz 539, Tabelle 15: Meistgelieferte Betonsorten 2007–2013, KTB-Werke der Alluvia-Gruppe, Tabelle 16: Meistgelieferte Betonsorten 2007–2013, Frischbeton AG Rubigen). Die Angabe des Preiserhöhungsrahmens war somit konkret. Drittens bringen beide Parteien vor, die BVRB-Mitglieder hätten ihre (Offert-)Berechnungen auf die Preiserhöhungsangaben gestützt (vgl. auch vorne Rz 219, hinten Rz 266). Das bedingt, dass die Preiserhöhungsangaben für die BVRB-Mitglieder genügend konkret waren, um Berechnungen anzustellen. Insgesamt vermögen die Vorbringen der Parteien somit nichts am Beweisergebnis zu ändern.

(v) **Beweisergebnis**

229. Nach alledem ist erwiesen, dass die Verfahrensparteien mit der Koordination der Listenpreise insbesondere bezweckten, sich in Bezug auf die Listenpreise für Kies- und Betonprodukte inklusive Transport nicht zu konkurrieren und das Preisniveau für Kies- und Betonprodukte inklusive Transport in ihrem Interesse zu beeinflussen. Mit anderen Worten bezweckten sie eine Einschränkung des Preiswettbewerbs zu ihren Gunsten.

B.5.2.3 Dauer

(i) **Beweisthema**

230. Nachfolgend ist zu prüfen, während welcher Zeitperiode zwischen den Verfahrensparteien Konsens bestand, künftige Preisänderungen in ihren Listenpreisen und Bandbreiten auszutauschen und die Listenpreiserhöhungen festzulegen, um auf diese Weise den Preiswettbewerb zu ihren Gunsten einzuschränken und ein höheres Bruttopreisniveau zu erreichen. Es ist unstrittig, dass die Verfahrensparteien zwischen 1974 bis 1997 im Verband gemeinsame Preislisten führten²⁴⁰, weshalb darüber nicht mehr Beweis zu führen ist.

(ii) **Beweismittel**

a. Urkunden

231. Die Behörden verfügen über eine Vertragsurkunde vom 13. Juni 2001. Darin sind Abmachungen zwischen dem ehemaligen Baumeisterverband der Region Bern (BVRB) und den KTB-Werken in «*Artikeln*» festgehalten. Im vorliegenden Zusammenhang sind folgende Regelungen relevant:

- Gemäss Artikel 5 werden die «*Tarifpreise für Sand, Kies, Beton und Transport*» «*in der Regel jährlich den jeweiligen Gestehungskosten angepasst*». Die KTB-Werke verpflichteten sich, «*Preisänderungen*» dem BVRB zu kommunizieren und so frühzeitig wie möglich bekannt zu geben.²⁴¹
- Mit Bezug auf die Vereinbarungsdauer besagt Artikel 7 derselben Vereinbarung, dass diese «*rückwirkend auf den 1. Januar 2001 in Kraft*» trat und «*bis zum 31. Dezember 2003*» lief, wobei die Kündigungsfrist 6 Monate betrug. Wurde die Vereinbarung nicht fristgemäß gekündigt, lief sie «*jeweils ein Jahr weiter*».²⁴²

²⁴⁰ Act. II.A.2, 2 (Bericht des Präsidenten), Act. VI.29, Rz 158

²⁴¹ Act. II.A.3

²⁴² Act. II.A.3

232. Dem Kündigungsschreiben vom 20. April 2011 der KTB-Werke an den BVRB ist zu entnehmen, dass die Vereinbarung vom 13. Juni 2001 auf den 31. Dezember 2011 gekündigt wurde. Das Schreiben wurde von den [Organen] [C._____] und [B._____] unterzeichnet, welche zugleich [Funktionsbezeichnung] der Alluvia- bzw. der Kästli-Gruppe waren²⁴³

233. Dem Sekretariat liegen ferner Rundschreiben oder Mitteilungen des BVRB vom 2. Dezember 2004, vom 19. Dezember 2007, vom 19. Dezember 2008 und vom 17. Dezember 2009 vor.²⁴⁴ In allen diesem Schreiben wird auf Sitzungen mit «*Vertretern der regionalen Kies- und Transportbetonwerke (KTB)*» und einer Delegation des BVRB Bezug genommen. Ferner erwähnen alle diese Schreiben die von den KTB-Vertretern bekanntgegebenen Preisänderungen («*Bauteuerungen*») für das kommende Jahr.²⁴⁵ Die Rundschreiben vom 19. Dezember 2007, vom 19. Dezember 2008 und vom 19. Dezember 2008 erwähnen zudem, dass die Treffen «*alljährlich*» oder «*jedes Jahr*» stattfanden.

234. Aus einer E-Mail des Geschäftsleitungsmitgliedes der Alluvia-Gruppe [K._____] an die Geschäftsleitung der Kästli-Gruppe vom 6. September 2012 geht hervor, dass ein gemeinsames Essen zwischen Vertretern der KTB-Werke und des BVRB stattfand.²⁴⁶ Ferner liegen den Behörden Einladungsschreiben des KTB zu den gemeinsamen Jahrestreffen mit dem BVRB-Vorstand vom 7. Mai 2013²⁴⁷ und 4. Juni 2014²⁴⁸ vor.

235. Das Sekretariat verfügt ferner über eine E-Mail vom 9. Oktober 2013 des Alluvia-[Mitarbeiters] [K._____] an seine [Kollegen] und an die [Mitarbeiter] der Kästli-Gruppe [E._____] und [B._____]. Der E-Mail ist ein Entwurf eines Schreibens angehängt, welches festhält, dass die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe ihre «*verschiedenen Preislistenpreise 2014 für Beton*» «*gegenüber 2013 – trotz moderater Teuerung und noch pendenten Zementverhandlungen – unverändert belassen und die bisher gutgeschriebenen Mengenrabatte*» «*durch direkte Kunden- und Baustellenrabatte*» an ihre Kunden «*weitergeben*» würden. «*Das Preisniveau*» der Alluvia- und Kästli-Werke werde «*also gegenüber dem Jahr 2013 netto keine Änderung erfahren!*»²⁴⁹ Der Entwurf enthält in der Unterschriftszeile die Namen des jeweiligen [Funktionsbezeichnung] der Alluvia-Gruppe, der Kästli-Gruppe und der KTB AG.

236. Mit E-Mail vom 14. November 2013 sandte der [Mitarbeiter] der Alluvia-Gruppe [C._____] dem [Organ] der Kästli Beteiligungen AG [B._____] ein Schreiben, welches die Alluvia-Gruppe am Folgetag an ihre Kunden versenden würde «*zur Kenntnisnahme*». Zudem fügte [C._____] an: «*Gerne erwarte ich im Gegenzug eine Kopie Deines Schreibens.*»²⁵⁰ Bezüglich der Preislisten war dem Anhang der E-Mail zu entnehmen, dass die Alluvia-Gruppe die Preise in den Preislisten 2014 nicht erhöhen werde. Ferner informierte die Alluvia-Gruppe ihre Kunden, dass die Lieferungen und Leistungen ab 1. Januar 2014 netto in Rechnung gestellt würden.²⁵¹

²⁴³ Act. II.A.18

²⁴⁴ Act. III.22 (22-0440), Act. 117 (22-0440), Act. 125 (22-0440), Act. 266 (22-0440)

²⁴⁵ Act. III.22 (22-0440), Act. 117 (22-0440), Act. 125 (22-0440), Act. 266 (22-0440)

²⁴⁶ Act. II.A.44

²⁴⁷ Act. II.A.56

²⁴⁸ Act. II.B.21

²⁴⁹ Act. II. A.75

²⁵⁰ Act. II.A.80

²⁵¹ Act. II.A.80

237. Ein Schreiben der Kästli Bau AG und der Frischbeton AG Rubigen vom November 2013 besagt, dass die Unternehmen die Preise in der Preisliste 2014, von wenigen Ausnahmen abgesehen, nicht erhöhen würden. Die Betonaufträge würden zudem per 1. Januar 2014 netto offeriert.²⁵²

b. Zeugenaussagen

238. Gemäss Zeugenaussagen des ehemaligen Geschäftsführers des BVRB [M._____] fanden die Treffen zwischen dem BVRB und den KTB-Werken jeweils einmal im Jahr²⁵³ im Spätherbst²⁵⁴ statt. Es sei «*schwierig zu sagen*», wann das letzte Treffen im Spätherbst stattgefunden habe. Er sei sich «*nicht sicher, ob dies im Jahr 2010 oder 2011*» gewesen sei. «*Wahrscheinlich*» sei es «*2010*» gewesen.²⁵⁵

239. [Der] ehemalige [Mitarbeiter] der Kästli Bau AG [L._____] sagte als Zeuge am 5. Februar 2015 zur gemeinsamen Koordination der Preislisten aus, er sei sich sicher, dass «*man sicher einen Rahmen vorgegeben*» habe, «*in dem man sich bewegt[e]*».²⁵⁶ Er war sich sicher, dass die ähnliche Preisgestaltung der Hofstetter, Messerli und Kästli solange galt, als er bei der Kästli Bau AG angestellt war.²⁵⁷ Gemäss eigenen Angaben war [L._____] zwischen 1980 bis 2010 bei der Kästli-Gruppe tätig.²⁵⁸

c. Parteiauskünfte

240. Gemäss den schriftlichen Eingaben der Alluvia-Gruppe haben sie und die Kästli-Gruppe die «*voraussichtlichen Preiserhöhungen*» «*letztmals 2010*» dem BVRB mitgeteilt.²⁵⁹ Gemäss den schriftlichen Vorbringen der Kästli-Gruppe fanden die Treffen mit dem BVRB bis 2010 statt.²⁶⁰

(iii) Beweiswürdigung

241. Wie die Vereinbarung vom 13. Juni 2001 zeigt, galt die Vereinbarung rückwirkend ab 1. Januar 2001. Das Kündigungsschreiben vom 20. April 2011 kündigte die Vereinbarung auf den 31. Dezember 2011. Damit stimmt auch die Zeugenaussage von [K._____] überein, der sich nicht mehr sicher war, ob das letzte Treffen im Jahr 2010 oder 2011 stattfand. Die Rundschreiben des BVRB beziehen sich auf die Treffen zwischen den KTB-Werken und dem BVRB, welche «*alljährlich*» oder «*alle Jahre*» stattgefunden haben. Es besteht aufgrund dieser übereinstimmenden Beweismittel kein Zweifel daran, dass die Preiskoordination zwischen dem 1. Januar 2001 und dem 31. Dezember 2011 – also währen elf Jahren – jedes Jahr stattgefunden hat.

242. Aus den vorliegenden E-Mails ist zudem ersichtlich, dass sich die Alluvia- und die Kästli-Gruppe – die KTB-Werke – auch im Jahr 2012, 2013 sowie 2014 gemeinsam und mit dem BVRB getroffen haben. Aufgrund der im vergangenen Jahrzehnt vorausgegangenen Treffen, anlässlich welcher die KTB-Werke gemeinsam den Rahmen für die Preiserhöhungen einander mitteilten, deutet insbesondere das Treffen im September 2012 darauf hin, dass auch

²⁵² Act. II. A.84

²⁵³ Act. III.22, Zeilen 160 (22-0440)

²⁵⁴ Act. III.22, Zeilen 122 f. (22-0440)

²⁵⁵ Act. III.22, Zeilen 164 f. (22-0440)

²⁵⁶ Act. III.13, Zeilen 218-230 (22-0440)

²⁵⁷ Act. III.13, Zeilen 234-241 (22-0440)

²⁵⁸ Act. III.13, Zeile 71 (22-0440)

²⁵⁹ Act. VIII.A.1, Rz 12.1

²⁶⁰ Act. VIII.B.1, S. 2/6, Titel 2.1

noch 2012 und danach Preisänderungen weiterhin besprochen wurden. Aus der E-Mail von [K. _____] an die Verfahrensparteien vom 9. Oktober 2013 und dem angehängten Entwurf des Schreibens «*Neuorganisation der KTB & Neue Rabattregelung*» geht zudem hervor, dass die Alluvia-Gruppe ihre Preiserhöhungen auch noch 2013 der Kästli-Gruppe vor der Mitteilung an ihre Kunden mitgeteilt hat. Aus der E-Mail folgt auch, dass die Alluvia-Gruppe dasselbe von der Kästli-Gruppe erwartete. Die Erwartungshaltung der Alluvia-Gruppe zeigt, dass sie es als selbstverständlich empfand, dass die Kästli-Gruppe ihre Preiserhöhungen ihr bekannt geben würde. Aufgrund der langjährigen Praxis, während der sich die Kästli- und die Alluvia-Gruppe ihre bevorstehenden Preiserhöhungen in engen Bandbreiten mitteilten, erscheint dies nachvollziehbar. Wie das Schreiben der Kästli-Gruppe vom November 2013 beweist, machte die Kästli-Gruppe dieselbe Ankündigung wie die Alluvia-Gruppe.

243. Aus alledem folgt, dass die gegenseitige Mitteilung der beabsichtigten Preiserhöhungen nicht mit der Kündigung der Vereinbarung vom 13. Juni 2001 auf den 31. Dezember 2011 eingestellt wurde, sondern auch noch bis ins Jahr 2013 weiter praktiziert wurde.

(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen

Stellungnahmen

244. Die Kästli-Gruppe bestreitet die Darstellung der Wettbewerbsbehörden insgesamt. Sie ist insbesondere der Ansicht, das «Rundschreiben 1/2010» des BVRB an seine Mitglieder beweise, dass im Jahr 2010 kein Gespräch zwischen den KTB-Werken und dem BVRB stattgefunden habe.²⁶¹ Auch die Alluvia-Gruppe bestreitet die Aussagekraft der dargelegten Beweismittel und verneint, dass 2010 ein Treffen zwischen den KTB-Werken und dem BVRB stattgefunden hat.²⁶²

Würdigung

245. Die Parteien widersprechen sich selbst. Sowohl die Kästli- als auch die Alluvia-Gruppe gaben in ihren Eingaben vom 12. Mai bzw. 4. Mai 2017 an, letztmals 2010 ihre Preisänderungen in gemeinsamen Sitzungen für das folgende Jahr in Form von Spannbreiten angegeben zu haben.²⁶³ Ferner ist die Zeugenaussagen von [M. _____], der für die Herausgabe der Rundschreiben verantwortlich war, zu beachten. Er war sich nicht mehr sicher, ob das letzte Treffen mit dem BVRB 2010 oder 2011 stattgefunden hatte. Die fehlende ausdrückliche Erwähnung des Treffens zwischen den KTB-Werken und dem BVRB im BVRB-Rundschreiben des Jahres 2010 beweist also nicht, dass kein Treffen stattgefunden hat.

246. Die Fortdauer des Konsenses, sich gegenseitig über die bevorstehenden Preiserhöhungen zu informieren, hängt schliesslich nicht einzig von den Treffen mit dem BVRB ab. Die Fortdauer des Konsenses, sich über bevorstehende Preisänderungen zu informieren und entsprechend die Preisänderung in Bandbreiten festzulegen, ist zudem mit dem Kündigungsschreiben der KTB-Werke an den BVRB vom 20. April 2011 und den zitierten E-Mails aus dem Jahr 2013 (vgl. Rz 234 ff. bzw. Rz 242) genügend bewiesen.

(v) Beweisergebnis

247. Der Konsens der Verfahrensparteien, sich gegenseitig über ihre jeweiligen künftigen Preisänderungen in ihren Listenpreisen zu informieren und gemeinsam Bandbreiten über die Listenpreiserhöhungen für Kies, Beton, Transporte und Nebenleistungen festzulegen, bestand von 2001 bis Ende 2013. Bis 1997 führten die Parteien gemeinsame Bruttopreislisten.

²⁶¹ Act. VI.29, Rz 251

²⁶² Act. VI.30, Rz 77

²⁶³ Act. VIII.B.1, S. 2/6; Act. VIII.A.1, S. 4/8, Rz 12.1

B.5.2.4 Umsetzung und Auswirkungen zwischen den Parteien

(i) Beweisthema

248. Nachfolgend ist zu prüfen, ob sich die beteiligten Verfahrensparteien entsprechend ihrem Konsens, ihre Listenpreise für Kies- und Betonprodukte inklusive Transport zu koordinieren, verhielten. Zudem werden die Auswirkungen untersucht, welche dieses Verhalten zwischen den Parteien zur Folge hatte. Dabei ist daran zu erinnern, dass die volkswirtschaftliche Auswirkung nicht bewiesen werden muss. Es genügt, wenn das Verhalten der Parteien geeignet war, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken.²⁶⁴

249. Schliesslich ist im Zusammenhang mit der Prüfung der Umsetzung und Auswirkung der Preiskoordination zwischen den Parteien daran zu erinnern, dass die Verfahrensparteien Kunden haben, welche direkt den Bruttopreis bezahlen und solche mit denen sie Preisverhandlungen führen (vgl. dazu oben Rz 142).

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

250. Dem Sekretariat liegen Rundschreiben oder Mitteilungen des ehemaligen Baumeisterverbandes Region Bern (BVRB) der Jahre 2004, 2007, 2008 und 2009 vor,²⁶⁵ mit denen der Verband seinen Mitgliedern die Bandbreiten der Preiserhöhungen der Hofstetter/Messerli (Alluvia-Gruppe) und Kästli für die Jahre 2005, 2006, 2009 und 2010 mitteilte. Der Verband erklärte darin seinen Mitgliedern jeweils wörtlich: «Anlässlich der alljährlich stattfindenden Gespräche mit Vertreten des KTB wurden die Preiserhöhungen diskutiert. Unter Berücksichtigung der stark steigenden Rohstoffe (Zement/Diesel/ Betonzusatzmittel) muss mit folgender Teuerung gerechnet werden [...]».²⁶⁶ Für das Jahr 2008 sollten die Teuerungen beispielsweise folgendermassen lauten:

Werke K.+U. Hofstetter/Messerli	- Kies	im Durchschnitt	ca.	3 %
	- Beton	im Durchschnitt	ca.	4-5 %
	- Transporte:		ca.	4-5 %
Werk Rubigen:	- Wandkies		ca.	1-2 %
	- Kies		ca.	3 %
	- Beton		ca.	4-5 %
	- Transporte:		ca.	4-5 %

[...] ²⁶⁷

251. Das Sekretariat verfügt über die Listenpreise der Verfahrensparteien für die Jahre 2004–2013.

252. Aus dem Marketing-Konzept der Hofstetter geht hervor, dass hohe Grundrabatte die Preisbasis immer weiter nach unten korrigieren würden.²⁶⁸

²⁶⁴ BGE 143 II 297, 324 E. 5.4.2

²⁶⁵ Act. III.22 (22-0440), Act. II.C.X.117 (22-0440), Act. II.C.X.125 (22-0440), Act. II.B.X.266 (22-0440)

²⁶⁶ Act. III.22 (22-0440), Act. II.C.X.117 (22-0440), Act. II.C.X.125 (22-0440), Act. II.B.X.266 (22-0440)

²⁶⁷ Act. II.C.X.117 (22-0440), S. 1 Rundschreiben

²⁶⁸ Act. II.B.X.287 (22-440), S. 10 Punkt 3.3.3

b. Zeugenaussagen

253. In seiner Zeugeneinvernahme vom 5. Februar 2015 sagte [der] ehemalige [Mitarbeiter] der Kästli Bau AG – [L._____] – aus, dass sich die Preise in den offiziellen Preislisten zum Grossteil nur im Transport unterschieden, ansonsten seien die Preise sehr ähnlich und unterschieden sich vielleicht um 1–2 Franken. Der Preisunterschied bestehe im Transport in Abhängigkeit vom Standort.²⁶⁹

254. Der ehemalige Geschäftsführer des Baumeisterverbandes Region Bern (BVRB) [M._____] sagte am 15. September 2015 als Zeuge aus, die Preise der publizierten Preislisten hätten jeweils nicht weit neben den dem BRVB kommunizierten Preisen gelegen, sondern sich im Preisrahmen bewegt, welche die KTB-Werke dem BVRB zuvor mitgeteilt hätten.²⁷⁰ Ferner sei der Mengenrabatt in den Preislisten der Werke enthalten gewesen.²⁷¹

255. [H._____] sagte anlässlich seiner Einvernahme vom 27. November 2017 aus, die Preislisten der Betonwerke würden dem Abnehmer als Anhaltspunkt für die Kalkulation dienen. Damit man bei Kleinmengen bei Vorabklärungen einer Ausschreibung wisse, «*wo man sich beweg[e]*». ²⁷²

256. Der [Mitarbeiter] der Büchi Bauunternehmung AG [I._____] sagte aus, der Kundendienst der Büchi arbeite zur Erarbeitung von Offerten für Ausschreibungen mit Preislisten, welche auf Erfahrungen basierten.²⁷³ Wenn für ein bestimmtes Produkt kein Preis hinterlegt sei, dann würde der Preis aus der Lieferantenpreisliste eingesetzt.²⁷⁴

c. Schriftliche Erklärungen von Dritten

257. [A._____] beantwortete freiwillig schriftlich den Fragebogen des Sekretariats vom 11. November 2015. Auf die Frage, ob die ehemaligen Mitglieder des Verbandes Kies- und Betonwerke Bern und Umgebung (KTB) nach dessen Auflösungen Abmachungen über Preise getroffen hätten, antwortete er unter anderem Folgendes: «*Aus den Nachkalkulationen des Vorjahres ergaben sich bei allen Werken fast dieselben Gestehungskosten, was somit auch zu sehr ähnlichen Listenpreisen führte. Der Konkurrenzkampf wurde höchstens über die Rabatte geführt.*». An diesen Abmachungen hätten sich die Messerli Kieswerk AG, die Keller AG, K.+U. Hofstetter AG, die Kästli Bau AG und bis zur Geschäftsaufgabe die Künti AG beteiligt.²⁷⁵

d. Parteiaussagen

258. Der [Mitarbeiter] der Alluvia-Gruppe – [N._____] – gab am 19. Oktober 2016 zu Protokoll, dass in den Offerten der Alluvia-Gruppe jeweils der Preislistenpreis stand. Dieser sei die Preisbasis gewesen, davon seien die verschiedenen Rabatte abgezogen worden.²⁷⁶

²⁶⁹ Act. III.13 (22-0440), Zeilen 126 ff.

²⁷⁰ Act. III.22, Zeilen 271-276

²⁷¹ Act. III.22, Zeilen 461 f.

²⁷² Act. III.2, Zeilen 191 ff.

²⁷³ Act. III.3, Zeilen 135

²⁷⁴ Act. III.3, Zeilen 162 f.

²⁷⁵ Act. VI.2, Antwort auf Frage 4 und 4.1 (22-0440)

²⁷⁶ Act. III.29, Zeilen 339 ff. (22-0440)

e. Parteieingaben

259. Die Alluvia-Gruppe machte in ihrer schriftlichen Eingabe vom 18. Januar 2017 geltend, die alljährliche Ankündigung der ungefähren Bandbreiten der prozentualen Preiserhöhungen hätte den BVRB-Mitgliedern dazu gedient, ihre Regiepreise und somit ihre Offerten erstellen zu können.²⁷⁷

260. Die Kästli-Gruppe macht in ihrer Eingabe vom 12. Mai 2017 geltend, die prozentualen Angaben über die bevorstehenden Teuerungen hätten den BVRB-Mitgliedern in der Planung und Offertstellung ihrer Leistungen für das folgende Jahr gedient.²⁷⁸

261. Die Alluvia-Gruppe machte in ihrer schriftlichen Eingabe vom 18. Januar 2017 geltend, die Preiserhöhungen hätten aufgrund von überwiegend exogenen Preisindikationen, welche die Alluvia- und die Kästli-Gruppe wiederum individuell von ihren Lieferanten und Lieferantinnen (Zement, Strom, Treibstoff, etc.) erhalten hätten, stattgefunden. Ferner hätten die LSVA und die zu erwartenden Personalkosten (Landesmantelvertrag) Einfluss auf die Preiserhöhung gehabt. Die Ankündigungen hätten die Preisgestaltung der beiden Parteien gegenüber ihren Kunden nicht beeinflusst. Zum einen sei bei der Bekanntgabe der Bandbreiten nicht klar, an welchem Ende der Bandbreite die Preiserhöhung zu stehen komme. Zum anderen würden sich die prozentualen Bandbreiten lediglich auf die Preislisten beziehen. Von diesen Preisen würden noch Rabatte abgezogen. Die Preise auf einer Preisliste seien für das konkrete Angebot bzw. die tatsächliche Konkurrenzsituation nur wenig aussagekräftig.²⁷⁹

262. Die Kästli-Gruppe bringt in ihrer schriftlichen Eingabe vom 12. Mai 2017 vor, die tatsächlichen Änderungen in den Kies- und Betonpreisen seien von der Kästli-Gruppe unabhängig von der Alluvia-Gruppe jeweils erst nach Feststehen aller Teuerungsfaktoren selbständig und für jede Betonsorte einzeln kalkuliert und am Anfang des folgenden Jahres in den individuellen Preislisten der Werke bekannt gegeben worden. Die Preisliste sei öffentlich einsehbar und diene als «*Akquisitions- und Marketinginstrument.*»²⁸⁰

(iii) Beweiswürdigung

263. Die vorgenannten Beweismittel sind mit Bezug darauf zu würdigen, ob die Bandbreiten tatsächlich angewendet wurden, den BVRB-Mitgliedern mitgeteilt wurden, die angekündigten Preiserhöhung mit den Preislisten übereinstimmten, die Preiserhöhungsinformationen von den BVRB-Mitgliedern verwendet wurden und ob die vorbesprochenen Preiserhöhungsbandbreiten tatsächlich von der Alluvia- und der Kästli-Gruppe umgesetzt wurden.

Anwendung der Bandbreiten

264. Gemäss der Zeugenaussage des ehemaligen [Mitarbeiters] der Kästli-Gruppe – [L.____] – und des früheren [Funktionsbezeichnung] der KTB AG bewegten sich die Bandbreiten in engen Grenzen, nämlich 1–2 CHF. Damit stimmen die Rundschreiben des BVRB aus den Jahren 2004, 2007, 2008 und 2009 überein. Darin kommunizierte der BVRB seinen Mitgliedern die angekündigten Preisänderungen. Die von der Alluvia- und der Kästli-Gruppe angekündigten Preiserhöhungen unterscheiden sich kaum und wurden in Bandbreiten von plus oder minus 1 % aufgeführt. Einzig im Jahr 2009 waren die Bandbreiten 2–3 %. Aus den Preiserhöhungsankündigungen des Jahres 2013 ergibt sich, dass die Alluvia- und die Kästli-Gruppe die Preise gar nicht bzw. nur teilweise und in geringem Ausmass erhöhten. Es

²⁷⁷ Act. I.2, S. 2 f.

²⁷⁸ Act. VIII.B.1, S. 2

²⁷⁹ Act. I.2, S. 2 f.

²⁸⁰ Act. VIII.B1, S. 2/6-3/6

ist daher bewiesen, dass sich die Bandbreiten der Preiserhöhungen, wenn überhaupt Bandbreiten angegeben wurden, in einem engen Rahmen bewegten.

Mitteilung der Bandbreiten an die BVRB-Mitglieder

265. Aufgrund der Rundschreiben des BVRB an seine Mitglieder ist bewiesen, dass die von den KTB-Werken angekündigten Preiserhöhungen auch tatsächlich den BVRB-Mitgliedern mitgeteilt wurden.

Übereinstimmung der angekündigten Preiserhöhungen mit den später publizierten Preislisten

266. Der ehemalige Geschäftsführer des BVRB sagte aus, die Preise in den publizierten Preislisten hätten jeweils nicht weit neben den dem BRVB kommunizierten Preisen gelegen. Diese Aussagen stimmen mit den Angaben der Alluvia- und der Kästli-Gruppe überein. Beide Unternehmen geben an, dass die Mitglieder-Unternehmen des BVRB die Preisankündigungen der Alluvia- und der Kästli-Gruppe für die Offertstellungen gebraucht hätten. Träfe die Aussage des ehemaligen Geschäftsführers des BVRB nicht zu und hätten sich die angekündigten Preise in relevantem Ausmass von den tatsächlich später publizierten Preisen unterschieden, wäre eine Offertstellung der Bauunternehmer und Bauunternehmerinnen basierend auf den Vorankündigungen – wie es die Alluvia- und die Kästli-Gruppe vorbringen – nicht möglich gewesen. Hätte es wesentliche Abweichungen zwischen den vorangekündigten Preisen und den später in den Preislisten festgehaltenen Preisen gegeben, ergäbe die Vorankündigung zudem keinen Sinn. Denn in diesem Fall hätten die Mitglieder-Unternehmen des BVRB ohnehin mit der Offertstellung bis zur Herausgabe der definitiven Preislisten zuwarten müssen. Die Vorabmitteilung wäre dadurch unnütz. Aufgrund alledem ist erwiesen, dass die später publizierten Preise mit den Vorankündigungen – abgesehen von nicht marktrelevanten Abweichungen – übereinstimmten.

Verwendung der Preiserhöhungen für Kalkulation der Offerten

267. Sowohl die Alluvia- als auch die Kästli-Gruppe geben an, dass die Preiserhöhungen den BVRB-Mitgliedern dazu gedient hätten, ihre Offerten zu erstellen. Diese Angaben stimmen mit den Aussagen von [H._____] überein, wonach die Preislisten der Betonwerke dem Abnehmer als Anhaltspunkt für die Kalkulation bei Kleinmengen dienten. Auch die Zeugenaussage von [I._____] stimmt damit überein. Laut [I._____] wurden die Preislistenpreise zum Teil verwendet, um Offerten auszuarbeiten, da diese Preise in die internen Preislisten eingefügt wurden, sofern kein Erfahrungswert bestand. Insgesamt steht somit fest, dass die mitgeteilten Preiserhöhungen den BVRB-Mitgliedern zumindest teilweise dazu dienten, ihre Offerten zu erstellen.

Umsetzung der Preiserhöhungen im vereinbarten Rahmen

268. Die Parteien haben dem BVRB und damit dem Verband ihrer wichtigsten Kunden vorab mitgeteilt, in welchem Rahmen sich die Listenpreise im kommenden Jahr verändern werden. Es scheint unwahrscheinlich, dass die Parteien anschliessend von dieser Ankündigung stark abweichen konnten, da die Bauunternehmungen die angekündigten Preisveränderungen zur Offertstellung verwendet haben. Möglicherweise hätten die Parteien auch nach der Ankündigung im Vergleich dazu tiefere Listenpreise festlegen können. Deshalb wird nachfolgend geprüft, inwiefern die Listenpreise der Parteien mit den angekündigten Preisanpassungen konsistent waren.

269. Schriftliche Vereinbarungen der Preisveränderungen liegen dem Sekretariat für die Jahre 2004, 2007, 2008 und 2009 vor.²⁸¹ Dabei wurde jeweils vereinbart, wie sich die Kies-

²⁸¹ Act. III.22 (2004), Act. II.C.X.117 (2007), Act. II.C.X.125 (2008), Act. II.B.X.266 (2009). Für die verbleibenden Jahre verfügt das Sekretariat über keine Dokumente, die Rückschlüsse über die konkreten vereinbarten Preisanpassungen erlauben.

und Betonpreise im folgenden Jahr im Vergleich zum aktuellen Jahr verändern. Der Vereinbarung des Jahres 2004 kann also zum Beispiel entnommen werden, um wie viele Prozentpunkte sich die Preise im Jahr 2005 im Vergleich zu 2004 verändern sollen.

270. Das Sekretariat hat anhand der von den Parteien eingereichten Preislisten²⁸² überprüft, ob die angekündigten Preisänderungen tatsächlich im vereinbarten Mass umgesetzt wurden. Zu diesem Zweck wurden die Preise der 10 meistgelieferten Kies- und Betonsorten näher untersucht. Zur Identifikation dieser 10 meistgelieferten Sorten wurden die von den Parteien eingereichten Lieferscheindaten verwendet (vgl. Rz 35 ff).²⁸³ Damit wurden die 10 meistgelieferten Kies- und die 10 meistgelieferten Betonsorten separat für die der KTB angeschlossenen Werke der Alluvia-Gruppe und die Kies- und Betonwerke der Kästli-Gruppe in Rubigen identifiziert. Von diesen 10 meistgelieferten Sorten wurden nur die Preise derjenigen Sorten untersucht, die in sämtlichen Preislisten 2004–2013 enthalten sind.²⁸⁴ Durch diese Auswahl blieben bei der Alluvia-Gruppe 4 Kiessorten und 8 Betonsorten übrig. Bei der Kästli-Gruppe wurden die Preise von 7 Kies- und 8 Betonsorten näher untersucht.

271. Diese verbleibenden Sorten decken jeweils rund 25 bis 50 % der insgesamt von den KTB Werken verkauften Menge an Kies und Beton ab. Die genauen erfassten Anteile sind in Tabelle 10 aufgelistet. Listen mit den genauen Bezeichnungen der verwendeten Sorten sind in Akte VII.36, Kapitel D, enthalten.

Tabelle 10: Anteil der erfassten Sorten an der insgesamt verkauften Menge

Produkt	Partei	Anteil an Gesamtmenge
Beton	Alluvia	[<40]%
Beton	Kästli	[>45]%
Kies	Alluvia	[<25]%
Kies	Kästli	[>45]%

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

272. Da Preislisten für die Jahre 2004–2013 vorliegen, konnte das Sekretariat insgesamt 9 Preisanpassungen für die Jahre 2004–2012 berechnen. Die durchschnittlichen Preisanpassungen sind in Tabelle 11 separat für die der KTB angeschlossenen Werke der Alluvia- und der Kästli-Gruppe für die wichtigsten Betonsorten aufgeführt.²⁸⁵ Der Spalte 2004 ist zum Beispiel zu entnehmen, dass die Listenpreise der meistgelieferten Betonsorten bei den der KTB AG angeschlossenen Werken der Alluvia-Gruppe im Jahr 2005 im Vergleich zum Jahr 2004 um durchschnittlich 1,8 % erhöht wurden. Die Frischbeton AG Rubigen hat ihre Listenpreise im gleichen Zeitraum um 1,5 % erhöht. Vereinbart war eine Preiserhöhung um 2–3 %. Tabelle 12 enthält die entsprechenden Preisanpassungen für die meistgelieferten Kiessorten.

²⁸² Act. II.B.27 und Act. II.B.28 (Alluvia-Gruppe, 2004–2009), Act. VIII.A.10.d bis VIII.A.10.k (Alluvia-Gruppe, 2010–2013), Act. VIII.B.40.b bis Act. VIII.B.40.o (Kästli-Gruppe)

²⁸³ Während die Preislisten für die Jahre 2004–2013 vorliegen, sind Lieferscheindaten nur für die Jahre 2007–2013 verfügbar. Es ist davon auszugehen, dass Sorten, mit welchen 2007–2013 ein hoher Umsatz erzielt wurde, auch während der drei unmittelbar vorangegangenen Jahre 2004–2006 wichtig waren. Deshalb dienen die Lieferscheindaten, welche nur für die Jahre 2007–2013 vorliegen, als Grundlage für die Bestimmung wichtiger Sorten.

²⁸⁴ Bei den von der Alluvia-Gruppe eingereichten Daten wurden nur Sorten verwendet, welche in allen Preislisten aller der KTB angeschlossenen Werke in jedem der Jahre 2004–2013 aufgeführt waren.

²⁸⁵ Bei der Berechnung des angegebenen Durchschnittes wird allen Sorten und allen Werken gleiches Gewicht beigemessen. Für die Jahre 2004–2006 werden die Preislisten der Werke verwendet, welche sich zur Alluvia-Gruppe zusammenschlossen.

Tabelle 11: Anpassung der Listenpreise der meistgelieferten Betonsorten 2004–2013

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Preiserhöhung Alluvia	1,8 %	1,0 %	2,7 %	4,7 %	3,4 %	0,0 %	2,3 %	1,0 %	0,9 %
Vereinbarung Alluvia	2-3 %		4-5 %		2-5 %	0 %			
Preiserhöhung Kästli	1,5 %	0,7 %	2,6 %	4,1 %	3,8 %	0,0 %	2,2 %	1,1 %	0,4 %
Vereinbarung Kästli	2-3 %		4-5 %		4 %	0 %			

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.), Act. III.22 (2004-2005), Act. II.C.X.117 (2007-2008), Act. II.C.X.125 (2008-2009), Act. II.B.X.266 (2009-2010)

Tabelle 12: Anpassung der Listenpreise der meistgelieferten Kiessorten 2004–2013

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Preiserhöhung Alluvia	2,3 %	0,3 %	2,1 %	2,5 %	2,7 %	0,0 %	1,2 %	1,0 %	1,1 %
Vereinbarung Alluvia	2-3 %		3 %		2-4 %	0 %			
Preiserhöhung Kästli	2,2 %	0,4 %	1,9 %	3,0 %	2,1 %	0,0 %	1,2 %	0,8 %	0,4 %
Vereinbarung Kästli	2-3 %		3 %		4 %	0 %			

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.), Act. III.22 (2004-2005), Act. II.C.X.117 (2007-2008), Act. II.C.X.125 (2008-2009), Act. II.B.X.266 (2009-2010).

273. Die tatsächlichen prozentualen Preisanpassungen fielen bei unterschiedlichen Sorten unterschiedlich aus. Das liegt teilweise daran, dass die Preise gerundet werden: je nachdem, ob ein Preis auf- oder abgerundet wird, ergeben sich unterschiedlich grosse Preisanpassungen. Es gibt aber durchaus auch Sorten, bei welchen die tatsächliche Preisveränderung deutlich von der vereinbarten Anpassung sowie von der durchschnittlichen Preisanpassung abwich, so dass sich die entsprechenden Unterschiede nicht ausschliesslich mit Rundungen erklären lassen.

274. Die vorliegende Vereinbarung legt folglich nicht für jede einzelne Sorte eine genaue Preiserhöhung fest. Dazu reicht eine sich auf alle Sorten beziehende Vereinbarung nicht aus. Vielmehr gibt sie die Grössenordnung der vorgesehenen Preisanpassungen vor. Dieser Umstand ist auch daran zu erkennen, dass in manchen Jahren lediglich eine Bandbreite statt eine genaue Preiserhöhung vereinbart wurde.

275. Die Grössenordnung der durchschnittlichen Preisanpassungen der in Tabelle 11 und Tabelle 12 ausgewerteten meistgelieferten Sorten entspricht in der Regel der entsprechenden Vereinbarung: Die Abweichung ist nur im Jahr 2008 in Bezug auf Kies bei der Kästli-Gruppe grösser als 0,5 %. In allen anderen Jahren entsprechen die tatsächlichen Preiserhöhungen im Durchschnitt etwa den vereinbarten Werten.

276. Das Jahr 2009 ist ein Spezialfall, weil vereinbart wurde, die Preise unverändert zu lassen. Dadurch spielen Rundungen im Gegensatz zu den anderen Jahren keine Rolle. Tatsächlich blieben die Listenpreise beider Parteien unverändert.²⁸⁶

²⁸⁶ Die Kästli-Gruppe bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vom 5. Juli 2018 vor, das Jahr 2009 sei für die Beurteilung der Umsetzung nicht aussagekräftig. Die durch die globale Finanzkrise von 2008 ausgelöste wirtschaftliche Verunsicherung erkläre den Umstand, dass 2009 auf Preiserhöhungen verzichtet worden sei. Ausserdem sei die Jahresteuern im Oktober 2009 mit -0,8 % negativ ausgefallen (Act. VI.29, Rz 255).

Gerade weil die Preise vieler anderer Produkte zu dieser Zeit sanken, ist es aus Sicht der Wettbewerbsbehörden alles andere als selbstverständlich, dass die Listenpreise der Parteien unverändert blieben.

277. Die vereinbarten Preiserhöhungen liessen zwar keine präzisen Rückschlüsse auf die Preise einzelner Sorten zu. Die Grössenordnung der tatsächlichen durchschnittlichen Preiserhöhung entsprach aber der Vereinbarung. Somit ist erwiesen, dass die vereinbarten Preiserhöhungen auch tatsächlich umgesetzt wurden.

Rechtfertigende Parteivorbringen zum Sachverhalt

278. Das Vorbringen der Alluvia-Gruppe, die Verfahrensparteien hätten nicht gewusst, an welchem Ende der Bandbreiten die Preiserhöhung zu stehen komme, ist nicht relevant. Es steht fest, dass die Preiserhöhungen sowohl von der Alluvia- als auch der Kästli-Gruppe in sehr ähnlicher Weise vollzogen wurden.

279. Die Alluvia-Gruppe bringt vor, von den Listenpreisen würden noch Rabatte abgezogen, weshalb diese Preise für die Konkurrenzsituation nicht aussagekräftig seien. Dieses Vorbringen entspricht nicht den Tatsachen. Die Verfahrensparteien machen übereinstimmend in ihren schriftlichen Eingaben geltend, dass der Listenpreis zur Offertstellung benutzt wurde (dazu vorne Rz 259 f.). Diese Feststellung bestätigte auch [N. _____] anlässlich seiner Parteiaussage von vom 19. Oktober 2016.²⁸⁷ Es steht fest, dass die Offerte der Ausgangspunkt für jeden Wettbewerb um einen zu realisierenden Auftrag ist, denn basierend darauf entscheidet ein Auftraggeber, an wen er seinen Auftrag vergeben will. Dementsprechend sagte [der] ehemalige [Mitarbeiter] der Kästli-Gruppe – [L. _____] – als Zeuge aus, dass die Preislisten die Basis der Konkurrenz seien.²⁸⁸

280. Auch im Marketing-Konzept der Hofstetter ist festgehalten, dass hohe Grundrabatte die Preisbasis immer weiter nach unten korrigierten.²⁸⁹ Dies zeigt einerseits, dass die Höhe der Rabatte einen Einfluss auf die Endpreise hatte, andererseits aber auch, dass die Listenpreise der Ausgangspunkt des Preiswettbewerbs waren. Schliesslich gibt auch die Kästli-Gruppe an, dass die Preislisten ein «*Akquisitions- und Marketinginstrument*» sind. Insgesamt besteht also kein Zweifel daran, dass die Listenpreise einen entscheidenden Einfluss auf die Vergabe eines Auftrags und damit auf die Konkurrenzsituation hatten.

281. Das Vorbringen, wonach die Kästli-Gruppe unabhängig ihre Preise im Markt kommuniziert habe, nachdem die letzten Teuerungen bekannt gewesen seien, ändert nichts am vorliegenden Beweisergebnis. Erstens stimmten die Preise erwiesenermassen in der Regel mit den kommunizierten Preiserhöhungen überein. Zweitens teilten sich die Kästli- und die Alluvia-Gruppe unabhängig von dieser Relativierung dennoch vorab ihre Preiserhöhung mit, so dass jeglicher Preissetzungsentscheid basierend auf diesen Informationen stattfinden konnte. Drittens kommunizieren Wettbewerber oder Wettbewerberinnen, welche einander Marktanteile streitig machen wollen, einander nicht vorab Geschäftsgeheimnisse, um auf diese Weise dem Wettbewerber oder der Wettbewerberin die Möglichkeit einzuräumen, sich danach auszurichten. Ob die Preise, nachdem sie untereinander koordiniert worden waren, noch publiziert wurden, ist nicht relevant, da die Verfälschung des Preissetzungsprozesses bereits mit der gegenseitigen Mitteilung der geplanten Preiserhöhungen eingetreten war.

(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen

Stellungnahmen

282. Die Alluvia- und die Kästli-Gruppe bestreiten, dass das Sekretariat die Umsetzung der angekündigten Preiserhöhungen bewiesen habe.²⁹⁰ Die Kästli-Gruppe legt eine alternative Darstellung der Veränderung der Listenpreise vor und behauptet, die korrekt aufbereiteten

²⁸⁷ Act. III. 29 (22-0440), Zeilen 339 f.

²⁸⁸ Act. III.13 (22-0440), Zeilen 201 f.

²⁸⁹ Act. III.17, S. 10, Punkt 3.3.3 (22-0440)

²⁹⁰ Act. VI.29. Rz 252 ff.; Act. VI.30, Rz 83 ff.

Lieferscheindaten würden zeigen, dass zwischen der Kästli und der Alluvia-Gruppe Wettbewerb geherrscht habe. Die Listenpreise hätten zudem für die Vergabe eines Auftrags keine Bedeutung. Einerseits sei die Zeugenaussage von [H.____], der als Zeuge erst ab 2014 aussagen könne, falsch wiedergegeben. Er habe ausgesagt, dass die Preisliste des Lieferanten für die Preisverhandlungen keine Rolle spielten und einzig bei Kleinmengen als Anhaltspunkt dienten. Zudem habe das Sekretariat Teile der Aussage von [I.____] nicht aufgeführt, der in Tat und Wahrheit ausgesagt habe, dass die Preislisten keine Rolle spielten. Die Alluvia-Gruppe macht sinngemäss dieselben Vorbringen wie die Kästli-Gruppe.²⁹¹ Die Kästli-Gruppe behauptet, die Wettbewerbsbehörden liessen die Aktionärsstruktur der Frischbeton AG Rubigen ausser Acht, welche eine Absprache der Listenpreise verunmögliche, da sie aus Bauunternehmungen bestünde, welche an tiefen Preisen interessiert seien.²⁹²

283. Ausserdem bringt die Kästli-Gruppe vor, dass die jährlichen Umsätze der Frischbeton AG Rubigen im Zeitraum 2004–2013 tiefer gewesen seien als im Zeitraum 2014–2017. Auch die Gewinne seien 2004–2013 tiefer ausgefallen als 2014–2017. Zudem lägen die Gewinne der Frischbeton AG Rubigen grundsätzlich auf einem «tiefen bis sehr tiefen Niveau». Gemäss der Kästli-Gruppe zeigen diese Umsatz- und Gewinnzahlen, dass die Preise im Zeitraum 2004–2013 nicht «künstlich erhöht» waren.²⁹³

Würdigung

284. Die Parteiäusserungen sind, soweit sie für die Beurteilung der vorliegenden Sache relevant sind, unzutreffend.

285. In Bezug auf die Umsetzung der Koordination der Listenpreise bringen die Parteien insbesondere vor, dass die Preisänderungen verschiedener Kies- und Betonsorten teilweise unterschiedlich waren. Diese Feststellung widerspricht der Umsetzung der Vereinbarung nicht. Diese Vereinbarung bezog sich nicht auf einzelne Sorten und schloss deshalb eine unterschiedliche Anpassung je nach Sorte nicht aus.

286. Des Weiteren sind die Parteien der Ansicht, die tatsächlichen Preisänderungen wichen teilweise von den vereinbarten Änderungen ab, so dass man nicht auf eine Umsetzung der Vereinbarung schliessen könne. Tatsächlich entsprechen die durchschnittlichen Preisänderungen der wichtigsten Sorten nicht immer genau den vereinbarten Anpassungen. Die entsprechenden Abweichungen sind aber gering. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Sekretariat nur die wichtigsten Sorten berücksichtigen konnte. Die durchschnittliche Preisänderung aller Sorten kann davon durchaus ebenfalls geringfügig abweichen.

287. Die durch die Kästli-Gruppe eingereichten alternativen Auswertungen der Lieferscheindaten (Act. VI.29, Beilage 1, Tabellen 6 und 7) werden in Rz 604 näher diskutiert. Die entsprechenden Resultate beruhen auf einer fehlerhaften und unvollständigen Bereinigung der Daten und stellen keinen Nachweis für wettbewerbliches Verhalten zwischen Kästli und Alluvia dar.²⁹⁴ Die Relevanz der Auswertung der Lieferscheindaten der Alluvia-Gruppe zur Beurteilung des Verhaltens der Kästli-Gruppe wird in Rz 594–597 sowie in Rz 606–608 diskutiert.

²⁹¹ Act. VI.30, Rz 83 ff.

²⁹² Act. VI.29, Rz 257 ff.; Rz 260 ff.; Rz 268 f.; Rz 271 ff.; Rz 275

²⁹³ Act. VI.29, Rz 290–292

²⁹⁴ An verschiedenen Stellen ihrer Eingabe unterschlägt die Kästli-Gruppe ausserdem, dass selbst die auf einer unvollständigen und fehlerhaften Datenbereinigung beruhenden Ergebnisse von Polynomics alles andere als klar sind: Polynomics kann Hypothese 1 nur in drei von sechs Fällen verwerfen. Dieser Umstand wird an anderer Stelle verschleiert. Im Kapitel zur Koordination der Listenpreise wird der Bericht von Polynomics folgendermassen zitiert: «Wir können die Hypothese 1 (...) verwerfen» (Act. VI.29, Rz 262). Die vollständige Aussage ist «Wir können die Hypothese 1 für diese drei Betonsorten daher verwerfen» (Act. VI.29, Beilage 1, S. 18). Dieses Resultat wird fälschlicherweise als «eindeutig» bezeichnet (Act. VI.29, Rz 262).

288. Was die Bedeutung der Listenpreise und die Zeugenaussagen betrifft, sei Folgendes angemerkt:

- Vorab sei klargestellt, dass wie die Wettbewerbsbehörde in Rz 142 aufführt (vgl. auch Rz 131 des Antrags vom 5. Juli 2018), die Kästli-Gruppe [0–15] % ([0–10] Mio. Fr.) ihres Gesamtumsatzes und die Alluvia-Gruppe [10–25] % ([40–55] Mio. Fr.) ihres Gesamtumsatzes mit Produkten erzielten, die ohne jeglichen Rabatt auf den Listenpreisen verkauft wurden. Bereits daraus wird deutlich, dass die Listenpreise eine zentrale Rolle im Markt spielen. Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Sachverhalts im vorliegenden Sinne, reicht diese Tatsache bereits aus.
- Der Vollständigkeit halber sei dennoch auf die Behauptungen zu den Zeugenaussagen eingegangen. Die Kästli-Gruppe insinuiert, der Zeuge [H. _____] sei, weil er erst ab 2014 aussagen könne, nicht tauglich, eine Aussage zu machen. Das ist falsch, der Zeuge wurde zum Kies- und Betonmarkt im Raum Bern befragt und nicht zu den Verhaltensweisen der Parteien.²⁹⁵ Es ist nicht ersichtlich und wird von der Kästli-Gruppe auch nicht dargelegt, inwiefern die Aussagen zum Markt nicht zutreffen sollten. Zudem beruft sich die Kästli-Gruppe selbst auf die Aussagen des Zeugen [H. _____], um ihren Standpunkt zu stützen. Diese Argumentationsweise ist widersprüchlich und verstösst gegen Treu und Glauben. Was die Behauptung der Kästli-Gruppe betrifft, [H. _____] habe gesagt, die Preislisten spielten keine Rolle für die Preisverhandlungen, ist darauf hinzuweisen, dass die Einvernehmenden aus diesem Grund nachgefragt haben, weshalb es dann überhaupt eine Preisliste gebe. Darauf antwortete der Zeuge, es gebe die Preislisten «*damit man einen Anhaltspunkt hat*», «*damit die Kalkulation weiss, wo man sich etwa bewegt*».²⁹⁶ Wenn nun die Wettbewerbsbehörden daraus ableiten, diese Aussagen stimmten mit den Aussagen der Kästli überein, wonach die Bruttopreise für die Offertstellung der BVRB-Mitglieder verwendet worden seien, ist daran nichts zu beanstanden. Gleich verhält es sich mit der Aussage von [I. _____]. Auch er sagte auf Nachfrage des Sekretariats, warum es eine Preisliste gebe, aus, dass wenn für ein bestimmtes Produkt kein Preis hinterlegt sei, der Preis aus der Lieferantenpreisliste eingesetzt werde²⁹⁷ (vgl. oben Rz 256 bzw. Antrag vom 5. Juli 2018, Rz 220).
- Der Umstand, dass die beiden Zeugen auf erste Fragen hin zuerst aussagten, die Preislisten hätten keine Bedeutung und erst auf die Nachfragen hin ihre Antwort präzisierten, ist irrelevant. Aus demselben Grund brauchen die Wettbewerbsbehörden auch nicht ganze Protokollabschnitte in den Antrag hineinzukopieren, wie dies die Kästli-Gruppe insinuiert. Es liegt in der Natur der Sache und entspricht der verfassungsmässigen Begründungspflicht, dass die Behörden einzig die entscheiderelevanten Abschnitte herbeiziehen. An der Konklusion der Wettbewerbsbehörden, die mitgeteilten Preiserhöhungen hätten den BVRB-Mitgliedern zumindest teilweise dazu gedient, ihre Offerten zu erstellen (vgl. oben Rz 267 bzw. Antrag vom 5. Juli 2018, Rz 231), ändern diese Einwände nichts.

289. Bezüglich der Aktionärsstruktur sei darauf hingewiesen, dass die Kästli-Gruppe die Aktienmehrheit hielt und die Preise daher unabhängig von den übrigen Aktionären festlegen konnte.

290. In Bezug auf den Vergleich der jährlich erzielten Gewinne der Frischbeton AG Rubigen während des Zeitraums 2004–2013 mit den ab 2014 erzielten Jahresgewinnen ist Folgendes festzuhalten: Der Zweck einer Koordination der Preise besteht in der Regel darin, den Gewinn der beteiligten Unternehmen zu steigern. Deshalb wäre tatsächlich davon auszugehen, dass eine erfolgreiche Abstimmung zwischen den Parteien deren Gewinn erhöht. Trotzdem ändern

²⁹⁵ Act. I.49, S. 2; Act. III.2, Zeilen 42 ff.

²⁹⁶ Act. III.2, Zeilen 191 bis 196

²⁹⁷ Act. III.3, Zeilen 159 ff.

die durch die Kästli-Gruppe vorgelegten Zahlen aus den folgenden Gründen nichts an der Einschätzung der Wettbewerbsbehörden:

- Die Aktionäre der Frischbeton AG Rubigen profitierten nicht nur dadurch, dass Jahresgewinne ausgeschüttet oder reinvestiert wurden. Zusätzlich dazu erhielten die Aktionäre eine Rückerstattung, die proportional zur im Verlauf des Geschäftsjahres bezogenen Betonmenge ausbezahlt wurde. Dieser «Aktionärsbonus wurde durch den Verwaltungsrat der Frischbeton AG Rubigen jeweils jährlich gestützt auf den Jahresabschluss der Gesellschaft festgelegt.»²⁹⁸ In manchen Jahren überstieg diese Rückzahlung den Jahresgewinn deutlich. Im Jahr 2009 bezogen die Aktionäre der Frischbeton AG Rubigen zum Beispiel [30 000–40 000] m³ Beton und der Aktionärsbonus betrug Fr. 4 pro m³.²⁹⁹ Folglich wurden Fr. [120 000–160 000] in Form des Aktionärsbonus an die Aktionäre ausbezahlt, während der ausgewiesene Gewinn lediglich Fr. [25 000–75 000] betrug.
- Die Auswirkungen kartellrechtswidriger Verhaltensweisen sind in der Regel auch einige Jahre nach Einstellen besagter Verhaltensweisen noch spürbar. Neue Wettbewerber können zum Beispiel nicht von einem Tag auf den anderen in einen vormals abgeschotteten Markt eintreten. Auch die Koordination von Listenpreisen kann zu Verhaltensmustern führen, die sich nicht unmittelbar nach der Einstellung verändern.
- Bei einem Vergleich der Gewinne 2004–2013 mit den Gewinnen 2014–2017 müssten zahlreiche weitere Faktoren berücksichtigt werden, die sich im Verlauf der Zeit verändern. Zum Beispiel hat die Konjunkturlage einen Einfluss auf die Nachfrage und damit auf den Gewinn und den Umsatz der Frischbeton AG Rubigen. Auch die Kosten der für die Herstellung von Beton erforderlichen Güter (zum Beispiel Energie) verändern sich im Verlauf der Zeit. Die Kästli-Gruppe berücksichtigt keinerlei derartige Grössen, weshalb die von ihr ausgewiesenen durchschnittlichen Gewinne und Umsätze keine geeignete Vergleichsbasis sind.

291. Die Kästli-Gruppe ist der Ansicht, nicht nur die Gewinne, sondern auch die Umsätze 2004–2013 hätten höher sein müssen als 2014–2017, wenn die Preise «künstlich erhöht» gewesen wären.³⁰⁰ Erhöht ein Anbieter den Preis eines von ihm verkauften Produkts, kann er in der Regel nur noch eine geringere Menge zu diesem höheren Preis verkaufen. Deshalb führt eine Preiserhöhung nicht zwingend zu einem höheren Umsatz. Ausserdem leidet auch der Vergleich der Umsatzzahlen an den oben diskutierten Schwächen und ändert deshalb ebenfalls nichts an der Einschätzung der Wettbewerbsbehörden.

(v) Beweisergebnis

292. Die Koordination der Listenpreise führte dazu, dass die Verfahrensparteien gemeinsam Preisanpassungen, insbesondere auch Erhöhungen, durchsetzen konnten. Die Parteien setzten die angekündigten Preisanpassungen auch um. Kunden, welche den Bruttopreislistenpreis als Einkaufspreis bezahlten (vgl. dazu oben Rz 142) waren direkt von der Koordination betroffen. Die Kästli-Gruppe erwirtschaftete [0-15] % ([0-10] Mio. Fr.) ihres Gesamtumsatzes und die Alluvia-Gruppe [10-25] % ([40-55] Mio. Fr.) ihres Gesamtumsatzes mit solchen Kunden (vgl. oben Rz 142, Antrag vom 5. Juli 2018, Rz 131).

293. Insgesamt ermöglichte die Bruttopreiskoordination den Parteien, das Preisniveau für Kies- und Betonprodukte zu beeinflussen. Dies führte in gewissen Jahren zu einer Erhöhung des Preisniveaus und in gewissen Jahren zu einer Stabilisierung des Preisniveaus. Eine

²⁹⁸ Act. VIII.B.40, Antwort auf Frage 1

²⁹⁹ Act. II.A.X.165

³⁰⁰ Act. VI.29, Rz 291

Preissenkung fand nicht statt. In jedem Fall war die gemeinsame Koordination der Listenpreise geeignet, den Preiswettbewerb zwischen den Parteien zu beeinflussen.

B.5.2.5 Zusammenfassendes Beweisergebnis der Listenpreise

294. Zwischen den Verfahrensparteien lagen seit spätestens dem Jahr 2004 tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen (Konsens) vor, jeweils Ende Jahr gemeinsam die Anpassungen ihrer Preislisten bezüglich Kies- und Betonprodukte inklusive Transport für das darauffolgende Jahr im Rahmen von engen Bandbreiten festzulegen (Koordination der Listenpreise). An dieser Koordination der Listenpreise waren die Alluvia-Gruppe mit den Kies- und Betonwerken Hindelbank, Bern-Bethlehem, Oberwangen sowie dem Betonwerk Worblaufen und die Kästli-Gruppe mit dem Kies- und Betonwerk Rubigen beteiligt.

295. Der Konsens der Verfahrensparteien, ihre Listenpreise für Kies- und Betonprodukte inklusive Transport zu koordinieren, bestand bis Ende 2013.

296. Die Verfahrensparteien bezweckten mit der Koordination der Listenpreise insbesondere, sich in Bezug auf die Listenpreise für Kies- und Betonprodukte inklusive Transport nicht zu konkurrieren, das Preisniveau für Kies- und Betonprodukte inklusive Transport in ihrem Interesse zu beeinflussen sowie ihre Liefergebiete abzustimmen (dazu hinten Rz 623 ff.).

297. Die Verfahrensparteien verhielten sich in den Jahren 2004 bis Ende 2013 (mit Wirkung bis 2014) entsprechend ihrem Konsens und legten jeweils Ende Jahr gemeinsam enge Bandbreiten für die Anpassungen ihrer Preislisten bezüglich Kies- und Betonprodukte inklusive Transport für das darauffolgende Jahr fest, insbesondere auch Erhöhungen. Hierzu trafen sie sich jeweils Ende Jahr im Rahmen einer Sitzung der KTB AG. Die beabsichtigten Preisanpassungen der einzelnen Werke kommunizierten sie anschliessend gemeinsam dem früheren Baumeisterverband der Region Bern BVRB. Dabei traten sie vereint als „KTB-Werke“ auf. Die kommunizierten Preisanpassungen setzten die einzelnen Werke anschliessend individuell in ihren Preislisten um, die sie jeweils in den ersten Monaten jedes Jahres publizierten. Die Preisanpassungen der Verfahrensparteien waren in der Regel nicht identisch, bewegten sich aber innerhalb der gemeinsam festgelegten engen Bandbreiten.

298. Die Koordination der Listenpreise führte dazu, dass zwischen den Verfahrensparteien kaum Wettbewerb im Bereich der Listenpreise bestand. Weiter trug sie zur Abstimmung der Liefergebiete zwischen den Verfahrensparteien bei (dazu hinten Rz 623 ff.). Sodann erlaubte die Koordination der Listenpreise, dass die Verfahrensparteien gemeinsam Preisanpassungen, insbesondere auch Erhöhungen, durchsetzen. Dadurch konnten sie das Preisniveau für Kies- und Betonprodukte beeinflussen. Dies führte in gewissen Jahren zu einer Erhöhung des Preisniveaus und in gewissen Jahren zu einer Stabilisierung des Preisniveaus. In jedem Fall war die gemeinsame Koordination der Listenpreise geeignet, den Preiswettbewerb zwischen den Parteien zu beeinflussen.

B.5.3 Gemeinsamer Mengenrabatt

B.5.3.1 Konsens, Inhalt und Beteiligte

(i) Beweisthema

299. Vorliegend ist zu prüfen, ob und allenfalls ab wann zwischen den Verfahrensparteien eine übereinstimmende wirkliche Willenserklärung vorlag, sich über gemeinsame Mengenrabatte über Betonprodukte (verschiedene Betonsorten und Mörtel) zu einigen (natürlicher Konsens).

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

300. Am 9. Oktober 2013 sandte [der] Alluvia-[Mitarbeiter] [K._____] eine E-Mail zum Thema Strukturveränderung KTB an seine [Kollegen] und an die [Funktionsbezeichnung] der Konkurrentin Kästli Bau AG [E._____] und B._____]. Der E-Mail ist ein Entwurf eines Schreibens angehängt, welches über die Neuorganisation der KTB und neue Rabattregeln informiert. Dem Schreiben ist zu entnehmen, dass die K.+U. Hofstetter AG, die Messerli Kieswerk AG, die Beton Worblafen (Alluvia-Gruppe) und «die Kieswerk Kästli, Rubigen», die Frischbeton AG Rubigen sowie die BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG (Kästli-Gruppe) entschieden hatten, «*die bisherigen Mengenrabattregelungen aufzugeben*» und im Frühjahr 2014 «*zum letzten Mal Mengenrabattabrechnungen (für 2013)*» zu erstellen und auszubezahlen. Die «*bisher gutgeschriebenen Mengenrabatte*» würden «*durch direkte Kunden- und Baustellenrabatte*» an ihre Kunden «*weitergeben*». «*Bei bereits laufenden Baustellen, für welche Mengenrabattregelungen vereinbart wurden*», würde im kommenden Jahr ein dem zu erwartenden Mengenrabatt entsprechender Direktrabatt gewährt.³⁰¹

301. Der E-Mail einer Alluvia-Mitarbeiterin an [den Mitarbeiter] der Kästli Bau AG – [E._____] – vom 19. Februar 2014 ist zu entnehmen, dass er die Aufstellung der Mengenrabatte 2013 zur Durchsicht und Rückmeldung erhielt. Der Nachricht ist eine Abrechnung der Mengenrabatte 2013 angehängt.³⁰²

302. Aus einem Schreiben der Kästli-Gruppe vom November 2013 ist zu entnehmen, dass die KTB AG ihre Tätigkeit einstellt und als Organ für den Mengenrabatt der Betonwerke Bern und Umgebung entfällt.³⁰³

303. Aus einer Aufstellung der Mengenrabatte für die Jahre 2004–2011 der KTB AG Inkassostelle sind die gewährten Mengenrabatte ersichtlich. Die Aufstellung führt die Abzüge bei den Werken auf und die Auszahlungen an die Baumeister und Baumeisterinnen.³⁰⁴

304. Eine Aufstellung der KTB AG Inkassostelle vom 15. März 2012 enthält die Durchschnittswerte der gewährten Mengenrabatte von 2004 bis 2011 pro Kubikmeter je Baumeister. Der tiefste jährliche Durchschnittswert beträgt [4–6] % (2008) und der höchste [7–9] % (2010).³⁰⁵

305. Aus einem Marketing-Konzept der K.+U. Hofstetter AG vom 29. Oktober 1998, welches am 7. September 2010 aktualisiert wurde, folgt, dass die «*Firma Hofstetter [...] in erster Linie das Mengenrabattsystem [betreibt]. Die bezogenen Beton-+ Mörtelkubaturen des jeweiligen Kunden w[ü]rden über das ganze Jahr hinweg zusammengezählt, mit dem zustehenden Rabatt multipliziert und Ende Jahr mit einer Gutschrift ausbezahlt. Für den Mengenrabatt [würden] die Ausstösse der Werke der Frischbeton Rubigen, Messerli, Kessler, Beton Worblafen und Hindelbank [gelten]. Diese Guthaben w[ü]rden aus dem gemeinsamen Rabatt-Fonds der ZIK bezahlt. Das Werk Berken w[e]rd[e] ebenfalls in den Mengenrabatt miteinbezogen, die Auszahlung erfolg[e] jedoch durch die K.+U. Hofstetter AG [...]*».³⁰⁶ Einer Preisliste der Hofstetter aus dem Jahr 2011 kann entnommen werden, dass der

³⁰¹ Act. II.A.75

³⁰² Act. II.A.98

³⁰³ Act. II.A.84

³⁰⁴ Act. II.A.35, S. 1

³⁰⁵ Act. II.A.35, GV-Statistik, Seite 1, «*Mengenrabatt 2004 – 2011*»

³⁰⁶ Act. II.B.X.52, Punkt 8.2.4 (22-0440), und Act. II.B.X.287, Punkt 8.2.4. (22-0440) (vgl. Metadaten der Datei)

«Mengenrabatt für Beton und Mörtel» für Bezüge «in den Werken Worblaufen und Hindelbank» «mit den Bezügen in den Werken Bern-Betlehem, Oberwangen und Rubigen kumuliert» wird.³⁰⁷ Wie aus einer Abrechnung des Mengenrabatts vom 19. Februar 2014 hervorgeht, betrug der tatsächlich ausbezahlte Mengenrabatt im Jahr 2013 zwischen Fr. 2.50 pro Kubikmeter und Fr. 13.50 pro Kubikmeter.³⁰⁸ Aus einer der Abrechnung beiliegenden Auflistung der einzelnen Kunden ergibt sich, dass der Mengenrabatt pro Kubikmeter stieg, je mehr Kubikmeter Beton ein Kunde bezog.³⁰⁹ Den Wettbewerbsbehörden liegen schliesslich noch die Preislisten der Parteien vor.³¹⁰ **Parteiauskünfte**

308. Gemäss der Parteiaussage des [Organs] der Kästli-Gruppe – [B.____] – vom 9. Februar 2015 haben die Firmen Hofstetter, Messerli, Frischbeton Rubigen, Frischbeton Worblaufen und Presyn³¹¹ einen gemeinsamen Mengenrabatt.³¹² Die Betonwerke hätten die Höhe des Mengenrabatts jeweils gemeinsam festgelegt. Dies sei im Zusammenhang mit Kundenrückmeldungen geschehen. Manche Kunden seien besser evaluiert worden als andere. Der gemeinsame Mengenrabatt sei auch in der Preisliste abgedruckt gewesen. Der Mengenrabatt sei wie eine allgemeine Lieferbedingung gewesen, welche für alle Kunden gegolten habe.³¹³ Der Mengenrabatt sei lange gleich hoch geblieben, es habe einzig ein oder zwei Mal eine Anpassung gegeben.³¹⁴ Der Mengenrabatt sei bei allen Betonwerken gleich hoch gewesen.³¹⁵

309. [K.____] von der Alluvia-Gruppe sagte anlässlich seiner Einvernahme vom 17. Februar 2015 aus, dass die Preislisten der KTB-Werke auch die Mengenrabattabstufungen enthielten. Die Mengenrabatte seien anhand der Bezüge eines Kunden abgerechnet worden.³¹⁶

310. Der [Mitarbeiter] der Alluvia-Gruppe – [C.____] – gab anlässlich seiner Parteeinvernahme vom 16. März 2015 zu Protokoll, der gemeinsame Mengenrabatt sei ab 1996 in den Sitzungen der KTB-Inkassostelle festgelegt bzw. weitergeführt worden. Die Teuerungsanpassung im Jahr 2008 und 2009 seien die einzigen Anpassungen des gemeinsamen Mengenrabatts gewesen. Die Teuerungsanpassungen seien von ihm selbst – [C.____] – und [B.____] beschlossen worden. Es sei einfach klar gewesen, dass der Mengenrabatt beibehalten würde. Man habe nicht darüber gesprochen. Die Preisliste habe jeder selber gemacht, die Mengenrabatte seien auf der letzten Seite der Preislisten gestanden. Solange dieser nicht verändert worden sei, sei der Mengenrabatt einfach unverändert geblieben. Daher habe man nicht darüber beschliessen müssen. Aus den Mengenrabattabrechnungen des Geschäftsführers der KTB AG habe zudem jeder gesehen, dass der Mengenrabatt «weitergelau-
fen» sei.³¹⁷

³⁰⁷ Act. II.B.X.292, S. 29 (22-0440)

³⁰⁸ Act. II.A.98, Abrechnung Mengenrabatt 2013, S. 2 (vgl. Nr. 3719 und Nr. 83)

³⁰⁹ Act. II.A.98, Mengenrabatte Beton, 50 KTB AG, Datumfilter: 31.12.13, S. 1 ff.

³¹⁰ Act. II.B.X.292, 29 (22-0440)

³¹¹ Die Alluvia-Gruppe ist an diesem Unternehmen beteiligt. Es verkauft Lizenzen zur Produktion von Spezialbetonsorten. Diese werden unter anderem in den Werken der Alluvia- und der Kästli-Gruppe hergestellt. Der gemeinsame Mengenrabatt gilt auch für diese Spezialbetonsorten.

³¹² Act. III.14, Zeilen 379 – 381 (22-0440)

³¹³ Act. III.14, Zeilen 416 – 421 (22-0440)

³¹⁴ Act. III.14, Zeilen 429 – 431 (22-0440)

³¹⁵ Act. III.14, Zeilen 443 (22-0440)

³¹⁶ Act. III.15, Zeilen 360 ff., 379 f. (22-0440)

³¹⁷ Act. III.17 (22-0440), Zeilen 179 ff.

c. Schriftliche Parteieingaben

311. Die Alluvia-Gruppe erklärt in ihrer schriftlichen Eingabe vom 18. Januar 2017, dass die Alluvia- und die Kästli-Gruppe einen gemeinsamen Mengenrabatt gewährten.³¹⁸

312. Die Kästli-Gruppe bringt in ihrer schriftlichen Eingabe vom 20. Januar 2017 vor, die Parteien hätten ihren Kunden bis 2013 einen gemeinsamen Mengenrabatt abhängig vom Gesamtbezug an Beton gewährt.³¹⁹

(iii) Beweiswürdigung

313. Vorab sind die Parteiaussagen zu würdigen. [B. _____] gab zu Protokoll, dass die Firmen Hofstetter, Messerli, Frischbeton Rubigen, Frischbeton Worblauen und Presyn einen gemeinsamen Mengenrabatt gewährten. Die Betonwerke hätten die Höhe des Mengenrabatts jeweils gemeinsam festgelegt. Damit übereinstimmend sagte [C. _____] aus, dass die Betonwerke seit 1996 über gemeinsame Mengenrabatte verfügten, welche anlässlich der Sitzungen der KTB-Inkassostelle festgelegt worden seien. Es gibt keinen Grund die Richtigkeit dieser übereinstimmenden Parteiaussagen in Frage zu stellen, zumal sie durch die nachfolgenden objektiven Urkundenbeweise bestätigt werden.

314. So zeigt der Entwurf des gemeinsamen Schreibens der Verfahrensparteien vom 9. Oktober 2013, dass die Verfahrensparteien «*die bisherigen Mengenrabattregelungen aufzugeben*» und im Frühjahr 2014 «*zum letzten Mal Mengenrabattabrechnungen (für 2013)*» zu erstellen und auszubezahlen wollten. Eine solche gemeinsame Ankündigung macht nur dann Sinn, wenn die Absender über das gleiche Mengenrabattsystem verfügen.

315. Dasselbe Schreiben zeigt zudem, dass die K.+ U. Hofstetter AG, die Messerli Kieswerk AG, die Beton Worblauen AG (Alluvia-Gruppe) und die «Kieswerk Kästli, Rubigen», die Frischbeton AG Rubigen sowie die BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG (Kästli-Gruppe) beteiligt waren.

316. Auch die E-Mail der Alluvia-Mitarbeiterin an [einen Mitarbeiter] des Konkurrenzunternehmens Kästli Bau AG mit der Aufforderung zur Durchsicht und Rückmeldung der Mengenrabattabrechnungen beweist, dass die Verfahrensparteien gemeinsame Mengenrabattabrechnungen erstellten.

317. Aus einer Aufstellung der Mengenrabatte für die Jahre 2004–2011 der KTB AG Inkassostelle sind die gewährten Mengenrabatte ersichtlich. Die Aufstellung führt die Abzüge bei den Werken auf und die Auszahlungen an die Baumeister und Baumeisterinnen.³²⁰

318. Es gibt keinen Grund, an der Authentizität der Aufstellung der KTB AG Inkassostelle vom 15. März 2012, welche die Durchschnittswerte der gewährten Mengenrabatte von 2004 bis 2011 pro Kubikmeter je Baumeister enthält, und der Abrechnung des Mengenrabatts vom 19. Februar 2014 zu zweifeln. Sie wurden anlässlich der Hausdurchsuchung vom Server der Verfahrensparteien sichergestellt. Die Dokumente wurden zudem von einer Alluvia-Mitarbeiterin an [einen Mitarbeiter] der Kästli-Gruppe – [E. _____] – via E-Mail zur «*Durchsicht und Rückmeldung*» versandt. Es ist daher erwiesen, dass die dort aufgeführten Durchschnittswerte und Frankenbeträge zutreffen. Konkret ist damit erwiesen, dass der tiefste jährliche Durchschnittswert von Mengenrabatten zwischen 2004 und 2011 [4–6] % (2008) und der höchste [7–9] % (2010) betrug. Ferner ist erwiesen, dass der tatsächlich ausbezahlte Mengenrabatt im Jahr 2013 zwischen Fr. 2.50 pro Kubikmeter und Fr. 13.50 pro Kubikmeter betrug. Schliesslich ist erwiesen, dass der Mengenrabatt pro Kubikmeter stieg, je mehr

³¹⁸ Act. I.1, S. 2 Lemma 1, bestätigt auch durch Act. VIII.A.1, Rz 12.2

³¹⁹ Act. I.3, S. 2/3

³²⁰ Act. II.A.35, S. 1

Kubikmeter Beton ein Kunde bezog. Daraus lässt sich auch übereinstimmend mit der Aussage von [K._____] ersehen, dass die Mengenrabatte basierend auf der bezogenen Jahresmenge pro Unternehmen berechnet wurden. Dieser Schluss stimmt auch mit dem Marketing-Konzept von 1998 bzw. 2010 überein, wonach die bezogenen Beton- und Mörtelmengen «über das ganze Jahr hinweg zusammengezählt, mit dem zustehenden Rabatt multipliziert und ende (sic) Jahr mit einer Gutschrift ausbezahlt» und «aus dem gemeinsamen Rabatt-Fonds der ZIK bezahlt» wurde. Dabei wurden «die Ausstösse der Werke der Frischbeton Rubigen, Messerli, Kessler, Beton Worblauen und Hindelbank» beachtet. Das Werk Berken wurde «ebenfalls in den Mengenrabatt miteinbezogen, die Auszahlung erfolgt[e] jedoch durch die K.+U. Hofstetter AG.»

319. Schliesslich wurden die Mengenrabatte in den Preislisten der Alluvia- und der Kästli-Gruppe abgedruckt, was sich einerseits aus den vorliegenden Preislisten ergibt und zudem von [B._____] und [K._____] übereinstimmend ausgesagt wurde.

(iv) Beweisergebnis

320. Aufgrund der miteinander übereinstimmenden Aussagen und Urkundenbeweise ist bewiesen, dass die Verfahrensparteien den übereinstimmenden tatsächlichen Willen hatten und erklärten (Konsens), ihren Bezüglern und Bezüglern von Betonprodukten (verschiedene Betonsorten und Mörtel) einen einheitlichen und gemeinsamen Mengenrabatt zu gewähren. Daran beteiligt waren die Alluvia-Gruppe mit den Betonwerken Hindelbank, Bern-Bethlehem, Oberwangen sowie Worblauen und die Kästli-Gruppe mit dem Betonwerk Rubigen. Der Mengenrabatt war auf den Preislisten der Alluvia- und der Kästli-Gruppe aufgedruckt und wurde basierend auf der bezogenen Jahresmenge pro Unternehmen berechnet. Ausbezahlt wurde der Rabatt aus dem Rabatfonds der Inkassostelle. Zuletzt betrug er – je nach Jahresbezugsmenge – zwischen Fr. 2.50 pro Kubikmeter und Fr. 13.50 pro Kubikmeter.

B.5.3.2 Verfolger Zweck

(i) Beweisthema

321. Des Weiteren ist Beweis darüber zu führen, welchen Zweck die Verfahrensparteien mit gemeinsam festgelegten Mengenrabatten verfolgten. Die Behörden stützen sich auf die folgenden Beweismittel.

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

322. Aus dem Schreiben des ehemaligen KTB-Verbandes vom 24. Februar 1996 geht hervor, dass der KTB-Verband dem damaligen Baumeisterverband Bern Mittelland (BVM) vorschlug, entweder einen Mengenrabatt «über die gesamte Baustelle zu entrichten (ARGE-Rabatt)» oder die Betonbezüge einer ARGE mit Berner Unternehmen wie bisher prozentual auf die einzelnen ARGE-Partner aufzuteilen. Der jährliche Mengenrabatt der sogenannten «Stammfirmen» würde sich aus deren «Eigenbezug plus ARGE-Anteil» berechnen. Die an einer ARGE beteiligten Unternehmen konnten die Rabattvariante zu Beginn der Arbeiten wählen. Der KTB-Verband übernahm die Berechnung. Mit dieser Regelung glaubte der Verband «in der Lage zu sein, die Kundentreue der berner (sic) Unternehmen entsprechend belohnen zu können.»³²¹

³²¹ Act. II.A.1, S. 2

323. Aus einer E-Mail einer Alluvia-Mitarbeiterin vom 10. März 2014 an ihren Kollegen und die Kästli-Gruppe geht hervor, dass der Mengenrabatt nur gewährt wurde, wenn ein Unternehmen eine gewisse Mindestmenge bezog («[...] *Weibel Muri ist nicht Rabattberechtigt (sic), da die Mindestmenge nicht erreicht wird*»).

324. Ein Schreiben des KTB-Verbandes vom Januar 1996 an die Kundschaft kündigt den Wechsel vom früheren «*Staffelrabatt zum Mengenrabatt auf dem Jahresbezug oder nach Wahl für die Dauer der Baustelle*» an. Es lohne sich «*jetzt doppelt oder mehrfach, den Beton bei den KTB-Werken zu beziehen*».

325. Aus dem E-Mail-Austausch zwischen [E._____] von der Kästli-Gruppe und [N._____] von der Alluvia-Gruppe vom 31. August 2010 geht hervor, dass die KTB-Mitglieder über gegenseitige Rabatte bei Aushilfeliieferungen von Beton diskutiert hatten. Der Rabattsatz sollte basierend auf der Preisliste gewährt werden. Zusätzlich dazu sollte dann noch ein Mengenrabatt von Fr. 9.– pro Kubikmeter gewährt werden.

326. Dem Sekretariat liegt zudem der Sachplan ADT aus dem Jahr 1998 vor.

b. Parteiaussagen

327. Gemäss der Aussage von [B._____] vom 9. Februar 2015 wurde der Mengenrabatt aus zwei Gründen geschaffen. Erstens habe es seitens des Kantons in Zusammenhang mit dem Sachplan ADT den Auftrag gegeben, keine unsinnigen Transporte zu machen. Der Mengenrabatt habe dazu gedient, dass es insbesondere bei kleinen Aufträgen keine unsinnigen Transporte gegeben habe. Zweitens seien es Kundenwünsche gewesen.

328. [K._____] gab am 17. Februar 2015 zu Protokoll, dass die Kunden den Mengenrabatt geschätzt hätten. Der Mengenrabatt sei wie ein «*Geschenk*» gewesen. Es sei «*immer schön, wenn man etwas am Jahresende oder zum nächsten Jahr zurückbekomm[e]*». Zudem habe er vom «*Hörensagen*» vernommen, dass man aufgrund von Vorgaben, wie der ADT Planung, den Mengenrabatt als Anreiz für die Kunden geschaffen habe, um lange Transportwege zu verhindern. Der Mengenrabatt sei «*hauptsächlich aus ökologischen Gründen*» auch «*Wunsch des Kantons*» gewesen.

329. [C._____] sagte anlässlich seiner Einvernahme vom 16. März 2015 aus, dass der Mengenrabatt 1996 eingeführt worden sei, als man die gemeinsame Preisliste abgeschafft habe. Man habe aber beschlossen, den gemeinsamen Mengenrabatt beizubehalten. Der Mengenrabatt sei von den Kunden gewünscht worden. Der wichtigste Grund für den Mengenrabatt sei der «*ADT-Sachplan*» gewesen. Der ADT habe «*damals dazu aufgerufen, keine unnötigen Transporte zu machen*». Das Kies- und Betongeschäft sei ein sehr lokales Geschäft. Hofstetter befinde sich im Osten von Bern, Messerli im Westen von Bern und Kästli im Süden von Bern. Daraus sei klar, dass jeder den Auftrag, Bern mit Baustoffen zu versorgen, von seiner Seite wahrgenommen habe. In den Preislisten seien die Transportpreise festgelegt. Dort sehe man, wie sich die Kosten mit der Distanz erhöhten. Ferner sei der Mengenrabatt

³²² Act. II.A.101

³²³ Act.II.B.X.15, S. 1 (22-0440)

³²⁴ Act. II.A.14

³²⁵ Sachplan ADT 1998, S.1, Punkt 1.1, Abschnitt 2 i.V.m. S. 2, Punkt 1.4, Abschnitt 4 <http://www.be.ch/portal/de/veroeffentlichungen/publikationen.assetref/dam/documents/JGK/AGR/de/Raumplanung/Ver-%20und%20Entsorgung/agr_kantonale_raumplanung_sachplan_adt_98_de.pdf> (4.5.2018).

³²⁶ Act. III.14 (22-0440), Zeilen 388 ff.

³²⁷ Act. III.15 (22-0440), Zeilen 313 ff.

³²⁸ Act. III.17 (22-0440), Zeilen 101 f.

³²⁹ Act. III.17 (22-0440), Zeilen 118 ff.

gemacht worden, damit nicht für jede Baustelle eine Offerte gemacht werden müsse. 1995/1996 hätten die Betonwerke nur in Ausnahmefällen Offerten gemacht, da sie keine Verkaufsorganisation gehabt hätten. Die Preise seien früher abgesprochen gewesen. Der Kunde habe also «*einfach*» gewählt, wo er habe bestellen wollen.³³⁰ Als vierten Grund nannte [C._____] die Kundenbindung. Verschiedene Firmen, die rechtlich nicht zusammengehörten, würden einen gemeinsamen Mengenrabatt wegen der Kundenbindung machen. Ein solcher sei vergleichbar mit einem Meilenprogramm bei Star-Alliance.³³¹

330. Auf die Frage, auf den Sachplan ADT welchen Jahres [C._____] sich beziehe, antwortete er: «*Das kann ich so nicht sagen. Die Idee war immer so wenig unsinnige Transportwege wie nötig zu machen. In diesem Fall waren es nicht unsinnige, sondern nicht bezahlbare Transporte.*» Auf die Frage, was im Sachplan ADT bezüglich Transportwege genau stand, antwortete C._____: «*Dass man immer möglichst kurze Transportwege machen soll.*»

(iii) Beweiswürdigung

331. Sowohl [B._____] , [K._____] als auch [C._____] gaben übereinstimmend zu Protokoll, dass der Mengenrabatt den Kundenwünschen entsprochen habe und zudem aufgrund des ADT-Richtplans entstanden sei. [C._____] gab zusätzlich an, dass die Mengenrabatte eingeführt worden seien, damit die Werke nicht für jede Baustelle eine Offerte abgeben mussten. Schliesslich sei die Kundenbindung ein Grund für die Rabattgewährung. Diese Angaben gilt es anschliessend zu analysieren.

332. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Mengenrabatt auch den Kundenwünschen entsprach. Denn damit steht der Zweck der Mengenrabattgewährung durch die Betonwerke nicht fest. Die Betonwerke hätten den Mengenrabatt mit Sicherheit nicht eingeführt, wenn sie sich nicht einen Nutzen daraus versprochen hätten. Es ist daher das tatsächliche Motiv für die Einführung des Mengenrabattes darzulegen.

333. [C._____] erklärte, der Mengenrabatt habe der Kundenbindung gedient. In den Worten von [K._____] war die Gewährung eines Mengenrabattes ein «*Geschenk*» an den Kunden für seine Treue. Diese Aussage wird durch die E-Mail von der Alluvia-Gruppe bestätigt, wonach der Mengenrabatt nur gewährt wurde, wenn eine bestimmte Mindestmenge erreicht wurde und das Schreiben vom 24. Februar 1996, wonach mit dem Mengenrabatt die «*Kundentreue*» der Berner Unternehmen belohnt werden sollte. Auch der Wortlaut des Schreibens, mit dem die Einführung des Mengenrabattes begründet wurde, bestätigt diesen Schluss. Demnach lohne es sich durch die Einführung des Mengenrabattes «*jetzt doppelt oder mehrfach, den Beton bei den KTB-Werken zu beziehen*». Der Mengenrabatt sollte also den Anreiz verstärken, Beton bei den KTB-Werken zu beziehen und nicht bei deren Konkurrenten.

334. [C._____] , [B._____] und [K._____] bringen vor, der Mengenrabatt sei aufgrund des Sachplans ADT – also auf Wunsch des Kantons – geschaffen worden, um die Transportdistanzen einzuschränken. Es fällt auf, dass [C._____] keine Antwort auf die Frage geben konnte, auf den Sachplan ADT welchen Jahres er sich beziehe. Auch konnte er nicht sagen, was in diesem Sachplan drinstand. Die einzige Aussage dazu war: «*Dass man immer möglichst kurze Transportwege machen soll*». Am Aussageverhalten von [C._____] fällt auf, dass er während der Einvernahme ausführliche Erklärungen zu den vorangehenden und nachfolgenden Fragen lieferte. Mit Bezug auf den Sachplan ADT, der gemäss seinen Aussagen der wichtigste Grund für die Einführung der Mengenrabatte gewesen sein soll, blieb er in seinen Ausführungen unbestimmt, kurz und oberflächlich. Auch [B._____] und [K._____] machten keine Angaben zum Inhalt des Sachplans ADT.

³³⁰ Act. III.17 (22-0440), Zeilen 127 ff.

³³¹ Act. III.17 (22-0440), Zeilen 143 ff.

335. Im Dokument, welches der KTB-Verband zur Zeit der Ausführung des Mengenrabattes am 24. Februar 1996 an den BVM versandte, ist der Sachplan ADT nicht erwähnt. Somit stehen die Parteiaussagen, der Mengenrabatt sei aufgrund des Sachplans ADT bzw. auf Wunsch des Kantons eingeführt worden, als Tatsachenbehauptungen im Raum, für welche keine Belege vorliegen. Im Gegensatz zu den Tatsachenbehauptungen der Parteien geht aus dem Sachplan ADT aus dem Jahr 1998 hervor, dass es bis zur Inkraftsetzung des Sachplans ADT am 16. September 1998 auf kantonaler Stufe keine Sachplanung für Materialabbau und Inertstoffdeponien gab.³³² Zumal der Mengenrabatt im Jahr 1996 (dazu hinten Rz 346 ff.) eingeführt worden war, lag der Zweck des Mengenrabattes bei seiner Einführung im Jahr 1996 nicht im Sachplan ADT von 1998. Zudem ist zu bedenken, dass die LSVA³³³ eingeführt wurde, um die Transportdistanzen zu verkürzen. Die Botschaft des Bundesrates zum Schwerverkehrsabgabengesetz stammt vom 11. September 1996³³⁴, das Parlament nahm das Bundesgesetz am 19. Dezember 1997 an.³³⁵ Am 27. September 1998 nahm das Stimmvolk die Gesetzesvorlage nach ergriffenem Referendum an. Es ist ausgeschlossen, dass die Parteien keine Kenntnis von der LSVA hatten, welche sie direkt betraf. Es ist daher davon auszugehen, dass die Parteiaussagen, der Mengenrabatt sei aufgrund des Sachplans ADT geschaffen worden, Schutzbehauptungen darstellen.

336. Schliesslich ist die Tatsache zu würdigen, dass die KTB-Werke Hofstetter, Messerli (heute beide Alluvia-Gruppe) und Kästli bei der Einführung des gemeinsamen Mengenrabattes 1996 Konkurrenten waren. Das heisst, die KTB-Werke gewährten nicht je getrennt voneinander ihren Kunden Mengenrabatte, sondern zogen für die Berechnung des Mengenrabattes sämtliche Mengen aller Werke von Hofstetter, Messerli und Kästli gemeinsam heran. Die insgesamt bezogenen Mengen überstiegen die Mengen, welche die Bezüger getrennt von jedem einzelnen Werk bezogen. Aufgrund der höheren gesamthaft bezogenen Mengen resultierte auch ein höherer gesamthafter Mengenrabatt. Zudem zahlte die gemeinsame Inkassostelle die Mengenrabatte aus einem gemeinsamen Fonds an die Mengenrabattempfänger aus. Die KTB-Werke kreierte auf diese Weise gemeinsam einen Anreiz für Bauunternehmen, Beton bei einem KTB-Werk zu beziehen und nicht bei einem aussenstehenden Werk. Dadurch trugen sie gemeinsam dazu bei, nicht an der Abrede beteiligte Konkurrenten vom Markt fernzuhalten.

337. Schliesslich ist der Umstand zu würdigen, dass die KTB-Werke sich mit Bezug auf den Preisbestandteil der Mengenrabatte nicht konkurrierten. Er war überall gleich und wurde gar aufgrund der insgesamt bei den KTB-Werken bezogenen Mengen berechnet. Damit wurde der Preiswettbewerb mit Bezug auf dieses Preiselement zwischen den KTB-Werken eliminiert.

338. Der tatsächliche Grund für die Einführung des Mengenrabattes bestand folglich darin, die Kunden an sich zu binden, Drittkonkurrenten gemeinsam abzuwehren und den Wettbewerb untereinander einzuschränken.

(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen

Stellungnahmen

339. Die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe bringen vor, einer der Hauptgründe für die Einführung des gemeinsamen Mengenrabattes habe in der Reduktion langer Transportwege

³³² https://www.be.ch/portal/de/veroeffentlichungen/publikationen.assetref/dam/documents/JGK/AGR/de/Raumplanung/Ver-%20und%20Entsorgung/agr_kantonale_raumplanung_sachplan_adt_98_de.pdf, S.1, Punkt 1.1, Abschnitt 2 i.V.m. S. 2, Punkt 1.4, Abschnitt 4

³³³ Bundesgesetz vom 19. Dezember 1997 über eine leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe (Schwerverkehrsabgabengesetz, SVAG), SR 641.81

³³⁴ BBl. 1996 V 521

³³⁵ BBl. 1997 IV 1614

gelegen.³³⁶ Die Alluvia präzisiert, es sei darum gegangen, stets beim nächstgelegenen Betonwerk zu beziehen. Damit sei dem Selbstversorgungspostulat der ADT-Planung Rechnung getragen worden.³³⁷ Es sei von der Sachplanung ADT gewollt gewesen, Anbieter von ausserhalb fernzuhalten.³³⁸ Gemäss Sachplan gelte das Ziel der regionalen Selbstversorge. Zudem hätten die Unternehmungen «*durch überlegte Koordination der Transportleistungen so weit als möglich zur Reduktion der Strassentransporte*» beizutragen gehabt.³³⁹ Zusätzlich gibt die Alluvia-Gruppe an, sie sei nicht weiter gefahren, weil dies sachplanwidrig gewesen wäre, sie daran nichts oder weniger verdienen würde und dies dazu führen würde, dass die Alluvia-Gruppe im eigenen Versorgungsgebiet ebenfalls «von auswärts angegriffen» würde. Beginne die Alluvia-Gruppe in Rubigen Aufträge zu gewinnen, weil sie Beton «verschleudere», werde Kästli anderswo Aufträge akquirieren müssen, um ihre Kosten zu decken. Am Ende gebe es vielleicht mehr Wettbewerb, aber letztlich würde eine Weiterfahrt weniger Verdienst zur Folge haben und daher weniger Geld für Investitionen (Umweltschutz, Arbeitnehmerschaft) zur Verfügung stehen.³⁴⁰

340. Die Kästli-Gruppe macht sinngemäss dieselben Vorbringen. Zusätzlich gibt sie an, der in der Preisliste angegebene Mengenrabatt habe keinen Drittanbieter von Transportbeton ausgeschlossen, «(noch) tiefere Preise zu offerieren als Kästli oder Alluvia». Dies habe auch [J. _____] der Fr. Blaser AG ausgesagt. Er habe zudem bestätigt, dass der Mengenrabatt anderer einen wichtigen Einfluss auf seine Offerte habe. Das sei der Nachweis funktionierenden Wettbewerbs.³⁴¹

Würdigung

341. Im Unterschied zu den Wettbewerbsbehörden geht die Alluvia davon aus, dass die Einführung des gemeinsamen Mengenrabattes den Vorgaben des ADT-Sachplans entsprochen hat. Sie verneint daher implizit die Anwendung des Kartellgesetzes auf den gemeinsamen Mengenrabatt. Diese Sichtweise ist unzutreffend, der Sachplan ADT räumte den Parteien kein Recht auf allfällige Verstösse gegen das Kartellgesetz ein. Darauf wird weiter hinten in Kapitel C.3 (Rz 792 ff.) eingegangen.

342. Die Parteistellungnahmen gehen insgesamt ins Leere. Erstens genügt es für die Tatbestandsmässigkeit des verfolgten Zweckes gemäss Rechtsprechung, dass der gemeinsame Mengenrabatt geeignet war, den Wettbewerb einzuschränken. Die potentielle Auswirkung genügt folglich.³⁴² Entsprechend reicht es, dass die Wettbewerbsbehörden die Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung beweisen. Dies ist der Fall. Die Alluvia-Gruppe anerkennt, dass der Mengenrabatt bezweckte, die Fahrdistanzen zu verkürzen und Anbieter von «ausserhalb» fern zu halten. Ferner gesteht die Alluvia-Gruppe ein, dass ihr Eindringen in das Liefergebiet der Kästli zu mehr Wettbewerb geführt und ihren Gewinn geschmälert hätte. Der (wettbewerbswidrige) verfolgte Zweck des Mengenrabatts steht somit unstreitig fest.

343. Die allgemeine Aussage von Kästli, die KTB-Konkurrenten hätten tiefere Preise anbieten können, besagt nichts. Die blosser Möglichkeit tiefere Preise zu offerieren, besteht bei jedem Preis.³⁴³ Die Aussage hat keinen Erkenntniswert, da sie das tatsächliche

³³⁶ Act. VI.30, Rz 101; Act. VI.29, Rz 298

³³⁷ Act. VI.30, Rz 101

³³⁸ Act. VI.30, Rz 104

³³⁹ Act. VI.31, S. 66, Rz 100

³⁴⁰ Act. VII.20, Zeilen 208 ff.

³⁴¹ Act. VI.29, Rz 303 f.

³⁴² Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16.09.2016, E.4.3.3, *Nikon/WEKO*; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: KG Kommentar, Zäch/Arnet et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 N 135.

³⁴³ Dabei ist zu beachten, dass ein Unternehmen gezwungen ist, mindestens kostendeckend zu offerieren. Auf lange Frist kann kein Unternehmen Verluste erwirtschaften.

Marktgeschehen nicht belegt. Bloss theoretische Vorbringen genügen nicht, um einen bewiesenen Sachverhalt in Frage zu stellen. Ebenso wenig hat die von der Kästli-Gruppe herangezogene Aussage von [J._____] Aussagekraft. Er gab an, sein Unternehmen offeriere keine Mengenrabatte. Sein Unternehmen müsse daher seine Preise senken, um einen Auftrag zu erhalten, wenn ein Konkurrent Mengenrabatt anbiete.³⁴⁴ Damit drückte er in allgemeiner Weise eine Selbstverständlichkeit aus. [J._____] nahm keinen Bezug auf eine konkrete Situation oder einen konkreten Wettbewerber. Insbesondere sagte er nicht aus, sein Unternehmen sei regelmässig und kostendeckend in die KTB-Liefergebiete gefahren und es habe die KTB-Werke Alluvia und Kästli regelmässig preislich unterboten. Unabhängig davon vermöchte die Aussage einer einzelnen Person ohnehin nicht die Datenanalyse der Wettbewerbsbehörden zu beseitigen, welche zeigt, dass kein ausreichender Aussenwettbewerb bestand.

344. Der Vollständigkeit halber sei auf den Widerspruch in der Stellungnahme der Kästli-Gruppe hingewiesen: Einerseits erklärt die Kästli-Gruppe die Existenz des gemeinsamen Mengenrabattes dadurch, dass er zu einer Verkürzung der Fahrdistanzen führe (Zweck). Andererseits soll gemäss Kästli trotz der Mengenrabatte der Wettbewerb funktioniert haben. Funktionierender Wettbewerb würde bedeuten, dass eine ausreichende Anzahl Wettbewerber trotz gemeinsamen Mengenrabatte ins Liefergebiet der KTB-Werke eingedrungen ist und dort die KTB-Werke preislich unterbot. Die Transportdistanzen wären diesfalls also nicht verkürzt worden. Diesfalls bestünde der angegebene Zweck für den gemeinsamen Mengenrabatt nicht. Die KTB-Werke hätte also über Jahre einen gemeinsamen Mengenrabatt ausbezahlt, ohne einen Zweck zu verfolgen (zur Dauer hinten B.5.3.3, Rz 346). Das ist nicht glaubwürdig. Ferner widerspricht die Stellungnahme der Kästli-Gruppe derjenigen der Alluvia-Gruppe, die zugab, dass der Mengenrabatt der Fernhaltung von Anbietern von «ausserhalb» gedient habe, um die Transportdistanzen zu verkürzen.

(v) Beweisergebnis

345. Mit dem gemeinsamen Mengenrabatt bezweckten die Verfahrensparteien insbesondere, sich bei der Gewährung von Mengenrabatten für Betonbezüge nicht zu konkurrieren, die Kunden an sich zu binden sowie ihre Liefergebiete zu koordinieren (dazu hinten Rz 623 ff.). Zudem bezweckten sie damit, Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) zu verhindern oder zumindest zu reduzieren.

B.5.3.3 Dauer

(i) Beweisthema

346. Nachfolgend ist zu prüfen, während welcher Zeitperiode zwischen den Verfahrensparteien Konsens über die Gewährung gemeinsamer Mengenrabatte bestand, um auf diese Weise den Preiswettbewerb zu ihren Gunsten einzuschränken und ein höheres Bruttopreisniveau zu erreichen.

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

347. Den Behörden liegt ein Schreiben des Baustoff- und Recyclingzentrums Rubigen zur Preisliste 1996 vom Januar 1996 vor, das von [B._____] , [E._____] und [O._____]

³⁴⁴ Act. III.20, Zeilen 383–385

unterzeichnet ist. Das Schreiben erwähnt Neuerungen in der Preisliste 1996. Eine dieser Neuerungen bestand darin, dass der bisherige Staffelrabatt für Beton durch einen Mengenrabatt ersetzt wurde. Dieser Mengenrabatt wurde basierend auf dem gesamten Jahresbezug eines Unternehmens bzw. bei ARGE der Baustelle berechnet.³⁴⁵

348. Aus einem Schreiben der KTB-Werke vom 24. Februar 1996 geht hervor, dass die KTB-Werke Kleinmengenbezüge («*in erster Linie Gärtner oder Private*») aufgrund des damit verbundenen Aufwandes ab 1996 mit einem Preiszuschlag von Fr. 5.– bzw. Fr. 10.– pro Bezug belasteten. Aus demselben Schreiben geht hervor, dass Unternehmen mit grösseren Bezügen von einem Mengenrabatt profitierten.³⁴⁶

349. Einem Rundschreiben des BVRB vom 19. Dezember 2008 ist zu entnehmen, dass anlässlich der alljährlichen Gespräche mit Vertretern der KTB das Mengenrabattsystem thematisiert worden war. Das Mengenrabattsystem wurde auf den gesamten Jahresbetonbezug erweitert und angepasst.³⁴⁷

350. Am 9. Oktober 2013 sandte [der] Alluvia-[Mitarbeiter] [K. _____] an seine [Kollegen] und an die [Funktionsbezeichnung] der Konkurrentin Kästli Bau AG [E. _____ und B. _____] eine E-Mail zum Thema Strukturveränderung KTB. Der E-Mail ist ein Entwurf eines Schreibens angehängt, welches über die Neuorganisation der KTB und neue Rabattregeln informiert. Dem Schreiben ist zu entnehmen, dass die K.+U. Hofstetter AG, die Messerli Kieswerk AG, die Beton Worblaufen (Alluvia-Gruppe) und die «Kieswerk Kästli, Rubigen», die Frischbeton AG sowie die BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG (Kästli-Gruppe) entschieden hatten, «*die bisherigen Mengenrabattregelungen aufzugeben*» und im Frühjahr 2014 «*zum letzten Mal Mengenrabattabrechnungen (für 2013)*» zu erstellen und auszubezahlen. Die «*bisher gutgeschriebenen Mengenrabatte*» würden «*durch direkte Kunden- und Baustellenrabatte*» an ihre Kunden weitergegeben. Bei bereits laufenden Baustellen, für welche Mengenrabattregelungen vereinbart worden seien, würde im kommenden Jahr ein dem zu erwartenden Mengenrabatt entsprechender Direktrabatt gewährt.³⁴⁸

351. Aus einem Schreiben der Kästli-Gruppe vom November 2013 ist zu entnehmen, dass die KTB AG ihre Tätigkeit einstellt und der Mengenrabatt der Betonwerke Bern und Umgebung per 1. Januar 2014 entfällt.³⁴⁹

b. Parteiaussagen

352. [C. _____] sagte anlässlich seiner Einvernahme vom 16. März 2015 aus, dass der Mengenrabatt 1996 eingeführt und bis Ende 2013 beibehalten worden sei. Ab 1996 habe es keine gemeinsame Preisliste mehr gegeben.³⁵⁰ Man habe aber beschlossen, die gemeinsamen Mengenrabatte beizubehalten.³⁵¹

353. [B. _____] sagte anlässlich seiner Einvernahme vom 9. Februar 2015 aus, er könne nicht genau sagen, wann der gemeinsame Mengenrabatt eingeführt worden sei. «*Sicher*»

³⁴⁵ Act. II.A.X.59 (22-0440)

³⁴⁶ Act. II.A.1

³⁴⁷ Act. II.C.X.125 (22-0440)

³⁴⁸ Act. II.A.75

³⁴⁹ Act. II.A.84

³⁵⁰ Act. III.17 (22-0440), Zeilen 101 f.

³⁵¹ Act. III.17 (22-0440), Zeilen 108 f.

habe es diesen gegeben, «nachdem man 1996 mit den Absprachen aufgehört» habe. Er vermute, dass es den gemeinsamen Mengenrabatt schon vorher gegeben habe.³⁵² Das gemeinsame Mengenrabattsystem sei gleichzeitig mit der KTB AG aufgehoben worden.³⁵³

354. Anlässlich seiner Einvernahme vom 17. Februar 2015 gab [K._____] zu Protokoll, er könne nicht sagen, seit wann der gemeinsame Mengenrabatt bestand. Er habe bereits bestanden, als er 2009 angefangen habe.³⁵⁴ Er sagte aus, dass es das gemeinsame Mengenrabattsystem seit 2013 nicht mehr gebe. Man habe es anfangs 2014 zusammen mit der KTB AG beendet.³⁵⁵

(iii) Beweiswürdigung

355. Die Aussage [C._____]s, wonach der Mengenrabatt 1996 eingeführt und Ende 2013 eingestellt worden sei, stimmt mit derjenigen von [B._____] überein, wonach es den Mengenrabatt sicher gegeben habe, nachdem man 1996 mit den Absprachen aufgehört habe. Zudem stimmen die beiden Aussagen mit den objektiven Beweismitteln überein. Aus dem Schreiben des Baustoff- und Recyclingzentrums Rubigen zur Preisliste 1996 vom Januar 1996 geht hervor, dass dieses für 1996 einen Mengenrabatt gewährte. Aus dem Schreiben des KTB-Verbands vom 24. Februar 1996 geht hervor, dass der damalige KTB-Verband bzw. dessen Mitglieder dem BVM einen gemeinsamen Mengenrabatt gewährten.

356. Bezüglich des Endes des gemeinsamen Rabattsystems sagten [C._____] , [B._____] und [K._____] übereinstimmend aus, dass das gemeinsame Mengenrabattsystem 2013 bzw. mit der Beendigung der KTB AG eingestellt wurde. Diese Aussagen stimmen mit den objektiven Beweismitteln überein. Aus dem Entwurf des Schreibens von [K._____] vom 9. Oktober 2013 und dem Schreiben der Kästli-Gruppe vom November 2013 ist ersichtlich, dass der Mengenrabatt bis 2013 galt und mit Beginn des Jahres 2014 abgeschafft wurde.

357. Es steht also fest, dass die Verfahrensparteien den gemeinsamen Mengenrabatt von 1996 bis 2013 gewährt haben.

(iv) Beweisergebnis

358. Die Verfahrensparteien hielten sich in den Jahren 1996 bis 2013 an ihrem Konsens und gewährten ihren Bezüglern und Bezügerinnen von Betonprodukten einen einheitlichen und gemeinsamen Mengenrabatt.

B.5.3.4 Umsetzung und Auswirkungen

(i) Beweisthema

359. Nachfolgend ist zu prüfen, ob sich die beteiligten Verfahrensparteien entsprechend ihrem Konsens, einen gemeinsamen Mengenrabatt zu verrechnen, verhielten und einen solchen gemeinsamen Mengenrabatt tatsächlich weiterverrechneten. Zudem sind die Auswirkungen zu untersuchen, welche dieses Verhalten allenfalls zur Folge hatte.

³⁵² Act. III.14 (22-0440), Zeilen 384 ff.

³⁵³ Act. III.14 (22-0440), Zeilen 457 f.

³⁵⁴ Act. III.15 (22-0440), Zeilen 311 f.

³⁵⁵ Act. III.15 (22-0440), Zeilen 437 f.

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

360. Aus einem Schreiben der KTB-Werke vom 24. Februar 1996 geht hervor, dass die KTB-Werke Kleinmengenbezüge («*in erster Linie Gärtner oder Private*») aufgrund des damit verbundenen Aufwandes ab 1996 mit einem Preiszuschlag von Fr. 5.– bzw. Fr. 10.– pro Bezug belasteten. Aus demselben Schreiben geht hervor, dass Unternehmen mit grösseren Bezügen von einem Mengenrabatt profitierten.³⁵⁶

361. In der Zusammenstellung der KTB-Mengenrabatte des Jahres 2013, welche eine Alluvia-Mitarbeiterin am 24. Januar 2014 an die Kästli-Gruppe versandte, sind die ARGE aufgeführt, welche einen Mengenrabatte erhalten sollten. Die ARGE wurden mit Nummer, ARGE-Bezeichnung, Anteil in %, Werk und Liste aufgeführt. Die Liste enthält rund 76 ARGE für Baustellen in und um Bern.³⁵⁷

362. Aus einer E-Mail von [N._____] an [E._____] vom 4. April 2011 geht eine Auflistung von Unternehmen hervor, welche einen Mengenrabatt erhielten und solche, die keinen Mengenrabatt erhielten.³⁵⁸

363. Den Behörden liegen zudem verschiedene Abrechnungen für Mengenrabatte vor, welche an ARGE und die dazugehörigen Unternehmen adressiert sind. Aus einer Abrechnung des Mengenrabattes 2013 vom 14. Februar 2014 an ein ARGE-Mitglied gehen die letztjährigen Betonbezüge bei den Betonwerken der Alluvia- und der Kästli-Gruppe hervor, der gewährte Rabatt, die Mehrwertsteuer sowie der insgesamt auszubehaltende Betrag. Die Rechnungsadressaten und Rechnungsadressatinnen wurden darauf aufmerksam gemacht, dass ihnen der Betrag im März ausbezahlt werden würde, dass sie aber den Mengenrabatt nicht mit unbezahlten Rechnungen verrechnen sollten.³⁵⁹

364. Aus einer Übersicht der KTB AG Inkassostelle gehen die insgesamt in den Jahren 2006 bis 2013 gewährten Mengenrabatte hervor.³⁶⁰

365. Eine Aufstellung der KTB AG Inkassostelle vom 15. März 2012 enthält die insgesamt gewährten Mengenrabatte und die Durchschnittswerte der gewährten Mengenrabatte von 2004 bis 2011 pro Kubikmeter je Baumeister. Der tiefste jährliche Durchschnittswert beträgt [4–6] % (2008) und der höchste [7–9] % (2010).³⁶¹

366. Den Behörden liegen ferner E-Mails zur Mengenrabattabrechnung von spezifischen Unternehmen vor.³⁶²

b. Parteiaussagen

367. Anlässlich seiner Einvernahme vom 16. März 2015 sagte der [Mitarbeiter] der Alluvia-Gruppe [C._____] für die Alluvia-Gruppe aus, der Mengenrabatt habe sich zu einem Relikt aus der Vergangenheit reduziert, an dem die Kunden geangen hätten. Die KTB-Werke hätten «*Angst*» gehabt, den Mengenrabatt aufzuheben, da die Kunden keine Freude an der

³⁵⁶ Act. II.A.1

³⁵⁷ Act. II.A.93

³⁵⁸ Act. II.A.19

³⁵⁹ Act. II.A.98

³⁶⁰ Act. II.A. 106

³⁶¹ Act. II.A.35, GV-Statistik, Seite 1, «*Mengenrabatt 2004–2011*»

³⁶² Act. II.A.104, Act. II.A.101

Aufhebung gehabt hätten.³⁶³ Auf die Frage, ob der Mengenrabatt einen Einfluss darauf gehabt habe, wie die Alluvia-Gruppe ihre sonstigen Preiskonditionen festlegte, antwortete [C.____], die Alluvia-Gruppe habe gewusst, wie hoch der Mengenrabatt, also der Grundrabatt, von allen gewesen sei. In Kenntnis dieser Mengenrabattgrösse habe die Alluvia-Gruppe dann einen individuellen Rabatt gemacht, um den Auftrag zu bekommen.³⁶⁴

368. [K.____] sagte für die Alluvia-Gruppe am 17. Februar 2015 aus, der Preis des Betons spiele für den Kaufentscheid des Kunden eine wesentliche Rolle. Es herrsche permanenter Preisdruck.³⁶⁵ Ferner sagte er aus, dass der Mengenrabatt für den Kunden ein «*Gudi*» gewesen sei, aber seiner Meinung nach zu wenig hoch, um «*den Kundenentscheid zu beeinflussen.*» Entscheidend seien der Nettopreis auf der Rechnung, die Qualität und die Nähe zu den Betonwerken aufgrund des Transports. Bei 40 bis 50 km Transportdistanz sei der Transport teurer als der Beton selbst.³⁶⁶

369. Anlässlich seiner Einvernahme vom 23. Februar 2015 sagte [P.____] für die Daep-Gruppe³⁶⁷ aus, dass die Firma Daep bei Kleinaufträgen nicht angefragt würde, in die Stadt und Agglomeration zu liefern. Als Grund gab er an, der Preis sei wahrscheinlich zu hoch. Die Daep könne bei Kleinaufträgen nämlich keine Mengenrabatte gewähren.³⁶⁸

370. [J.____] sagte für die Fr. Blaser AG³⁶⁹ am 26. März 2015 aus, die Firma Blaser gewähre auch bei grösseren Bezugsmengen keine Mengenrabatte. Es sei schwierig, wenn die Fr. Blaser AG mit Kunden konfrontiert werde, die von Konkurrenten einen Mengenrabatt angeboten erhielten. Dann müsse die Blaser AG die Preise senken. Die Kunden kauften sonst nicht bei ihr ein.³⁷⁰

(iii) Beweiswürdigung

371. Vorab sei analysiert, ob die Mengenrabatte von den Verfahrensparteien tatsächlich verrechnet (umgesetzt) wurden. Wie aus den Aussagen von [C.____] und [K.____] hervorgeht, geben sie die tatsächliche Verrechnung des von der Alluvia- und der Kästli-Gruppe gemeinsam bestimmten Mengenrabattes zu. Die Zusammenstellung der KTB-Mengenrabatte des Jahres 2013, die Auflistung vom 4. April 2011 mit Abrechnungen für Unternehmen, die Abrechnung der Mengenrabatte für das Jahr 2013 vom 14. Februar 2014, die Übersicht der KTB AG Inkassostelle, welche die insgesamt in den Jahren 2006 bis 2013 gewährten Mengenrabatte aufführt, die Auflistung der gewährten Rabatte von 2004 bis 2011 beweisen, dass die Mengenrabatte tatsächlich verrechnet wurden.

372. Die Auswirkung der Mengenrabattberechnung kann aus den Aussagen abgeleitet werden. So hatten die KTB-Werke laut [C.____] Angst gehabt, den Mengenrabatt abzuschaffen, da die Kunden keine Freude daran gehabt hätten. Wie [P.____] aussagte, kann der Mengenrabatt entscheidend dafür sein, ob ein Unternehmen einen Kleinauftrag erhält. Damit übereinstimmend sagte [J.____] aus, dass die Fr. Blaser AG ihre Preise senken müsse, wenn ein Konkurrent Mengenrabatte offeriere. Insgesamt ist daraus ersichtlich, dass der

³⁶³ Act. III.17 (22-0440), Zeilen 264 ff.

³⁶⁴ Act. III 17 (22-0440), Zeilen 269 ff.

³⁶⁵ Act. III.15, Zeilen 434 f.

³⁶⁶ Act. III.15, 423 ff.

³⁶⁷ Die Daep-Gruppe mit Sitz in Oppligen (BE) besteht aus der Kieswerk Daep AG, der HU. Liechti AG und der Emme Kies & Beton AG. Die Unternehmen widmen sich der Herstellung, dem Handel und Vertrieb von Sand, Kies und Beton sowie anderen Aushubmaterialien.

³⁶⁸ Act. III.16 (22-0440), Zeilen 462-471

³⁶⁹ Die Haupttätigkeit der Fr. Blaser AG mit Sitz in Hasle bei Burgdorf (BE), besteht hauptsächlich im Sand- und Kiesabbau und in der Herstellung, im Vertrieb und Handel von Sand, Kies, Beton und verwandten Produkten.

³⁷⁰ Act. III:20 (22-0440), Zeilen 379-386

Mengenrabatt nicht nur geeignet war, den Kaufentscheid zu beeinflussen, sondern diesen auch tatsächlich beeinflusste.

373. Im Gegensatz zu diesem Ergebnis steht die Aussage von [K.____]. Seiner «*Meinung nach*» sei der Mengenrabatt zu wenig hoch gewesen, um «*den Kundenentscheid zu beeinflussen*». Diese Aussage ist näher zu analysieren:

- Erstens steht die Aussage im Widerspruch zur eigenen Aussage von [K.____], wonach der Preis des Betons aufgrund des permanenten Preisdruckes für den Kaufentscheid wesentlich sei. Wenn die Aussage zum permanenten Preisdruck zutrifft, spielt jegliche Höhe des Mengenrabattes eine Rolle für den Kaufentscheid.
- Zweitens steht die Aussage im Widerspruch zu betriebswirtschaftlichen Überlegungen. Ein Unternehmen verschenkt seinen Kunden nicht ohne Grund Geld, sondern verspricht sich daraus einen wirtschaftlichen Nutzen. Insbesondere kann ausgeschlossen werden, dass die KTB-Werke während der Zeitspanne von 1996 bis 2013 nebst den direkten Kosten durch die gewährten Mengenrabatte, den getätigten Aufwand (Berechnung, Listen, Korrespondenz etc.) betrieben hätten und die dadurch entstehenden Kosten (insbesondere Personal und Versandkosten) getragen hätten, wenn sie sich keinen wirtschaftlichen Vorteil aus diesem Handeln versprochen hätten.
- Schliesslich ist mit Bezug auf das Aussageverhalten von [K.____] festzuhalten, dass sich dieser unverbindlich äussert, indem er seine eigene Meinung («*meiner Meinung nach*») zum Ausdruck bringt, ohne sich auf Indizien oder Fakten stützen zu können. In Anbetracht dessen und der Tatsache, dass er sich im Widerspruch zu den Aussagen der anderen Befragten befindet, gehen die Behörden davon aus, dass es sich hierbei um Schutzbehauptungen handelt.

374. Eine weitere Auswirkung des gemeinsamen Mengenrabattes bestand nebst der Auftragsrerlangung darin, dass die Alluvia- und die Kästli-Gruppe sich diesbezüglich nicht konkurrierten. Wie auch [C.____] zu Protokoll gab, konnte die Alluvia-Gruppe ihre individuellen Preise im Wissen um den Grundrabatt (gemeinsamer Mengenrabatt) gewähren. Dadurch wurde der Preiswettbewerb eingeschränkt, da ein gemeinsamer Startpunkt bestand. Ferner konkurrierten sich die beiden Unternehmen mit Bezug auf diesen Mengenrabatt nicht. Über den gemeinsamen Mengenrabatt verfügten andere Unternehmen wie die Daepf-Gruppe oder die Fr. Blaser AG nicht. Durch die gemeinsamen Mengenrabatte wehrten sich daher die KTB-Werke also auch gemeinsam gegenüber anderen Konkurrenten ausserhalb des KTB.

(iv) Würdigung der Parteivorbringen

Stellungnahmen

375. Zusammenfassend bringt die Alluvia-Gruppe vor, der gemeinsame Mengenrabatt habe kurze Transportwege bezweckt und damit die Ziele der ADT-Sachplanung umsetzen wollen. Weder der gemeinsame Mengenrabatt noch individuelle Rabatte seien aber geeignet gewesen, auswärtige Konkurrenz fernzuhalten. Auswärtige Anbieter hätten bei grösseren Projekten einen grösseren Transportkostenanteil gehabt, weshalb sie weniger Spielraum zur Gewährung von Rabatten gehabt hätten als die Verfahrensadressaten. Bei kleineren Mengen seien nur die Untersuchungsadressatinnen zum Zug gekommen, weil sei aufgrund des Mengenrabatts und der Transportkosten den günstigsten Preis franko Baustelle offerieren hätten können.³⁷¹

376. Die Kästli-Gruppe meint, Rabatt sei grundsätzlich ein Instrument für Wettbewerb, intensiviere diesen und führe zu tieferen und nicht höheren Preisen. Obwohl die Kästli- und

³⁷¹ Act. VI.30, S. 75 oben

die Alluvia-Gruppe gemeinsam einen Mengenrabatt gewährt hätten, habe dies keinen wettbewerbsbeeinträchtigenden Effekt gehabt. Sie sieht ihren Standpunkt durch die Aussagen von [P._____] bestätigt. Konkurrenten sei es freigestanden, auch einen Mengenrabatt zu gewähren. Zudem habe es zusätzlich individuelle Rabatte gegeben, was funktionierenden Wettbewerb beweise.³⁷²

Würdigung

377. Die Stellungnahme der Alluvia-Gruppe ist widersprüchlich. Auf der einen Seite hätten die Parteien mit dem gemeinsamen Mengenrabatt kurze Transportwege bezweckt, dieser Zweck sei durch den ADT-Sachplan gedeckt (zu den Vorbringen zum ADT-Sachplan, vgl. hinten Kapitel C.3, Rz 792 ff.). Auf der anderen Seite seien die gemeinsamen Mengenrabatte aber nicht geeignet gewesen, die auswärtige Konkurrenz fern zu halten. Mit anderen Worten haben die Parteien zwar mit den gemeinsamen Mengenrabatten beabsichtigt, die Transportdistanzen zu verkürzen. Gleichzeitig seien diese Mengenrabatte aber nicht geeignet gewesen, die Transportdistanzen der Konkurrenten zu verkürzen. Die KTB-Werke sollen demnach von 1996 bis 2013 einen gemeinsamen Mengenrabatt zur Reduktion der Transportdistanzen aufrechterhalten haben, im Wissen darum, dass der Mengenrabatt nicht geeignet war, um zu einer Transportdistanzreduktion zu führen. Das ist nicht glaubwürdig und wird durch die Datenanalyse der Wettbewerbsbehörden auch nicht bestätigt. Demnach gab es ungenügenden Aussenwettbewerb.

378. Desweiteren ist es widersprüchlich bei der Beurteilung der Wirkung des gemeinsamen Mengenrabattes anzuerkennen, dass auswärtige Anbieter bei grösseren Objekten einen grösseren Transportkostenanteil hatten als die KTB-Werke und daher weniger Spielraum bei der Rabattgewährung. Andererseits diesen «grösseren Spielraum» der KTB-Werke bei der Rabattsetzung nicht mit den gemeinsamen Mengenrabatten in Verbindung zu bringen. Schliesslich widerspricht sich die Alluvia-Gruppe, wenn sie einerseits sagt, bei kleineren Liefermengen seien nur die KTB-Werke aufgrund des Mengenrabatts und den Transportkosten berücksichtigt worden, weil sie den günstigsten Preis franko Baustelle offerieren hätten können. Andererseits, wie bereits aufgeführt, behauptet sie, der Mengenrabatt sei nicht geeignet gewesen, die auswärtige Konkurrenz fernzuhalten.

379. Die Darstellungen der Alluvia-Gruppe sind widersprüchlich und wurden von ihr auch nicht belegt. Sie vermögen das Beweisergebnis daher nicht in Frage zu stellen.

380. Die Aussage der Kästli-Gruppe, Rabatte seien ein Instrument für Wettbewerb, welches zu tieferen Preisen führe, besagt nichts zum vorliegenden Sachverhalt. Nicht spezifizierte Aussagen ohne Verbindung zu einem konkreten Sachverhalt haben keinen Beweiswert. Wie bereits oben ausgeführt, hat die Aussage, dass Konkurrenten die Möglichkeit hatten, auch einen Mengenrabatt anzubieten auch keinen Erkenntniswert. Sie belegen das tatsächliche Marktgeschehen nicht. Bloss theoretische Vorbringen genügen nicht, um einen bewiesenen Sachverhalt in Frage zu stellen. Schliesslich stützen die Aussagen von [P._____] die Vorbringen der Kästli-Gruppe nicht. [P._____] bestätigte, dass sein Unternehmen bei Kleinaufträgen mangels Mengenrabatt nicht in das Gebiet der Stadt und Umgebung Bern liefern könne.³⁷³ Gemäss der Aussage von [P._____] liefert sein Unternehmen einzig bei Grossaufträgen auch in die Stadt und Umgebung Bern.³⁷⁴ Aus den Aussagen geht also hervor, dass aufgrund der höheren Transportkosten und der Mengenrabatte, Konkurrenzunternehmen erst ab einem gewissen Volumen überhaupt kostendeckend in die Stadt und Umgebung eindringen können. Dies stimmt mit den Feststellungen der Wettbewerbsbehörden überein (Rz 112 – Rz 119).

³⁷² Act. VI.29, Rz 306 ff.

³⁷³ Act. III.16, Zeilen 467–471

³⁷⁴ Act. III.16, Zeilen

381. Es sei in diesem Zusammenhang daran erinnert, dass die Wettbewerbsbehörden im Rahmen dieses Verfahrens nicht die Faktengrundlage für eine Beseitigung des Wettbewerbs darzulegen haben. Es genügt, wenn sie die Faktengrundlage für eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs beweisen können. Der Umstand, dass Konkurrenten bei Grossprojekten, wie z.B. dem von [P._____] genannten Wankdorf Stadion, allenfalls ins Stadtgebiet liefern können, steht der Feststellung der kartellrechtlich relevanten Wettbewerbsbeschränkung nicht entgegen. Ebenso wenig vermag der Einwand, dass es neben den gemeinsamen Mengenrabatten noch Baustellenrabatte gab, die Relevanz der Wettbewerbsbeschränkung durch die Parteien zu beseitigen.

(v) Beweisergebnis

382. Der einheitliche und gemeinsame Mengenrabatt verhinderte, dass sich die Verfahrensparteien in den Jahren 2004 bis 2013 bei der Gewährung von Mengenrabatten für Betonbezüge konkurrierten. Dies hatte zur Folge, dass Kunden und Kundinnen, unabhängig davon, ob sie Beton bei Werken der Kästli-Gruppe oder der Alluvia-Gruppe bezogen, für ihr Jahresbezugsvolumen den gleichen Mengenrabatt erhielten. Weiter führte der gemeinsame Mengenrabatt zu einer Koordination der Liefergebiete (dazu hinten Rz 623 ff.). Schliesslich war er geeignet und trug dazu bei, dass die Kies- und Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) in diesen Jahren gering blieben.

B.5.3.5 Zusammenfassendes Beweisergebnis der gemeinsamen Mengenrabatte

383. Zwischen den Verfahrensparteien lagen seit spätestens dem Jahr 2004 übereinstimmende tatsächliche Willenserklärungen vor (Konsens), ihren Bezüglern und Bezügerinnen von Betonprodukten einen einheitlichen und gemeinsamen Mengenrabatt zu gewähren. Daran beteiligt waren die Alluvia-Gruppe mit den Betonwerken Hindelbank, Bern-Bethlehem, Oberwangen sowie Worblaufen und die Kästli-Gruppe mit dem Betonwerk Rubigen.

384. Der Konsens der Verfahrensparteien, einen einheitlichen und gemeinsamen Mengenrabatt zu gewähren, bestand von 1996 bis Ende 2013.

385. Mit dem gemeinsamen Mengenrabatt bezweckten die Verfahrensparteien insbesondere, sich bei der Gewährung von Mengenrabatten für Betonbezüge nicht zu konkurrieren sowie ihre Liefergebiete zu koordinieren (dazu hinten Rz 623 ff.). Zudem bezweckten sie damit, Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) zu verhindern oder zumindest zu reduzieren.

386. Die Verfahrensparteien verhielten sich in den Jahren 1996 bis 2013 entsprechend ihrem Konsens und gewährten ihren Bezüglern und Bezügerinnen von Betonprodukten einen einheitlichen und gemeinsamen Mengenrabatt. Der gemeinsame Mengenrabatt berechnete sich auf der Basis der Gesamtbezüge eines Kunden oder einer Kundin bei allen beteiligten Betonwerken pro Jahr (Mengenrabattpooling). Zuletzt betrug er – je nach Jahresbezugsmenge – zwischen Fr. 2.50 pro Kubikmeter und Fr. 13.50.– pro Kubikmeter. Der gemeinsame Mengenrabatt wurde den Kunden und Kundinnen der Verfahrensparteien jährlich durch die von der KTB AG geführte gemeinsame Inkassostelle entrichtet (dazu hinten Rz 770 ff.).

387. Der einheitliche und gemeinsame Mengenrabatt verhinderte, dass sich die Verfahrensparteien in den Jahren 1996 bis 2013 bei der Gewährung von Mengenrabatten für Betonbezüge konkurrierten. Dies hatte zur Folge, dass Kunden und Kundinnen, unabhängig davon, ob sie Beton bei Werken der Kästli-Gruppe oder der Alluvia-Gruppe bezogen, für ihr Jahresbezugsvolumen den gleichen Mengenrabatt erhielten. Weiter führte der gemeinsame Mengenrabatt zu einer Koordination der Liefergebiete (dazu hinten Rz 623 ff.). Schliesslich trug er dazu bei, dass die Kies- und Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) in diesen Jahren gering blieben.

B.5.4 Koordination der Liefergebiete

B.5.4.1 Konsens, Inhalt, Beteiligte und Dauer

(i) Beweisthema

388. Nachfolgend ist zu untersuchen, ob zwischen den Verfahrensparteien eine übereinstimmende tatsächliche Willenserklärung (Konsens) vorlag, die Liefergebiete ihrer Kies- und Betonwerke im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) zu koordinieren, und wie lange dieser Konsens bestand.

(ii) Beweismittel

389. Dem Sekretariat liegen die nachfolgenden Beweismittel vor.

a. Urkunden

390. Den Wettbewerbsbehörden liegen die folgenden Beweisurkunden vor:

- Ein Dokument mit dem Titel «*Vereinbarung*» vom 24. Dezember 1976.³⁷⁵
- Ein Jahresbericht des KTB-Verbandes aus dem Jahr 1994.³⁷⁶
- Eine Aktennotiz der Hofstetter mit dem Namen «*Überlegungen zum Vorschlag „Bern Beton“*», welche gemäss Metadaten der elektronischen Datei vom 16. April 1996 stammt.³⁷⁷
- Ein VR-Protokoll der Hofstetter vom 21. März 1997.³⁷⁸
- Ein Bericht des Präsidenten der KTB für das Geschäftsjahr 1996 vom 26. Mai 1997.³⁷⁹
- Ein Dokument mit dem Titel «*Einige Marketing-Überlegungen*» von [Q._____] vom 31. Oktober 1997.³⁸⁰
- Ein Dokument mit dem Titel «*Marketing-Konzept*» der Hofstetter aus dem Jahr 1998.³⁸¹
- Ein Dokument mit dem Namen «*Zusammenarbeit Hofstetter/Messerli/Kästli im Raume Bern*» aus dem Jahr 1998, welche auf den 1. Januar 1999 in Kraft gesetzt wurde.³⁸²
- Ein Dokument mit dem Titel «*Marketing-Strategie*» vom 6. Juli 1999 der Marketinggruppe der K.+U. Hofstetter AG.³⁸³
- Eine PowerPoint-Präsentation einer Kaderschulung im September 1999 der K.+U. Hofstetter AG.³⁸⁴

³⁷⁵ Act. II.C.X.34 (22-0440)

³⁷⁶ Act. II.B.2

³⁷⁷ Act. II.B.X.24 (22-0440)

³⁷⁸ Act. II.B.X.36 (22-0440)

³⁷⁹ Act. II.A.2

³⁸⁰ Act. II.B.X.40 (22-0440)

³⁸¹ Act. II.B.X.287 (22-0440)

³⁸² Act. II.B.X.46 (22-0440)

³⁸³ Act. II.B.X.62 (22-0440)

³⁸⁴ Act. II.B.X.63 (22-0440)

- Ein «Kurzbeschreibung der kiesrelevanten Tätigkeiten der Aktionäre der KAGA» des Beratungsunternehmens Novo Business Consultants vom 21. April 2002.³⁸⁵
- Ein Protokoll der Abteilung A der Hofstetter vom 15. September 2003.³⁸⁶
- Drei Dokumente aus den Jahren 2003, 2005 und 2006 mit dem Titel «Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen Lehmann Transport AG und K.+U. Hofstetter AG».³⁸⁷
- Ein Dokument mit dem Titel «Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG sowie den Werken der K.+U. Hofstetter und der Messerli Kieswerk AG» aus den Jahren 2007, 2008 und 2009.³⁸⁸
- Ein Dokument namens «Marketing-Konzept» der Marketinggruppe der K.+U. Hofstetter AG, welches beinahe identisch ist mit dem gleichnamigen Dokument vom 24. Oktober 1998. Gemäss den Metadaten wurde dieses Dokument am 23. Juli 2010 bzw. am 7. September 2010 erstellt.
- Ein Dokument namens «Marketing-Strategie» der Marketinggruppe der K.+U. Hofstetter AG, welches beinahe identisch ist mit dem gleichnamigen Dokument vom 6. Juli 1999. Gemäss den Metadaten wurde dieses Dokument am 24. Juli 2010 bzw. am 6. September 2010 erstellt.³⁸⁹
- Zwei Dokumente mit dem Titel «Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG sowie den Werken der K.+U. Hofstetter und der Messerli Kieswerk AG» aus den Jahren 2011 und 2013/14.³⁹⁰
- Eine E-Mail eines Verwaltungsratsmitgliedes der Alluvia-Gruppe an andere Verwaltungsratsmitglieder und die Geschäftsleitung vom 31. Dezember 2013 und eine E-Mail vom 25. Juli 2014 der Geschäftsleitung der Alluvia-Gruppe an den Verwaltungsrat.³⁹¹

b. Lieferscheindaten

391. Die Wettbewerbsbehörden verfügen über die von den Parteien eingereichten Lieferscheindaten (dazu vorne A.4.6, Rz 35 ff.). Die Auswertung der Lieferscheindaten ermöglichte dem Sekretariat zusätzlich zu den übrigen Beweismitteln einerseits das Bestehen und die Dauer des Konsenses der Parteien über die Koordinierung der Liefergebiete ihrer Kies- und Betonwerke im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) zu beweisen. Andererseits zeigt die Analyse zugleich die tatsächliche Umsetzung und Auswirkung der Koordination auf. Die Analyse dieser Lieferscheindaten wird entsprechend der Struktur dieses Antrags weiter unten unter dem Titel Umsetzung und Auswirkung (B.5.4.3, Rz 482 ff.) dargelegt.

c. Zeugenaussagen

392. Anlässlich seiner Einvernahme vom 15. September 2015 sagte [M._____] aus, es habe «einen geographischen Kreis um die Stadt und Agglomeration Bern» gegeben. Er gab zu Protokoll: «Wenn Mitglieder Kies und Beton für Baustellen dieses Kreises von andern Werken

³⁸⁵ Act.III.17 (22-0440)

³⁸⁶ Act. II.B.X.151 (22-0440)

³⁸⁷ Act. II.B.X.167 (22-0440)

³⁸⁸ Act. III.23. Beilage 1 (22-0440)

³⁸⁹ Act. II.B.X.286 (22-0440)

³⁹⁰ Act. II.B.X.357 (22-0440)

³⁹¹ Act. II.B.X.392 (22-0440), 1; Act. II.B.X.433 (22-0440)

als den KTB-Werken bezogen, dann machten die KTB-Werke entsprechende Abzüge beim Kies- und Betonbatzen».³⁹²

393. [A._____] sagte anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 26. April 2016 aus, der KTB-Verband sei seines «Wissens juristisch korrekt [...] für Preisabreden, Mengenzuteilungen und Gebietsabreden gegründet» worden. «Dafür ha[be] man einen Geschäftsführer angestellt, der das professionell durch[ge]führt» habe.³⁹³ [D._____] sei der Geschäftsführer des Verbands gewesen.³⁹⁴

394. Gemäss [A._____] gab es zu Zeiten des KTB-Verbandes eine Karte, welche auch den Baumeistern abgegeben worden sei und auf welcher die Liefergebiete der einzelnen Werke eingezeichnet gewesen seien. Ferner sei darauf vermerkt gewesen, wieviel der Transport gekostet habe. Dies seien die sogenannten Transportzonen gewesen. Die Baumeister hätten nicht bestimmen können, welche Werke lieferten. Dies hätte der Verband unter sich geregelt. Wenn also Messerli in einem Monat geliefert habe, habe z.B. Hofstetter zum Ausgleich in einem anderen Monat geliefert. Die Baumeister hätten dies gewusst und begrüsst, da sie dadurch «gleich lange Spiesse im Wettbewerb» gehabt hätten.³⁹⁵ Nach der Auflösung des Verbandes habe es «keine gemeinsame Kasse mehr», «keinen gemeinsamen Geschäftsführer mehr», «keine gemeinsamen Preislisten mehr», «keine Mengenkontingentierung mehr» und «keine Gebietsabsprachen mehr» gegeben.³⁹⁶

d. Parteiaussagen

395. Anlässlich seiner Einvernahme vom 16. März 2015 sagte [C._____] von der Alluvia-Gruppe aus, das Inkrafttreten des neuen Kartellgesetzes im Jahr 1996 sei sicher auch ein Grund für die Auflösung des KTB-Verbandes gewesen.³⁹⁷

396.

397. [N._____] von der Alluvia-Gruppe wurde anlässlich seiner Einvernahme vom 19. Oktober 2016 ein Ausschnitt eines Berichtes des Unternehmens Novo Business Consultants vorgelegt. In diesem Bericht ist zur Konkurrenzsituation zwischen Hofstetter, Messerli und Kästli aufgeführt, dass in Bern eine Marktaufteilung mit Hofstetter, Messerli und Kästli bestehe. Darauf angesprochen, sagte [N._____] aus, er könne sich nicht erklären, wie jemand so einen Bericht schreiben könne. Es habe keine Marktaufteilung gegeben.³⁹⁸

398. Am 26. April 2016 wurde [R._____] als [Funktionsbezeichnung] der Lehmann Transport AG zur Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG Bern sowie der K.+U. Hofstetter AG und der Messerli Kieswerk AG 2009 vom 6./7. Mai 2009 befragt. Er gab zu Protokoll, die Vereinbarung sei darin begründet, dass die Messerli-Hofstetter Kieskomponenten nicht selber direkt verkaufe, sondern vor allem für die Betonproduktion benötige. Hofstetter und Messerli hätten ihr Material nicht direkt auf den Baustellen gewünscht, da sie es für die Betonproduktion selber benötigten. Der Lehmann sei es darum gegangen, Material von der Hofstetter zu nehmen, um Leerfahrten zu vermeiden. Hofstetter habe nicht gewollt,

³⁹² Act. III.22, Zeilen 395 ff. (22-0440)

³⁹³ Act. III.24, Zeilen 120 ff. (22-0440)

³⁹⁴ Act. III.24, Zeile 127. (22-0440)

³⁹⁵ Act. III.24, Zeile 162 ff. (22-0440)

³⁹⁶ Act. III.24, Zeile 187 ff. (22-0440)

³⁹⁷ Act. III.17, Zeile 332 ff. (22-0440)

³⁹⁸ Act. III.29, Zeilen 206 ff. (22-0440)

dass die Lehmann das Material in Gebieten verkaufe, die zu nahe bei den Werken der Hofstetter lägen.³⁹⁹

399. Das Sekretariat konfrontierte [R. _____] mit der folgenden Aussage aus der Ziffer 1 der Vereinbarung vom 6./7. Mai 2009: „Die Lehmann Transport AG beliefert keine Kunden innerhalb der definierten Gebietsgrenzen der Firmen K.+U. Hofstetter AG und der Messerli Kieswerk AG mit gewaschenen Sand- und Kieskomponenten sowie Splitt von Dritten. Ausnahmen: Marti AG, Bern, diese Lieferungen sind einzeln zu besprechen.“ Er gab zu Protokoll, dies sei falsch ausgedrückt. Die Lehmann hätte das ganze Gebiet mit diesen Materialien beliefert. Hofstetter und Messerli hätten nicht gewollt, dass die Lehmann ihr Material in ihre Gebiete verkaufe, da sie das Material dort für die Betonproduktion brauchten. Die Lehmann habe Marti mit Material von Hofstetter und Messerli beliefern dürfen.⁴⁰⁰ Auf Nachfrage bestätigte [R. _____], dass die Ziffer 1 des Vertrags falsch formuliert sei.⁴⁰¹ Die Lehmann AG habe Ziffer 1 nie gross Beachtung geschenkt. Eine solche Vereinbarung über den Materialbezug gebe es seit ca. 2000 oder 2001.⁴⁰²

e. Schriftliche Antworten auf Fragebogen

400. [A. _____] als ehemaliger Geschäftsleiter der Messerli Kieswerk AG beantwortete schriftlich Fragen, welche das Sekretariat mittels Fragebogen vom 11. November 2015 an ihn gesandt hatte. Auf die Frage, ob die Mitglieder des KTB-Verbandes nach dessen Auflösung Abmachungen über Gebiete getroffen hätten, antwortete er Folgendes: «Die Gebietszuteilung ergab sich fast automatisch durch die Transportzonen, weil der Grundpreis für Kies und Beton ab Werk bei allen Werken fast gleich hoch war.»⁴⁰³

(iii) Beweiswürdigung

1. Koordination der Liefergebiete 1976

401. Dem Dokument vom 24. Dezember 1976 mit dem Titel «Vereinbarung» ist zu entnehmen, dass die Einzelfirma Fritz Blaser, die einfache Gesellschaft «Betonwerk Grosshöchstetten», die Kieswerk Daepf AG, der Verband der Kies- und Transportbetonwerke Bern (KTB) und die Stiftung Landschaft + Kies einen Vertrag abgeschlossen hatten.⁴⁰⁴ Der KTB-Verband bestand damals aus der heutigen Alluvia-Gruppe (damals K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Kessler Kies AG, Kieswerk AG Oberwangen)⁴⁰⁵, der heutigen Kästli-Gruppe (damals Bendicht Kästli & Söhne AG)⁴⁰⁶, der ehemaligen Kieswerk Wichtrach AG⁴⁰⁷, der ehemaligen W. und E. Künti⁴⁰⁸ und der heutigen Losinger Marazzi AG (damals Losinger AG, Bern).⁴⁰⁹

³⁹⁹ Act. III.23, Zeilen 112 ff. (22-0440)

⁴⁰⁰ Act. III.23, Zeilen 145 ff. (22-0440)

⁴⁰¹ Act. III.23, Zeilen 153 ff. (22-0440)

⁴⁰² Act. III.23, Zeilen 156 f. (22-0440)

⁴⁰³ Act. VI.2, Antwort auf Frage II.4 (22-0440)

⁴⁰⁴ Act. II.C.X.34 (22-0440), 7, Punkt 1

⁴⁰⁵ Vgl. Act. II.C.X.24 (22-0440), S. 1

⁴⁰⁶ Vgl. Act. II.C.X.24 (22-0440), S. 1

⁴⁰⁷ Liquidiert, vgl. DRACHE Post, Nr. 13, September 2007, 6, <http://www.wichtrach.ch/documents/drache_post_13.pdf> (4.5.2018)

⁴⁰⁸ Heute in Liquidation, Firmennummer im Handelsregister des Kantons Bern, CHE-100.888.036.

⁴⁰⁹ Act. II.C.X.24 (22-0440), S. 1

402. Aus der Vereinbarung geht wörtlich hervor, dass die Vertragsparteien beabsichtigten, «geordnete Verhältnisse auf dem Markt für Kies, Sand und Transportbeton in den gemeinsamen Interessen-Räumen der Region Bern und des Gürbe-, Aare-, Worblen- und Emmentals zu schaffen».⁴¹⁰ Die Vereinbarung sah vor, dass jeder Vertragspartner grundsätzlich das Recht erhalten sollte, «alle Kunden für Beton, Sand und Kies, welche in seinem Absatzgebiet Bauten errichten, ausschliesslich zu beliefern.» Dies galt für die vertraglich vereinbarten «Liefergebiete»,⁴¹¹ welche die Vertragsparteien auf einer Landkarte einzeichneten. Die Vertragsparteien sollten «Offerten und Lieferungen für Beton, Sand und Kies, auf das ihnen zugeteilte Liefergebiet [...] beschränken.» Lieferungen in «fremde Liefergebiete» waren den Vertragspartnern gestattet, sofern sich die betroffenen Vertragspartner einigten. Als Grund für eine Lieferung in ein fremdes Gebiet nannte die Vereinbarung z.B. den Fall, dass das gebietsansässige Unternehmen nicht in der Lage war, zu liefern.⁴¹²

403. Aus alledem geht ohne Zweifel der übereinstimmende wirkliche Wille zwischen der heutigen Alluvia-Gruppe und der heutigen Kästli-Gruppe, der ehemaligen Kieswerk Wichtrach AG, der ehemaligen W. und E. Künti, der heutigen Losinger Marazzi AG, der Einzelfirma Fritz Blaser und der Kieswerk Daepf AG hervor, nicht in die gegenseitigen Liefergebiete einzudringen und einander in den Liefergebieten der Werke nicht zu konkurrieren.

404. In der Folge ist zu prüfen, ob dieser übereinstimmende wirkliche Willen auch noch in den Folgejahren zwischen den Verfahrensparteien angedauert hat.

2. Dauer der Koordination der Liefergebiete aufgrund der Vereinbarung von 1976

a. Fortbestand bis ins Jahr 1994

405. Dem Jahresbericht des KTB-Verbandes aus dem Jahr 1994 ist unter dem Titel «Verhältnis mit angrenzenden Kies- und Betonwerken» zu entnehmen, dass die KTB-Vertreter an sogenannten «Koordinationsgesprächen» teilgenommen hatten. An diesen Gesprächen nahmen die damaligen Firmen Daepf, Blaser, Sollberger, Frischbeton Thun und Kieswerk Steinigand teil. Die Teilnehmer hielten fest, «dass jüngere Firmenvertreter vom Vertrag vom 24.12.1976 und erst recht von der Karte mit den Liefergebietsabgrenzungen gar keine Kenntnis» hätten. Es dränge sich auf, «diese Vereinbarung zu aktualisieren.»⁴¹³

406. Daepf, Blaser und die KTB-Mitglieder waren bereits an der Vereinbarung von 1976 beteiligt. 1994 wurde das Thema Liefergebietsabgrenzung erneut besprochen. Aus der protokollierten Aussage, «dass jüngere Firmenvertreter vom Vertrag vom 24.12.1976 und erst recht von der Karte mit den Liefergebietsabgrenzungen gar keine Kenntnis» hätten, geht einerseits hervor, dass die älteren Teilnehmer die Vereinbarung noch immer kannten, andererseits folgt daraus aber auch, dass die jüngeren Vertreter diese Vereinbarung nicht kannten. Aus der Aussage, dass «diese Vereinbarung zu aktualisieren» sei, folgt, dass die Teilnehmer immer noch an der Einhaltung der Vereinbarung von 1976 festhalten wollten. Zudem bezieht sich die Aktualisierung auf die jüngeren Teilnehmer, nicht hingegen auf die älteren Teilnehmer. Aus dem Umstand, dass Daepf, Blaser und die KTB-Mitglieder die Vereinbarung selbst abgeschlossen hatten und das Thema 1994 an einer gemeinsamen Sitzung erneut behandelten, geht hervor, dass sie selbst an der Vereinbarung festhielten. Andernfalls hätte es keiner «Aktualisierung» einzig für die jüngeren Unternehmer bedurft. Es ist daher erwiesen, dass die Vereinbarung von 1976 im Jahr 1994 zumindest noch zwischen den älteren Mitgliedern – d.h.

⁴¹⁰ Act. II.C.X.34 (22-0440), S. 7 Punkte 1 u. 2

⁴¹¹ Act. II.C.X.34 (22-0440), S. 8 Punkt 3.2

⁴¹² Act. II.C.X.34 (22-0440), S. 9 Punkt 4.2.1 und 4.2.3

⁴¹³ Act. II.B.2, S. 2

den Vereinbarungsteilnehmern von 1976 Daepf, Blaser, Hofstetter, Messerli, Kessler, Kieswerk AG Oberwangen und Kästli – nachgelebt wurde.

b. Fortbestand bis Ende 1997

407. Der Bericht des Präsidenten der KTB für das Geschäftsjahr 1996 vom 26. Mai 1997 hält fest, dass die Gesellschafter des Kies- und Transportverbandes Bern und Umgebung – KTB – anlässlich der Generalversammlung vom 1. November 1996 entschieden hatten, den Verband per Ende 1997 aufzulösen. Unter anderem bestand der Grund der Auflösung gemäss dem Verbandspräsidenten [B._____] darin, dass «*gemeinsame Preislisten und Gebietsaufteilungen nicht mehr erlaubt*» seien.⁴¹⁴

408. Der Inhalt dieses Berichts deckt sich mit der Aussage von [C._____] , wonach die Mitglieder den Verband auch aufgrund des Inkrafttretens des Kartellgesetzes im Jahr 1996 aufgelöst hätten. Es gibt daher keinen Grund an der Richtigkeit der im Bericht festgehaltenen Begründung für die Auflösung zu zweifeln. Es ist folglich erwiesen, dass die KTB-Mitglieder Gebietsabreden als nicht mehr zulässig erachteten und daher den Verband auflösten.

409. Die Gebietsabreden wurden zu dieser Zeit auch noch tatsächlich gelebt, wie sich aus einer Aktennotiz der Hofstetter vom 16. April 1996 entnehmen lässt. Die Notiz enthält «*Überlegungen zum Vorschlag „Bern Beton“*». ⁴¹⁵ Aus der Notiz ergibt sich, dass die «*Interessenslage [...] für alle drei gleich*» sei. Alle hätten «*grosses Interesse*» daran, dass «*alle drei als mittelständische Betriebe erhalten bl[ie]ben*», «*die weitere Zusammenarbeit [sei] erwünscht und möglich*», «*loyales Verhalten untereinander w[e]rd[e] seit langem gelebt*» und es habe ein «*Vertrauensverhältnis [...] aufgebaut werden*» können. «*Die Zusammenarbeit ha[be] Tradition und funktionier[e] gut.*» Das Einzugsgebiet von Bern sei auf längere Sicht gross genug für die drei optimal platzierten Werke Kästli, Worblaufen und Messerli. Wichtig sei, «*dass die Agglomeration Bern vollflächig abgedeckt [sei] und somit für potentielle Konkurrenten wenig Motivation besteh[e], hier einzudringen.*» ⁴¹⁶ Aus Sicht der Hofstetter biete Bern Beton keinen Vorteil. «*Bei schrumpfenden Umsätzen*» gelte «*nur eines: Kosten senken, gegenseitig mithelfen, möglichst das Preisniveau zu halten, den Lieferausgleich herzustellen*» und im Hofstetter Gebiet «*den Marktanteil [zu] halten.*» ⁴¹⁷

410. Aus der genannten Aktennotiz von 1996 geht hervor, dass 1996 eine Tradition der Zusammenarbeit zwischen Kästli, Hofstetter und Messerli bestand. Die Konkurrenten pflegten ein loyales Verhältnis, welches sich in der Tradition äusserte, die Liefergebiete untereinander aufzuteilen und das Preisniveau möglichst hoch zu halten. Aus der Notiz folgt ferner, dass die «*Gebietsaufteilungen*» zwischen den KTB-Mitgliedern im Jahr 1996 noch nachgelebt wurden. Ferner folgt aus dem Bericht des Präsidenten, dass diese Gebietsaufteilung auch noch im Jahr 1997 bestand, andernfalls wäre die Verbandsauflösung aufgrund der kartellrechtlichen Unzulässigkeit dieser Gebietsaufteilung auf Ende 1997 nicht notwendig gewesen.

411. Diese Folgerung stimmt auch mit dem Inhalt des Dokuments mit dem Titel «*Einige Marketing-Überlegungen*» von [Q._____] vom 31. Oktober 1997 überein. Daraus geht hervor, dass die Werke in Hindelbank und Berken die Absatzmenge steigern konnten. Einzig die Beton Worblaufen müsse voraussichtlich einen «*einschneidenden Rückgang*» verzeichnen. Für diesem Rückgang seien die unterdurchschnittliche Bautätigkeit im Liefergebiet, der aufgrund von «*Absprachen starre Markt*», der nicht funktioniere und die grosse Überkapazität vieler

⁴¹⁴ Act. II.A.2, 2 (Bericht des Präsidenten)

⁴¹⁵ Act. II.B.X.24, Seite 1/3 (22-0440)

⁴¹⁶ Act. II.B.X.24, Seite 1/3 (22-0440)

⁴¹⁷ Act. II.B.X.24, Seite 3/3 (22-0440)

Anbieter ausschlaggebend gewesen.⁴¹⁸ Der Verfasser des Dokuments regt die Erarbeitung eines Marketingkonzepts an.⁴¹⁹

412. Dieses Dokument beweist, dass aus Sicht des Verfassers [Q._____] der Markt im Jahr 1997 aufgrund von «Absprachen» starr war. Diese Aussage ist im Zusammenhang mit der Tatsache zu lesen, dass der KTB-Verband nach eigenen Angaben mit «gemeinsamen Preislisten und Gebietsaufteilungen» am Markt auftrat. Vor diesem Hintergrund ist bewiesen, dass es am Markt nach wie vor Absprachen über die Gebietsaufteilung, und zwar auch noch zum Zeitpunkt als das Dokument verfasst wurde, also am 31. Oktober 1997, gab. Im Zusammenhang mit den oben genannten Beweismitteln ist von der inhaltlichen Richtigkeit dieser Einschätzung auszugehen.

c. Fortbestand bis ins Jahr 1999

413. Dem Dokument mit dem Namen «Marketing-Konzept» der Hofstetter aus dem Jahr 1998 ist zu entnehmen, dass die Messerli, Kessler, Frischbeton AG Rubigen und die Beton Worblaufen AG mit «abgestimmten Beton- und Fuhrpreisen auftreten, so dass logische Verkaufsgebiete mit minimalen Fuhrdistanzen entstehen. [...] Seit zwei Jahren [würden] firmenübergreifende Gespräche geführt, um eine Strategie für weiter rückläufige Marktentwicklungstendenzen erarbeiten zu können.»⁴²⁰

414. [C._____] sagte zu der besagten Protokollstelle aus, es sei vor allem um «Fuhrpreise» gegangen. Jeder habe für sich eine Karte mit Distanzen zu den einzelnen Kunden bzw. Gebieten erstellt.⁴²¹ Es hätten sich fünf Gebietskreise ergeben, innerhalb derer die Transportkosten einfach zu berechnen gewesen seien.⁴²² Dazu sagte er aus: «Man hat die Radien der fünf Kreise abgestimmt. Daraus ergaben sich die Transportkreise und dann entsprechend die logischen Marktgebiete».⁴²³ Die logischen Marktgebiete hätten sich auch heute nicht verändert.⁴²⁴ Die Parteien seien nicht mit abgestimmten Beton- und Fuhrpreisen aufgetreten. Sie hätten nur «die Grenzen abgestimmt, wo es aus der Natur der Sache heraus noch Sinn macht hinzufahren».⁴²⁵

415. Aus diesem Dokument folgt, dass die Hofstetter, Messerli, Kessler (heute alle Alluvia-Gruppe) und Frischbeton AG Rubigen (Kästli-Gruppe) aus der Sicht des Verfassers mit abgestimmten Beton- und Fuhrpreisen auftraten und daraus auch im Jahr 1998 «logische Verkaufsgebiete» resultierten. Anders ausgedrückt, bewirkte aus der Sicht der Verfasser die Koordination der Preise (dazu vorne B.5.2, Rz 172 ff.) im Jahr 1998 eine Koordination der Verkaufsgebiete. Dementsprechend sagte [C._____] aus, die Parteien hätten die Lieferradien um ihre Werke «abgestimmt», woraus sich die Transportkreise und entsprechend die «logischen Marktgebiete» ergeben hätten. Die Beton- und Fuhrpreise seien nicht abgestimmt gewesen, hingegen seien die Grenzen abgestimmt worden, wohin es sich noch lohne hinzufahren.

416. Aus dem Dokument mit dem Namen «Zusammenarbeit Hofstetter/Messerli/Kästli im Raume Bern» aus dem Jahr 1998 geht hervor, dass die Parteien auf dem Markt für Kies, Sand

⁴¹⁸ Act. II.B.X.40, 3 (22-0440)

⁴¹⁹ Act. II.B.X.40, 4 (22-0440)

⁴²⁰ Act. II.B.X. 53 (22-0440), S. 9

⁴²¹ Act. III.17, Zeilen 437 – 439

⁴²² Act. III.17, Zeilen 440 – 442

⁴²³ Act. III.17, Zeilen 446 f.

⁴²⁴ Act. III.17, Zeilen 442 f.

⁴²⁵ Act. III.17, Zeilen

und Beton im gemeinsam belieferten Gebiet der Region Bern «*geordnete Verhältnisse*» schaffen wollten. Die Parteien vereinbarten die Lieferung von Transportbeton für das Gebiet der Region Bern. Sie setzten Betonkontingente fest,⁴²⁶ indem sie eine anrechenbare Menge Transportbeton festlegten. Die anrechenbare Menge Transportbeton war 42 % für das Werk Oberwangen der Firmen Messerli und Kessler (heute Alluvia-Gruppe), 27 % für das Werk Beton Worblaufen (heute: Alluvia-Gruppe) und 31 % für das Werk der Frischbeton AG Rubigen (Kästli-Gruppe). Das Kontingent wurde durch die zentrale Inkassostelle berechnet.⁴²⁷ Die Vereinbarungspartner waren sich einig, «*dass jedes Werk in seinem Liefergebiet nachhaltig akquiriert*», ferner sollten die «*Werkvertreter [...] sich regelmässig zum Informationsaustausch und zur Absprache der Akquisitionspolitik [treffen]*».⁴²⁸ Die schriftliche Vereinbarung wurde auf den 1. Januar 1999 in Kraft gesetzt. Sie musste bis zum 30. November gekündigt werden, ansonsten blieb sie ein weiteres Jahr in Kraft.⁴²⁹

417. Durch die Zuteilung von Betonkontingenten für Hofstetter/Messerli bzw. Kessler (heute alle Alluvia-Gruppe) und Kästli resultierten genaue Mengen, welche von den Konkurrenten in die Liefergebiete geliefert werden durften. Zudem sollte jedes Werk primär in seinem Liefergebiet «*nachhaltig akquirieren*». Daraus ist ersichtlich, dass die Parteien zu diesem Zeitpunkt immer noch beabsichtigten, ihre Liefergebiete miteinander zu koordinieren.

418. Die Alluvia-Gruppe bestreitet, dass die Abmachung jemals unterzeichnet wurde. Das Dokument sei die Überlegung eines einzelnen Unternehmens.⁴³⁰ Darauf ist Folgendes zu entgegnen: Tatsache ist, dass dieses Dokument anlässlich der Hausdurchsuchungen vom 13. Januar 2015 bei der Alluvia-Gruppe sichergestellt wurde. Ihre Mitarbeiter haben Zeit und Arbeit bzw. Kosten aufgewendet, um dieses Dokument zu erstellen. Hätte keine konkrete Absicht zwischen der damaligen Hofstetter, der Messerli (heute beide Alluvia) und der Kästli bestanden, ihre Liefergebiete zu koordinieren, hätten die Mitarbeiter keinen Auftrag erhalten, den Aufwand für die Erstellung des Dokuments zu leisten. Die Absicht war so weit gediehen, dass ein zur Unterschrift reifes Dokument erstellt worden war. Die Absicht ist auch vor dem Hintergrund zu würdigen, dass die Parteien ihre Liefergebiete bereits zwanzig Jahre zuvor koordiniert hatten. Es handelt sich also nicht um eine neue Idee. Zudem ist das Dokument im Gesamtkontext mit den übrigen Beweismitteln, welche bis ins Jahr 2013 reichen, zu lesen. Es kann daher ausgeschlossen werden, dass eine Partei den Inhalt dieses Dokumentes einseitig und ohne jegliche Rücksprache mit den Vertragsparteien festgelegt hat. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Inhalt gemeinsam festgelegt wurde und ein klarer Vertragsabschlusswille bestand. Die Tatsache, dass es firmenübergreifende Gespräche gab, um gegen die rückläufigen Marktentwicklungstendenzen anzukämpfen, bestreitet die Alluvia-Gruppe denn auch nicht.⁴³¹ Das Dokument beweist also zumindest, dass Kontakte zwischen den Parteien bestanden und sie die Absicht hegten, ihre Liefergebiete weiterhin, also auch noch im Jahr 1999 und länger, zu koordinieren. Das Dokument ist im Zusammenhang mit den

⁴²⁶ Sie setzten Betonkontingente fest, indem sie ein anrechenbare Menge Transportbeton festlegten. Diese Menge setzte sich aus der gesamten produzierten Menge gemäss Zähler an der Anlage abzüglich Fehlmischungen, Eigenverbrauch, Leichtbetone, Mauermörtel und Fliessestrich sowie zuzüglich der Anzahl Kubikmeter Kieslieferungen an Baustellenanlagen x 0.86, Act. II.B.X.46 (22-0440).

⁴²⁷ Der Inkassostelle waren die zur Erfüllung der Aufgabe notwendigen Statistiken zur Verfügung zu stellen. Die Kontrolle der anrechenbaren Mengen erfolgte durch die Werkvertreter. Überschritt ein Partner sein Kontingent, bezahlte er für jeden Kubikmeter Mehrlieferung von Transportbeton eine Abgabe von Fr. 5.–. Der durch die «Überlieferer» eingebrachte Betrag musste er den «Unterlieferer» ausbezahlen. Der Betrag war innert 30 Tagen nach Rechnungsstellung zu begleichen, Act. II.B.X.46 (22-0440).

⁴²⁸ Act. II.B.X.46 (22-0440)

⁴²⁹ Act. II.B.X.46 (22-0440)

⁴³⁰ Act. VI.30, Rz 125

⁴³¹ Act. VI.30, Rz 125

nachfolgenden Beweismitteln geeignet zu beweisen, dass die Gebietskoordination auch noch über das Jahr 1997 hinaus im Jahr 1999 fort dauerte.

419. Die K.+U. Hofstetter entschied sich gemäss dem Dokument «*Marketing-Strategie*» vom 6. Juli 1999, «für alle Gebiete (BW, BH, BB)⁴³² die Strategie 1 anzuwenden.»⁴³³ Gemäss dieser Strategie 1 sollte im Gebiet Bern und Umgebung, «die in den letzten Jahren gewachsenen Liefergebiete [...] nicht verändert [werden], weil die Mitbewerber weiterhin in der bisherigen Form akzeptiert w[u]rden. Auf eine Vorwärtsstrategie in Form von Marktanteilsgewinnen durch eine konsequente Marktbearbeitung unter Einsatz von höheren Rabatten w[u]rd[e] bewusst verzichtet. Am vorhandenen Mengenrabattsystem w[u]rd[e] festgehalten und man [war] bestrebt, die aktuellen Marktanteile und das vorhandene Preisniveau zu halten.»⁴³⁴

420. Daraus ist ersichtlich, dass Hofstetter die «*gewachsenen Liefergebiete*» nicht verändern wollte. Die Konkurrenten und deren Liefergebiete wurden in ihrer bisherigen Form akzeptiert. Zudem verzichtete die Hofstetter darauf, eine «*Vorwärtsstrategie in Form von Marktanteilsgewinnen durch eine konsequente Marktbearbeitung unter Einsatz von höheren Rabatten*» zu verfolgen. Mit anderen Worten verzichtete die Hofstetter darauf, die Messerli und die Kästli in ihren Liefergebieten zu konkurrieren. Vielmehr sollte das vorhandene Mengenrabattsystem – u.a. die gemeinsamen KTB-Mengenrabatte – beibehalten werden. Dies beweist die zumindest stillschweigende Übereinkunft zwischen den Parteien, die gegenseitigen Liefergebiete zu akzeptieren. Die Strategie von Hofstetter machte nämlich nur Sinn, wenn sie davon ausgehen konnte, dass ihre Konkurrentinnen Messerli und Kästli ebenso agieren würden. Andernfalls wäre ihre Strategie sinnlos. Denn diesfalls würde sie sich zugunsten ihrer Konkurrenten einseitig dem Risiko von erhöhten Marktanteileinbussen aussetzen. Das wiederum widerspricht ihrem Ziel «*die aktuellen Marktanteile und das vorhandene Preisniveau zu halten*». Es ist daher erwiesen, dass Hofstetter nicht in die Liefergebiete der Konkurrenten eindringen wollte, um diese zu konkurrieren. Sie ging davon aus, dass sich ihre Konkurrentinnen gleich verhalten würden. Dieser wird durch die Tatsache bestätigt, dass die Kästli, die Hofstetter und die Messerli 1999 eine Zusammenarbeit beabsichtigten, mit welchem im gemeinsam belieferten Gebiet im Raum Bern geordnete Verhältnisse geschaffen werden sollten und jedem Unternehmen Betonkontingente in diesem Gebiet zugeteilt werden sollten. Aufgrund dieser Beweismittel zeigt sich, dass die Verfahrensparteien sich immer noch an die Aufteilung der Liefergebiete hielten, wie dies die Alluvia- und die Kästli-Gruppe 1976 vereinbart hatten. Die Gebietskoordination zwischen den KTB-Mitgliedern bestand folglich auch noch im Jahr 1999.

421. Dieses Beweisergebnis stimmt im Übrigen auch mit dem Inhalt einer PowerPoint-Präsentation einer Kadenschulung vom September 1999 der K.+U. Hofstetter AG überein. Daraus geht hervor, dass der Betonmarkt im Gebiet Stadt Bern und Umgebung «*klar gewachsene und breit akzeptierte Liefergebiete*» aufweise.⁴³⁵

422. Insgesamt ist also erwiesen, dass die Verfahrensparteien auch im Jahr 1999 ihre Liefergebiete untereinander koordinierten, indem sie zumindest beabsichtigten gegenseitige Betonlieferkontingente festzulegen. Insbesondere verzichteten sie darauf, sich gegenseitig zu konkurrieren, indem sie nicht in ihre gegenseitigen Liefergebiete eindrangen und keine höheren Rabatte setzten. Die vollständige Dauer der Vereinbarung ist aus dem Gesamtkontext der übrigen vorliegenden Beweise zu ermitteln.

⁴³² Betonwerk Worblaufen (BW), Betonwerk Hindelbank (BH), Betonwerk Betlehem (BB).

⁴³³ Act. II.B.X.62, 27 (22-0440)

⁴³⁴ Act. II.B.X.62, 11 (22-0440)

⁴³⁵ Act. II.B.X.63 (22-0440), Slide 3

d. Fortbestand bis 2003

423. Das Beratungsunternehmen Novo Business Consultants verfasste einen «*Kurzbeschreibung der kiesrelevanten Tätigkeiten der Aktionäre der KAGA*». Der Kurzbeschreibung datiert vom 21. April 2002 und hält unter dem Titel «*Konkurrenzsituation*» fest, dass in Bern eine «*Marktaufteilung*» zwischen der Messerli, Hofstetter (beide Alluvia-Gruppe) und Kästli bestehe.⁴³⁶ Dazu meinte [N._____] in seiner Einvernahme, es habe keine Marktaufteilung gegeben. Er könne sich nicht erklären, wie jemand so einen Bericht schreiben könne.⁴³⁷

424. Der Wortlaut des Kurzbeschriebs der Novo Business Consultants ist klar. Er spricht von einer «*Marktaufteilung*». Der dazu befragte [N._____] konnte den Wortlaut nicht erklären. Er streitet aber ab, dass eine Marktaufteilung bestand. Das Bestreiten von [N._____] beweist einmal, dass das Wort «*Marktaufteilung*» auch in der juristischen Laiensphäre aus sich selbst heraus verständlich ist, andernfalls hätte [N._____] die Existenz einer Marktaufteilung nicht abgestritten. Es kann daher ausgeschlossen werden, dass die auf Unternehmensberatung spezialisierte Novo Business Consultants⁴³⁸ dieses Wort zufällig gewählt hat.

425. Die subjektive Behauptung von [N._____] , der als Parteivertreter weder zur Aussage noch zur wahrheitsgemässen Aussage verpflichtet ist, steht einem objektiven Beweismittel gegenüber. Die Bestreitung von [N._____] ist nicht glaubwürdig. Einmal handelte die Novo Business Consultants im Auftrag der KAGA, deren Mitglieder neben der K.+U. Hofstetter AG, auch die Messerli Kieswerk AG und die Kästli Bau AG waren.⁴³⁹ Zweitens arbeiteten Verwaltungsratsmitglieder der Alluvia-Gruppe bei der Novo Business Consultants und wurden auch noch in den Jahren 2013 und 2014 über Businesspläne und Strategien informiert.⁴⁴⁰

426. Beide Umstände sprechen dafür, dass die Novo Business Consultants solide Arbeit leistete und die Alluvia-Gruppe in die Qualität deren Mitarbeiter vertraute. Auch dies spricht dagegen, dass der Wortlaut des Kurzberichtes nicht zutrifft. Schliesslich ist der Inhalt des Kurzberichtes im Zusammenhang mit den bereits erwähnten Beweismitteln, welche die Marktaufteilung zwischen Hofstetter, Messerli und Kästli beweisen, und den nachfolgenden Beweismitteln zu lesen.

427. Aus einem Protokoll der Abteilung A der Hofstetter vom 15. September 2003 geht hervor, dass «*Offertanfragen für 4 Objekte*» bestanden. «*[A._____] von der Fa. Messerli AG w[o]ll[e] keine Liefergemeinschaft, da die Objekte aus seiner Sicht im Liefergebiet der Fa. Messerli AG l[ä]gen*». Sie wünscht auch keine «*Akquisitionsunterstützung*» durch die Hofstetter. Für «*die Objekte Sulgenrain und Perronverlängerung*» würde sich die Hofstetter «*nach wie vor bemühen*».⁴⁴¹

428. Aus diesem Protokoll der Hofstetter ist ersichtlich, dass sie sich mit ihrer Konkurrentin Messerli unterhalten hat und diese in ihrem eigenen Liefergebiet weder eine Liefergemeinschaft noch eine Akquisitionsunterstützung durch die Hofstetter wünscht. Mit anderen Worten wollte die Messerli allein in ihrem Liefergebiet handeln. Aus dem Zusatz, dass sich die Hofstetter für die beiden Objekte «*Sulgenrain und Perronverlängerung*» nach wie vor bemühen werde, zeigt sich, dass sie mit Bezug auf die beiden anderen Projekte das «*Liefergebiet der Fa. Messerli AG*» respektierte. Damit ist erwiesen, dass sich die Hofstetter und die Messerli auch noch im Jahr 2003 an die Koordination der Liefergebiete hielten und nach wie vor definierte Liefergebiete bestanden.

⁴³⁶ Act.III.17, Beilage 2 (22-0440)

⁴³⁷ Act. III.29, Zeilen 206 ff. (22-0440)

⁴³⁸ <<https://www.novo-bc.ch/unternehmen/wer-wir-sind>> (4.5.2018)

⁴³⁹ Act. II.B.X.107 (22-0440), 8/12; Act. II.B.X.258, 4, Punkt 9

⁴⁴⁰ Act. II.B.X.392 (22-0440), 1; Act. II.B.X.433 (22-0440)

⁴⁴¹ Act. II.B.X.151 (22-0440), S. 2/6

e. Fortbestand bis 2009

Vereinbarungen über die Zusammenarbeit

429. Drei Dokumente aus den Jahren 2003, 2005 und 2006 mit dem Titel «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen Lehmann Transport AG und K.+U. Hofstetter AG*» enthalten in Ziffer 1 zwei Abschnitte:

- Zum einen sollte die Lehmann Transport AG «*keine Kunden innerhalb der definierten Gebietsgrenzen der K.+U. Hofstetter AG mit gewaschenen Sand- und Kieskomponenten sowie Splitt von Dritten*» beliefern.
- Zum andern verpflichtete sich die Lehmann Transport AG, «*in der Regel keine Baustellen im Liefergebiet der KTB-Werke mit Sand-, Kies- oder Splitt-Komponenten ab einem Werk der K.+U. Hofstetter AG (siehe Plan)*» zu beliefern.⁴⁴²

430. Den Behörden liegen ferner drei Dokumente mit dem Titel «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG sowie den Werken der K.+U. Hofstetter und der Messerli Kieswerk AG*» aus den Jahren 2007, 2008 und 2009 vor. Die Ziffer 1 der Vereinbarung enthält wiederum zwei Abschnitte:

- Zum einen sollte die Lehmann Transport AG «*keine Kunden innerhalb der definierten Gebietsgrenzen der K.+U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG mit gewaschenen Sand- und Kieskomponenten sowie Splitt von Dritten*» beliefern.
- Zum andern verpflichtete sich die Lehmann Transport AG, «*in der Regel keine Baustellen im Einzugsgebiet des Kieswerkes Rubigen mit Sand-, Kies- oder Splitt-Komponenten ab einem Werk der K.+U. Hofstetter AG resp. Messerli Kieswerk AG (siehe Plan)*» zu beliefern.⁴⁴³

431. Zum ersten Abschnitt von Ziffer 1 in der Version aus dem Jahr 2009 sagte [R._____] aus, der Abschnitt sei falsch ausgedrückt und die Lehmann habe dem Abschnitt keine Beachtung geschenkt. Die Lehmann hätte das ganze Gebiet mit den genannten Baumaterialien beliefert. Diese Aussage ist im Folgenden vorab zu würdigen, bevor der Inhalt der Vereinbarung analysiert werden kann.

Zur Bestreitung der Richtigkeit des Inhalts von Ziffer 1 Abschnitt 1 der Vereinbarung

432. Die Vorbringen von [R._____] sind nicht glaubwürdig. Aus seinen Aussagen ergeben sich zahlreiche Unstimmigkeiten:

- Den Wettbewerbsbehörden liegen verschiedene Versionen der Vereinbarung vor. In einem Dokument aus dem Jahr 2007 ist handschriftlich zu Ziffer 1 hinzugefügt «*Vorschlag für [R._____]» «erl. Mk 11.6.07» sowie «gültig ab Juni 07»*. Dies beweist, dass das Dokument ausdrücklich für [R._____] angepasst wurde. Diese Tatsache spricht dagegen, dass die Ziffer 1 falsch formuliert war.
- Der Wortlaut der Ziffer 1 der Vereinbarung änderte im Zeitraum zwischen 2003 bis 2009 drei Mal.

Der Abschnitt 1 der Ziffer 1 lautete zwischen 2003 bis 2008 identisch und änderte nicht. Im Jahr 2009 wurde die Passage um die fett gedruckte Passage erweitert: «*Die Lehmann Transport AG beliefert keine Kunden innerhalb der definierten Gebietsgrenzen der K.+U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG mit gewaschenen Sand- und Kieskomponenten sowie Splitt von Dritten*». Da ab 2007 auch die Messerli Kieswerk

⁴⁴² Act. II.B.X.167 (22-0440)

⁴⁴³ Act. II.B.X.167 (22-0440)

AG Teil der Vereinbarung war, ist davon auszugehen, dass die Vereinbarungsparteien im Jahr 2009 ein redaktionelles Versehen in der Vereinbarung aufhoben und die fett gedruckte Passage hinzufügten. Die Aussage von [R.____], der Abschnitt sei falsch ausgedrückt, ist folglich insofern richtig, als dass der Abschnitt 1 der Ziffer 1 zwischen 2007 und 2008 unvollständig war. Im Gegensatz zu seiner Aussage wurde jedoch der Zusatz *«und Messerli Kieswerk AG»* im Jahr 2009 neu hinzugefügt. Dies zeigt, dass die Vertragsparteien dieser Ziffer entgegen der Aussage von [R.____] gerade Beachtung schenkten, andernfalls wäre dieser Abschnitt nicht angepasst worden.

Dieser Schluss wird durch den folgenden Umstand bestätigt. Im Jahr 2007 änderten die Vereinbarungsparteien Ziffer 1 Abschnitt 2. Die nachfolgend fett abgedruckten Passagen unterscheiden sich:

Die Version bis 2006 lautete:

*Die Lehmann Transport AG beliefert in der Regel keine Baustellen im **Liefergebiet der KTB-Werke** mit Sand-, Kies- oder Splitt-Komponenten ab einem Werk der K.+U. Hofstetter AG (siehe Plan).*

Ausnahme: K.+U. Hofstetter AG

Die Version ab 2007 lautete:

*«Die Lehmann Transport AG beliefert in der Regel keine Baustellen im **Einzugsgebiet des Kieswerkes Rubigen** mit Sand-, Kies- oder Splitt-Komponenten ab einem Werk der K.+U. Hofstetter AG resp. **Messerli Kieswerk AG** (siehe Plan)».*

Daraus ist ersichtlich, dass die Vereinbarungsparteien die Ziffer 1 genau betrachteten und anpassten. Die Aussage, die Ziffer 1 der Vereinbarung sei aus Versehen falsch formuliert, wie dies der Aussagende insinuiert, ist daher unglaubwürdig. Es ist daher davon auszugehen, dass die Passage so von den Parteien vereinbart wurde, wie sie schriftlich festgehalten wurde.

In der Folge ist nun der Inhalt der Ziffer 1 einer Würdigung zu unterziehen.

Zum Inhalt von Ziffer 1 der Vereinbarung in der Version ab 2007

433. Gemäss Ziffer 1 Abschnitt 1 der Vereinbarungen beliefert die Lehmann Transport AG *«keine Kunden innerhalb der Liefergebiete K.+ U. Hofstetter AG [ab 2007: und Messerli Kieswerk AG] mit gewaschenen Sand- und Kieskomponenten sowie Splitt von Dritten».*

434. Ziffer 1 Abschnitt 1 der Vereinbarung ist vor dem folgenden Hintergrund zu sehen: Die Lehmann Transport AG transportiert selbst keine Baumaterialien, sondern organisiert den Transport dieser Materialien durch Drittunternehmen. Die Lehmann Transport AG war zum Zeitpunkt der Vereinbarung ein von Hofstetter und Messerli unabhängiges Unternehmen. Ziffer 1 Abschnitt 1 der Vereinbarung verbot der Lehmann, Transporte zu organisieren, mit denen Baumaterialien dritter Konkurrenten in das Liefergebiet der Messerli und der Hofstetter geliefert wurden. Die Abrede zeigt, dass die Grundidee der schriftlichen Gebietsabrede von 1976 bestehen bleibt. Die Gebiete der Messerli und Hofstetter sollten vor auswärtiger Konkurrenz geschützt werden.

435. Ziffer 1 Abschnitt 2 in ihren verschiedenen Fassungen ist folgendermassen zu verstehen:

Version bis 2006

*Die Lehmann Transport AG beliefert in der Regel keine Baustellen im **Liefergebiet der KTB-Werke** mit Sand-, Kies- oder Splitt-Komponenten ab einem Werk der K.+U. Hofstetter AG (siehe Plan).*

436. In dieser Zeitspanne waren die Lehmann, die Hofstetter, die Messerli und die Kästli vier unabhängige Unternehmen. Der Umstand, dass die Lehmann keine Hofstetter-Produkte ins Liefergebiet der KTB-Werke liefern durfte, bedeutet folglich zweierlei:

- Die Lehmann durfte keine Hofstetter-Produkte ins Liefergebiet der Messerli und der Kästli liefern. Kästli und Messerli waren gemäss dieser Abmachung von der Konkurrenz durch die Hofstetter geschützt.
- Hätten die Messerli und die Kästli sich nicht auch an ihre Liefergebiete gehalten, hätte die Hofstetter keine solche Abmachung mit einem Transportunternehmen zugunsten ihrer Konkurrenten abgeschlossen. Das bedeutet, dass die Gebietsabrede von 1976 zwischen der Hofstetter, der Messerli und der Kästli auch noch bis ins Jahr 2006 weiterbestand.
- Die Lehmann durfte keine Hofstetter-Produkte ins Liefergebiet der Hofstetter liefern, sofern sie dies nicht im Auftrag der Hofstetter selbst tat. Diese Vereinbarung machte aus der Sicht der Hofstetter dann Sinn, wenn ein Drittunternehmen Materialien bei Hofstetter einkaufte und das Eigentum am Material auf das Drittunternehmen übergang. In dieser Konstellation konnte das Drittunternehmen die Hofstetter mit ihrem eigenen Material in ihrem Liefergebiet konkurrieren.

Version ab 2007

*«Die Lehmann Transport AG beliefert in der Regel keine Baustellen im **Einzugsgebiet des Kieswerkes Rubigen** mit Sand-, Kies- oder Splitt-Komponenten ab einem Werk der K.+U. Hofstetter AG resp. Messerli Kieswerk AG (siehe Plan)».*

437. In dieser Zeitspanne hatten sich die Hofstetter und Messerli bereits abgeschlossen und traten folglich nicht mehr als Konkurrenten am Markt auf. Im Gegensatz zur Zeitspanne bis 2006 bestanden also nur noch drei voneinander unabhängige Unternehmen: die Lehmann, die Kästli und die Hofstetter/Messerli. Der Umstand, dass die Lehmann keine Hofstetter/Messerli-Kieswerk-Produkte ins Liefergebiet des Kieswerkes Rubigen (Kästli) liefern durfte, bedeutet Folgendes:

- Die Lehmann durfte keine Hofstetter-/Messerli-Produkte ins Liefergebiet der Kästli liefern, um Kästli vor der Konkurrenz durch die Hofstetter-/Messerli-Produkte zu schützen.
- Hätte die Kästli sich nicht auch an ihre Liefergebiete gehalten, hätten Hofstetter/Messerli keine solche Abmachung mit einem Transportunternehmen zugunsten ihrer Konkurrentin abgeschlossen. Das bedeutet, dass die Gebietsabrede von 1976 zwischen der Hofstetter, der Messerli und der Kästli auch noch bis in Jahr 2009 weiterbestand.

438. Aufgrund der Vereinbarungen zwischen 2003 bis 2009 ist bewiesen, dass der übereinstimmende wirkliche Wille zwischen der heutigen Hofstetter, Messerli (heute beide Alluvia-Gruppe) und der Kästli, nicht in die gegenseitigen Liefergebiete einzudringen und einander in den Liefergebieten der Werke nicht zu konkurrieren (vgl. oben die Vereinbarung von 1976, Rz 401 ff.), bis ins Jahr 2009 bestand. Die Vereinbarung betrifft primär Kies. Da jedoch die Preise für Kies- und Betonprodukte einschliesslich Transporte jeweils gemeinsam verhandelt wurden, ist davon auszugehen, dass die Vereinbarung auch Betonprodukte betraf.

f. Fortbestand bis 2011/2013

439. Aus einem Dokument namens «*Marketing-Strategie*» vom 6. Juli 1999 geht hervor, dass die Marketinggruppe der Hofstetter einen «*Strategieentscheid*» fällte. Sie entschied sich

«für alle Gebiete (BW, BH, BB) die Strategie 1 anzuwenden.»⁴⁴⁴ Gemäss dieser Strategie 1 sollte im Gebiet Bern und Umgebung die in den letzten Jahren gewachsenen Liefergebiete nicht verändert werden, «weil die Mitbewerber weiterhin in der bisherigen Form akzeptiert w[ur]den. Auf eine Vorwärtsstrategie in Form von Marktanteilsgewinnen durch eine konsequente Marktbearbeitung unter Einsatz von höheren Rabatten w[ur]d[e] bewusst verzichtet. Am vorhandenen Mengenrabattsystem w[ur]d[e] festgehalten und man [war] bestrebt, die aktuellen Marktanteile und das vorhandene Preisniveau zu halten.»⁴⁴⁵

440. Dieses Dokument existiert auch in einer Version vom 6. September 2010.⁴⁴⁶ Die genannte Textstelle aus dem Dokument vom 6. Juli 1999 war auch im Dokument vom 6. September 2010 unverändert enthalten.⁴⁴⁷ Das Dokument aus dem Jahr 1999 unterscheidet sich vom Dokument aus dem Jahr 2010. Auf der Titelseite des Dokuments aus dem Jahr 2010 wurden die Namen der Marketinggruppe aktualisiert, ferner unterscheiden sich die auf den Titelseiten abgedruckten Bilder. Schliesslich unterscheidet sich das Layout des Inhaltsverzeichnis und in der neueren Version wurde ein «Anhang 1 Pflichtenhefte MB und ML» beigefügt.⁴⁴⁸

441. Zugleich wurde das Dokument «Marketing-Konzept» vom 29. Oktober 1998⁴⁴⁹ in gleicher Weise wie das Dokument «Marketing-Strategie» angepasst und eine Version vom 7. September 2010 erstellt. Das Dokument «Marketing-Konzept» aus dem Jahr 1998 unterscheidet sich vom Dokument aus dem Jahr 2010. Auf der Titelseite des Dokuments aus dem Jahr 2010 wurden die Namen der Marketinggruppe aktualisiert, ferner unterscheiden sich die auf den Titelseiten abgedruckten Bilder. Schliesslich unterscheidet sich das Layout des Inhaltsverzeichnis.⁴⁵⁰

442. Es ist folglich bewiesen, dass die Dokumente «Marketing-Strategie» und «Marketing-Konzept» bearbeitet und aktualisiert wurden und zwar am 6. bzw. 7. September 2010. Die Aktualisierung dieser Dokumente zeigt, dass die Marketinggruppe diese Dokumente als taugliches Arbeitsinstrument betrachtete und zudem deren Inhalt erneut diskutiert wurde. Andernfalls wären die Dokumente nicht bearbeitet und aktualisiert worden. Der Diskussionsinhalt lässt sich nicht herleiten. Allerdings kann aus der Wiederverwendung der Dokumente geschlossen werden, dass der Inhalt der Dokumente auch im Jahr 2010 für die Alluvia-Gruppe noch relevant war. Dies ist ein Indiz dafür, dass die Gebietsabreden auch noch im Jahr 2010 bestanden.

443. Aus zwei Dokumenten mit dem Titel «Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG sowie den Werken der K.+U. Hofstetter AG und der Messerli Kieswerk AG» aus den Jahren 2011 und 2013/14, geht Folgendes hervor:

- Aufgrund der Beteiligung der K.+U. Hofstetter AG und der Messerli Kieswerk AG [heute Alluvia-Gruppe] an der Lehmann Transport AG «[soll] ein Kunde zukünftig nur noch eine einzige Offerte aus dem Kreis dieser Firmen erhalten [...]»
- Die Lehmann Transporte AG soll generell alle Kunden/Baustellen «innerhalb der Liefergebiete der Firmen K.+U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG mit sämtlichen

⁴⁴⁴ Act. II.B.X.62 (22-0440), S. 27

⁴⁴⁵ Act. II.B.X.62 (22-0440), S. 12

⁴⁴⁶ Act. II.B.X.286 (22-0440)

⁴⁴⁷ Act. II.B.X.286 (22-0440), 12

⁴⁴⁸ Act. II.B.X.286 (22-0440), 1 f.; Act. II.B.X.62 (22-0440), 1 f.

⁴⁴⁹ Act. II.B.X.52

⁴⁵⁰ Act. II.B.X.287

Sand- und Kieskomponenten, Kiesgemischen, Splitt und Schotter» beliefern. Ausgenommen von der Belieferung seien «*spezielle Baustellen, insbesondere Baustellen-Betonanlagen, wobei diese frühzeitig zu besprechen und zu begründen*» seien.⁴⁵¹

444. Aus dieser Regelung gehen zwei zentrale Aussagen hervor:

- Erstens gab es nur noch gemeinsame Offerten der Vereinbarungspartner.
- Zweitens belieferte Lehmann alle Kunden/Baustellen der Hofstetter und Messerli.

Anders ausgedrückt, sollte die Lehmann keine eigenständige Offerte in ein Liefergebiet ausserhalb des Liefergebiets von Hofstetter und Messerli machen. Dies gab Hofstetter und Messerli die Möglichkeit, Lieferungen in das Kästli-Gebiet zu unterbinden.

445. Dies ist ein weiterer Indizienbeweis dafür, dass der Konsens über die Koordination der Liefergebiete zwischen der Alluvia- und der Kästli-Gruppe auch noch bis ins Jahr 2013 bestand. Dieser Befund kann nicht losgelöst vom Beweis betrachtet werden, dass die Verfahrensparteien mit dem gemeinsamen Mengenrabatt insbesondere bezweckten, sich bei der Gewährung von Mengenrabatten für Betonbezüge nicht zu konkurrieren sowie ihre Liefergebiete zu koordinieren. Sie bezweckten damit, Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) zu verhindern oder zumindest zu reduzieren. Ferner ist die Datenanalyse des Sekretariats zu beachten (dazu hinten Rz 489 ff.).

(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen

Stellungnahmen

446. Die Alluvia-Gruppe bestreitet die Beweiswürdigung der Wettbewerbsbehörden generell. Im Wesentlichen bringt sie vor, der Kästli seien die zitierten internen Dokumente der Alluvia-Gruppe nicht bekannt gewesen. Zudem seien die Dokumente nicht von Kästli verfasst worden.⁴⁵² Sie bestreitet v.a. die Einschlägigkeit der Aktenstücke «*Überlegungen zum Vorschlag <Bern Beton>*»⁴⁵³ und «*Einige Marketing-Überlegungen*» von [Q._____] vom 31. Oktober 1997.⁴⁵⁴ Die Kästli-Gruppe räumt ein, dass der Kies- und Betonmarkt bis zur Auflösung des KTB-Verbandes im Jahr 1997 «kartelliert» gewesen sei. Sie bestreitet hingegen, dass nach 1997 bis 2013 «weiterhin den übereinstimmenden wirklichen Willen gehabt hätten, alle Kunden für Beton, Sand und Kies, welche in seinem Absatzgebiet Bauten errichteten ausschliesslich zu beliefern und Offerten und Lieferungen für Beton, Sand und Kies, auf das ihnen zugeteilte Liefergebiet zu beschränken».⁴⁵⁵ Die Dokumente «*Marketing-Konzept*» der Hofstetter aus dem Jahr 1998, «*Zusammenarbeit Hofstetter/Messerli/Kästli im Raum Bern*» aus dem Jahr 1998, «*Marketing Strategie*» der Hofstetter aus dem Jahr 1999 und die «*PowerPoint-Präsentation*» der Hofstetter aus dem Jahr 1999 seien interne Dokumente, welche Kästli nicht bekannt seien.⁴⁵⁶ Es handle sich dem Anschein nach um Dokumente zum Projekt «*Bern Beton*», welches nicht umgesetzt worden sei. Damit könne keine gewollte Koordination bewiesen werden. Das Sekretariat qualifiziere einseitige Behauptungen als Abmachung.⁴⁵⁷ Zudem zeige das Dokument von «*Novo Business Consult*» keine Marktaufteilung zwischen Alluvia und Kästli.⁴⁵⁸ Der Kästli-Gruppe seien weder die Existenz

⁴⁵¹ Act. II.B.X.357 (22-0440)

⁴⁵² Act. VI.30, Rz 117

⁴⁵³ Act. II.B.X.24 (22-0440)

⁴⁵⁴ Act. II.B.X.40 (22-0440)

⁴⁵⁵ Act. VI.29, Rz 311 f.

⁴⁵⁶ Act. VI.29, Rz 315 f.

⁴⁵⁷ Act. VI.29, Rz 318 f.

⁴⁵⁸ Act. VI.29, Rz 321

noch der Inhalt der Dokumente aus dem Jahren 2003 bis 2006, welche die Alluvia und die Lehmann Transport AG betreffen, bekannt. Daraus könne keine Koordination der Parteien abgeleitet werden. Auch seien ihr der Inhalt der Dokumente, welche die Weiterführung der Liefergebietskoordination bis ins Jahr 2013 darlegen sollten, nicht bekannt, sie könne dazu keine Stellung nehmen.⁴⁵⁹

447. Gemäss Alluvia-Gruppe ist im Jahr 1998 der Sachplan ADT erlassen worden. Dabei sei es um die Optimierung der Strassentransporte gegangen. Es sei sachgerecht, wenn die Untersuchungsadressaten dem Konzept des Sachplans entsprochen hätten.⁴⁶⁰ Die Lehmann Transport AG habe die Versorgung im Raum Bern-Nord durch Hofstetter und der Messerli im Raum Bern-West/Süd durch Messerli überlassen, um das «Mengengefüge, d.h. Abbau zwecks Versorgung mit Rohstoff und Deponieplatz, innerhalb der jeweiligen Teilräume nicht aus dem Gleichgewicht zu bringen».⁴⁶¹

448. Schliesslich könnten der Hofstetter aufgrund ihrer Strategie, welche sich aus dem Dokument «*Marketing-Strategie der Hofstetter 1998*» ergebe, kein kartellrechtlich relevanter Vorwurf gemacht werden, selbst wenn Hofstetter damit gerechnet habe, dass Messerli und Kästli sich ebenso verhalten würden wie sie.⁴⁶²

Würdigung

449. Vorab sei daran erinnert, dass die Wettbewerbsbehörden verpflichtet und berechtigt sind, den Grundsatz der freien Beweiswürdigung⁴⁶³ zu beachten. Sie entscheiden daher nach ihrer freien Überzeugung, ob ein Beweis erbracht wurde oder nicht. Die Behörde ist an keine starren Beweisregeln gebunden, welche ihr vorschreibt, wie ein gültiger Beweis zustande kommt und welchen Beweiswert die einzelnen Beweismittel im Verhältnis zueinander haben.⁴⁶⁴ Die Behörden würden gegen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung verstossen, wenn sie bestimmten Beweismitteln in allgemeiner Weise die Beweiseignung absprechen würde⁴⁶⁵, wie dies die Parteien mit Bezug auf nicht von ihnen selbst erstellte oder ihnen nicht bekannte Dokumente tun.

450. Der Beweiswert der Aktenstücke «*Überlegungen zum Vorschlag <Bern Beton>*» und «*Einige Marketing-Überlegungen*», «*Zusammenarbeit Hofstetter/Messerli/Kästli im Raum Bern*», «*Marketing-Konzept*», «*Marketing Strategie*», die «*PowerPoint-Präsentation*» der Hofstetter aus dem Jahr 1999 und «*Novo Business Consult*» hängt nicht davon ab, ob die Kästli- oder die Alluvia-Gruppe den Inhalt eines dieser Dokumente kennt oder kannte. Relevant ist einzig der Beweiswert der Dokumente. Für deren Beweiswert spielt es keine Rolle, ob die jeweils andere Partei die Dokumente erstellt hat. Relevant ist einzig, die Überzeugungskraft der jeweiligen Beweismittel. Fest steht, dass alle diese Dokumente unabhängig von der vorliegenden Untersuchung zeitnah am jeweiligen Geschehen von Autoren erstellt wurden, welche mit den Marktverhältnissen vertraut waren. Die Dokumente können daher ohne weiteres herangezogen werden, um eine Gebietskoordination darzulegen. Zudem werden die Beweisergebnisse durch die ökonomische Analyse bestätigt (dazu hinten B.5.4.3.4, Rz 489 ff.).

451. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Wettbewerbsbehörden zwar der Übersichtlichkeit halber die Fortdauer der Gebietskoordination in Zeitabschnitte unterteilt haben. Zum Beweis der Fortdauer der Gebietskoordination, deren Existenz von 1976 bis 1997

⁴⁵⁹ Act. VI.29, Rz 323, 326, 328

⁴⁶⁰ Act. VI.30, S. 85

⁴⁶¹ Act. VI.30, Rz 131

⁴⁶² Act. VI.30, Rz 126

⁴⁶³ Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP

⁴⁶⁴ BVGE 2013/34, 549 E.6.2

⁴⁶⁵ BGE 133 I 33, 40 E. 2.5

gar nicht strittig ist, sind aber alle erwähnten Beweismittel zwischen 1997 bis 2013 heranzuziehen und zu würdigen. Das bedeutet beispielsweise, dass auch Dokumente aus den Jahren 2013 den Fortbestand der Gebietskoordination belegen können. Es reicht nicht aus, die Beweiseignung einzelner Dokumente in Abrede zu stellen. Entscheidend ist die Gesamtschau der vorhandenen Beweise.

452. Zu den inhaltlichen Vorbringen der Alluvia-Gruppe sei, soweit die Argumente nicht bereits im Rahmen der obigen Beweiswürdigung berücksichtigt wurden, Folgendes angemerkt: Die Vorbringen zum Sachplan ADT gehen ins Leere. Die Abkommen sahen einen Gebietsschutz vor (dazu vorne Rz 434 ff.). Der Sachplan ADT berechtigt die Parteien nicht zur Gebietskoordination und einer Einschränkung des Wettbewerbs (vgl. dazu hinten C.3, Rz 792 ff.).

453. Was die Strategie der Hofstetter gegenüber ihren Konkurrenten betrifft, so folgt daraus, dass nach wie vor ein stillschweigende Übereinkunft zwischen den Parteien zur Gebietskoordination herrschte (dazu vorne Rz 420).

(v) Beweisergebnis

454. Insgesamt steht somit fest, dass die Einzelfirma Fritz Blaser, die nicht mehr existierende einfache Gesellschaft «*Betonwerk Grosshöchstetten*», die Kieswerk Daepf AG, der Verband der Kies- und Transportbetonwerke Bern (KTB) und seine Mitglieder am 24. Dezember 1976 eine Vereinbarung schlossen. Der KTB-Verband bestand damals aus der heutigen Alluvia-Gruppe (damals K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Kessler Kies AG, Kieswerk AG Oberwangen), der heutigen Kästli-Gruppe (damals Bendicht Kästli & Söhne AG), der heutigen Losinger Marazzi AG (damals Losinger AG, Bern) und den heute nicht mehr existierenden Kieswerk Wichtrach AG und W. und E. Künti. Sie äusserten am 24. Dezember 1976 den übereinstimmenden wirklichen Willen «*alle Kunden für Beton, Sand und Kies, welche in seinem Absatzgebiet Bauten errichten, ausschliesslich zu beliefern*» und «*Offerten und Lieferungen für Beton, Sand und Kies, auf das ihnen zugeteilte Liefergebiet [zu] beschränken.*»

455. Der Fortbestand dieses übereinstimmenden wirklichen Willens zwischen der Alluvia-Gruppe (damals K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Kessler Kies AG, Kieswerk AG Oberwangen) und der Kästli-Gruppe (damals Bendicht Kästli & Söhne AG) lässt sich durch die den Wettbewerbsbehörden vorliegenden Dokumente bis ins Jahr 2013 nachweisen.

B.5.4.2 Verfolger Zweck

(i) Beweisthema

456. An dieser Stelle ist Beweis darüber zu führen, welchen Zweck die Verfahrensbeteiligten mit der Koordination der Liefergebiete tatsächlich verfolgten. Die Behörde stützt sich auf die nachfolgend aufgeführten Beweismittel.

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

457. Den Wettbewerbsbehörden liegen die folgenden Beweisurkunden vor:

- Ein Dokument mit dem Titel «*Vereinbarung*» vom 24. Dezember 1976.⁴⁶⁶

⁴⁶⁶ Act. II.C.X.34 (22-0440)

- Eine Aktennotiz der Hofstetter mit dem Namen «Überlegungen zum Vorschlag „Bern Beton“», welche gemäss Metadaten der elektronischen Datei vom 16. April 1996 stammt.⁴⁶⁷
- Ein Dokument mit dem Titel «Marketing-Konzept» der Hofstetter aus dem Jahr 1998.⁴⁶⁸
- Ein Dokument mit dem Namen «Zusammenarbeit Hofstetter/Messerli/Kästli im Raume Bern» aus dem Jahr 1998, welche auf den 1. Januar 1999 in Kraft gesetzt wurde.⁴⁶⁹
- Ein Dokument namens «Marketing-Strategie» vom 6. Juli 1999 der Marketinggruppe der Hofstetter.⁴⁷⁰
- Drei Dokumente aus den Jahren 2003, 2005 und 2006 mit dem Titel «Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen Lehmann Transport AG und K.+U. Hofstetter AG».⁴⁷¹
- Ein Dokument mit dem Titel «Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG sowie den Werken der K.+U. Hofstetter AG und der Messerli Kieswerk AG» aus den Jahren 2007, 2008 und 2009.⁴⁷²
- Zwei Dokumente mit dem Titel «Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG sowie den Werken der K.+U. Hofstetter AG und der Messerli Kieswerk AG» aus den Jahren 2011 und 2013/14.⁴⁷³

b. Zeugenaussagen

458. [A._____] sagte anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 26. April 2016 aus, dass der KTB-Verband seines «Wissens juristisch korrekt [...] für Preisabreden, Mengenzuteilungen und Gebietsabreden gegründet» worden sei. «Dafür ha[be] man einen Geschäftsführer angestellt, der das professionell durch[ge]führt» habe.⁴⁷⁴

c. Parteiaussagen

459. Am 26. April 2016 wurde [R._____] als [Funktionsbezeichnung] der Lehmann Transport AG zur Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG Bern sowie der K.+U. Hofstetter AG und der Messerli Kieswerk AG 2009 vom 6./7. Mai 2009 befragt. Er gab zu Protokoll, die Vereinbarung sei darin begründet, dass die Messerli-Hofstetter Kieskomponenten nicht selber direkt verkaufe, sondern vor allem für die Betonproduktion benötige. Hofstetter und Messerli hätten ihr Material nicht direkt auf den Baustellen gewünscht, da sie dies für die Betonproduktion selber benötigten. Der Lehmann sei es darum gegangen, Material von der Hofstetter zu nehmen, um Leerfahrten zu vermeiden. Hofstetter habe nicht gewollt, dass die Lehmann das Material in zu Hofstetter nahe gelegene Gebiete verkaufe.⁴⁷⁵

⁴⁶⁷ Act. II.B.X.24 (22-0440)

⁴⁶⁸ Act. II.B.X.287 (22-0440), S. 9

⁴⁶⁹ Act. II.B.X.46 (22-0440)

⁴⁷⁰ Act. II.B.X.286 (22-0440)

⁴⁷¹ Act. II.B.X.167 (22-0440)

⁴⁷² Act. III.23. Beilage 1 (22-0440)

⁴⁷³ Act. II.B.X.357

⁴⁷⁴ Act. III.24, Zeilen 120 ff.

⁴⁷⁵ Act. III.23, Zeilen 112 ff. (22-0440)

d. Schriftliche Antworten auf Fragebogen

460. [A. _____] als ehemaliger Geschäftsleiter der Messerli Kieswerk AG beantwortete schriftlich Fragen, welche das Sekretariat mittels Fragebogen vom 11. November 2015 an ihn gesandt hatte. Auf die Frage, ob die Mitglieder des KTB-Verbandes nach dessen Auflösung Abmachungen über Gebiete gemacht hätten, antwortete er Folgendes: «Die Gebietszuteilung ergab sich fast automatisch durch die Transportzonen, weil der Grundpreis für Kies und Beton ab Werk bei allen Werken fast gleich hoch war.»⁴⁷⁶

(iii) Beweiswürdigung

461. In der Folge ist der Zweck der gemeinsamen Koordinierung der Liefergebiete aus den vorliegenden Beweismitteln zu eruieren und zu würdigen.

Vereinbarung vom 24. Dezember 1976

462. Aus der «Vereinbarung» vom 24. Dezember 1976 ist unter dem Titel «2. Absicht» festgehalten, dass die «Vertragspartner» «willens» seien, «geordnete Verhältnisse auf dem Markt für Kies, Sand und Transportbeton in den gemeinsamen Interessen-Räumen der Region Bern und des Gürbe-, Aare-, Worblen- und Emmentals zu schaffen.»⁴⁷⁷ Aus Punkt 3 der Vereinbarung geht hervor, was die Vertragspartner unter geordneten Marktverhältnissen verstanden. So sollte u.a. jeder Vertragspartner grundsätzlich das Recht erhalten, «alle Kunden für Beton, Sand und Kies, welche in seinem Absatzgebiet Bauten errichten, ausschliesslich zu beliefern.» Dies galt für die vertraglich vereinbarten «Liefergebiete»,⁴⁷⁸ welche die Vertragsparteien auf einer Landkarte einzeichneten. Die Vertragsparteien sollten «Offerten und Lieferungen für Beton, Sand und Kies, auf das ihnen zugeteilte Liefergebiet [...] beschränken.» Lieferungen in «fremde Liefergebiete» waren den Vertragspartner gestattet, sofern sich die betroffenen Vertragspartner einigten. Als Grund für eine Lieferung in ein fremdes Gebiet nannte die Vereinbarung z.B. den Fall, dass das gebietsansässige Unternehmen nicht in der Lage war zu liefern.⁴⁷⁹

463. Daraus geht ohne Zweifel hervor, dass die Vertragsparteien ihre Liefergebiete vor den Wettbewerbern schützen wollten und vorbehältlich anderslautender Vereinbarung im Einzelfall die exklusive Belieferung ihres Gebiets übernahmen. Dadurch beabsichtigten die Vertragspartner, den Konkurrenzkampf untereinander auszuschliessen.

Aktennotiz 1996

464. Aus der Aktennotiz zu Bern Beton der Hofstetter vom 16. April 1996 geht hervor, dass die «Interessenslage [...] für alle drei gleich» sei. Sie hätten «grosse Interesse» daran, dass «alle drei als mittelständische Betriebe erhalten bl[ie]ben», «die weitere Zusammenarbeit [sei] erwünscht und möglich», «loyales Verhalten untereinander w[e]rd[e] seit langem gelebt» und es habe ein «Vertrauensverhältnis [...] aufgebaut werden» können. «Die Zusammenarbeit ha[be] Tradition und funktionier[e] gut». Das Einzugsgebiet von Bern sei auf längere Sicht gross genug für die drei optimal platzierten Werke Kästli, Worblauen und Messerli. Wichtig sei, «dass die Agglomeration Bern vollflächig abgedeckt [sei] und somit für potentielle Konkurrenten wenig Motivation besteh[e], hier einzudringen.»⁴⁸⁰

⁴⁷⁶ Act. VI.2, Antwort auf Frage II.4 (22-0440)

⁴⁷⁷ Act. II.C.X.34 (22-0440), S. 7 Punkte 1 u. 2

⁴⁷⁸ Act. II.C.X.34 (22-0440), S. 8 Punkt 3.2

⁴⁷⁹ Act. II.C.X.34 (22-0440), S. 9 Punkt 4.2.1 und 4.2.3

⁴⁸⁰ Act. II.B.X.24, Seite 1/3 (22-0440)

465. Aus dieser Aktennotiz geht einerseits hervor, dass die Kästli, Hofstetter und Messerli versuchten, ihr Weiterbestehen durch loyales Verhalten, dem aufgebauten Vertrauensverhältnis und der gut funktionierenden Zusammenarbeit zu sichern. Andererseits geht aus der Notiz hervor, dass die drei Unternehmen potenzielle Konkurrenten gemeinsam abwehren wollten. Ihre Absicht, den Wettbewerb untereinander so weitgehend als möglich einzuschränken, um das gemeinsame Fortbestehen zu sichern, ist dadurch erwiesen.

466. Aus derselben Notiz geht hervor: «Bei schrumpfenden Umsätzen» gelte «nur eines: Kosten senken, gegenseitig mithelfen, möglichst das Preisniveau zu halten, den Lieferausgleich herstellen» und im Hofstetter Gebiet «den Marktanteil [zu] halten.»⁴⁸¹ Die Notiz ist selbsterklärend und zeigt, dass die Kästli, Hofstetter und Messerli nicht nur beabsichtigten, das gemeinsame Fortbestehen sicherzustellen, sondern auch die Preise möglichst hoch zu halten und einander die Liefergebiete nicht streitig zu machen.

Abmachung über die Zusammenarbeit Hofstetter/Messerli/Kästli von 1999

467. Aus einem Dokument mit dem Namen «Zusammenarbeit Hofstetter/Messerli/Kästli im Raume Bern» aus dem Jahr 1998, welche auf den 1. Januar 1999 in Kraft gesetzt wurde, geht hervor, dass die Parteien auf dem Markt für Kies, Sand und Beton im gemeinsam belieferten Gebiet der Region Bern «geordnete Verhältnisse» schaffen wollten. Gemäss den Schlussbestimmungen handelte es sich hierbei um eine «Abmachung». Die Parteien vereinbarten die Lieferung von Transportbeton für das Gebiet der Region Bern. Sie setzten Betonkontingente fest, indem sie eine anrechenbare Menge Transportbeton festlegten. Das Kontingent wurde durch die zentrale Inkassostelle berechnet. Überschritt eine Partnerin ihr Kontingent, bezahlte sie für jeden Kubikmeter Mehrlieferung von Transportbeton eine Abgabe von Fr. 5.–. Der durch die «Überlieferer» eingebrachte Betrag musste sie dem «Unterlieferer» ausbezahlen. Der Betrag war innert 30 Tagen nach Rechnungsstellung zu begleichen. Die Abmachungspartnerinnen waren sich einig, «dass jedes Werk in seinem Liefergebiet nachhaltig akquiriert», ferner sollten sich die «Werkvertreter [...] regelmässig zum Informationsaustausch und zur Absprache der Akquisitionspolitik [treffen]».⁴⁸²

468. Auch aus diesem Dokument geht hervor, dass Hofstetter, Messerli und Kästli nach wie vor wie bereits im Jahr 1976 auch noch im Jahr 1999 «geordnete Verhältnisse» schaffen wollten. Das Dokument ist im Zusammenhang der «Marketing-Strategie» vom 6. Juli 1999 der Marketinggruppe der Hofstetter zu lesen. Demnach sollte im Gebiet Bern und Umgebung, die in den letzten Jahren gewachsenen Liefergebiete nicht verändert werden, «weil die Mitbewerber weiterhin in der bisherigen Form akzeptiert w[u]rden. Auf eine Vorwärtsstrategie in Form von Marktanteilsgewinnen durch eine konsequente Marktbearbeitung unter Einsatz von höheren Rabatten w[u]rd[e] bewusst verzichtet. Am vorhandenen Mengenrabattsystem w[u]rd[e] festgehalten und man [war] bestrebt, die aktuellen Marktanteile und das vorhandene Preisniveau zu halten.»⁴⁸³

469. Daraus folgt, dass der Gebietsschutz soweit als möglich im Raum Bern erhalten werden sollte. Da gewisse Baustellen im Raum Bern eine ähnliche Distanz zu den Kies- und Betonwerken der Hofstetter, Messerli und Kästli aufwiesen (dazu vorne Abbildung 10 und Abbildung 11), setzten die Parteien Kontingente fest, welche, sofern ein Unternehmen das Kontingent überschritt, zu Ausgleichszahlungen führte. Insgesamt ist daraus ersichtlich, dass die Unternehmen den Konkurrenzkampf unter sich durch die Koordination der Liefermengen und –gebiete einschränken wollten, um dadurch das gemeinsame Fortbestehen zu garantieren.

⁴⁸¹ Act. II.B.X.24, Seite 3/3 (22-0440)

⁴⁸² Act. II.B.X.46 (22-0440)

⁴⁸³ Act. 287 (22-0440), S. 12, 27

Zusammenarbeit Lehmann Transport AG, K.+U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG

470. Drei Dokumente aus den Jahren 2003, 2005 und 2006 mit dem Titel «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen Lehmann Transport AG und K.+U. Hofstetter AG*» enthalten in Ziffer 1 zwei Abschnitte:

- Zum einen sollte die Lehmann Transport AG «*keine Kunden innerhalb der definierten Gebietsgrenzen der K.+U. Hofstetter AG mit gewaschenen Sand- und Kieskomponenten sowie Splitt von Dritten*» beliefern.
- Zum andern verpflichtete sich die Lehmann Transport AG, «*in der Regel keine Baustellen im Liefergebiet der KTB-Werke mit Sand-, Kies- oder Splitt-Komponenten ab einem Werk der K.+U. Hofstetter AG (siehe Plan)*» zu beliefern.⁴⁸⁴

471. Den Behörden liegen ferner drei Dokumente mit dem Titel «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG sowie den Werken der K.+U. Hofstetter und der Messerli Kieswerk AG*» aus den Jahren 2007, 2008 und 2009 vor. Die Ziffer 1 der Vereinbarung enthält wiederum zwei Abschnitte:

- Zu einen sollte die Lehmann Transport AG «*keine Kunden innerhalb der definierten Gebietsgrenzen der K.+U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG mit gewaschenen Sand- und Kieskomponenten sowie Splitt von Dritten*» beliefern.
- Zum andern verpflichtete sich die Lehmann Transport AG, «*in der Regel keine Baustellen im Einzugsgebiet des Kieswerkes Rubigen mit Sand-, Kies- oder Splitt-Komponenten ab einem Werk der K.+U. Hofstetter AG resp. Messerli Kieswerk AG (siehe Plan)*» zu beliefern.⁴⁸⁵

472. Zum ersten Abschnitt von Ziffer 1 in der Version aus dem Jahr 2009 sagte [R. _____] aus, der Abschnitt sei falsch ausgedrückt und die Lehmann habe dem Abschnitt keine Beachtung geschenkt. Wie bewiesen, entspricht diese Aussage nicht den Tatsachen (dazu vorne Rz 432). Der Zweck der Abmachung sei nachfolgend analysiert.

473. Die Ziffer 1 Abschnitt 1 der Vereinbarungen veränderte sich inhaltlich zwischen 2003 bis 2009 nicht. Sie wurde nach dem Zusammenschluss von Hofstetter und Messerli im Jahr 2006 jedoch mit Bezug auf die Vereinbarungspartner angepasst.⁴⁸⁶ Aus diesem Grund wird der Zweck dieser Passage nicht getrennt für die Perioden 2003–2006 und 2007–2009 gewürdigt, sondern für die gesamte Zeitspanne von 2003 bis 2009.

474. Gemäss Ziffer 1 Abschnitt 1 der Vereinbarung sollte die Lehmann Transport AG «*keine Kunden innerhalb der definierten Gebietsgrenzen der K.+U. Hofstetter AG und Messerli Kieswerk AG mit gewaschenen Sand- und Kieskomponenten sowie Splitt von Dritten*» beliefern.

475. Ziffer 1 Abschnitt 1 dieser Vereinbarungen ist vor dem folgenden Hintergrund zu sehen: Die Lehmann Transport AG ist ein Transportlogistikunternehmen und transportiert selbst keine Baumaterialien, sondern organisiert den Transport dieser Materialien durch Drittunternehmen. Ziffer 1 Abschnitt 1 der Vereinbarungen verbot der Lehmann Transport AG, Transporte von Baumaterialien mit Drittunternehmen (Konkurrenten) in die Liefergebiete der Messerli und der Hofstetter zu organisieren. Wie auch mit der schriftlichen Abrede von 1976 bezweckten Hofstetter und Messerli, ihre Liefergebiete vor auswärtiger Konkurrenz zu schützen.

⁴⁸⁴ Act. II.B.X.167

⁴⁸⁵ Act. II.B.X.167

⁴⁸⁶ Neuerdings erwähnte Ziffer 1 Abschnitt 1 nicht mehr nur Hofstetter und Lehmann als Vereinbarungspartner, sondern neu neben Hofstetter und Lehmann auch die Messerli.

476. Auch Ziffer 1 Abschnitt 2 der Vereinbarungen veränderte sich inhaltlich zwischen 2003 bis 2009 nicht. Sie wurde nach dem Zusammenschluss von Hofstetter und Messerli im Jahr 2006 jedoch mit Bezug auf die Vereinbarungspartner angepasst.⁴⁸⁷ Aus diesem Grund wird der Zweck dieser Passage nicht getrennt für die Perioden 2003–2006 und 2007–2009 gewürdigt, sondern für die gesamte Zeitspanne von 2003 bis 2009.

477. Ziffer 1 Abschnitt 2 der Vereinbarung hielt fest, dass die Lehmann Transport AG «*in der Regel keine Baustellen im Einzugsgebiet des Kieswerks Rubigen [bzw. im Liefergebiet der KTB-Werke] mit Sand-, Kies- oder Splitt-Komponenten ab einem Werk der K.+U. Hofstetter AG resp. Messerli Kieswerk AG*» beliefern sollte.⁴⁸⁸

478. Diese Regelung ist folgendermassen zu verstehen: Wenn ein Drittunternehmen Baustoffe bei Hofstetter/Messerli einkaufte, wäre es ohne solche Vereinbarung in der Lage, mit diesem Material in das Liefergebiet der KTB-Werke (Hofstetter, Messerli, Kästli) zu fahren und die KTB-Werke mit ihrem eigenen Material zu konkurrieren. Die Vereinbarung gewährleistete vor 2006, dass keine Baustellen im Liefergebiet der Messerli und der Kästli mit Hofstetter-Produkten beliefert wurden. Nach dem Zusammenschluss von 2006 zwischen Hofstetter und Messerli garantierte die Vereinbarung, dass keine Baustellen der Kästli mit Hofstetter- und Messerli-Produkten beliefert wurden. Die Vereinbarung bezweckte also einen Gebietsschutz und damit den Wettbewerb untereinander möglichst auszuschalten.

(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen

Stellungnahmen

479. Die Alluvia-Gruppe bringt vor, sie hätte (zusammen mit der Kästli-Gruppe) beabsichtigt, durch den gemeinsamen Mengenrabatt die Transporte zu minimieren. Es sei systemimmanent, dass sich dadurch Liefergebiete ergeben würden.⁴⁸⁹ Würde die Alluvia-Gruppe weiter fahren, wäre dies sachplanwidrig. Zudem würde sie daran nichts oder weniger verdienen. Mit diesem Vorgehen würde sie riskieren, im eigenen «Versorgungsgebiet» ebenfalls von auswärts angegriffen zu werden. Würde Alluvia in Rubigen Aufträge gewinnen, weil sie Beton «verschleudere», werde Kästli anderswo Aufträge akquirieren müssen. Am Ende bestünde zwar vielleicht mehr Wettbewerb, doch dann würden die Unternehmen weniger verdienen auf dem Produkt. Dies bedeute weniger Investitionen für die Zukunft (u.a. Umweltschutz und Arbeitnehmer).⁴⁹⁰ Die Kästli bestreitet die Beweisführung der Wettbewerbsbehörden pauschal.⁴⁹¹

Würdigung

480. Die Alluvia-Gruppe nimmt mit Bezug auf den Zweck keinen Bezug auf die vorgenannten Beweismittel. Sie beruft sich auf den gemeinsamen Mengenrabatt, welcher zu Liefergebieten geführt habe, um weite Transporte zu vermeiden. Mit anderen Worten gibt sie zu, dass der Mengenrabatt einen abschottenden Effekt und eine Aufteilung in Liefergebiete hatte. Ferner umschreibt Alluvia selbst, welche Folgen das Betreiben von funktionierendem Wettbewerb gehabt hätte: «weniger verdienen» also tiefere Margen. Damit gesteht die Alluvia-Gruppe die wettbewerbsbeschränkende Absicht bzw. den Zweck der Gebietsabreden der Parteien ein. Das Berufen auf den Sachplan ADT misslingt, da er die Parteien, wie gesagt, nicht ermächtigt den Wettbewerb zu beschränken (vgl. dazu hinten C.3, Rz 792 ff.).

⁴⁸⁷ Die Passage Ziffer 1 Abschnitt 2 «in der Regel keine Baustellen im Liefergebiet der KTB-Werke» wurde durch die Passage «in der Regel keine Baustellen im Einzugsgebiet des Kieswerks Rubigen» ersetzt.

⁴⁸⁸ Act. III.23, Beilage 1 (22-0440)

⁴⁸⁹ Act. VI.30, Rz 142

⁴⁹⁰ Act. VII.20, Zeilen 208 ff.

⁴⁹¹ Act. VI.29, Rz 333 f.

(v) Beweisergebnis

481. Der Zweck dieser Abrede bestand einerseits darin, die Konkurrenten von ausserhalb des KTB-Gebietes abzuhalten, in das KTB-Gebiet einzudringen, oder anders ausgedrückt, die KTB-Werke vor «gebietsfremden» Wettbewerbern zu schützen. Andererseits bezweckten die Verfahrensparteien vorbehältlich anderslautender Vereinbarung die exklusive Belieferung ihres Gebiets zu übernehmen. Sie beabsichtigten somit, den Konkurrenzkampf untereinander weitgehend auszuschliessen. Schliesslich beabsichtigten sie, durch die Gebietsaufteilung das Preisniveau möglichst hoch zu halten und die Marktanteile so weit als möglich zu stabilisieren.

B.5.4.3 Umsetzung und Auswirkungen

B.5.4.3.1 Beweisthema

482. Aufgrund der oben genannten Beweise sind der Konsens, der Inhalt, die Beteiligten und die Dauer der Gebietskoordination bis ins Jahr 2013 bewiesen (dazu oben Rz 454 f., Rz 481).

483. Nachfolgend soll aufgezeigt werden, dass die Gebietskoordination in die Tat umgesetzt wurde. Wie bereits erwähnt, reicht es für Tatbestandsmässigkeit des Konsenses aus, wenn der Konsens zwischen den Beteiligten einen potenziell wettbewerbsschädigenden Inhalt hat, ohne dass das Verhalten umgesetzt zu werden braucht. Mit Bezug auf die Rechtsfolge ist jedoch zu beachten, dass ein tatsächlich umgesetztes Verhalten bei der Sanktionierung anders zu gewichten ist als ein abgemachtes, aber nicht umgesetztes Verhalten. Aus diesem Grund ist auch über die Umsetzung Beweis zu führen.

484. Schliesslich ist die Auswirkung des Verhaltens zwischen den Parteien darzulegen. Bei der Prüfung der Auswirkung wird in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht die volkswirtschaftliche Wirkung der Verhaltensweisen untersucht. Darüber brauchen die Wettbewerbsbehörden keinen Beweis zu führen.⁴⁹² Vielmehr prüfen die Wettbewerbsbehörden, ob sich die Verfahrensparteien entsprechend ihrem Konsens verhalten und den Wettbewerb untereinander eingeschränkt haben. Der Grad der Einschränkung ist bei tatbestandsmässigen und sanktionierbaren Verhaltensweisen bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen. Konkret untersuchen die Wettbewerbsbehörden, ob sich die beteiligten Verfahrensparteien entsprechend ihrem Konsens verhielten, alle Kunden für Beton, Sand und Kies, welche in ihren Absatzgebieten Bauten errichteten, ausschliesslich zu beliefern und Offerten und Lieferungen für Beton, Sand und Kies auf das ihnen zugeteilte Liefergebiet zu beschränken.

485. Im vorliegenden Fall erlaubt die Untersuchung der Auswirkungen zugleich auch einen Rückschluss auf das Bestehen des Konsenses. Ginge man davon aus, der Konsens sei basierend auf den vorgenannten Dokumentbeweisen nicht erbracht, zeigt die nachfolgende Analyse, dass der Wettbewerb zwischen den Parteien in kartellrechtsrelevantem Masse eingeschränkt war. Die Analyse der Auswirkungen zwischen den Parteien erlaubt somit nicht nur eine Abschätzung der Tatschwere, welche für die allfällige Sanktionierung ausschlaggebend ist, sondern gibt auch Rückschluss auf die Tatbegehung.

B.5.4.3.2 Beweismittel

(i) Urkunden

486. Die Wettbewerbsbehörden verfügen über die folgenden Urkunden:

⁴⁹² BGE 143 II 297, 314 f. E. 5.1.4.

- Drei Dokumente aus den Jahren 2003, 2005 und 2006 mit dem Titel «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen Lehmann Transport AG und K.+U. Hofstetter AG*». ⁴⁹³
- Drei Dokumente mit dem Titel «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG sowie den Werken der K.+U. Hofstetter AG und der Messerli Kieswerk AG*» aus den Jahren 2007, 2008 und 2009. ⁴⁹⁴
- Zwei Dokumente mit dem Titel «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG sowie den Werken der K.+U. Hofstetter und der Messerli Kieswerk AG*» aus den Jahren 2011 und 2013/14. ⁴⁹⁵

(ii) Lieferscheindaten

487. Die Wettbewerbsbehörden verfügen über die von den Parteien eingereichten Lieferscheindaten (dazu vorne A.4.6, Rz 35 ff.).

B.5.4.3.3 Beweiswürdigung Urkundenbeweise

488. Aus den Dokumenten *Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen Lehmann Transport AG und K.+U. Hofstetter AG* 2003, 2005 und 2006, *Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG sowie den Werken der K.+U. Hofstetter AG und der Messerli Kieswerk AG* aus den Jahren 2007, 2008 und 2009 und «*Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Lehmann Transport AG sowie den Werken der K.+U. Hofstetter und der Messerli Kieswerk AG*» aus den Jahren 2011 und 2013/14, geht hervor, dass die Parteien ihre Liefergebiete koordinierten. Bereits der Umstand, dass diese Vereinbarungen über Jahre hinweg immer wieder neu abgeschlossen wurden, zeigt, dass die Parteien aller Wahrscheinlichkeit nach nicht nur den übereinstimmenden wirklichen Willen gefasst hatten, die Liefergebiete zu koordinieren, sondern sich auch tatsächlich koordinierten. Andernfalls gäbe es keinen Grund für den Abschluss der genannten Vereinbarungen.

B.5.4.3.4 Auswertung und Würdigung der Lieferscheindaten

489. Anhand der eingereichten Lieferscheindaten untersuchte das Sekretariat, ob die Parteien 2007–2013 ihre Liefergebiete koordinierten. Zu diesem Zweck wurden zunächst die Daten eingelese und bereinigt. Diejenigen Aspekte der Datenbereinigung, die von den Parteien in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats vom 5. Juli 2018 thematisiert wurden (Act. VI.29, Act. VI.30), werden in Rz 492 ff. diskutiert. Andere Bereinigungs-schritte sind in Akte VII.36, Kapitel B.3, näher beschrieben.

490. Die aufbereiteten Daten werden als erstes grafisch ausgewertet (Rz 511–514). Dabei lässt sich erkennen, dass die Liefergebiete der Werke der Alluvia-Gruppe insbesondere bei Beton klar von den Liefergebieten der Frischbeton AG Rubigen abgegrenzt sind. Zusätzlich wird die Preisbildung für Transportbeton näher untersucht (Rz 516–602): Es wird gemessen, ob die Netto-Werkpreise für Beton davon abhängig sind, wie nahe ein anderes Betonwerk von der zu beliefernden Baustelle entfernt ist. Dabei lässt sich feststellen, dass die Nähe anderer Werke nur dann einen klar messbaren Einfluss auf den Betonpreis hat, wenn das andere Werk nicht der KTB AG angeschlossen ist. Dieses Resultat zeigt, dass die der KTB angeschlossenen Werke ihre Liefergebiete koordiniert haben.

⁴⁹³ Act. II.B.X.167 (22-0440)

⁴⁹⁴ Act. III.23, Beilage 1 (22-0440)

⁴⁹⁵ Act. II.B.X.357

491. Obwohl sich die nachfolgenden Auswertungen teilweise nur auf Transportbeton beziehen, können daraus auch Rückschlüsse für Kies und Transporte gezogen werden: Die Parteien haben sich erwiesenermassen auch in Bezug auf diese beiden Produktarten koordiniert (vgl. Abschnitte B.5.2 und B.5.3). Die nachfolgende Auswertung zeigt, dass die Koordination in Bezug auf Beton bis Ende 2013 anhielt und auch umgesetzt wurde. Es ist sehr unwahrscheinlich, dass die Koordination in Bezug auf Kies oder Transporte zu einem früheren Zeitpunkt aufgegeben wurde: Wenn eine Bauunternehmung für eine Baustelle Kies und Beton benötigt, werden die Preise in der Regel für Kies und Beton einschliesslich Transport verhandelt.

(i) Datenbereinigung

492. Zusätzlich zu den Lieferscheindaten haben die Parteien dem Sekretariat verschiedene Dokumente zukommen lassen, in welchen die eingereichten Daten beschrieben und definiert werden (vgl. Act. VII.36, Abschnitt B.2). Das Sekretariat stützte sich bei der Bereinigung der Daten auf diese Angaben. Nach Bekanntgabe der Ergebnisse der Datenauswertung durch die Zustellung des Antrags des Sekretariats vom 5. Juli 2018 an die Parteien meldete die Kästli-Gruppe Zweifel an der Zuverlässigkeit der von ihr eingereichten Lieferscheindaten für Beton an. Im von der Kästli-Gruppe in Auftrag gegebenen Gutachten von Polynomics (Act. IV.29, Beilage 1) werden insbesondere drei Probleme in Bezug auf diese Daten diskutiert.⁴⁹⁶

- Die Baustellen-Postleitzahlen sind teilweise fehlerhaft oder fehlen vollständig.
- Die Baustellen-Adressen sind teilweise fehlerhaft.
- Die durch das Sekretariat gemäss den Angaben der Kästli-Gruppe berechneten Werkpreise beinhalten möglicherweise teilweise Transportkosten.

493. Die Wettbewerbsbehörden stellen fest, dass die Kästli-Gruppe vor der Bekanntgabe der Ergebnisse der Datenauswertung keine entsprechenden Bedenken angemeldet hat. Inzwischen haben die Wettbewerbsbehörden sämtliche Lieferscheindaten für Betonlieferungen (also auch die von der Alluvia-Gruppe eingereichten) in Bezug auf die Baustellen-Postleitzahlen sowie die Baustellen-Adressen (vgl. die nachfolgenden Abschnitte 1 und 2) bereinigt. Auch den dritten von der Kästli-Gruppe thematisierten Punkt (die Berechnung der Werkpreise) berücksichtigten die Behörden bei der Bereinigung der Lieferscheindaten (vgl. den nachfolgenden Abschnitt 3).

494. Des Weiteren stellte die Kästli-Gruppe im erwähnten Gutachten von Polynomics fest, dass dem Sekretariat bei der Auswertung der Lieferscheindaten der Kästli-Gruppe ein Rechenfehler bei der Berechnung des Rabatts unterlaufen ist. Diesen Fehler haben die Wettbewerbsbehörden korrigiert.

495. Sämtliche der nachfolgenden Auswertungen der Lieferscheindaten enthalten die hier diskutierten Bereinigungen und Korrekturen.

1. Baustellen-Postleitzahlen

496. Bei den nachfolgenden Auswertungen spielt der Standort der von den Parteien belieferten Baustellen eine wichtige Rolle. Dazu wird die Postleitzahl der Baustellenadresse verwendet. Bei manchen Baustellenadressen sind allerdings keine Postleitzahlen eingetragen. In diesen Fällen hat das Sekretariat mit Hilfe des Dienstes «google maps» anhand der Baustellenadresse eine Postleitzahl ermittelt. Das Sekretariat hat nur dann eine Baustellen-

⁴⁹⁶ Im besagten Gutachten werden ausschliesslich Daten der Kästli-Gruppe nicht aber diejenigen der Alluvia-Gruppe diskutiert. Dies obwohl die Vertreter von Polynomics auch die Daten der Alluvia-Gruppe ausgewertet und die entsprechenden Resultate in einem mehr als 50-seitigen Bericht zusammengestellt haben (Act. I.123).

Postleitzahl eingesetzt, wenn diese mit Hilfe der Baustellenadresse eindeutig identifiziert werden konnte. Das ist nicht immer möglich: Wenn zum Beispiel nur ein Strassenname aber keine Strassennummer in der Baustellenadresse enthalten ist, ist eine eindeutige Identifikation oft unmöglich, wenn die Strasse durch mehrere Postleitzahlen verläuft.

497. Zusätzlich zur Bereinigung fehlender Postleitzahlen hat das Sekretariat offensichtlich fehlerhafte Postleitzahlen ersetzt. Diese wurden anhand eines Datensatzes des Bundesamtes für Statistik identifiziert, in welchem sämtliche Postleitzahlen der Schweiz enthalten sind.⁴⁹⁷ Auch bei diesen Adressen mit nicht existierenden Postleitzahlen hat das Sekretariat nur dann eine neue Postleitzahl eingesetzt, wenn diese anhand der Baustellenadresse eindeutig identifiziert werden konnte.

498. Lieferungen an Baustellen mit nicht existierenden oder fehlenden Postleitzahlen, bei welchen keine gültige Postleitzahl eingesetzt werden konnte, wurden für die nachfolgenden Auswertungen nicht berücksichtigt. Dadurch fallen bei den Kästli-Daten rund 11,4 % ([...] m³) der insgesamt 2007–2013 ausgelieferten Menge an Beton weg. Bei den Alluvia-Daten entfallen lediglich 0,57 % ([...] m³) des ausgelieferten Betons aufgrund ungültiger oder fehlender Baustellen-Postleitzahlen.

499. Polynomics hat die Baustellen-Postleitzahlen in den von der Kästli-Gruppe eingereichten Lieferscheindaten ebenfalls bereinigt. Nach der von Polynomics vorgenommenen Bereinigung verbleiben lediglich 7700 m³ Beton, der an Adressen mit nicht existierender oder ungültiger Postleitzahl geliefert wurde (vgl. Act. VI.29, Beilage 1, Tabelle 3). Im Vergleich dazu verbleibt nach der Bereinigung durch das Sekretariat eine grössere Menge an Beton mit ungültiger oder nicht existierender Postleitzahl. Das liegt vor allem daran, dass Polynomics im Gegensatz zum Sekretariat einer Adresse oft auch dann eine Postleitzahl zuordnet, wenn eine solche Zuordnung nicht eindeutig möglich ist.⁴⁹⁸

2. Baustellen-Adressen

500. Die belieferten Baustellen werden in den nachfolgenden Auswertungen anhand der Baustellenadresse, der Baustellen-Postleitzahl sowie der Kundennummer identifiziert. Wenn die gleiche Baustellenadresse bei verschiedenen Lieferungen unterschiedlich geschrieben wird, ist die entsprechende Zuordnung nicht mehr zuverlässig möglich. Deshalb werden die Baustellenadressen der von den Parteien mit Beton belieferten Baustellen bereinigt, indem Leer- und Satzzeichen entfernt werden und indem für Unterschiede in Bezug auf Gross/Kleinschreibung und die Schreibweise von Umlauten korrigiert wird.

501. Obwohl die Kästli-Gruppe im Gutachten von Polynomics (Act. VI.29, Beilage 1) bemängelt, dass das Sekretariat ursprünglich die Adressen der durch die Kästli-Gruppe eingereichten Lieferscheindaten nicht bereinigt hat, nimmt Polynomics selber für keine der im entsprechenden Gutachten enthaltenen Auswertungen eine solche Bereinigung vor. Das ist einer der Gründe dafür, dass die im besagten Gutachten enthaltenen Ergebnisse nicht mit den nachfolgend diskutierten Resultaten übereinstimmen (mehr dazu in Rz 604).

⁴⁹⁷ <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kataloge-datenbanken/publikationen.assetdetail.275785.html>> (25.01.2019)

⁴⁹⁸ Polynomics gibt keine Regeln an, nach welchen die Bereinigung der Postleitzahlen vorgenommen wurde. Stattdessen reichte Polynomics den entsprechenden Programmcode ein. Daraus geht zum Beispiel hervor, dass bei Adressen mit der ungültigen Postleitzahl 3050 und der Baustellen-Adresse «Melchenbühlweg» neu die Postleitzahl 3006 eingesetzt wurde. Da der Melchenbühlweg durch die Postleitzahlen 3006, 3015 und 3073 verläuft, ist keine eindeutige Zuordnung möglich und Polynomics gibt nicht an, weshalb die Postleitzahl 3006 ausgewählt wurde. Das Sekretariat hat in diesem Beispiel die entsprechenden Lieferscheine nicht für die Auswertungen berücksichtigt.

3. Netto-Werkpreise

502. Die Kästli-Gruppe äussert im Gutachten von Polynomics (Act. VI.29, Beilage 1) Bedenken in Bezug auf die Berechnung der Werkpreise für den von der Kästli-Gruppe gelieferten Beton. Dabei stützte sich das Sekretariat auf die Angaben der Kästli-Gruppe (Act. VIII.B.33, 36, 40, 46, 49, 53). Polynomics zeigt in Abbildung 2 und Tabelle 4 ihres Gutachtens auf, dass die so berechneten Werkpreise teilweise über den Listenpreisen liegen und stellt fest «Nach Angaben der Kästli-Gruppe stellt der Listenpreis die Obergrenze für den verlangten Materialpreis dar» (Act. VI.29, Beilage 1, S. 13). Deshalb befürchtet Polynomics, dass «ein Teil der vom Sekretariat der WEKO berechneten Objektpreise nicht nur die Materialpreise enthalten» (Act. VI.29, Beilage 1, S. 13).

503. Das Sekretariat teilt grundsätzlich die Einschätzung von Polynomics, dass die anhand der von der Kästli-Gruppe eingereichten Lieferscheindaten berechneten Werkpreise nur beschränkt zuverlässig sind. Die entsprechenden Probleme dürften aber geringer sein, als von Polynomics dargestellt und betreffen ausserdem ausschliesslich die von der Kästli-Gruppe, nicht aber die von der Alluvia-Gruppe eingereichten Daten.

504. Zunächst ist anzumerken, dass in den Preislisten der Frischbeton AG Rubigen verschiedene Zuschläge auf den normalen Listenpreis erwähnt sind. Zum Beispiel bezahlen «Nichtunternehmer» im Jahr 2010 einen Zuschlag von 15 % auf den normalen Listenpreis (Act. VIII.40.h). Ein «Nichtunternehmer» bezahlt also einen Materialpreis, der über dem normalen Listenpreis liegt – für ihn gilt nicht der in die Daten eingesetzte Listenpreis sondern ein um 15 % höherer Listenpreis. Die von Polynomics erwähnte Tatsache, dass manche Werkpreise über dem normalen Listenpreis liegen, ist deshalb nicht hinreichend für die daraus abgeleitete Vermutung, dass «ein Teil der vom Sekretariat der WEKO berechneten Objektpreise nicht nur die Materialpreise enthalten» (Act. VI.29, Beilage 1, S. 13).

505. Des Weiteren vernachlässigt Polynomics die Tatsache, dass die Preise im besten Fall in Schritten von 5 Rappen festgelegt werden können. Polynomics definiert auch Lieferungen, deren Werkpreis um weniger als 5 Rappen höher als der normale Listenpreis ausfällt, als «Lieferscheine mit Preis über Listenpreis».

506. Da gewisse Preise möglicherweise auf ganze Frankenbeträge gerundet werden, berechnete das Sekretariat den Anteil der ausgelieferten Betonmenge, bei welcher der Werkpreis um mehr als Fr. 1 über dem normalen Listenpreis liegt: Bei den von der Kästli-Gruppe eingereichten Daten liegt deren Anteil an der insgesamt gelieferten Betonmenge bei [...] %. Bei den von der Alluvia-Gruppe eingereichten Daten handelt es sich um einen Anteil von [...] %.

507. Bei den von der Alluvia-Gruppe eingereichten Daten lassen sich sämtliche dieser «überhöhten» Preise durch den oben erwähnten «Nichtunternehmer-Zuschlag» erklären, der auch bei der Alluvia-Gruppe 15 % beträgt: Die entsprechenden Werkpreise sind ausnahmslos zwischen 14,5 und 15,5 % höher als der normale Listenpreis – es gibt keinerlei merkwürdige Preise zu nicht nachvollziehbaren Preisen.

508. Bei den von der Kästli-Gruppe eingereichten Daten kann nicht genau überprüft werden, ob die «überhöhten» Preise alle auf den «Nichtunternehmer»-Zuschlag zurückzuführen sind: Während die in den Alluvia-Daten enthaltenen Listenpreise immer dem Listenpreis zum Zeitpunkt der Festlegung des Preises entsprechen, konnte die Kästli-Gruppe lediglich die jedes Jahr jeweils gültigen Listenpreise liefern. Hingegen ist bei den Lieferungen der Kästli-Gruppe nicht bekannt, in welchem Jahr die Preise vereinbart wurden. Da die Listenpreise in der Regel von Jahr zu Jahr anstiegen, ist deshalb bei den Kästli-Daten nicht klar, welches der zum Zeitpunkt der Preissetzung relevante Listenpreis ist. Deshalb ist eine genaue Untersuchung der Zuschläge nicht möglich. Da einige Lieferungen zu Preisen erfolgen, die mehr als 15 % über dem normalen Listenpreis liegen, geht das Sekretariat aber davon aus,

dass die bei der Auswertung der Kästli-Daten berechneten Werkpreise weniger zuverlässig sind als die entsprechenden von der Alluvia-Gruppe eingereichten Daten.

509. Dadurch, dass Polynomics weder Zuschläge noch die Rundung von Preisen berücksichtigt, erscheinen die in Abbildung 2 und Tabelle 4 ihres Gutachtens dargestellten Unregelmässigkeiten bedeutender als sie es tatsächlich sind. Ausserdem vergleicht Polynomics in Abbildung 2 die Werkpreise nicht mit den korrekten Listenpreisen. Stattdessen wird als Referenzpunkt der durchschnittliche Listenpreis 2007–2013 eingezeichnet. Da die Listenpreise in der Regel von Jahr zu Jahr erhöht wurden, liegen zahlreiche Werkpreise im Jahr 2007 zwar über dem durchschnittlichen Listenpreis, nicht aber über dem Listenpreis des Jahres 2007. Zum Beispiel stieg der Listenpreis der Sorte [Sorte 1] von Fr. 133.50 im Jahr 2007 auf Fr. 150.50 im Jahr 2013. Das entspricht einem Anstieg um 12,7 %.

510. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Sekretariat die Zuverlässigkeit der von der Kästli-Gruppe eingereichten Daten im Vergleich zu den von der Alluvia-Gruppe eingereichten Daten als tiefer einschätzt und deshalb den entsprechenden Ergebnissen weniger Gewicht beimisst. Die von der Kästli-Gruppe angeregten zusätzlichen Bereinigungen und Korrekturen flossen in die Berechnungen des Sekretariats ein.

(ii) Abgrenzung der Liefergebiete der Alluvia- und der Kästli-Gruppe

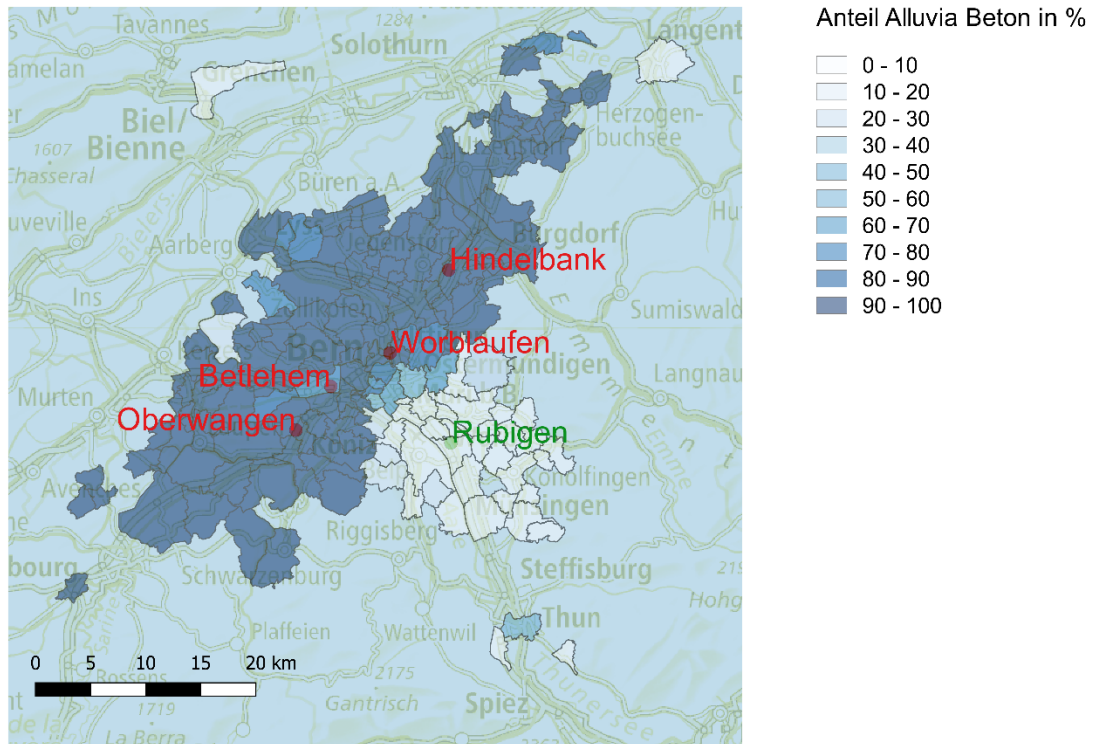
511. In einem ersten Schritt wird grafisch dargestellt, wie sich das Liefergebiet für Beton der der KTB angeschlossenen Werke der Alluvia-Gruppe von demjenigen des Werks Rubigen (Kästli-Gruppe) räumlich abgrenzen lässt. Zu diesem Zweck wird für jedes Gebiet, das über eine eigene Postleitzahl verfügt, die durch die KTB-Werke insgesamt 2007–2013 gelieferte Anzahl Kubikmeter Beton erfasst. Nur Gebiete, die mit mindestens 100 m³ Beton beliefert wurden, werden berücksichtigt.⁴⁹⁹ Für jedes dieser Gebiete wird der relative Marktanteil der KTB-Betonwerke der Alluvia-Gruppe berechnet. Zum Beispiel liefern die KTB-Werke insgesamt [200 000–300 000] m³ Beton an Baustellen mit Postleitzahl 3014. Davon werden [150 000–250 000] m³ von Werken der Alluvia-Gruppe geliefert, während die restlichen [25 000–100 000] m³ durch die Kästli-Gruppe geliefert werden. Der relative Marktanteil der Alluvia-Gruppe beläuft sich deshalb im Gebiet mit der Postleitzahl 3014 auf [75–95] %. Dieser relative Marktanteil der KTB-Werke der Alluvia-Gruppe wird für jedes Gebiet mit eigener Postleitzahl in Abbildung 16 dargestellt.

512. Abbildung 17 entspricht Abbildung 16, ausser dass darin die relativen Marktanteile der Alluvia-Werke für Kies statt für Beton gezeigt werden. Je dunkler eine Postleitzahl eingefärbt ist, desto höher der Anteil der Alluvia-Gruppe an der insgesamt von den KTB-Werken gelieferten Anzahl Kubikmeter Beton bzw. Kies.⁵⁰⁰

⁴⁹⁹ 2007–2013 wird nur 0,16 % des Gesamtvolumens an Beton und 1,02 % des Gesamtvolumens an Kies an Postleitzahlen geliefert, in welche die KTB-Werke 2007–2013 weniger als 100 m³ Beton bzw. Kies liefern. Deshalb werden diese unbedeutenden Postleitzahlen bei der grafischen Auswertung nicht berücksichtigt.

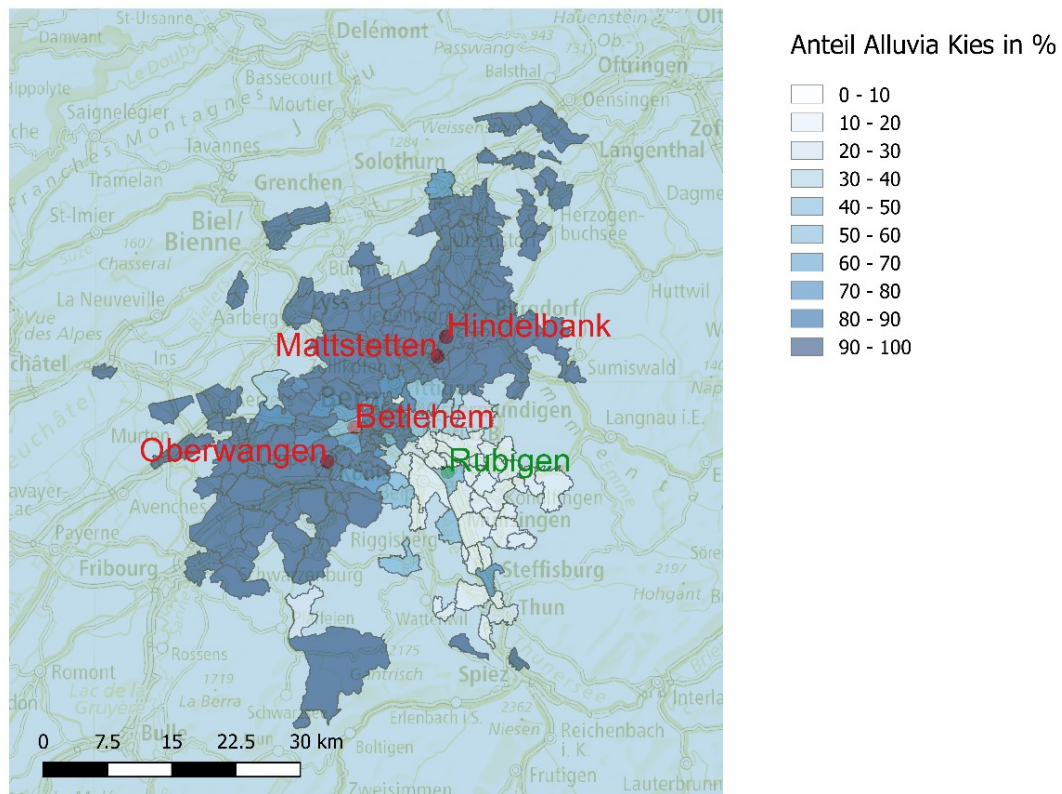
⁵⁰⁰ Wenn der relative Marktanteil der Alluvia-Werke genau einer Intervallgrenze entspricht, wird die Postleitzahl dem Intervall mit dem tieferen Marktanteil zugeteilt.

Abbildung 16: Relativer Marktanteil Alluvia-Gruppe, Beton



Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.), Swisstopo (Kartenmaterial)

Abbildung 17: Relativer Marktanteil Alluvia-Gruppe, Kies



Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.), Swisstopo (Kartenmaterial)

513. Insbesondere beim Beton gibt es nur wenige Postleitzahlen, die sowohl von der Alluvia- als auch von der Kästli-Gruppe beliefert werden. Die jeweiligen Liefergebiete sind klar abgegrenzt. Dieser Umstand ist folgendermassen zu würdigen:

- Da die Transportkosten sowohl bei Beton als auch bei Kies bedeutend sind, wäre bei ungehindertem Wettbewerb zu erwarten, dass in der Regel das nächstgelegene Werk das günstigste Angebot unterbreiten kann und damit den Zuschlag erhält. Deshalb wäre auch bei ungehindertem Wettbewerb zu erwarten, dass sich eine Abgrenzung der Liefergebiete ergibt.
- Wie bereits in Abschnitt B.4.4.6 diskutiert wurde, beeinflussen allerdings neben den Kosten auch noch andere Faktoren den von den Betonwerken offerierten Preis: Ein schlecht ausgelastetes Werk wird in der Regel günstiger offerieren als ein gut ausgelastetes Werk. Wenn sich die Auslastung der verschiedenen Werke unterschiedlich entwickelt, wäre deshalb bei ungehindertem Wettbewerb eine gewisse Überschneidung der Liefergebiete zu erwarten: Wenn das Werk Rubigen stark ausgelastet ist, würden demnach die Alluvia-Werke Baustellen weiter südlich beliefern, wenn hingegen die Alluvia-Werke stark ausgelastet sind, würde das Werk Rubigen Beton an weiter nördlich gelegene Baustellen verkaufen. In Abbildung 16 lassen sich nur wenige solche Überschneidungen erkennen.⁵⁰¹ Allerdings ist allein auf Grund einer grafischen Auswertung unklar, ob die entsprechenden Überschneidungen das bei ungehindertem Wettbewerb zu erwartende Ausmass erreichen.⁵⁰²

514. Da sich die Auslastung der verschiedenen Werke nicht zuverlässig messen lässt,⁵⁰³ wird der Zusammenhang zwischen Auslastung und Lieferdistanz nicht weiter untersucht. Stattdessen wird anhand des Preissetzungsverhaltens der KTB-Werke analysiert, ob eine Koordination der Liefergebiete oder des Preissetzungsverhaltens vorlag. Diese Untersuchung wird nur für den Markt für Transportbeton nicht aber für den Kiesmarkt oder den Markt für Transporte durchgeführt (vgl. Rz 491).

⁵⁰¹ Eine empirische Studie des Zementmarktes in Deutschland stellt fest, dass die Lieferdistanzen bei ungehindertem Wettbewerb stärker mit der Auslastung der Werke variieren als bei Vorliegen einer Absprache unter den Herstellern: MATTHIAS HUNOLD/KAI HÜSCHEL RATH/ULRICH LAITENBERGER/JOHANNES MUTERS, Competition, collusion and spatial sales patterns – theory and evidence, ZEW Discussion Paper Nr. 17-035, 2017.

⁵⁰² Als Teil ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vom 5. Juli 2018 reichte die Kästli-Gruppe ein Gutachten von Polynomics zur Beurteilung der Datenanalyse des Sekretariats ein (Act. VI.29, Beilage 1). Polynomics bereinigte ungültige und fehlende Baustellen-Postleitzahlen (vgl. Rz 496 ff.) und stellt in Tabelle 3 des Gutachtens fest, dass durch diese Bereinigung zusätzlich Betonlieferungen der Kästli-Gruppe im Umfang von rund 100 000 m³ erfasst werden können. Des Weiteren führt Polynomics in Tabelle 5 des Gutachtens aus, dass diese Bereinigungen in manchen Postleitzahlen zu einem bedeutenden Anstieg der durch die Kästli-Gruppe verkauften Betonmenge führt.

Die Wettbewerbsbehörden haben ihrerseits die Baustellen-Postleitzahlen bereinigt. Die entsprechenden Veränderungen sind geringer als von Polynomics berechnet (mehr dazu in Rz 496 ff.). Des Weiteren ist die von Polynomics in Tabelle 5 des Gutachtens berechnete prozentuale Veränderung der durch die Kästli-Gruppe gelieferten Betonmenge nicht für die Erstellung von Abbildung 16 relevant. Darin wird der durch die Alluvia-Gruppe gelieferte Anteil am insgesamt von Alluvia und Kästli gelieferten Beton dargestellt. Auch wenn sich die von Kästli gelieferte Menge durch die Bereinigung der Postleitzahlen stark verändert, bedeutet das nicht, dass sich der dargestellte relative Anteil ebenfalls stark verändert. Polynomics begründet im Gutachten die Auswahl der in Tabelle 5 dargestellten Zahlen damit, dass sie «nur über die Daten der Kästli-Gruppe verfügen» (S. 14). Das ist nicht korrekt. Polynomics hatte auch Zugang zu den Daten der Alluvia-Gruppe und hat diese Daten ebenfalls ausgewertet. Ein Teil der entsprechenden Auswertungen ist in einem mehr als 50 Seiten umfassenden Bericht, den die Kästli-Gruppe eingereicht hat, enthalten (Act. I.123).

Die durch das Sekretariat durchgeführte Bereinigung der Baustellen-Postleitzahlen führte nur bei zwei Postleitzahlen (3005 und 3011) zu einer Veränderung von mehr als 10 % des von der Alluvia-Gruppe gelieferten Anteils am insgesamt von Kästli und Alluvia gelieferten Betons.

⁵⁰³ Relevant ist die von den Werken zum Zeitpunkt der Preisverhandlung erwartete Auslastung zum Zeitpunkt der Lieferung. Diese kann nicht zuverlässig gemessen werden.

(iii) **Untersuchung des Preissetzungsverhaltens**

515. In Rz 516–531 werden die Hypothesen hergeleitet, anhand derer getestet werden kann, ob eine Koordination der Liefergebiete vorliegt. Anschliessend wird die Methode beschrieben, mit welcher die Hypothesen getestet werden (Rz 532–561). In Rz 562–610 werden die Resultate der statistischen Auswertung präsentiert und interpretiert.

1. Herleitung der Hypothesen

516. Wie bereits in Rz 146 dargelegt, entsprechen die Transportpreise ungefähr den tatsächlichen Transportkosten. Da ausserdem nicht für alle Lieferungen Transportpreise vorliegen, werden im Folgenden die Netto-Werkpreise (zur Definition vgl. Rz 141) untersucht. Diese sind im Wesentlichen von den folgenden Faktoren abhängig:

- Produktionskosten,
- Erwartete Auslastung des Lieferwerks,
- Grösse der Baustelle,
- Erwartungen in Bezug auf die von anderen Werken eingereichten Offerten.

517. Einzig der letzte dieser Faktoren wird durch die Koordination mit einem anderen Anbieter beeinflusst, da diese die Unsicherheit darüber reduziert oder gar beseitigt, ob und zu welchem Preis der andere Anbieter offeriert. Wenn zum Beispiel zwei Anbieter ihre Liefergebiete aufteilen, können sie davon ausgehen, dass der jeweils andere Anbieter in den ihnen zugeteilten Gebieten keine ernsthaften Offerten einreichen wird.

518. Liegt hingegen keine Koordination vor, werden die Anbieter versuchen, günstiger als ihre Konkurrenten zu offerieren. Zu diesem Zweck müssen sie abschätzen, zu welchem Preis die Konkurrenten offerieren werden. Die künftige Auslastung anderer Werke kann von Aussehenstehenden nicht beobachtet werden. Deshalb ist unklar, ob und falls ja wie dieser Faktor die Einschätzung der Konkurrenzangebote beeinflusst. Da sich die Kosten der verschiedenen Werke im Wesentlichen in Bezug auf die Transportkosten zwischen Werk und Baustelle unterscheiden⁵⁰⁴ und diese einfach zu beobachten sind, werden die Betonwerke bei ungehindertem Wettbewerb umso günstiger offerieren, je näher sich die Werke der Konkurrenten bei der zu beliefernden Baustelle befinden.

519. Im Gegensatz dazu ist bei Vorliegen einer Koordination der Liefergebiete kein solcher Effekt zu erwarten: Wenn sich ein Anbieter mit einem Konkurrenten abspricht, braucht er bei der Preissetzung keine Rücksicht auf die Lage der Werke dieses Konkurrenten zu nehmen.

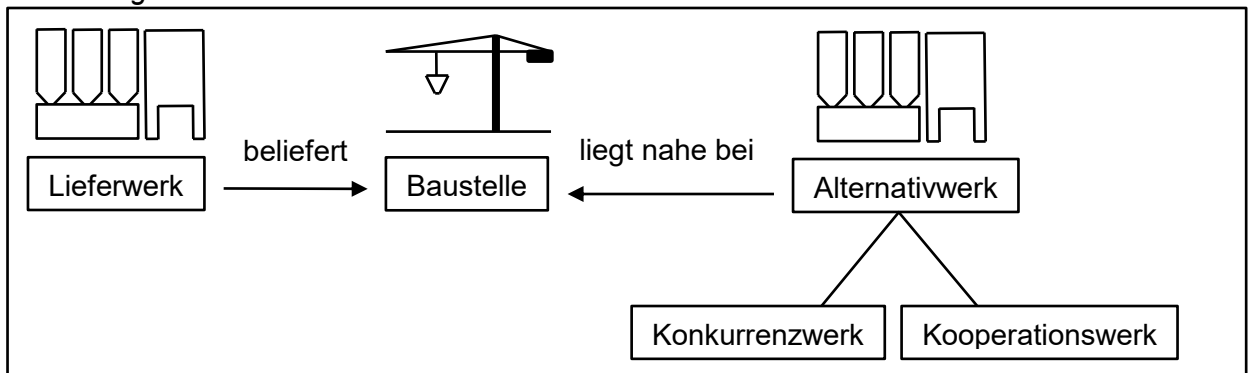
520. Aus diesen Überlegungen ergeben sich zwei Hypothesen, die anhand der eingereichten Lieferscheindaten getestet werden können und die Rückschlüsse in Bezug auf das Vorliegen einer Koordination zwischen der Alluvia- und der Kästli-Gruppe erlauben. Bevor diese formuliert werden, werden verschiedene Arten von Betonwerken unterschieden. Die entsprechenden Definitionen sind in Tabelle 13 aufgelistet und in Abbildung 18 zur besseren Verständlichkeit grafisch illustriert.

⁵⁰⁴ Vgl. dazu Rz 149–151

Tabelle 13: Definitionen Betonwerke

4. Lieferwerk: Betonwerk, welches Beton an eine Baustelle liefert.
5. Alternativwerk: Betonwerk, welches nicht vom gleichen Unternehmen wie das Lieferwerk kontrolliert wird.
6. Konkurrenzwerk: Betonwerk, welches weder von der Kästli- noch von der Alluvia-Gruppe kontrolliert wird.
7. Kooperationswerk: Betonwerk, welches der KTB angeschlossen ist und nicht vom gleichen Unternehmen wie das Lieferwerk kontrolliert wird.

Abbildung 18: Definitionen Betonwerke



Quelle: Eigene Darstellung

521. Zur Verdeutlichung dieser Definitionen wird ein Beispiel betrachtet: Angenommen, das Werk Worblaufen liefert Beton an eine Baustelle in Rubigen. Dann ist das Werk Worblaufen das «Lieferwerk». Das nächste «Alternativwerk» ist die Frischbeton AG Rubigen. Da diese ebenfalls der KTB AG angeschlossen ist, handelt es sich um ein «Kooperationswerk».

522. Liefert das Werk Worblaufen den Beton statt nach Rubigen nach Deisswil, ist das nächste Alternativwerk die FBB Deisswil. Da diese im Untersuchungszeitraum 2004–2013 nicht der KTB AG angeschlossen war, ist in diesem Fall das nächste «Alternativwerk» ein «Konkurrenzwerk».

523. Das Gebiet, in welchem das nächste Alternativwerk ein Kooperationswerk ist, wird als «Kooperationsgebiet» bezeichnet. Im Gegensatz dazu wird das Gebiet, in welchem das nächste Alternativwerk ein Konkurrenzwerk ist als «Konkurrenzgebiet» bezeichnet.

524. Wie bereits in Rz 99 diskutiert wurde, lassen sich die Transportkosten besser anhand der Fahrzeit als anhand der Fahrdistanz messen. Deshalb wird die Nähe eines Betonwerks zur Baustelle durch die Fahrzeit gemessen.

525. Bei ungehindertem Wettbewerb ist zu erwarten, dass die Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk den Netto-Werkpreis (vgl. zur Definition Rz 141) folgendermassen beeinflusst: Je näher das nächste Alternativwerk, desto tiefer der offerierte Netto-Werkpreis. Um zu testen, ob der Wettbewerb zwischen dem Betonwerk in Rubigen und den der KTB angeschlossenen Werken der Alluvia-Gruppe funktioniert, wird deshalb getestet, ob sich ein solcher Zusammenhang beobachten lässt.

526. Der gleiche Test wird auch in Bezug auf andere Werke durchgeführt, die weder der KTB angeschlossen sind noch von der Alluvia- oder der Kästli-Gruppe kontrolliert werden («Konkurrenzwerke»). Damit kann überprüft werden, ob der Zusammenhang zwischen Netto-Werkpreisen und der Nähe der Alternativwerke stark genug ist, um zuverlässig gemessen

werden zu können. Aus diesen Überlegungen ergeben sich die in Tabelle 14 aufgelisteten Hypothesen.

Tabelle 14: Hypothesen

Die Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk hat keinen signifikanten Einfluss auf die Netto-Werkpreise,

- 1) wenn das nächste Alternativwerk ein Kooperationswerk ist.
- 2) wenn das nächste Alternativwerk ein Konkurrenzwerk ist.

527. Im folgenden Abschnitt werden die zum Test der Hypothesen 1 und 2 verwendete Methode sowie die entsprechenden Resultate detailliert beschrieben. Da die von der Alluvia- bzw. von der Kästli-Gruppe eingereichten Lieferscheindaten von unterschiedlicher Qualität sind (vgl. Rz 492 ff.), werden die Hypothesen 1 und 2 separat mit diesen beiden Datensätzen getestet.

528. Vorweg die Ergebnisse dieser Untersuchung: Anhand der von der Alluvia-Gruppe eingereichten Lieferscheindaten konnte Hypothese 1 nicht abgelehnt werden. Da die Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk bei ungehindertem Wettbewerb den Betonpreis beeinflussen sollte, ist das ein weiteres Indiz dafür, dass die Alluvia- und die Kästli-Gruppe ihre Liefergebiete tatsächlich koordinierten.

529. Um zu testen, ob eine Ablehnung von Hypothese 1 bei ungehindertem Wettbewerb zuverlässig möglich ist, testete das Sekretariat zusätzlich dazu Hypothese 2.⁵⁰⁵ Hypothese 2 konnte anhand der Lieferscheindaten der Alluvia-Gruppe deutlich abgelehnt werden.

530. Die Ergebnisse der Auswertung der von der Kästli-Gruppe eingereichten Lieferscheindaten sind im Vergleich zu den von der Alluvia-Gruppe eingereichten Daten weniger eindeutig: Die Nähe der Alternativwerke hat weder im Kooperations- noch im Konkurrenzgebiet der Frischbeton AG Rubigen einen klaren Effekt auf den Netto-Werkpreis. Ein möglicher Grund dafür ist die bereits angesprochene geringe Qualität der von der Kästli-Gruppe eingereichten Daten (vgl. Rz 492 ff).

531. Als nächstes wird beschrieben, wie das Sekretariat Hypothese 1 und Hypothese 2 getestet hat.

2. Methode

532. Weil das Sekretariat alle in die Auswertung einflussenden Faktoren auf Ebene Baustelle mass, wird als erstes dargelegt, welche Baustellen berücksichtigt wurden (a). Anschliessend wird beschrieben, wie der Netto-Werkpreis gemessen wurde (b). Dabei handelt es sich um die «abhängige Variable» der Analyse, da der Einfluss der Fahrzeit zwischen Baustelle und Alternativwerken («unabhängige Variable») auf den Netto-Werkpreis gemessen werden soll. Die Messung der Fahrzeit wird in Abschnitt (c) erläutert. Da der Netto-Werkpreis nicht nur von der Fahrzeit, sondern auch von anderen Faktoren («Kontrollvariablen») beeinflusst wird, werden anschliessend diese Kontrollvariablen beschrieben (d). Schliesslich werden die genaue Spezifikation des Zusammenhangs zwischen Netto-Werkpreis, Fahrzeit und Kontrollvariablen sowie die verwendete statistische Methode diskutiert (e).

⁵⁰⁵ Dazu werden zusätzlich auch noch andere Tests durchgeführt, die in Rz 587–593 diskutiert werden.

a. Berücksichtigte Baustellen (Beobachtungen)

533. Die von den Parteien eingereichten Daten enthalten Angaben zu sämtlichen Betonlieferungen der KTB-Werke. Die entsprechenden Preise werden aber nicht für jede Lieferung einzeln verhandelt. Stattdessen wird in der Regel pro Baustelle ein Auftrag vergeben. Es kann in Einzelfällen vorkommen, dass die Lieferungen an mehrere Baustellen gleichzeitig verhandelt werden. Zu solchen «Bündelungen» liegen keine Daten vor. Deshalb wird der Netto-Werkpreis auf Ebene Baustelle erfasst. Eine Baustelle entspricht also einer Beobachtung im statistischen Sinne.

534. Damit die Standorte der relevanten Werke zuverlässig ermittelt werden können, werden nur Baustellen berücksichtigt, die in höchstens 20 Minuten Fahrzeit ab mindestens einem der KTB angeschlossenen Betonwerk erreicht werden können. Dadurch werden rund 95 % aller von den KTB-Werken belieferten Baustellen erfasst. Für die nachfolgende Untersuchung müssen die Standorte der relevanten Alternativwerke ermittelt werden. Werden auch die (unbedeutenden) Lieferungen an weit entfernte Baustellen berücksichtigt, müssen sämtliche Standorte im entsprechenden Umfeld identifiziert sowie die entsprechenden Fahrzeiten berechnet werden. Dieser Aufwand steht in keinem Verhältnis zur Bedeutung der entsprechenden Lieferungen (weniger als 5 % der gelieferten Menge). Deshalb beschränkt sich die nachfolgende Untersuchung auf die Preismuster bei Baustellen im Umfeld von 20 Fahrminuten der KTB-Werke.

535. Ausserdem werden nur Baustellen erfasst, an welche mindestens [5–10] m³ Beton geliefert wurde. Bei kleineren Baustellen werden oft keine Offerten erstellt. Selbst wenn eine Offerte erstellt wurde, ist es bei kleinen Baustellen unwahrscheinlich, dass bei der Offertstellung die konkrete Wettbewerbslage vor Ort sorgfältig untersucht und bei der Preissetzung berücksichtigt wurde.⁵⁰⁶

536. Bei einigen Baustellen entspricht der Netto-Werkpreis dem Listenpreis. Dabei handelt es sich vorwiegend um kleine Baustellen. Für diese werden zum Teil keine Offerten erstellt.⁵⁰⁷ Ausserdem gibt es Baustellen, bei welchen der Netto-Werkpreis sogar höher ist als der Listenpreis. Das lässt sich dadurch erklären, dass Nicht-Baumeister einen Zuschlag auf den Listenpreis für Baumeister bezahlen. Die entsprechenden Preise werden aufgrund der Art des Kunden unterschiedlich festgelegt und lassen sich deshalb nicht mit den für Baumeister geltenden Preisen vergleichen. Deshalb werden sämtliche Baustellen von der Untersuchung ausgeschlossen, bei welchen der Netto-Werkpreis dem Listenpreis entspricht oder sogar über dem Listenpreis liegt.⁵⁰⁸

b. Messung des Netto-Werkpreises (abhängige Variable)

537. Als nächstes wird dargelegt, wie das Sekretariat den Netto-Werkpreis auf Ebene Baustelle mass. Am einfachsten wäre es gewesen, den durchschnittlichen Preis pro Kubikmeter Beton zu erfassen. Da nicht alle Betonsorten gleich teuer sind und nicht alle Baustellen mit den gleichen Sorten beliefert werden, wäre eine solche Messung nicht zuverlässig: Bei Baustellen, die mit relativ teuren Sorten beliefert werden, würde man so den Preis überschätzen.

⁵⁰⁶ Die Alluvia-Gruppe hat Listen der laufenden Offerten eingereicht (Act. VIII.A.5.b). Darin ist jeweils die Anzahl Kubikmeter Beton/Mörtel angegeben, die Gegenstand der aufgelisteten Offerten sind. Die kleinste Menge, für welche eine Offerte erstellt wurde, ist [5–10] m³.

⁵⁰⁷ Gemäss Auskunft von [F. _____] wird manchmal keine Offerte erstellt, wenn kleine Mengen durch den Kunden selber abgeholt werden (Act. VIII.A.49, Rz 164–166).

⁵⁰⁸ In Einzelfällen ist der Zuschlag auf den Listenpreis grösser als der Zuschlag für Nichtbaumeister. Dabei handelt es sich wahrscheinlich um Fehler in den eingereichten Lieferscheindaten. Durch den Ausschluss aller Baustellen, bei welchen der Netto-Werkpreis höher als der Listenpreis ist, fliessen diese Beobachtungen nicht in die Untersuchung ein.

538. Deshalb untersuchte das Sekretariat in einem ersten Schritt nur die Netto-Werkpreise der jeweils fünf meistgelieferten Betonsorten separat. Die meistgelieferten Sorten werden im Gegensatz zu den übrigen Sorten an einen Grossteil der Baustellen geliefert, so dass die entsprechenden Preise für viele verschiedene Baustellen beobachtet werden können.

539. Die meistgelieferten Sorten ermittelte das Sekretariat anhand der im Zeitraum 2007–2013 insgesamt gelieferten Mengen. In Tabelle 15 sind die fünf meistgelieferten Sorten der Werke Oberwangen, Bern-Betlehem, Worblaufen und Hindelbank (KTB-Werke der Alluvia-Gruppe) aufgelistet. Die angegebenen Durchschnittspreise sind Durchschnitte pro geliefertem Kubikmeter. In der linken Spalte ist die in den Lieferscheindaten enthaltene Artikelnummer angegeben.⁵⁰⁹ Tabelle 16 enthält die gleichen Angaben für die Frischbeton AG Rubigen.

Tabelle 15: Meistgelieferte Betonsorten 2007–2013, KTB-Werke der Alluvia-Gruppe

Artikelnummer	Bezeichnung	Anteil an Gesamtmenge	Netto-Werkpreis (Fr. pro m ³ , Ø)
[...]	[Sorte 1]	[...] %	[...]
[...]	[Sorte 2]	[...] %	[...]
[...]	[Sorte 3]	[...] %	[...]
[...]	[Sorte 4]	[...] %	[...]
[...]	[Sorte 5]	[...] %	[...]
Total		[>30] %	

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

Tabelle 16: Meistgelieferte Betonsorten 2007–2013, Frischbeton AG Rubigen

Artikelnummer	Bezeichnung	Anteil an Gesamtmenge	Netto-Werkpreis (Fr. pro m ³ , Ø)
[...]	[Sorte 1]	[...] %	[...]
[...]	[Sorte 2]	[...] %	[...]
[...]	[Sorte 3]	[...] %	[...]
[...]	[Sorte 4]	[...] %	[...]
[...]	[Sorte 5]	[...] %	[...]
Total		[>40] %	

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

540. Mit Ausnahme der jeweils an fünfter Stelle stehenden Sorte handelt es sich bei den meistgelieferten Sorten ausschliesslich um normierte Konstruktionsbetonsorten. Die Einhaltung der sortenspezifischen Eigenschaften wird von einer unabhängigen Stelle überprüft. Deshalb gibt es keine relevanten Qualitätsunterschiede zwischen verschiedenen Lieferungen.⁵¹⁰ Auch bei den beiden anderen Betonsorten ist es unwahrscheinlich, dass es zwischen verschiedenen Lieferungen grosse Qualitätsunterschiede gibt. Alle Lieferungen werden von den gleichen Unternehmen unter dem gleichen Sortennamen verkauft.

⁵⁰⁹ Die Sorten wurden untereinander anhand der Artikelnummer und nicht anhand der ebenfalls in den Daten enthaltenen Bezeichnung abgegrenzt. Teilweise sind unter der gleichen Artikelnummer (leicht) unterschiedliche Bezeichnungen eingetragen. Für die in Tabelle 15 und Tabelle 16 dargestellten Zahlen wurden nur Betonlieferungen an Baustellen herangezogen, die für die vorliegende Auswertung verwendet wurden. Baustellen, die wegen mangelnder Grösse oder zu grosser Entfernung zum Lieferwerk ausgeschlossen wurden (vgl. Rz 533 ff.), wurden nicht berücksichtigt.

⁵¹⁰ [I. _____] (Act. III.3., Rz 142–143), [H. _____] (Act. III.2., Rz 136–137), [E. _____] (Act. VIII.B.46, Rz 178–182), [F. _____] (Act. VIII.A.49, Rz 271–283)

541. Zusätzlich hat die Beschränkung auf die wichtigsten Sorten den Vorteil, dass alle Werke der Region diese Sorten tatsächlich im Angebot haben. Manche Spezialsorten – insbesondere Recycling Beton – werden nicht von allen Werken verkauft. Wenn aber das nächste Alternativwerk eine von einer Bauunternehmung benötigte Sorte gar nicht anbietet, reagieren die Preise möglicherweise nicht auf die Nähe des Alternativwerks. Wenn hingegen die Preise für alle Sorten gemeinsam festgelegt werden und die Wettbewerbssituation nicht für jede Sorte einzeln beurteilt wird, spielt es diesbezüglich keine Rolle, welche Sorten näher untersucht werden. Da die vier wichtigsten Sorten der beiden Parteien gängige normierte Konstruktionsbetonsorten sind, sind also vor allem diese von Interesse. Die Ergebnisse für die jeweils fünft-wichtigste Sorte unterscheiden sich allerdings kaum von denjenigen der vier meistgelieferten Sorten und werden der Vollständigkeit halber ebenfalls dargestellt.

542. In einer zusätzlichen Analyse wird statt der Netto-Werkpreise einzelner Sorten der durchschnittliche Rabatt aller an die gleiche Baustellenadresse gelieferten Sorten verwendet. Das hat den Vorteil, dass dadurch sämtliche Betonsorten übersichtlich erfasst werden können – auch diejenigen, die nur an wenige Baustellen geliefert werden. Sie hat den gerade eben angesprochenen Nachteil, dass manche Sorten nicht von allen Werken der Region angeboten werden. Ausserdem reflektieren die Listenpreise möglicherweise bereits die Wettbewerbsverhältnisse im Liefergebiet der verschiedenen Werke (insbesondere auch die räumliche Nähe von Konkurrenzwerken).

c. Messung der Fahrzeit Baustelle – nächstes Alternativwerk (unabhängige Variable)

543. Untersucht werden soll der Zusammenhang zwischen Netto-Werkpreis und der Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk (kurz «Fahrzeit»). Deshalb wird als nächstes erläutert, wie diese Fahrzeit gemessen wurde.

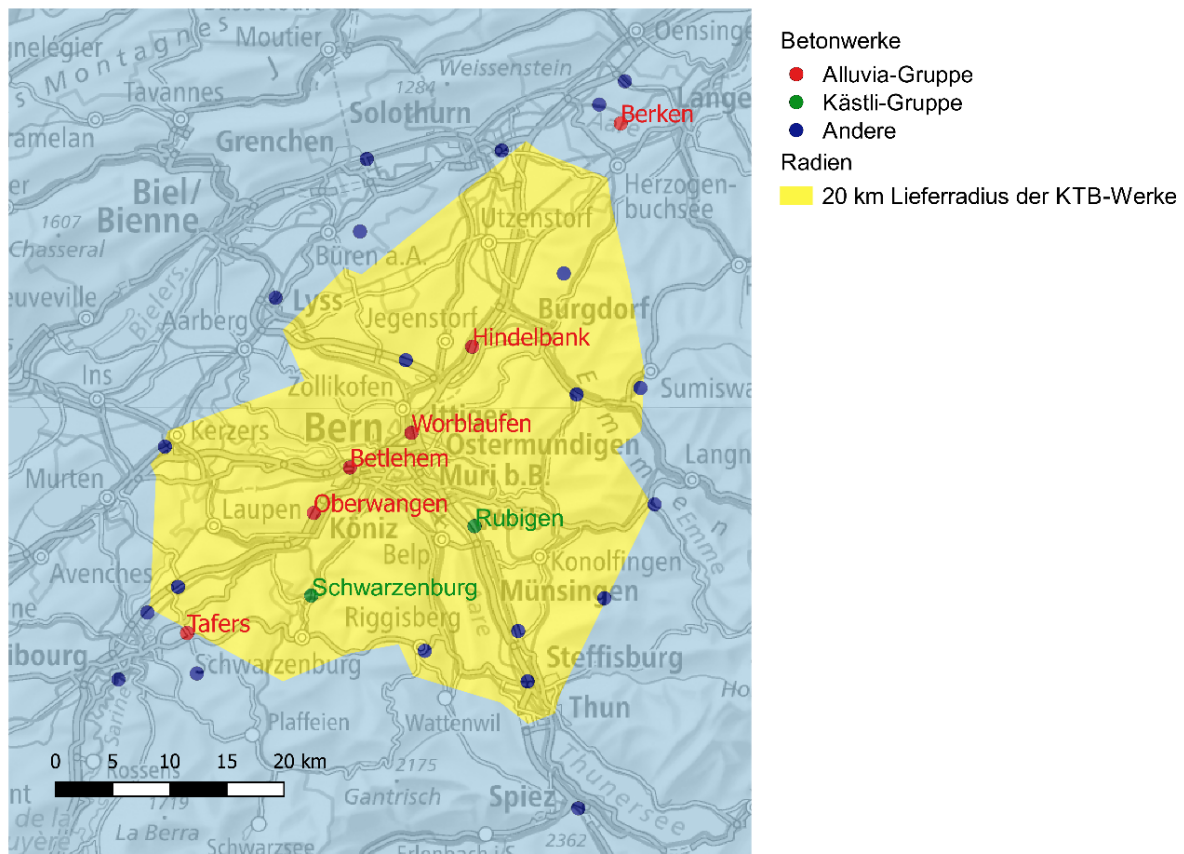
544. Als Erstes erfasste das Sekretariat die Adressen und Koordinaten aller Betonwerke, die als nächstes Alternativwerk für eine von den KTB-Werken belieferte Baustelle in Frage kommen. Wie bereits erwähnt, wurden nur Baustellen berücksichtigt, die innerhalb von 20 Minuten von einem der KTB angeschlossenen Werk erreicht werden können. Um die nächstgelegenen Alternativwerke zu erfassen, wurden alle Hersteller von Transportbeton im Umkreis von 30 Minuten Fahrzeit sowie alle Werke im Umkreis von 30 Kilometern Fahrdistanz ab einem KTB-Werk erfasst.⁵¹¹ Dazu verwendete das Sekretariat das online-Branchenverzeichnis «Wer Liefert Was».⁵¹² Es wertete auch die Aussagen der Parteien und der Nachfrageseite sowie Angaben des Kantons Bern zu den im Kanton tätigen Transportbetonwerken aus, um möglichst alle relevanten Alternativwerke zu erfassen. Eine Tabelle mit den Adressen aller erfassten Betonwerke einschliesslich der Koordinaten ist in Akte VII.36, Kapitel B.4.2, enthalten.

545. Das Sekretariat berechnete die Fahrzeiten zwischen den in Abbildung 19 eingetragenen Werken und den in den Lieferscheindaten aufgeführten Baustellen, wie in Abschnitt B.4.4.3 beschrieben, auf Ebene Postleitzahl.

⁵¹¹ Insbesondere bei Baustellen, die maximal weit vom Lieferwerk entfernt sind (20 Fahrminuten), wäre es theoretisch möglich, dass das nächste Alternativwerk mehr als 30 Fahrminuten vom Lieferwerk entfernt ist. Dieser Fall tritt aber nur dann auf, wenn es eine «Lücke» In Bezug auf die geografische Anordnung der Alternativwerke gibt. Da in allen Fahrtrichtungen relativ nah gelegene Alternativwerke stehen (vgl. Abbildung 19 – es handelt sich um die bereits in der Marktbeschreibung enthaltene Abbildung 10), reicht ein Radius von 30 Fahrminuten bzw. Fahrkilometern aus, um das jeweils nächste Alternativwerk für alle in die Auswertung einflussenden Baustellen identifizieren zu können.

⁵¹² <www.wlw.ch> (4.5.2018)

Abbildung 19: Wettbewerbssituation Beton



Quelle: Act. VI.5.a, Antworten auf Frage 26 (22-0440), eigene Recherchen, Swisstopo (Kartenmaterial)

d. Kontrollvariablen

546. Obwohl nur der Einfluss der Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk auf den Netto-Werkpreis von Interesse ist, kann dieser Zusammenhang nicht losgelöst von anderen Einflussfaktoren untersucht werden. Weshalb dem so ist, wird in Abschnitt (i) diskutiert. Anschliessend wird dargelegt, wofür «kontrolliert» werden muss und wie die verwendeten «Kontrollvariablen» gemessen wurden (ii).

i. Weshalb Kontrollvariablen?

547. Ausser der Fahrzeit zwischen der Baustelle und dem nächsten Alternativwerk beeinflussen auch die Baustellengrösse, die Produktionskosten sowie die erwartete Auslastung den Netto-Werkpreis. Wenn diese Faktoren mit der Fahrzeit korreliert sind, kann der Zusammenhang zwischen Fahrzeit und Netto-Werkpreis nur unter Berücksichtigung dieser zusätzlichen Faktoren zuverlässig gemessen werden.⁵¹³

548. Die Notwendigkeit der Berücksichtigung von Kontrollvariablen wird beispielhaft anhand der Baustellengrösse aufgezeigt: Grössere Baustellen können in der Regel einen besseren Betonpreis aushandeln als kleinere Baustellen. Ausserdem sind die Baustellen auf dem Land in der Regel kleiner als in städtischen Gebieten. Wenn die Dichte der Betone auf dem Land geringer ist als in städtischen Gebieten, ist die Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk auf dem Land länger als in städtischen Gebieten. Wenn man nun

⁵¹³ Zur Notwendigkeit von Kontrollvariablen vergleiche zum Beispiel JEFFREY M. WOOLDRIDGE, *Introductory Econometrics: A Modern Approach*, 2000, Kapitel 1

beobachtet, dass die Netto-Werkpreise auf dem Land höher sind als in städtischen Gebieten, kann das an den längeren Fahrzeiten zu den Alternativwerken oder an der geringeren Baustellengrösse liegen.

549. Um den Einfluss der Fahrzeit auf den Netto-Werkpreis zuverlässig und unter Berücksichtigung anderer Einflussgrössen messen zu können, führte das Sekretariat deshalb eine Regressionsanalyse durch. Dabei ermittelte es gleichzeitig den Einfluss mehrerer Faktoren (also z.B. Fahrzeit und Baustellengrösse) auf den Netto-Werkpreis. Da hier nur der Einfluss der Fahrzeit auf den Netto-Werkpreis von Interesse ist, werden die anderen Faktoren (also z.B. die Baustellengrösse) als «Kontrollvariablen» bezeichnet. Ihre Funktion besteht lediglich darin, die Zuverlässigkeit der Messung des Einflusses der Fahrzeit auf den Netto-Werkpreis sicherzustellen. Die Kontrollvariablen werden wie die Fahrzeit ebenfalls als «unabhängige Variablen» bezeichnet, da sie ebenfalls die «abhängige Variable» (Netto-Werkpreis) beeinflussen.

ii. **Messung der Kontrollvariablen**

550. Als nächstes wird dargelegt, welche Faktoren das Sekretariat neben der Fahrzeit zum nächsten Alternativwerk in die Untersuchung einschloss. Eine dieser Kontrollvariablen ist, wie bereits angesprochen, die Baustellengrösse. Diese wird anhand der an die Baustellenadresse gelieferten Anzahl Kubikmeter Beton gemessen.

551. Auch die Produktionskosten beeinflussen den Netto-Werkpreis. Allerdings sind diese bei allen KTB-Werken und damit auch für alle belieferten Baustellen vergleichbar (dazu Rz 148 ff.). Lediglich das Werk Worblaufen weist möglicherweise etwas höhere Produktionskosten auf, da sich vor Ort kein Kieswerk befindet. In Akte VII.36, Kapitel C.2.1, wird untersucht, ob dieser Umstand die Resultate beeinflusst. Das ist nicht der Fall.

552. Obwohl alle Werke vergleichbare Produktionskosten aufweisen, verändern sich diese möglicherweise im Verlauf des Zeitraums 2007–2013: Zum Beispiel sind die Preise der für die Betonherstellung benötigten Ausgangsstoffe (Energie, Zusatzmittel etc.) gewissen Schwankungen unterworfen. Damit die Ergebnisse dadurch nicht verfälscht werden, fügte das Sekretariat für jedes Jahr eine sogenannte «dummy Variable» hinzu. Dadurch können Veränderungen der Netto-Preise, die jährlich stattfinden und alle Baustellen unabhängig von ihrer Lage gleichermassen betreffen, erfasst werden. So kann sichergestellt werden, dass jährliche Preisveränderungen die Messung des Effekts der Fahrzeit auf den Netto-Werkpreis nicht beeinträchtigen.

553. Schliesslich kann die erwartete Auslastung des Lieferwerks den Netto-Werkpreis beeinflussen. Diese kann nicht gemessen werden. Es ist nicht bekannt, zu welchem Zeitpunkt die Preise festgelegt wurden. Auch in Bezug auf die Erwartungen der Betonwerke betreffend die Auslastung zum Zeitpunkt der Lieferung liegen keine Informationen vor. Deshalb kann der Einfluss dieses Faktors in den Berechnungen nicht erfasst werden.

554. Aus diesen Gründen zog das Sekretariat bei der Bemessung des Einflusses der Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk auf den Netto-Werkpreis die Baustellengrösse sowie das Jahr, in welchem die Lieferung stattfand, als Kontrollvariablen heran. Diese Messung wurde separat für die fünf meistgelieferten Betonsorten sowie für den Rabatt auf den Listenpreis für alle Betonsorten gemeinsam durchgeführt. Ausserdem wurden diese Messungen separat für die von der Alluvia-Gruppe und die von der Kästli-Gruppe eingereichten Lieferscheindaten vorgenommen. Unterschieden wurde ausserdem zwischen Baustellen, bei welchen das nächste Alternativwerk ein Konkurrenzwerk ist, und solchen, bei welchen das nächste Alternativwerk ein Kooperationswerk ist.

e. Spezifikation der Regressionsgleichung und Schätzmethode

555. Nachdem sowohl die abhängige Variable (Netto-Werkpreis) als auch die beiden unabhängigen Variablen (Fahrzeit und Baustellengrösse) identifiziert wurden, muss als nächstes der genaue Zusammenhang zwischen diesen Variablen definiert werden. Dieser ist in Gleichung 1 angegeben. Die darin verwendeten Bezeichnungen entsprechen den Namen der Variablen, die in den beigelegten Datensätzen verwendet werden. In Tabelle 17 wird definiert, was die verschiedenen Variablen genau messen.⁵¹⁴

Gleichung 1: Regressionsgleichung

$$\text{preis} = \text{konstante} + \alpha \cdot \text{minuten} + \beta \cdot \text{bmenge} + \gamma \cdot \text{bmenge}^2 + \varepsilon$$

Tabelle 17: Definition der verwendeten Variablen

Zu erklärende Grösse («Abhängige Variable»)	
Name der Variable	Beschreibung
preis	Netto-Werkpreis
Einflussfaktoren («Unabhängige Variablen»)	
Name der Variable	Beschreibung
minuten	Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk, gemessen in Minuten
bmenge	Insgesamt an die Baustellenadresse gelieferte Menge Beton, gemessen in 1000 Kubikmetern
bmenge2	Quadrierte Baustellengrösse (bmenge^2)

556. Ausser der Fahrzeit zum nächsten Alternativwerk («minuten») und der Baustellengrösse («bmenge») enthält Gleichung 1 eine zusätzliche Variable: «bmenge2». Dabei handelt es sich um die quadrierte Baustellengrösse. Diese Variable wird eingeschlossen, weil der Mengenrabatt nicht linear ist. Ab einer gewissen Baustellengrösse nimmt der zusätzlich gewährte Mengenrabatt pro Kubikmeter ab. Dem kann Rechnung getragen werden, indem zusätzlich die quadrierte Baustellengrösse eingeschlossen wird.⁵¹⁵

557. Im Gegensatz dazu führt eine längere Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk («minuten») zu proportional höheren Transportkosten und damit auch zu proportional höheren Offerten der Konkurrenten. Deshalb ist es bei dieser Variable nicht erforderlich, zusätzlich das Quadrat in die Schätzgleichung aufzunehmen.

558. Wie erwähnt, wird zusätzlich für Veränderungen der Inputpreise kontrolliert, indem für jedes Jahr ein unterschiedlicher Wert für die Konstante berechnet wird. Die dazu verwendeten dummy-Variablen sind im Interesse der Übersichtlichkeit weder in Gleichung 1 noch in Tabelle 17 aufgeführt. Auch bei der nachfolgenden Darstellung der Resultate werden die entsprechenden Werte nicht separat ausgewiesen, da diese für die vorliegende Untersuchung nicht relevant sind.

559. Zusätzlich zu den drei Variablen «minuten», «bmenge» und «bmenge2» und dem Jahr, in welchem der Beton ausgeliefert wird, beeinflussen auch anderen Faktoren den Netto-Werkpreis. Wie erwähnt, wird zum Beispiel nicht für den Einfluss der erwarteten Werkauslastung

⁵¹⁴ Bei manchen Berechnungen ist statt des Netto-Werkpreises der Rabatt auf den Listenpreis die abhängige Variable. Bei diesen Berechnungen wird ebenfalls die in Gleichung 1 angegebene Regressionsgleichung verwendet, ausser dass als abhängige Variable «rabatt» statt «preis» eingesetzt wird.

⁵¹⁵ Für sehr grosse und sehr kleine Baustellen ist die Berechnung des Mengenrabatts nicht zuverlässig. Die Berechnung des Effekts der Fahrzeit auf den Netto-Werkpreis wird dadurch aber nicht beeinträchtigt. Nähere Ausführungen dazu befinden sich in Akte VII.36, Kapitel C.1.1.

kontrolliert. Andere Faktoren wie zum Beispiel die Identität der an der Preisverhandlung teilnehmenden Personen werden ebenfalls nicht erfasst. Diese Elemente werden in einem Fehlerterm (« ε ») zusammengefasst.

560. Jeder der drei unabhängigen Variablen «minuten», «bmenge» und «bmenge2» ist ein sogenannter Parameter zugeordnet (α , β , γ). Diese messen den Einfluss der unabhängigen Variablen auf die abhängige Variable (den Netto-Werkpreis). Zusätzlich wird eine Konstante berechnet. Dabei handelt es sich ebenfalls um einen Parameter.

561. Für die Berechnungen der Parameter wird die Methode der kleinsten Quadrate (OLS) verwendet. Diese hat zahlreiche gute Eigenschaften und ist deshalb eine der in der Wissenschaft am weitesten verbreiteten Methoden.⁵¹⁶ Die Hypothesen 1 und 2 wurden zusätzlich auch mit anderen Methoden getestet (die entsprechenden Resultate werden in Akte VII.36, Kapitel C, diskutiert). Weil die Ergebnisse im Wesentlichen unverändert bleiben, werden an dieser Stelle lediglich die Ergebnisse der einfachsten und gebräuchlichsten Methode (also OLS) besprochen.

3. Darstellung und Interpretation der Resultate

562. Nachdem geklärt wurde, anhand welchen Modells Hypothese 1 und Hypothese 2 getestet wurden, können nun die verwendeten Tests sowie die entsprechenden Resultate genauer diskutiert werden. Dazu wird zunächst anhand eines Lesebeispiels dargelegt, wie die berechneten Parameter zu interpretieren sind (a). Anschliessend wird erläutert, nach welchen Kriterien entschieden wird, ob eine Variable einen «signifikanten» Einfluss hat (b). Schliesslich werden die zum Test von Hypothese 1 und Hypothese 2 angestellten Berechnungen diskutiert (c und d). In den Abschnitten (e) und (f) wird dargelegt, dass die Resultate dieser Tests robust sind.

a. Darstellung und Interpretation der berechneten Parameter

563. Die Darstellung und Würdigung der Resultate wird im Folgenden anhand von Tabelle 18 erläutert. Diese befindet sich auf S. 146 und zeigt die Resultate für die Daten der Alluvia-Gruppe für Baustellen, bei welchen das nächste Alternativwerk die Frischbeton AG Rubigen (= Kooperationswerk) ist. Es handelt sich um sechs separate Regressionen, eine für jede der fünf meistgelieferten Betonsorten sowie eine weitere für den Rabatt auf den Listenpreis aller Betonsorten.

564. Die erste Zeile der Tabelle gibt an, für welche Sorte die Berechnungen durchgeführt wurden. In der ersten Spalte finden sich zum Beispiel die Resultate für die Sorte «[Sorte 1]». In der zweiten Zeile ist die zu erklärende Grösse («abhängige Variable», hier der Netto-Werkpreis bzw. der Rabatt) angegeben. In den folgenden Zeilen sind jeweils zwei Zahlen für jeden der vier berechneten Parameter (α , β , γ , *konstante*) enthalten. Statt der Namen dieser Parameter ist in der Spalte links aussen jeweils der Name der unabhängigen Variable angegeben, deren Effekt die entsprechenden Parameter messen. In der Regression für die Sorte «[Sorte 1]» gibt es also zum Beispiel zwei Zahlen, die sich auf den Parameter α beziehen: 0,0258 und (0,18). Die obere Zahl entspricht dem berechneten Wert dieses Parameters. Die Zahl in Klammern ist ein Mass – die sogenannte t-Statistik – anhand dessen beurteilt werden kann, ob der Parameterwert signifikant von null abweicht (dazu hinten Rz 570 ff.).

565. Wenn man zum Beispiel die berechneten Parameterwerte für die Sorte «[Sorte 1]» aus Tabelle 18 in die Schätzgleichung einsetzt, ergibt sich das folgende Bild:

⁵¹⁶ Vgl. z.B. RUSSELL DAVIDSON / JAMES G. MACKINNON, *Econometric Theory and Methods*, New York: Oxford University Press, 2004

Gleichung 2: Schätzgleichung mit Parameterwerten für Sorte «[Sorte 1]»

$$\text{preis} = 136,5 + 0,0258 \cdot \text{minuten} - 1,847 \cdot \text{bmenge} + 0,0327 \cdot \text{bmenge}^2 + \varepsilon$$

566. Diese Gleichung kann folgendermassen interpretiert werden: Wenn eine Baustelle direkt neben dem Werk Rubigen liegt ($\text{minuten} = 0$) und eine minimale Grösse aufweist ($\text{bmenge} = 0$), dann ist der Erwartungswert des Netto-Werkpreises Fr. 136.50. Das ist der Wert der «Konstante». Wenn sich die Fahrzeit um eine Minute verlängert, steigt dadurch der Werkpreis um rund drei Rappen (Fr. 0.0258).

567. Der Effekt der Baustellengrösse auf den Preis ist etwas komplizierter zu berechnen, da dieser durch die beiden Parameter β und γ gemessen wird. Nehmen wir zum Beispiel an, dass eine Baustelle 1000 m³ Beton bezieht (« bmenge » = 1). In diesem Fall reduziert sich der Werkpreis im Vergleich zu einer Baustelle mit minimaler Grösse (« bmenge » = 0) um Fr. 1.81. Das entspricht dem Parameter $\beta = -1,847$ zuzüglich $\gamma = 0,0327$. Wenn die Baustelle stattdessen 2000 m³ Beton bezieht (« bmenge » = 2) reduziert sich der Netto-Werkpreis pro Kubikmeter um Fr. 3.56.

568. In der zweituntersten Zeile von Tabelle 18 ist die Anzahl der Baustellen angegeben, für welche Daten vorliegen. 2007–2013 haben die der KTB angeschlossenen Werke der Alluvia-Gruppe zum Beispiel die Sorte «[Sorte 1]» an 380 Baustellen geliefert, die insgesamt mindestens [...] m³ Beton bezogen haben und bei welchen der Netto-Werkpreis tiefer als der Listenpreis war. Schliesslich ist in der untersten Zeile der Vollständigkeit halber ein Bestimmtheitsmass angegeben («adjusted R²), welches für die vorliegende Untersuchung nur von beschränktem Interesse ist.

569. Relevant ist in erster Linie der für den Parameter α berechnete Wert. Dieser gibt an, wie sich die Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk auf den Netto-Werkpreis auswirkt. Bei ungehindertem Wettbewerb wäre zu erwarten, dass α einen signifikant positiven Wert annimmt (Hypothese 2 kann abgelehnt werden). Wenn hingegen eine Koordination der Liefergebiete vorliegt, hat die Fahrzeit keinen Einfluss auf den Betonpreis. In diesem Fall ist zu erwarten, dass der berechnete Wert für α nicht signifikant von null abweicht (Hypothese 1 kann nicht abgelehnt werden).

b. Statistische Signifikanz

570. Als nächstes wird diskutiert, wie entschieden wird, ob die Fahrzeit einen «signifikanten» Einfluss auf den Netto-Werkpreis hat. Zu diesem Zweck wird berechnet, wie zuverlässig der Parameter α gemessen werden kann. Die zweite für jeden Parameter angegebene Zahl (in Klammern) kann dazu verwendet werden. Es handelt sich um die für den sogenannten «t-Test» verwendete Teststatistik. Anhand dieser Teststatistik kann die Irrtumswahrscheinlichkeit berechnet werden: Diese entspricht der Wahrscheinlichkeit, dass eine Hypothese abgelehnt wird, obwohl sie wahr ist. In den Sozialwissenschaften wird eine Hypothese in der Regel abgelehnt, wenn die Irrtumswahrscheinlichkeit kleiner als 5 % ist.⁵¹⁷

571. Betrachten wir nun wieder die erste Spalte in Tabelle 18. Die zu testende Hypothese (Hypothese 1) besagt, dass α gleich null ist. Die t-Teststatistik für den Parameter α ist 0,18. Das bedeutet, dass Hypothese 1 nicht mit einer Irrtumswahrscheinlichkeit kleiner als 5 % abgelehnt werden kann. Hypothese 1 kann also in diesem Fall nicht verworfen werden. Für jeden Parameter ist anhand der Anzahl Sterne erkennbar, ob der Parameter sich signifikant von null unterscheidet. Ein Stern bedeutet, dass die Nullhypothese, dass der Parameter gleich null ist, mit einer Irrtumswahrscheinlichkeit von weniger als 5 % abgelehnt werden kann. Zwei Sterne

⁵¹⁷ Weitere Ausführungen zu Hypothesentests im linearen Regressionsmodell finden sich zum Beispiel in RUSSEL DAVIDSON / JAMES G. MACKINNON, *Econometric Theory and Methods*, 2004, Kapitel 4. In allen der folgenden Auswertungen wird immer ein zweiseitiger t-Test verwendet.

bedeuten, dass die entsprechende Irrtumswahrscheinlichkeit kleiner als 1 % ist, bei drei Sternen ist sie sogar kleiner als 0,1 %. Ob die für den t-Test und die verwendete Schätzmethode erforderlichen Annahmen erfüllt sind, wird im Akte VII.36, Kapitel C, ausführlich diskutiert.

c. Test von Hypothese 1

572. Als nächstes werden die Resultate der Berechnungen diskutiert. Dabei werden als erstes die Tests von Hypothese 1 betrachtet. Hypothese 1 besagt, dass der Netto-Werkpreis nicht auf die Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk reagiert, wenn das nächste Alternativwerk ein Kooperationswerk ist. Im Rahmen des vorgestellten Modells entspricht das der Hypothese, dass der Parameter α gleich null ist. Ist der für den Parameter α geschätzte Wert stattdessen signifikant positiv, ist das ein Indiz für ungehinderten Wettbewerb.

573. Hypothese 1 wird wie erwähnt anhand der fünf meistgelieferten Betonsorten sowie anhand des Rabatts auf den Listenpreis getestet. Ausserdem wird der Test separat mit den Daten der Alluvia- und der Kästli-Gruppe durchgeführt. Insgesamt handelt es sich also um 12 Tests. Tabelle 18 enthält die 6 Tests von Hypothese 1, die anhand der Daten der Alluvia-Gruppe durchgeführt wurden.

574. Daraus geht hervor, dass Hypothese 1 für keine der fünf meistgelieferten Betonsorten verworfen werden kann. Auch wenn statt des Einflusses der Fahrzeit auf den Netto-Werkpreis einzelner Betonsorten der Einfluss auf den Rabatt getestet wird (Spalte ganz rechts in Tabelle 18), kann Hypothese 1 nicht verworfen werden. Die Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk hat nie einen auch nur annähernd signifikanten Effekt auf den Netto-Werkpreis oder auf den Rabatt. Dabei ist zu beachten, dass das Vorzeichen des Parameters α beim letzten Test ganz rechts in Tabelle 18 unterschiedlich zu interpretieren ist als bei den Tests für die einzelnen Betonsorten: α hat ein negatives Vorzeichen. Das bedeutet, dass der Rabatt mit zunehmender Fahrzeit sinkt. Der Preis steigt also mit zunehmender Fahrzeit zwischen Baustelle und der Frischbeton AG Rubigen. Genauso wie bei den einzelnen Sorten ist dieser Effekt aber nicht signifikant.

575. Im Gegensatz zur Fahrzeit hat die Baustellengrösse einen sehr robusten und plausiblen Effekt auf den Netto-Werkpreis oder den Rabatt. Der für den Parameter β berechnete Wert hat in allen 6 Tests immer das gleiche Vorzeichen und ist immer signifikant.⁵¹⁸ Auch der für den Parameter γ berechnete Wert hat immer das gleiche Vorzeichen, ist aber bei zwei Sorten nicht signifikant. Die Anzahl Beobachtungen (N) ist umso grösser, je mehr Baustellen mit der entsprechenden Sorte beliefert wurden. Wenn statt des Netto-Werkpreises einzelner Sorten der Rabatt auf den Listenpreis verwendet wird, können alle Baustellen erfasst werden – unabhängig davon, mit welchen Sorten diese beliefert wurden. Deshalb ist die Anzahl der Beobachtungen in der Spalte ganz rechts in Tabelle 18 am grössten.

⁵¹⁸ Dabei ist wiederum zu beachten, dass das Vorzeichen für den letzten Test genau umgekehrt zu interpretieren ist, da dort als abhängige Variable der Rabatt statt des Netto-Werkpreises verwendet wurde.

Tabelle 18: Alluvia-Daten, Alternativwerk = Kooperationswerk (Test von Hypothese 1)

	[Sorte 1]	[Sorte 2]	[Sorte 3]	[Sorte 4]	[Sorte 5]	(Alle Sorten)
	preis	preis	preis	preis	preis	rabatt
minuten	0,0258 (0,18)	-0,177 (-0,61)	-0,0148 (-0,06)	-0,149 (-0,79)	0,0758 (0,57)	-0,0607 (-1,07)
bmenge	-1,847*** (-6,47)	-1,106* (-2,54)	-1,977*** (-6,59)	-1,265** (-2,69)	-2,549*** (-9,42)	1,871*** (12,08)
bmenge2	0,0327** (3,27)	0,0122 (0,90)	0,0342*** (3,60)	0,0128 (0,52)	0,0678*** (7,65)	-0,0439*** (-7,86)
konstante	136,5*** (56,19)	138,8*** (28,27)	142,6*** (35,94)	151,8*** (49,18)	123,5*** (59,35)	7,721*** (8,45)
<i>N</i>	380	136	142	203	367	848
adj. <i>R</i> ²	0,185	0,164	0,383	0,186	0,225	0,251

t Statistik in Klammern

* $p < 0,05$, ** $p < 0,01$, *** $p < 0,001$

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

576. Die gleichen sechs Tests wurden auch anhand der von der Kästli-Gruppe eingereichten Lieferscheindaten durchgeführt. Die entsprechenden Resultate sind in Tabelle 19 dargestellt. Hypothese 1 kann für eine Sorte ([Sorte 3]) sowie für den Rabatt auf den Listenpreis abgelehnt werden. Im Gegensatz dazu ist der Einfluss der Baustellengrösse auf den Netto-Werkpreis immer hoch signifikant.

577. Anders als bei den von der Alluvia-Gruppe eingereichten Daten liegen für die von der Kästli-Gruppe eingereichten Daten nur für die wichtigsten Betonsorten Listenpreise vor und in elektronischer Form nur für die Jahre 2010–2013. Deshalb ist die Anzahl der Beobachtungen für den ganz rechts in Tabelle 19 dargestellten Test sogar kleiner als bei einigen der meistgelieferten Betonsorten. Ausserdem ist die Berechnung der Variable «rabatt» anhand der von der Kästli-Gruppe eingereichten Daten im Gegensatz zu den Alluvia-Daten nur annäherungsweise möglich: Der zum Zeitpunkt der Preissetzung relevante Listenpreis ist unbekannt. Stattdessen wird der zum Zeitpunkt der Lieferung gültige Listenpreis verwendet. Bei den Alluvia-Daten ist bei allen Lieferungen der zum Zeitpunkt der Preissetzung relevante Listenpreis eingetragen.

578. Da bei zwei der sechs anhand der Lieferscheindaten der Kästli-Gruppe durchgeführten Tests Hypothese 1 abgelehnt werden kann, ergibt sich hier ein weniger klares Bild als bei der Auswertung der Daten der Alluvia-Gruppe. Hier kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Netto-Werkpreise der Kästli-Gruppe auf die Nähe der Werke der Alluvia-Gruppe reagieren. Falls es einen solchen Effekt gibt, ist er zu unbedeutend, um zuverlässig gemessen werden zu können. Da ausserdem die Daten der Kästli-Gruppe mit gewissen Fehlern behaftet sind (vgl. Rz 492 ff), erlauben die in Tabelle 19 dargestellten Resultate allein keine zuverlässigen

Rückschlüsse auf das Vorliegen einer allfälligen Abrede und müssen im Kontext anderer Auswertungen und Beweismittel beurteilt werden.

579. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Hypothese 1 weder anhand der von der Alluvia-Gruppe noch mit den durch die Kästli-Gruppe eingereichten Lieferscheindaten klar verworfen werden kann.

Tabelle 19: Kästli-Daten, Alternativwerk = Kooperationswerk (Test von Hypothese 1)

	[Sorte 1]	[Sorte 2]	[Sorte 3]	[Sorte 4]	[Sorte 5]	(Alle Sorten)
	preis	preis	preis	preis	preis	rabatt
minuten	0.266 (1.90)	0.331 (1.49)	0.629* (2.24)	0.0592 (0.10)	0.373 (1.93)	-0.447** (-3.05)
bmenge	-4.430*** (-8.29)	-3.898*** (-5.45)	-3.843*** (-4.41)	-4.947** (-2.74)	-3.087*** (-4.90)	2.209*** (4.19)
bmenge2	0.211*** (5.05)	0.168** (3.12)	0.195** (2.82)	0.244 (1.85)	0.131** (2.79)	-0.0841* (-2.12)
konstante	134.1*** (77.71)	146.8*** (52.89)	134.9*** (40.16)	161.0*** (20.80)	98.66*** (39.82)	12.30*** (6.77)
<i>N</i>	326	174	135	102	162	182
adj. <i>R</i> ²	0.359	0.356	0.373	0.234	0.390	0.267

t Statistik in Klammern

* $p < 0,05$, ** $p < 0,01$, *** $p < 0,001$

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

d. Test von Hypothese 2

580. Die Ergebnisse der Tests von Hypothese 1 sind vor allem in Verbindung mit den Ergebnissen der Tests von Hypothese 2 aussagekräftig. Dabei wird getestet, ob die Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk die Netto-Werkpreise bzw. den Rabatt beeinflusst, wenn das nächste Alternativwerk ein Konkurrenzwerk ist. Dazu wurden die gleichen Tests verwendet, die zur Überprüfung von Hypothese 1 eingesetzt wurden. Der einzige Unterschied besteht darin, dass ausschliesslich Baustellen betrachtet wurden, bei welchen das nächste Alternativwerk ein Konkurrenz- statt ein Kooperationswerk ist. Falls Hypothese 2 verworfen werden kann, ist damit klar, dass die Fahrzeit bei ungehindertem Wettbewerb den Netto-Werkpreis beeinflusst. Weil ein solcher Einfluss im Kooperationsgebiet nicht vorhanden oder zu schwach ist, um zuverlässig gemessen werden zu können, wäre das ein Indiz für eine Koordination der Liefergebiete.

581. Die sechs anhand der Alluvia-Daten durchgeführten Tests sind in Tabelle 20 dargestellt. Daraus ist ersichtlich, dass die Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk für jede der fünf meistgelieferten Sorten einen signifikanten Einfluss auf den Netto-Werkpreis hat: Je näher das nächste Alternativwerk, desto tiefer der Betonpreis. Auch wenn

statt des Einflusses auf die Netto-Werkpreise einzelner Sorten der Einfluss auf den Rabatt gemessen wird, ergibt sich ein ähnliches Bild: Wiederum sinkt der Betonpreis signifikant mit der Nähe zum nächsten Alternativwerk.

582. Die Hypothese, dass der Parameter α sich nicht von null unterscheidet, kann in allen 6 Tests mit einer Irrtumswahrscheinlichkeit von weniger als 0,1 % verworfen werden. Offensichtlich hat also die Nähe des nächsten Alternativwerks bei ungehindertem Wettbewerb einen deutlichen und gut messbaren Einfluss auf den Netto-Werkpreis. Die Tatsache, dass sich kein solcher Effekt messen lässt, wenn das nächste Alternativwerk ein Kooperationswerk ist, lässt sich also nicht darauf zurückführen, dass im Allgemeinen kein solcher Effekt existiert. Der Effekt liegt nur dann nicht vor, wenn das nächste Alternativwerk ein Kooperationswerk ist.

583. Auch die Grössenordnung des Effekts der Fahrzeit auf den Netto-Werkpreis ist realistisch. Der für den Parameter α berechnete Wert liegt bei allen der fünf meistgelieferten Sorten zwischen 0,65 und 0,9. Das bedeutet, dass eine zusätzliche Minute Fahrzeit zum nächsten Alternativwerk den Preis pro Kubikmeter Beton um 65 bis 90 Rappen erhöht. Das entspricht ungefähr den Mehrkosten, wenn ein Kubikmeter Beton eine Minute länger transportiert werden muss⁵¹⁹ und damit den Mehrkosten der Konkurrenzwerke, wenn diese länger zur zu beliefern- den Baustelle fahren müssen.

584. Während die Fahrzeit nur dann einen klar messbaren Einfluss auf den Netto-Werkpreis hat, wenn das nächste Alternativwerk ein Konkurrenzwerk ist, bleibt der berechnete Einfluss der Baustellengrösse auf den Netto-Werkpreis im Wesentlichen unverändert: Die für die Parameter β und γ berechneten Werte unterscheiden sich nur geringfügig von den in Tabelle 18 dargestellten Berechnungen.

⁵¹⁹ Gemäss Auskunft der Alluvia-Gruppe kostet ein Fahrmischer mit 7 Kubikmeter Fassungsvermögen zwischen [130 und 160] Franken pro Stunde (Act. VIII.A.49, Rz 494). Folglich kostet der Transport eines Kubikmeters Beton bei vollausgelastetem Fahrzeug pro zusätzlicher Minute zwischen [31 und 38] Rappen. Da der Betonmischer wieder zurückfahren muss, ergeben sich Kosten pro Minute und Kubikmeter von [62–76] Rappen. Da die Fahrzeit für Personenwagen gemessen wurde und ein Betonmischer etwas langsamer unterwegs ist, entspricht der gemessene Wert also ziemlich genau den zusätzlichen Transportkosten.

Tabelle 20: Alluvia-Daten, Alternativwerk=Konkurrenzwerk (Test von Hypothese 2)

	[Sorte 1]	[Sorte 2]	[Sorte 3]	[Sorte 4]	[Sorte 5]	(Alle Sorten)
	preis	preis	preis	preis	preis	rabatt
minuten	0.772*** (12.17)	0.736*** (7.65)	0.683*** (5.86)	0.897*** (7.88)	0.679*** (8.69)	-0.334*** (-11.92)
bmenge	-2.793*** (-11.50)	-2.238*** (-6.81)	-2.536*** (-7.65)	-2.172*** (-6.71)	-2.909*** (-10.36)	2.355*** (16.77)
bmenge2	0.1000*** (6.47)	0.0716*** (3.45)	0.0816*** (4.32)	0.0627** (3.30)	0.120*** (7.39)	-0.0893*** (-9.70)
konstante	121.9*** (130.55)	121.3*** (98.08)	127.6*** (72.13)	132.7*** (79.50)	111.0*** (96.94)	12.73*** (31.44)
N	1251	626	407	514	910	2378
adj. R ²	0.275	0.260	0.293	0.300	0.221	0.235

t Statistik in Klammern

* p < 0,05, ** p < 0,01, *** p < 0,001

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

585. Das Sekretariat führte die gleichen sechs Tests auch anhand der von der Kästli-Gruppe eingereichten Daten durch. Die entsprechenden Resultate sind in Tabelle 21 dargestellt. Die Fahrzeit zwischen Baustelle und dem nächsten Alternativwerk hat nie einen signifikanten Effekt auf den Netto-Werkpreis oder den Rabatt, Hypothese 2 kann also anhand der Kästli-Daten nicht verworfen werden. Dieser Befund ist aus den folgenden Gründen zu relativieren:

- Im Vergleich zu den anderen Tests liegen für diese sechs Tests weniger Beobachtungen vor. Das liegt daran, dass bei den allermeisten Baustellen, die von der Frischbeton AG Rubigen mit Beton beliefert werden, das nächste Alternativwerk zur Alluvia-Gruppe gehört.
- Eines der wichtigsten «Konkurrenzwerke» der Frischbeton AG Rubigen ist das Werk Oppligen der Kieswerk Daepf AG. Es ist bewiesen, dass es zwischen der Kästli-Gruppe und der Kieswerk Daepf AG eine Gebietsabrede gab, die möglicherweise auch während des Untersuchungszeitraums den Wettbewerb beeinträchtigte.⁵²⁰ Deshalb eignet sich das Konkurrenzgebiet der Frischbeton AG Rubigen möglicherweise nicht als Vergleichsmassstab.

586. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Hypothese 2 anhand der Alluvia-Daten verworfen werden kann, anhand der Kästli-Daten hingegen nicht. Die Kästli-Daten sind aufgrund der geringen Anzahl Beobachtungen und der vorherrschenden Wettbewerbsverhältnisse nicht

⁵²⁰ Vgl. Act. II.C.X.34 (22-0440) und Act. II.B.2 (22-0440)

geeignet, um zu testen, ob der Effekt der Fahrzeit auf den Netto-Werkpreis zuverlässig gemessen werden kann.

Tabelle 21: Kästli-Daten, Alternativwerk = Konkurrenzwerk (Test von Hypothese 2)

	[Sorte 1]	[Sorte 2]	[Sorte 3]	[Sorte 4]	[Sorte 5]	(Alle Sorten)
	preis	preis	preis	preis	preis	rabatt
minuten	0.132 (0.61)	0.0953 (0.28)	0.314 (0.89)	0.124 (0.22)	0.751 (1.95)	-0.183 (-1.24)
bmenge	-4.863*** (-5.87)	-3.445** (-2.90)	-3.646** (-3.18)	-1.977 (-1.15)	-3.272** (-3.21)	2.105*** (3.91)
bmenge2	0.175** (3.17)	0.0984 (1.35)	0.100 (1.34)	-0.00967 (-0.10)	0.108 (1.65)	-0.0376 (-1.02)
konstante	134.9*** (42.12)	147.7*** (31.05)	138.2*** (27.47)	154.1*** (22.24)	92.36*** (15.85)	8.333*** (3.94)
<i>N</i>	157	78	70	33	64	109
adj. <i>R</i> ²	0.416	0.385	0.443	0.497	0.409	0.364

t Statistik in Klammern

* $p < 0,05$, ** $p < 0,01$, *** $p < 0,001$

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

e. Liegen für den Test von Hypothese 1 genügend Beobachtungen vor?

587. Die Tatsache, dass Hypothese 1 weder anhand der Alluvia- noch anhand der Kästli-Daten klar abgelehnt werden kann, ist ein starkes Indiz für eine Koordination der Liefergebiete oder der Preise zwischen den beiden Parteien. Hypothese 2 wurde getestet, um sicherzustellen, dass sich durchaus ein Effekt messen liesse, wenn der Wettbewerb denn funktionieren würde. Das ist tatsächlich der Fall, wie die in Tabelle 20 dargestellten Ergebnisse zeigen. Die Anzahl Beobachtungen, anhand welcher Hypothese 2 mittels der Alluvia-Daten getestet werden kann, ist gross. Es liegen insgesamt Angaben zu 2378 Baustellen vor, an 1251 davon wurde die wichtigste Sorte, [Sorte 1], geliefert. Im Vergleich dazu gibt es deutlich weniger Baustellen, bei welchen das nächste Alternativwerk ein Kooperationswerk ist (vgl. Tabelle 18): Deshalb können nur 848 Baustellen für den Test von Hypothese 1 verwendet werden, bei der meistgelieferten Sorte sind es nur 380. Für den Test von Hypothese 2 anhand der Alluvia-Daten liegen also rund dreimal so viele Beobachtungen vor wie für den Test von Hypothese 1. Für den Test von Hypothese 1 anhand der Kästli-Daten ist die Anzahl der Beobachtungen noch deutlich geringer (vgl. Tabelle 19): Die meistgelieferte Sorte wird nur an 326 Baustellen verkauft, bei welchen das nächste Alternativwerk zur Alluvia-Gruppe gehört.

588. Um sicherzustellen, dass Hypothese 1 tatsächlich aufgrund des fehlenden Wettbewerbs nicht verworfen werden kann, führte das Sekretariat zusätzliche Untersuchungen durch. Dadurch kann gewährleistet werden, dass die fehlende Signifikanz nicht auf eine zu geringe Anzahl Beobachtungen zurückgeführt werden kann. Das Sekretariat verwendete zu diesem

Zweck die Daten der Baustellen, bei welchen tatsächlich wirksamer Wettbewerb herrscht: Baustellen also, die von einem KTB-Werk der Alluvia-Gruppe beliefert wurden und bei welchen das nächste Alternativwerk ein Konkurrenzwerk ist. Aus dieser Grundgesamtheit von Baustellen zog das Sekretariat zufällig eine Stichprobe. Die Grösse der gezogenen Stichprobe entsprach genau der Anzahl Beobachtungen, die für den Test von Hypothese 1 anhand der Kästli-Daten vorliegen. Sofern Hypothese 1 auch mit der zufällig gezogenen Stichprobe verworfen werden kann, ist der Test von Hypothese 1 aussagekräftig und scheitert nicht an einer zu geringen Anzahl Beobachtungen. In diesem Fall ist ein nicht nachzuweisender Zusammenhang zwischen der Variable «minuten» und dem Netto-Werkpreis ein klares Indiz für das Vorliegen einer Koordination.

589. Damit die Ergebnisse dieser Untersuchung nicht von der zufälligen Auswahl der Stichprobe abhängig sind, zog das Sekretariat 1000 Mal eine solche Stichprobe. So kann dargestellt werden, bei welchem Anteil dieser 1000 Stichproben Hypothese 1 mit einer Irrtumswahrscheinlichkeit von weniger als 5 % bzw. weniger als 1 % verworfen werden konnte.

590. Das Sekretariat führte diesen Test separat für jede der vier meistgelieferten Sorten der Frischbeton AG Rubigen durch. Dabei handelt es sich um normierte Konstruktionsbetonsorten, die im Untersuchungszeitraum auch von der Alluvia-Gruppe verkauft wurden. Dadurch konnte das Sekretariat eine zufällige Stichprobe aus der Grundgesamtheit der Baustellen ziehen, die von einem Alluvia-Werk mit der identischen Betonsorte beliefert wurden und bei welchen das nächste Alternativwerk ein Konkurrenzwerk war. Die fünftwichtigste Sorte der Frischbeton AG Rubigen ist eine Recycling-Beton Sorte. Da unklar ist, ob die Alluvia-Gruppe eine direkt vergleichbare Sorte verkaufte, wurde der Test für diese Sorte nicht durchgeführt (vgl. Rz 540 f.)

591. Zur Illustration wird der beschriebene Test am Beispiel der Sorte [Sorte 1] erläutert: Im Datensatz der Kästli-Gruppe liegen Angaben zu 326 Baustellen vor, bei welchen das nächste Alternativwerk der Alluvia-Gruppe gehört und an welche die Sorte [Sorte 1] geliefert wurde. Bei diesen Daten konnte das Sekretariat keinen signifikanten Effekt der Fahrzeit auf den Netto-Werkpreis feststellen (vgl. Tabelle 19). Um zu testen, ob die fehlende Signifikanz auf die geringe Anzahl Beobachtungen zurückzuführen war, wählte das Sekretariat zufällig 326 Baustellen aus den Alluvia-Daten aus, bei welchen das nächste Alternativwerk ein Konkurrenzwerk war und an welche ebenfalls die Sorte [Sorte 1] geliefert wurde. Unter Verwendung dieser 326 Beobachtungen wurde der Parameter α berechnet. Bei Wettbewerb sollte der Wert dieses Parameters signifikant von null abweichen und ein positives Vorzeichen aufweisen. Der Vorgang wurde 1000-mal wiederholt. Für jede einzelne der 1000 Stichproben konnte das Sekretariat die Hypothese 1 mit einer Irrtumswahrscheinlichkeit von weniger als 1 % ablehnen.

592. Die Resultate dieses Tests sind für die vier meistgelieferten Betonsorten der Frischbeton AG Rubigen in Tabelle 22 zusammengefasst. Die Stichprobengrösse entspricht, wie erwähnt, der Anzahl Baustellen, für welche Hypothese 1 anhand der Kästli-Daten getestet werden konnte. «Signifikant 5 %» gibt die Anzahl der Stichproben an, für welche Hypothese 1 mit einer Irrtumswahrscheinlichkeit von weniger als 5 % abgelehnt werden konnte⁵²¹ und bei welchen der Parameter α positiv war. «Signifikant 1 %» erfasst die Anzahl der Stichproben, die eine Ablehnung mit einer Irrtumswahrscheinlichkeit von weniger als 1 % erlaubten und bei welchen der Parameter α positiv war.

593. Gemäss diesen Berechnungen liegt es offensichtlich nicht an der geringen Anzahl Beobachtungen, dass die Fahrzeit sowohl bei der Alluvia- als auch bei der Kästli-Gruppe keinen Einfluss auf den Netto-Werkpreis hat, wenn das nächste Alternativwerk ein Kooperationswerk ist.

⁵²¹ Dabei wird wie bisher jeweils ein zweiseitiger t-Test der Nullhypothese angewandt, dass der Parameter α einen Wert von null annimmt.

Tabelle 22: Anzahl Stichproben (total 1000), für welche Hypothese 1 abgelehnt werden kann (5 % und 1 % Niveau) und α positiv ist

Sorte	Stichprobengrösse (N)	Signifikant 5 %	Signifikant 1 %
[Sorte 1]	326	1000	1000
[Sorte 2]	174	992	975
[Sorte 3]	135	920	791
[Sorte 4]	102	932	798

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.)

594. Die Kästli-Gruppe bringt im Gutachten von Polynomics (Act. VI.29, Beilage 1, Abschnitt 4.3.3) vor, dass die statistische Signifikanz nicht alleine von der Anzahl Beobachtungen, sondern auch von der Variation in den Variablen sowie den Korrelationen zwischen den Variablen abhängig sei. Diesbezüglich könne es Unterschiede zwischen den Daten der Alluvia-Gruppe und denjenigen der Kästli-Gruppe geben, da die Alluvia-Gruppe fünf, die Kästli-Gruppe hingegen nur ein Betonwerk besitze. Dadurch habe die Alluvia-Gruppe mehr Flexibilität in Bezug auf die Steuerung der Auslastung und die Transportoptimierung.

595. Tatsächlich haben auch die Variation und die Korrelation der Variablen einen Einfluss auf die Signifikanz. Allerdings betreibt die Kästli-Gruppe neben dem Betonwerk in Rubigen ein zweites in Schwarzenburg und hat dadurch ebenfalls eine gewisse Flexibilität. Die Entfernung zwischen Schwarzenburg und Rubigen ist aber grösser als diejenige zwischen den verschiedenen Werken der Alluvia-Gruppe und damit sind die entsprechenden Ausweichmöglichkeiten seitens der Kästli-Gruppe geringer als bei der Alluvia-Gruppe.

596. Da die erwartete Auslastung der verschiedenen Betonwerke nicht gemessen werden kann, kann nicht überprüft werden, ob diese bei den Werken der Alluvia-Gruppe tatsächlich eine andere Verteilung aufweist als bei der Frischbeton AG Rubigen. Selbst wenn es derartige Unterschiede gäbe, wäre damit immer noch nicht klar, ob und falls ja in welche Richtung die oben diskutierten Ergebnisse beeinträchtigt wären. Deshalb und weil die Unterschiede in Bezug auf den Einfluss der Variable «minuten» auf den Netto-Werkpreis zwischen dem Konkurrenzgebiet der Alluvia-Gruppe und dem Kooperationsgebiet der Kästli-Gruppe erheblich sind, scheint es unwahrscheinlich, dass diese Unterscheide alleine auf Differenzen in Bezug auf die Auslastung oder die Transportoptimierung zurückzuführen sind.

597. Eine plausiblere Interpretation besteht darin, dass im Konkurrenzgebiet der Alluvia ungehinderter Wettbewerb herrscht, im Kooperationsgebiet der Kästli- und der Alluvia-Gruppe hingegen nicht. Diese Schlussfolgerung liegt insbesondere in Anbetracht der weiteren Beweismittel (vgl. Rz 401 ff) nahe. Ausserdem ist der Vergleich des Kooperationsgebiets der Alluvia-Gruppe mit dem Konkurrenzgebiet der Alluvia-Gruppe nicht von den oben diskutierten möglichen Problemen behaftet. Daraus ergibt sich, dass die Preise der Alluvia-Werke nur dann auf die Nähe der Alternativwerke reagieren, wenn diese nicht der KTB angeschlossen sind. Es scheint wenig wahrscheinlich, dass die Alluvia-Gruppe bei der Festlegung ihrer Netto-Werkpreise auf die Kästli-Gruppe Rücksicht nimmt, während die Kästli-Gruppe im Gegenzug Wettbewerbspreise festlegt.

598. Aus diesen Gründen sind die Ergebnisse der Auswertung der Lieferscheindaten insbesondere der Alluvia-Gruppe ein Beweis dafür, dass die KTB-Betonwerke der Alluvia- und der Kästli-Gruppe ihre Liefergebiete oder Preise 2007–2013 koordiniert haben.

f. Zuverlässigkeit der Berechnungen

599. Zusätzlich zur Überprüfung der Anzahl Beobachtungen hat das Sekretariat die Robustheit der Testergebnisse in Bezug auf verschiedene andere Faktoren untersucht. Die entsprechenden Berechnungen befinden sich in Akte VI.36, Kapitel C, und werden nachfolgend zusammenfassend erläutert.

600. Wie bereits in Rz 151 diskutiert wurde, verfügt Worblauen als einziges der KTB angeschlossenes Betonwerk nicht über ein Kieswerk am gleichen Standort. Deshalb sind die Produktionskosten dort möglicherweise etwas höher. Um zu überprüfen, ob dieser Umstand die Resultate beeinflusst, schloss das Sekretariat alle Baustellen aus, bei welchen mehr als 10 % des Betons ab Werk Worblauen geliefert wurde. Mit dem so reduzierten Datensatz testete das Sekretariat die Hypothesen 1 und 2 erneut anhand der Daten der Alluvia-Gruppe. Die Resultate blieben im Wesentlichen unverändert.

601. Bei den von der Kästli-Gruppe eingereichten Daten wurden Baustellen ausgeschlossen, bei welchen Worblauen das nächste Alternativwerk war. Anschliessend wurde die Hypothese 1 wie bisher getestet. Dadurch reduziert sich die Anzahl Beobachtungen zusätzlich. Die Resultate blieben im Wesentlichen unverändert.

602. Ausserdem überprüfte das Sekretariat die zur zuverlässigen Berechnung der Testgrößen erforderlichen Annahmen. Dabei stellte sich heraus, dass die Messung des Einflusses der Baustellengrösse auf den Netto-Werkpreis bzw. den Rabatt stark von einigen Grossbaustellen beeinflusst wurde. Der für die vorliegende Untersuchung relevante Parameter (α) wurde dadurch aber nicht wesentlich beeinträchtigt. Die Annahme der Homoskedastizität wurde durch die Schätzung robuster Standardfehler überprüft. Zudem wurden Konfidenzintervalle für alle Parameter mittels bootstrap berechnet. Auch dadurch verändern sich die oben präsentierten Schlussfolgerungen nicht. Eine nichtparametrische Regression sowie eine 0.5-Quantilsregression führen ebenfalls zu ähnlichen Resultaten.⁵²²

603. Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, dass die Netto-Werkpreise der KTB-Werke nur dann deutlich auf die Nähe anderer Betonwerke reagieren, wenn diese nicht der KTB angeschlossen sind.

g. Alternative Schätzungen der Parteien

604. Polynomics hat im Auftrag der Kästli-Gruppe die in Tabelle 19 und Tabelle 21 dargestellten Berechnungen mit «bereinigten Daten» erneut durchgeführt (Act. VI.29, Beilage 1, Tabellen 6 und 7). Die entsprechenden Resultate unterscheiden sich aus den folgenden Gründen von den in Tabelle 19 und Tabelle 21 enthaltenen Ergebnissen:

- Polynomics ordnet teilweise einer Baustellenadresse auch dann eine Postleitzahl zu, wenn eine solche Zuordnung nicht eindeutig möglich ist. Das Sekretariat schliesst diese Beobachtungen von seinen Auswertungen aus (vgl. Rz 496 ff).
- Polynomics ordnet teilweise den vorhandenen Baustellenadressen die falsche Postleitzahl zu. Zum Beispiel wird der Baustellenadresse «Umbau/Sanierung Bundeshaus Ost» die Postleitzahl 3005 zugeordnet. Das Bundeshaus Ost liegt aber in der Postleitzahl 3011.

⁵²² Bei den mit den Alluvia-Lieferscheindaten vorgenommenen Auswertungen ist der gemessene Effekt der Fahrzeit auf den Netto-Werkpreis unabhängig von der gewählten Schätzmethode. Bei den anhand der Kästli-Daten vorgenommenen Auswertungen ist die Gesamteinschätzung ebenfalls unabhängig von der Schätzmethode: Die Variable «minuten» hat nie einen klaren Einfluss auf den Netto-Werkpreis. Da die entsprechenden Effekte teilweise knapp signifikant oder knapp nicht signifikant sind, ist es bei den Sorten [Sorte 3] und [Sorte 5] aber von der Schätzmethode abhängig, ob ein signifikanter Effekt festgestellt werden kann.

- Polynomics bringt zwar vor, dass die Adressdaten bereinigt werden müssten, nimmt aber selber keinerlei entsprechende Bereinigungen vor. Das Sekretariat hat inzwischen sämtlich Adressdaten bereinigt (vgl. Rz 500 f).
- Polynomics berücksichtigt nur Baustellen, an welche mindestens 10 m³ Beton geliefert wurde. Im Gegensatz dazu berücksichtigt das Sekretariat nur Baustellen, an welche mindestens [5–10] m³ Beton geliefert wurde, weil es sich dabei um die geringste Menge handelt, für welche nachweislich eine Offerte erstellt wurde (vgl. Fussnote 506). Polynomics begründet den Ausschluss der Baustellen, an die mehr als [5–10] m³ aber weniger als 10 m³ geliefert wurden, nicht.
- Polynomics korrigiert die ursprünglich fehlerhafte Rabattberechnung des Sekretariats nur unvollständig. Baustellen, bei welchen der Netto-Werkpreis über dem Listenpreis liegen, fliessen nicht in die Auswertungen ein (vgl. Rz 536). Diese Auswahl wird anhand des Rabatts vorgenommen. Polynomics hat den relevanten Programmcode an der entsprechenden Stelle nicht angepasst. Deshalb fliessen deutlich mehr Baustellen in die Auswertungen des Sekretariats ein als in diejenigen von Polynomics.

605. Das Sekretariat hat die Vorbringen der Kästli-Gruppe soweit möglich und sinnvoll bei der Berechnung der in Tabelle 19 und Tabelle 21 dargestellten Ergebnisse berücksichtigt, während die in Tabelle 6 und 7 des Gutachtens von Polynomics enthaltenen Ergebnisse (Act. VI.29, Beilage 1) an den oben genannten Problemen leiden. Deshalb erachten die Wettbewerbsbehörden die in Tabelle 19 und Tabelle 21 dargestellten Ergebnisse für massgebend.

h. Beurteilung der Ergebnisse der Auswertung der Lieferscheindaten

606. Die Auswertung der Lieferscheindaten der Alluvia-Gruppe führt zu klaren Ergebnissen: Die Netto-Werkpreise sämtlicher Sorten reagieren deutlich auf die Nähe von Konkurrenzwerken. Hingegen lässt sich kein solcher Effekt feststellen, wenn das nächste Werk zur Kästli-Gruppe gehört.

607. Im Vergleich dazu sind die Ergebnisse der Auswertung der Lieferscheindaten der Kästli-Gruppe weniger deutlich. Weder im Kooperations- noch im Konkurrenzgebiet lässt sich ein klarer Effekt der Nähe anderer Betonwerke auf den Netto-Werkpreis feststellen. Das liegt einerseits an der von der Kästli-Gruppe selber monierten schlechten Qualität der von ihr eingereichten Daten. Andererseits gibt es Hinweise darauf, dass im Konkurrenzgebiet der Kästli-Gruppe nur eingeschränkt Wettbewerb herrscht.

608. Insgesamt kann ausgeschlossen werden, dass die Alluvia-Gruppe bei der Preissetzung auf die Kästli-Gruppe Rücksicht nimmt, während die Kästli-Gruppe Wettbewerbspreise verlangt. Ausserdem zeigen neben den Lieferscheindaten die zusätzlich erwähnten Beweismittel, dass eine Gebietskoordination bestand. In Anbetracht dieses Gesamtbildes erachten es die Wettbewerbsbehörden deshalb als erwiesen, dass die Parteien ihre Liefergebiete koordiniert haben.

B.5.4.3.5 Beweisergebnis

609. Aufgrund der Auswertung der Lieferscheindaten und vor dem Hintergrund der Dokumentbeweise besteht kein vernünftiger Zweifel daran, dass die Parteien den übereinstimmenden wirklichen Willen gefasst hatten, Kunden für Beton, Sand und Kies in ihren jeweiligen Absatzgebieten ausschliesslich zu beliefern und Offerten und Lieferungen für Beton, Sand und Kies auf das ihnen zugeteilte Liefergebiet zu beschränken. Sie setzten die Gebietskooperation bis ins Jahr 2013 auch tatsächlich um.

610. Die Koordination der Liefergebiete führte dazu, dass sich die Verfahrensparteien bei der Akquisition von Aufträgen für Kies- und Betonlieferungen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) kaum konkurrierten.

B.5.4.3.6 Parteivorbringen

611. Die Alluvia-Gruppe legt zum «Nachweis des Bestehens von Wettbewerb im Raume Bern»⁵²³ dar, sie habe verschiedentlich an Ausschreibungen teilgenommen, für welche die Kästli-Gruppe den Zuschlag erhalten habe. Pro Jahr verliere die Alluvia-Gruppe rund [...] Ausschreibungen im auch von der Frischbeton AG Rubigen belieferten Gebiet. Diese Ausschreibungen würden «vorwiegend» von der Frischbeton AG Rubigen gewonnen. Ausserdem habe die Alluvia-Gruppe ihrerseits Ausschreibungen gewonnen, an welchen wahrscheinlich auch die Kästli-Gruppe teilgenommen habe.

612. Die Alluvia-Gruppe glaubt damit zu beweisen, dass keine Koordination vorliege. Der Aufwand zur Berechnung der Offerten sei derart hoch, dass bei Vorliegen einer Absprache kaum beide Absprachepartner eine Offerte eingereicht hätten.

613. Dieser Einwand widerspricht der Realität. Bei Submissionsabreden ist es erwiesene Praxis, Schutz- bzw. Stützofferten einzugeben.⁵²⁴ Ferner wäre es für die Nachfrageseite sofort offensichtlich, dass eine Absprache vorliegt, wenn nur derjenige Absprachepartner eine Offerte einreicht, der die Ausschreibung gemäss Absprache gewinnen soll. Deshalb reichen in der Regel alle an der Absprache beteiligten Unternehmen aufeinander abgestimmte Offerten ein. Dadurch reduziert sich in der Regel auch der Aufwand der bei der Ausarbeitung einer Offerte erforderlichen Berechnungen. Der Einwand ist daher zurückzuweisen.

614. Insbesondere führt die Alluvia-Gruppe beispielhaft drei Ausschreibungen in Bern Schönberg an, deren Auftragsvolumen sich insgesamt auf rund [15 000–30 000] m³ Beton beläuft. Da sich diese Baustellen «vor der Haustüre» des Werks Worblaufen befänden, wäre es gemäss der Einschätzung der Alluvia-Gruppe wenig plausibel, dass diese Aufträge bei Vorliegen einer Absprache der Kästli-Gruppe zugeschlagen worden wären.

615. Für eine der erwähnten drei Baustellen wird als Adresse die Kreuzung Schlosshaldenstrasse – Bitziusstrasse in Bern angegeben⁵²⁵. Gemäss google maps beläuft sich die Fahrzeit ab Werk Worblaufen auf 9, die Fahrzeit ab Werk Rubigen hingegen auf 11 Minuten. Es handelt sich also aufgrund der besseren Strassenverbindungen ab Rubigen lediglich um einen geringen Unterschied in Bezug auf die Fahrzeit, die für die Transportkosten ausschlaggebend ist.

616. In den von den Parteien selbst publizierten Preislisten sind Zonen definiert, für welche jeweils die gleichen Transportpreise verrechnet werden. Die Kreuzung Schlosshaldenstrasse – Bitziusstrasse liegt in Zone II des Betonwerks Worblaufen. Für Baustellen in dieser Zone werden gemäss Preisliste der Alluvia-Gruppe Transportkosten von Fr. 27.20 pro Kubikmeter Beton verrechnet.⁵²⁶ Die gleiche Adresse liegt in Zone 3 der Frischbeton AG Rubigen, die für den Transport eines Kubikmeters Beton einen Listenpreis von Fr. 27.80 angibt.⁵²⁷

617. Einerseits sind also die Transportkosten der Werke Rubigen und Worblaufen zur Belieferung der Baustellen in Bern Schönberg ähnlich hoch. Andererseits sind die Listenpreise

⁵²³ Act. VIII.A.5.b

⁵²⁴ Vgl. zuletzt RPW 2017/3, 439 Rz 139, 453 Rz 255, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*

⁵²⁵ Act. VIII.A.5.b, Beilage 3, für die anderen beiden Baustellen gibt die Alluvia-Gruppe keine genaue Adresse an.

⁵²⁶ Act. VIII.A.10.j

⁵²⁷ Act. VIII.B.40.n

der beiden Werke für den Transport von Beton an die entsprechende Adresse praktisch identisch. Deshalb ist es durchaus plausibel, dass diese Baustellen im Rahmen einer Absprache der Kästli-Gruppe zugeschlagen wurden.

618. Ausserdem unterscheidet sich das Werk Worblaufen in zweierlei Hinsicht von den anderen Werken der Alluvia-Gruppe:

- a. In Worblaufen befindet sich kein Kieswerk
- b. Der Alluvia-Gruppe gehören nur [<90] % des Aktienkapitals

619. Diese beiden Faktoren führen dazu, dass der Gewinn der Alluvia-Gruppe bei Baustellen in der Nähe von Worblaufen geringer ausfällt als bei Baustellen in der Nähe anderer Betonwerke der Alluvia-Gruppe. Einerseits sind aufgrund des fehlenden Kieswerks die Produktionskosten in Worblaufen höher, andererseits ist aufgrund der [<90] %-Beteiligung der Gewinnanteil der Alluvia-Gruppe tiefer als anderswo (vgl. Tabelle 6).

620. Ausserdem reicht die Alluvia-Gruppe keine Angaben zur Auslastung des Werks Worblaufen ein. Wenn dieses Betonwerk zum Zeitpunkt der Ausschreibung bereits viele Aufträge für den gleichen Zeitraum hatte, wäre bei Vorliegen einer Absprache zu erwarten, dass diese Baustellen der Kästli-Gruppe zugeteilt werden (vgl. Rz 152).

621. Aus diesen Gründen stehen die Vorbringen, wonach die Kästli-Gruppe die Baustellen in Bern-Schönenberg beliefert habe, dem Vorliegen einer Koordination der Liefergebiete nicht entgegen.

622. Die von der Alluvia-Gruppe erwähnten Beispiele sind ausserdem Teil der Auswertungen, die das Sekretariat anhand der Daten sämtlicher 2007–2013 von den KTB-Werken mit Beton belieferten Baustellen durchgeführt hat. Sie sind ein kleiner Bestandteil des in Abschnitt B.5.4.3.4 dargelegten Gesamtbildes und werden darin bereits berücksichtigt.

B.5.4.4 Zusammenfassendes Beweisergebnis der Koordination der Liefergebiete

623. Zwischen den Verfahrensparteien lag seit 1976 der übereinstimmende tatsächliche Wille vor (Konsens), die Liefergebiete ihrer Kies- und Betonwerke im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) zu koordinieren. Daran beteiligt waren die Alluvia-Gruppe mit den Kies- und Betonwerken Mattstetten, Hindelbank, Bern-Bethlehem, Oberwangen sowie dem Betonwerk Worblaufen und die Kästli-Gruppe mit dem Kies- und Betonwerk Rubigen.

624. Der Konsens der Verfahrensparteien, die Liefergebiete ihrer Kies- und Betonwerke im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) zu koordinieren, bestand bis Ende 2013.

625. Die Verfahrensparteien bezweckten mit der Koordination der Liefergebiete, sich bei der Akquisition von Aufträgen für Kies- und Betonlieferungen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) nicht zu konkurrieren. Ferner bezweckten die Verfahrensparteien, «*gebietsfremde*» Wettbewerber am Eintritt in die KTB-Liefergebiete zu hindern.

626. Die Verfahrensparteien verhielten sich in den Jahren 1976 bis 2013 entsprechend ihrem Konsens und koordinierten die Liefergebiete ihrer Kies- und Betonwerke im Raum Bern (Stadt und Agglomeration). Die Koordination der Liefergebiete erfolgte insbesondere durch die Koordination der Listenpreise für Kies- und Betonprodukte inklusive Transport sowie den gemeinsamen Mengenrabatt (dazu vorne Rz 294 ff. und Rz 383 ff.). Zudem vereinbarten die K.+U. Hofstetter AG und die Messerli Kieswerk AG mit der Lehmann Transport AG (heute Teil der Alluvia-Gruppe) schriftlich, dass diese keine Kunden und Kundinnen innerhalb der Liefergebiete ihrer Werke mit gewaschenen Sand- und Kieskomponenten sowie Splitt von Dritten beliefert. Im Gegenzug vereinbarten sie mit der Lehmann Transport AG schriftlich, dass diese in der Regel keine Baustellen im Einzugsgebiet des Kieswerkes der Kästli Bau AG in Rubigen

mit Sand-, Kies- oder Splitt-Komponenten ab einem Werk der K.+U. Hofstetter AG oder der Messerli Kieswerk AG beliefert.

627. Die Koordination ihrer Liefergebiete führte dazu, dass sich die Verfahrensparteien bei der Akquisition von Aufträgen für Kies- und Betonlieferungen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) kaum konkurrierten.

B.5.5 Kies- und Betonbatzen

B.5.5.1 Konsens, Inhalt und Beteiligte

(i) Beweisthema

628. Es ist zu untersuchen, ob zwischen den Kies- und Betonwerken Bern (KTB, Verfahrensparteien) und dem Baumeisterverband Region Bern (BVRB) eine übereinstimmende wirkliche Willenserklärung vorliegt, dem BVRB einen sogenannten Kies- und Betonbatzen zu überweisen (natürlicher Konsens).

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

629. Die Behörden verfügen über eine Vertragsurkunde vom 13. Juni 2001 (*«Vereinbarung zwischen dem Baumeisterverband Region Bern, nachfolgend BVRB genannt und den Kies- und Transportbetonwerken Bern und Umgebung, nachfolgend KTB AG genannt»*). Darin sind Abmachungen zwischen dem ehemaligen Baumeisterverband der Region Bern (BVRB) und den KTB-Werken in *«Artikeln»* festgehalten. Die Vereinbarung wurde für Sand-, Kies- und Transportbetonlieferungen abgeschlossen. Im vorliegenden Zusammenhang sind folgende Regelungen relevant:

- Gemäss Artikel 2 verpflichtete sich die KTB AG, die Versorgung der BVRB-Mitglieder mit Sand, Kies und Transportbeton jederzeit sicherzustellen.
- Laut Artikel 3 erklärten sich die KTB-Werke bereit, *«Nichtmitglieder nicht zu günstigeren Preisen und Konditionen zu beliefern als die Mitglieder des BVRB. Nichtbaumeister und Private bezahlen gemäss Preislisten einen Zuschlag (Kleinmengen, Bearbeitungs- und Risikoanteil)»*. Die Mitglieder des BVRB erklärten sich ihrerseits bereit, *«aufbereiteten Sand, Kies und Transportbeton in einem vereinbarten Gebiet bei den Werken der KTB AG zu beziehen»*.
- *«Sofern ein Mitglied des BVRB seinen Gesamtbedarf an Sand, Kies und Transportbeton»* im vereinbarten Gebiet bei den KTB-Werken bezog und bezahlte, *«entrichtet[e] die KTB AG dem BVRB für die Gesamtbezüge dieses Mitglieds einen <Kiesbatzen>»*. Der Kiesbatzen betrug Fr. –.30 pro Kubikmeter und der Betonbatzen Fr. –.50 pro Kubikmeter. Der Betrag sollte jährlich nach Erstellung der Liefer- und Transportstatistik ausgerichtet werden. Die Mittel sollten für die Nachwuchsförderung und Ausbildung von Berufsleuten im Bauhauptgewerbe eingesetzt werden. Die KTB AG lieferte zudem Sand, Kies, Beton und Mörtel kostenlos in die Maurerlehrhalle (Artikel 4).⁵²⁸

⁵²⁸ Act. II.A.3

630. Aus einer internen Notiz des KTB zum Thema Verrechnungen des «letzten» Kies- und Betonbatzens vom 18. Januar 2012 geht hervor, dass für die Auszahlung des Kies- und Betonbatzens nicht nur die Zugehörigkeit des Kunden zum BVRB entscheidend war, sondern auch der Standort. So sollten Baustellen, «*welche sich ausserhalb des KTB-Gebietes*» befinden, «*keinen Batzen für den BVRB zur Folge haben*». ⁵²⁹

b. Zeugenaussagen

631. Anlässlich seiner Zeugenaussage vom 15. September 2015 sagte [M. _____] aus, dass die KTB-Werke den Kies- und Betonbatzen an den BVRB auszahlten. ⁵³⁰ Laut [M. _____] war es der Wunsch der KTB-Werke, dass der BVRB seine Mitglieder «*motiviert*», bei ihnen Material zu beziehen. Dies habe der BVRB auch getan. ⁵³¹ Der Kies- und Betonbatzen sei jeweils bezahlt worden, wenn ein Mitglied des BVRB lückenlos bei den KTB-Werken Material bezogen habe. Habe ein BVRB-Mitglied bei einem anderen Werk Material bezogen, habe es für die Bezüge dieses Mitgliedes keinen Kies- und Betonbatzen für den Verband gegeben. ⁵³² Der BVRB habe den Kies- und Betonbatzen seinen Mitgliedern nicht direkt weitergeleitet, hingegen hätten Betriebe, welche Lehrlinge ausbildeten, aufgrund des Kies- und Betonbatzens z.B. von günstigeren Ansätzen für Kurstage profitiert. Diese seien über den Mitgliederbeitrag verrechnet worden. Generell habe der Mitgliederbeitrag durch den Kies- und Betonbatzen geschont werden können. Der Mitgliederbeitrag hätte sonst erhöht werden müssen. ⁵³³ Die KTB-Werke hätten die Vereinbarung mit dem Verband über den Kies- und Betonbatzen im Jahr 2011 gekündigt. ⁵³⁴

c. Parteiaussagen

632. Anlässlich seiner Parteieinvernahme vom 16. März 2015 sagte [C. _____] für die Alluvia-Gruppe aus, dass die bei der zentralen Inkassostelle angeschlossenen Betonwerke Hofstetter, Messerli und Kästli die Vereinbarung mit dem Baumeisterverband über den Kiesbatzen abgeschlossen hätten. ⁵³⁵

633. [E. _____] sagte anlässlich seiner Einvernahme vom 18. März 2015 für die Kästli-Gruppe aus, die Messerli, Hofstetter und Kästli hätten den Kiesbatzen gemeinsam festgelegt. ⁵³⁶

d. Schriftliche Parteieingaben

634. Die Kästli-Gruppe gab in ihrer schriftlichen Eingabe vom 12. Mai 2017 an, die Kästli- und die Alluvia-Gruppe hätten bis 2011 zugunsten des früheren Baumeisterverbandes der Region Bern (BVRB) einen Kies- und Betonbatzen entrichtet. Sie hätten dem BVRB für Kies- und Betonbezüge der BVRB-Mitglieder Fr. –.30 pro Kubikmeter Kies und Fr. –.50 pro Kubikmeter Beton bezahlt. Die Zahlung des Kies- und Betonbatzens auf einen Bezug eines BVRB-Mitglieds sei nur entrichtet worden, wenn dieses BVRB-Mitglied sämtliche Bezüge von Kies und Beton innerhalb der unmittelbaren Umgebung der Werke von der Kästli- und der Alluvia-

⁵²⁹ Act. II.A.26 (Anhang zur E-Mail)

⁵³⁰ Act. III.22, Zeilen 332 f. (22-0440)

⁵³¹ Act. III.22, Zeilen 353 ff. (22-0440)

⁵³² Act. III.22, Zeilen 369 ff. (22-0440)

⁵³³ Act. III.22, Zeilen 404 ff. (22-0440)

⁵³⁴ Act. III.22, Zeilen 412 f. (22-0440)

⁵³⁵ Act. III.17, Zeilen 374 f. i.V.m. Zeilen 363 f. (22-0440)

⁵³⁶ Act. III.18, Zeilen 378 f. (22-0440)

Gruppe bei diesen bezogen und seine Rechnung vollständig bezahlt hätte. Der Kies- und Betonbatzen wurde dem BVRB jährlich nach Vorliegen der Kies- und Betonlieferstatistiken ausbezahlt.⁵³⁷

635. Die Alluvia-Gruppe gab in ihrer Eingabe vom 4. Mai 2017 an, die Alluvia-Gruppe habe einen Kies- und Betonbatzen an den BVRB ausgerichtet. Der Betrag sei von den Bezügen der BVRB-Mitglieder abhängig gewesen. Sofern ein BVRB-Mitglied einmal nicht bei der Alluvia-Gruppe bezogen habe, seien dessen Bezüge für die Bemessung des Kies- und Betonbatzens nicht berücksichtigt worden.⁵³⁸

(iii) Beweiswürdigung

636. Die schriftliche «*Vereinbarung zwischen dem BVRB und den Kies- und Transportbetonwerken Bern und Umgebung*» beinhaltet eine Unterschriftenzeile für die KTB AG und den BVRB. [C._____] sagte für die Alluvia-Gruppe aus, dass die bei der zentralen Inkassostelle angeschlossenen Betonwerke Hofstetter, Messerli und Kästli die Vereinbarung mit dem Baumeisterverband über den Kiesbatzen abgeschlossen hätten. Damit stimmen auch die Angaben von [E._____] überein. Am Vorliegen des übereinstimmenden wirklichen Willens zwischen der Alluvia-Gruppe (Hofstetter, Messerli) und der Kästli-Gruppe sowie dem ehemaligen BVRB besteht somit kein Zweifel. Gegenstand des natürlichen Konsenses war die Bezahlung des sogenannten Kies- und Betonbatzens.

637. Der genaue Inhalt des Konsenses ergibt sich aus Artikel 3 und 4 der Vereinbarung. Die Mitglieder des BVRB erklärten sich bereit, «*aufbereiteten Sand, Kies und Transportbeton im auf dem beiliegenden Plan eingezeichneten Gebiet bei den Werken der KTB AG zu beziehen.*» Die KTB-Werke erklärten sich bereit, «*Nichtmitglieder nicht zu günstigeren Preisen und Konditionen zu beliefern als die Mitglieder des BVRB.*» Ferner sollten «*Nichtbaumeister und Private*» gemäss Preislisten einen Zuschlag bezahlen. Im Zusammenhang mit dieser Bezugsvereinbarung verpflichteten sich die KTB-Werke dem BVRB pro Kubikmeter Kies Fr. –.30 und pro Kubikmeter Beton Fr. –.50 zu entrichten. Dies galt allerdings nur, soweit ein Mitglied des BVRB seinen Gesamtbedarf an Sand, Kies und Transportbeton innerhalb des vereinbarten Gebietes ausschliesslich bei den KTB-Werken bezog. Diese Inhalte stimmen mit den Zeugenaussagen von [M._____] und mit den schriftlichen Eingaben der Kästli- und der Alluvia-Gruppe überein. Der Inhalt des Konsenses ist dadurch bewiesen.

(iv) Beweisergebnis

638. Es ist bewiesen, dass zwischen den KTB-Werken (Messerli, Hofstetter und Kästli) einerseits sowie zwischen den KTB-Werken und dem BVRB andererseits ein Konsens über die Ausbezahlung eines Kies- und Betonbatzens in der Höhe von je Fr. –.30 pro Kubikmeter Kies und Fr. –.50 pro Kubikmeter Beton zugunsten des BVRB und seinen Mitgliedern bestand. Die KTB-Werke verpflichteten sich, den Kies- und Betonbatzen zu entrichten und Nicht-Mitglieder nicht zu günstigeren Preisen und Konditionen zu beliefern. Ferner sollten Private und Nichtbauherren einen Preiszuschlag bezahlen. Im Gegenzug sollten die BVRB-Mitglieder Sand, Kies und Transportbeton auf dem vereinbarten Gebiet der KTB-Werke einzig bei den KTB-Werken beziehen.

⁵³⁷ Act. VIII.B.1, S. 4/6

⁵³⁸ Act. VIII.A.1 Rz 12.3

B.5.5.2 Verfolger Zweck

(i) Beweisthema

639. Es ist weiter darüber Beweis zu führen, welchen Zweck die Verfahrensparteien mit der Vereinbarung mit dem BVRB über den Kies- und Betonbatzen verfolgten. Die Behörden stützen sich auf die nachfolgend aufgeführten Beweismittel.

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

640. In der schriftlichen Vereinbarung vom 13. Juni 2001 zwischen dem BVRB und den KTB-Werken erklärten sich die Mitglieder des BVRB bereit, aufbereiteten Sand, Kies und Transportbeton in einem vereinbarten Gebiet bei den Werken der KTB AG zu beziehen (Art. 3 Abs. 2). Im Gegenzug erklärten sich die KTB-Werke gegenüber dem BVRB bereit, Nichtmitglieder nicht zu günstigeren Preisen und Konditionen zu beliefern als die Mitglieder des BVRB. Nichtbaumeister und Private zahlten einen Zuschlag gemäss Preisliste (Art. 3 Abs. 1). Ferner vereinbarten die KTB-Werke mit dem BVRB, ihm einen Kies- und Betonbatzen in der Höhe von Fr. –.30 pro Kubikmeter Kies bzw. Fr. –.50 pro Kubikmeter Beton auszuzahlen. Die KTB-Werke entrichteten den Kies- und Betonbatzen einzig, wenn ein Mitglied des BVRB seinen «*Gesamtbedarf*» an Sand, Kies und Transportbeton im vereinbarten Gebiet bei den KTB-Werken bezog und bezahlte (Art. 4 Abs. 1).⁵³⁹

641. Art. 4 Abs. 2 der Vereinbarung hielt fest, die «*Mittel aus dem Kiesbatzen*» würden «*vom BVRB für die Nachwuchsförderung und Ausbildung von Berufsleuten im Bauhauptgewerbe eingesetzt werden.*» Gemäss Art. 4 Abs. 3 der Vereinbarung unterstützte die KTB AG die «*Bestrebungen*» um Nachwuchsförderung durch die unentgeltliche Lieferung von Sand, Kies, Beton und Mörtel in die Maurerlehrhalle.⁵⁴⁰

b. Zeugenaussagen

642. Anlässlich seiner Zeugenaussage vom 15. September 2015 sagte [M. _____] aus, dass die KTB-Werke den Kies- und Betonbatzen an den BVRB auszahlten.⁵⁴¹ Laut [M. _____] war es der Wunsch der KTB-Werke, dass der BVRB seine Mitglieder «*motiviert*», bei ihnen Material zu beziehen. Dies habe der BVRB auch getan.⁵⁴² Der Kies- und Betonbatzen sei jeweils bezahlt worden, wenn ein Mitglied des BVRB lückenlos bei den KTB-Werken Material bezogen habe. Habe ein BVRB-Mitglied bei einem anderen Werk Material bezogen, habe es für die Bezüge dieses Mitgliedes keinen Kies- und Betonbatzen für den Verband gegeben.⁵⁴³ Aufgrund des Kies- und Betonbatzens habe der Mitgliederbeitrag der BVRB-Mitglieder geschont werden können.⁵⁴⁴

⁵³⁹ Act. II.A.3

⁵⁴⁰ Act. II.A.3

⁵⁴¹ Act. III.22, Zeilen 332 f. (22-0440)

⁵⁴² Act. III.22, Zeilen 353 ff. (22-0440)

⁵⁴³ Act. III.22, Zeilen 369 ff. (22-0440)

⁵⁴⁴ Act. III.22, Zeilen 404 ff. (22-0440)

c. Parteiaussagen

643. Anlässlich seiner Einvernahme vom 16. März 2015 sagte [C._____] aus, er wisse nicht, weshalb der Kiesbatzen eingeführt worden sei. Für ihn sei klar gewesen, dass damit ein Beitrag an die Baumeisterlehrlinge geleistet werde.⁵⁴⁵

644. [E._____] sagte anlässlich seiner Einvernahme vom 18. März 2015 für die Kästli-Gruppe aus, der Kiesbatzen sei ein Kundenbindungsinstrument gewesen. Man habe dem Baumeisterverband mit dem Kiesbatzen eine Zahlung zur Förderung bzw. Ausbildung der Lehrlinge gegeben. Der Kiesbatzen sei zweckgebunden gewesen, er sollte für die Ausbildung der Maurerlehrlinge eingesetzt werden.⁵⁴⁶

(iii) Beweiswürdigung

645. Zunächst sind die Aussagen aus der schriftlichen Vereinbarung zu würdigen. Gemäss Art. 3 Abs. 2 der Vereinbarung wollten die Mitglieder des BVRB aufbereiteten Sand, Kies und Transportbeton im vereinbarten Gebiet bei den Werken der KTB AG beziehen. Aus dieser Vereinbarung folgt, dass die KTB-Werke die BVRB-Mitglieder als Kunden an sich binden wollten. Um diese Bindung besser zu erreichen, garantierten die KTB-Werke den BVRB-Mitgliedern, Nichtmitgliedern keine billigeren Preise anzubieten, zudem wollten sie einen sogenannten Kies- und Betonbatzen entrichten, allerdings nur, wenn ein Unternehmen seinen Gesamtbedarf an Kies- und Betonprodukten bei den KTB-Werken bezog. Diese Folgerung findet sich auch durch die Aussage von [E._____] bestätigt, der den Kiesbatzen als «Kundenbindungsinstrument» bezeichnete. Im gleichen Sinne sagte auch [M._____] aus, es sei der Wunsch der KTB-Werke gewesen, dass der BVRB seine Mitglieder «motiviert», bei Ihnen Material zu beziehen. Ferner habe der Kiesbatzen dazu geführt, dass die Beiträge und Schulungen für die BVRB-Mitglieder billiger ausgefallen seien. Durch die Gewährung des Kiesbatzens bestand also auch ein Anreiz für die BVRB-Mitglieder sich an die Vereinbarung zu halten.

646. Mit der Vereinbarung bezweckten die KTB-Werke folglich, die BVRB-Mitglieder an sich zu binden. Zudem verschafften die KTB-Werke sich durch die Gewährung des Kies- und Betonbatzens gegenüber Konkurrenten, welche den Mitgliedern des BRVB keinen solchen Kies- und Betonbatzen anboten, gemeinsam einen Wettbewerbsvorteil. Insgesamt bezweckten die KTB-Werke damit auch, aussenstehenden Wettbewerbern den Marktzutritt zu ihren eigenen Gunsten zu erschweren. An diesem Schluss ändern auch die nachfolgenden Umstände nichts.

647. Die Vereinbarung vom 13. Juni 2001 enthielt eine Passage, wonach der BVRB den Kiesbatzen für die Nachwuchsförderung und Ausbildung von Berufsleuten einsetze (Art. 4 Abs. 2). Die KTB-Werke wollten «diese Bestrebungen» zusätzlich durch die unentgeltliche Lieferung von Baustoffen an die Maurerlehrhalle unterstützen. [C._____] sagte aus, er wisse nicht, weshalb der Kiesbatzen eingeführt worden sei, für ihn diene er der Lehrlingsausbildung. Übereinstimmend damit sagte auch [E._____] aus, der Kiesbatzen sei zweckgebunden gewesen für die Ausbildung der Maurerlehrlinge.

648. Es kann dahingestellt bleiben, ob aus Sicht des BVRB und seiner Mitglieder die Finanzierung der Lehrlingsausbildung durch den Kiesbatzen im Vordergrund stand. Aus der Sicht der KTB-Werke stand dieser Zweck jedenfalls nicht im Vordergrund. Wäre die Lehrlingsförderung im Vordergrund gestanden, hätten die KTB-Werke entweder einen Kiesbatzen für jeglichen bei ihnen bezogenen Kubikmeter ausbezahlt, oder sie hätten dem BVRB und seinen Mitgliedern z.B. jährlich eine unbedingte Spende für die Lehrlingsförderung zugesprochen. Dies war aber gerade nicht der Fall, denn die KTB-Mitglieder wollten den Kiesbatzen nur entrichten, wenn ein BVRB-Mitglied seine «Gesamtbezüge» bei den KTB-Werken tätigte. Dies

⁵⁴⁵ Act. III, 17, Zielen 376 ff. (22-0440)

⁵⁴⁶ Act. III.18, Zeilen 357 ff. (22-0440)

beweist, dass nicht die Lehrlingsförderung, sondern die Kundenbindung und die Erschwerung des Markteintritts für Konkurrenten ausserhalb des KTB im Vordergrund standen.

(iv) Beweisergebnis

649. Insgesamt ist bewiesen, dass die Verfahrensparteien mit der Auszahlung des Kies- und Betonbatzens zweierlei bezweckten: Einerseits wollten sie ihre Abnehmer an sich binden und andererseits aussenstehenden Wettbewerbern den Marktzutritt zu ihren eigenen Gunsten erschweren. Die KTB-Werke zielten also darauf ab, mit dem Kies- und Betonbatzen den Wettbewerb zu ihren eigenen Gunsten einzuschränken.

B.5.5.3 Dauer

(i) Beweisthema

650. Nachfolgend ist zu prüfen, während welcher Zeitperiode zwischen den Verfahrensparteien Konsens über die Auszahlung eines Kiesbatzens bestand, um auf diese Weise den Wettbewerb zu ihren Gunsten einzuschränken.

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

651. Mit Bezug auf die Vereinbarungsdauer besagt Artikel 7 der Vereinbarung, dass diese *«rückwirkend auf den 1. Januar 2001 in Kraft»* trat und *«bis zum 31. Dezember 2003»* lief, wobei die Kündigungsfrist 6 Monate betrug. Wurde die Vereinbarung nicht fristgemäss gekündigt, lief sie *«jeweils ein Jahr weiter»*.⁵⁴⁷

652. Den Wettbewerbsbehörden liegt ein Entwurf eines Kündigungsschreibens vom 20. April 2011 vor. Darin richtet sich die KTB-Inkassostelle an den BVRB und kündigt die Vereinbarung vom 13. Juni 2001 zur *«Sponsoringaktivität zu Gunsten des BVRB»* mit Wirkung auf den 31. Dezember 2011.⁵⁴⁸

653. Dem Bericht der KTB AG über das Geschäftsjahr vom 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2011 ist zu entnehmen, dass die KTB AG die *«Kies- und Betonbatzenbeiträge an den BVRB»* für das Jahr 2011 zum letzten Mal auf Basis des per Ende 2011 gekündigten Vertrages ausbezahlte. Dasselbe Dokument enthält eine Liste der Auszahlungen an den BVRB bzw. den BVB/BVM von 1998 bis 2011⁵⁴⁹:

⁵⁴⁷ Act. II.A.3

⁵⁴⁸ Act. II.A.18

⁵⁴⁹ Act. II.A.33, S. 23

Auszahlungen an beide Verbände bzw. den BVRB (exkl. MwSt):

1998	BVB/BVM	106'186.10
1999	BVB/BVM	118'853.00
2000	BVB/BVM	119'053.80
2001	BVRB	119'230.05
2002	BVRB	117'033.05
2003	BVRB	98'909.80
2004	BVRB	113'485.20
2005	BVRB	132'303.50
2006	BVRB	112'554.80
2007	BVRB	113'601.60
2008	BVRB	85'415.60
2009	BVRB	72'670.85
2010	BVRB	85'403.40
2011	BVRB	60'000.00

550

b. Zeugenaussagen

654. [M._____] sagte am 15. September 2015 als Zeuge aus, nach der Umstrukturierung des Verbandes zum Kantonal-Bernischen Baumeisterbandes (KBB) im Jahr 2011 hätten die KTB-Werke im Verlauf des Jahres 2011 die Vereinbarung mit dem BVRB gekündigt und einen Vorschlag für einen Sponsoringbetrag unterbreitet.⁵⁵¹

c. Parteiaussagen

655. Anlässlich seiner Einvernahme vom 16. März 2017 sagte [E._____] für die Kästli-Gruppe aus, dass der Kiesbatzen an den BVB und den BVRB bezahlt worden sei. Dieser habe «ungefähr dreimal» den Namen gewechselt.⁵⁵²

(iii) Beweiswürdigung

656. Zunächst sind die Urkunden zu würdigen. Die Vereinbarung vom 13. Juni 2001 hält fest, dass der Vertrag um jeweils ein Jahr weiterlaufe, sofern keine Kündigung mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten eingereicht werde. Wie der Entwurf des Kündigungsschreibens vom 20. April 2011 zeigt, wurde die Vereinbarung von der KTB AG per 31. Dezember 2011 gekündigt. Aus dem Jahresbericht der KTB AG aus dem Jahre 2011 geht ebenfalls hervor, dass der Vertrag per Ende 2011 gekündigt wurde. Zugleich geht aus dem Jahresbericht hervor, dass der Kies- und Betonbatzen bereits dem Vorgängerverband des BVRB – dem BVB/BVM – ausgerichtet worden war und zwar seit dem Jahr 1998.

657. Übereinstimmend mit dem Jahresbericht 2011 bezüglich der Auszahlung des Betonbatzens an den BVRB bzw. an dessen Rechtsvorgänger BVB/BVM sagte [E._____] aus, der Kiesbatzen sei an den BVRB bzw. den BVB ausbezahlt worden. Schliesslich bestätigte auch der Zeuge das Enddatum der Auszahlung des Kiesbatzens.

658. Es ist folglich ohne vernünftige Zweifel bewiesen, dass die KTB-Werke bzw. die KTB AG dem BVRB bzw. dessen Vorgängerverband – dem BVB/BVM – zwischen 1998 bis Ende 2011 den Kies- und Betonbatzen auszahlten.

⁵⁵⁰ Act. II.A.33, S. 23

⁵⁵¹ Act. III.22, Zeile 412 ff. (22-0440)

⁵⁵² Act. III.18, Zeile 373 (22-0440)

(iv) Beweisergebnis

659. Es ist bewiesen, dass der Konsens zwischen den KTB-Werken (Messerli, Hofstetter und Kästli) einerseits und den KTB-Werken und dem BVRB andererseits über die Auszahlung eines Kies- und Betonbatzens in der Höhe von je Fr. –.30 pro Kubikmeter Kies und Fr. –.50 pro Kubikmeter Beton zwischen 1998 und Ende 2011 bestand.

B.5.5.4 Umsetzung und Auswirkungen

(i) Beweisthema

660. Nachfolgend ist zu untersuchen, ob sich die Verfahrensparteien tatsächlich entsprechend ihrem Konsens verhielten, dem BVRB und seinen Mitgliedern einen Kies- und Betonbatzen zu bezahlen, um die BVRB-Mitglieder an sich zu binden. Darüber hinaus sind die Auswirkungen zu beurteilen, welche dieses Verhalten gegebenenfalls hatte.

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

661. Dem Bericht der KTB AG über das Geschäftsjahr vom 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2011 ist zu entnehmen, dass die KTB AG den Kies- und Betonbatzen für das Jahr 2011 zum letzten Mal auf Basis des per Ende 2011 gekündigten Vertrages ausbezahlte. Dasselbe Dokument enthält eine Liste der Auszahlungen an den BVRB bzw. den BVB/BVM von 1998 bis 2011. Die Auszahlungen der Kies- und Betonbatzenbeiträge beliefen sich auf mindestens Fr. 60 000.– im Jahr 2011 bis maximal Fr. 132 303.50 im Jahr 2005.⁵⁵³

Auszahlungen an beide Verbände bzw. den BVRB (exkl. MwSt):

1998	BVB/BVM	106'186.10
1999	BVB/BVM	118'853.00
2000	BVB/BVM	119'053.80
2001	BVRB	119'230.05
2002	BVRB	117'033.05
2003	BVRB	98'909.80
2004	BVRB	113'485.20
2005	BVRB	132'303.50
2006	BVRB	112'554.80
2007	BVRB	113'601.60
2008	BVRB	85'415.60
2009	BVRB	72'670.85
2010	BVRB	85'403.40
2011	BVRB	60'000.00

554

662. Aus dem Marketing-Konzept der K.+U. Hofstetter AG vom 24. Oktober 1998 geht hervor, dass die jährlichen Kiesbatzen-Beträge der einzelnen Firmen nur ausbezahlt worden seien, wenn die Mitgliederfirmen ihre Bezüge «lückenlos» bei den KTB-Werken getätigt hätten. «Diese Vereinbarung mit dem Baumeisterverband» sei «dafür verantwortlich, dass andere Betonwerke auf dem Platz Bern bisher kaum Lieferchancen» gehabt hätten.⁵⁵⁵

663. Dem Sekretariat liegen ferner die Lieferscheindaten (dazu vorne Rz 35 mit den entsprechenden Aktenhinweisen) der Parteien vor.

⁵⁵³ Act. II.A.33, S. 22

⁵⁵⁴ Act. II.A.33, S. 23

⁵⁵⁵ Act. II.B.X.287, S. 9 (22-0440)

b. Zeugenaussagen

664. Anlässlich seiner Einvernahme vom 15. September 2015 sagte [M._____] aus, es habe «einen geographischen Kreis um die Stadt und Agglomeration Bern» gegeben. Er gab zu Protokoll: «Wenn Mitglieder Kies und Beton für Baustellen dieses Kreises von andern Werken als den KTB-Werken bezogen, dann machten die KTB-Werke entsprechende Abzüge beim Kies- und Betonbatzen».⁵⁵⁶ Der BVRB habe den Kies- und Betonbatzen seinen Mitgliedern nicht direkt weitergeleitet, hingegen hätten «Betriebe, welche Lehrlinge ausbildeten», aufgrund des Kies- und Betonbatzens «von den günstigeren Ansätzen für beispielsweise Kurstage profitiert». Diese seien «über den Mitgliederbeitrag verrechnet» worden. Das heisse, «dass generell der Mitgliederbeitrag durch den Kies- und Betonbatzen geschont» worden sei. Der Mitgliederbeitrag hätte sonst erhöht werden müssen. Insofern hätten «alle Mitglieder von einem tieferen Mitgliederbeitrag profitiert.»⁵⁵⁷

c. Parteiaussagen

665. Anlässlich seiner Einvernahme vom 16. März 2015 sagte [C._____] aus, der Betonbatzen sei umgesetzt worden und zwar von allen beteiligten Betonwerken.⁵⁵⁸ Er wurde mit einer Aussage aus einem Marketing-Konzept der K.+U. Hofstetter AG vom 24. Oktober 1998 konfrontiert. Gemäss dieser Aussage war die Vereinbarung über den Kies- und Betonbatzen zwischen den KTB-Werken und dem BVRB «dafür verantwortlich, dass andere Betonwerke auf dem Platz Bern bisher kaum Lieferchancen hatten.» [C._____] sagte für die Alluvia-Gruppe aus, der Betonbatzen mache ein Promille des Gesamtumsatzes aus. Der Betonbatzen sei kein Instrument, mit dem man irgendetwas beeinflussen könne. Die Aussage sei aus seiner Sicht «völlig übertrieben». Der Betonbatzen sei immer gleich hoch oder tief. Er sei «aufgrund seiner Grössenordnung kein marktbeeinflussendes Instrument» gewesen.⁵⁵⁹

666. [E._____] sagte anlässlich seiner Einvernahme vom 18. März 2015 für die Kästli-Gruppe aus, der Kiesbatzen sei ein «Kundenbindungsinstrument» gewesen.⁵⁶⁰ «In den letzten fünf Jahren vor der Abschaffung» habe «es wenig oder keine Wirkung mehr» gegeben.⁵⁶¹ Er vermute, dass der Betonbatzen davor ein wirksames Kundenbindungsinstrument gewesen sei. Es seien noch «andere Zeiten» gewesen. Man habe «es noch geschätzt», wenn «man etwas bekommen» habe. Es sei nichts «Selbstverständliches» gewesen. Es seien «doch grosse Summen».⁵⁶²

d. Schriftliche Parteieingaben

667. Gemäss der schriftlichen Eingabe der Kästli-Gruppe vom 12. Mai 2017 haben die Kästli- und die Alluvia-Gruppe bis 2011 zugunsten des BVRB einen Kies- und Betonbatzen entrichtet. Der Kies- und Betonbatzen sei nicht dazu gedacht gewesen, den Markt zu beeinflussen. Der Betrag habe durchschnittlich 0,2 % des Warenumsatzes betragen und sei nicht direkt an den Kunden ausbezahlt worden. Daher habe die Auszahlung des Kies- und Betonbatzens den Markt nicht beeinflusst.⁵⁶³

⁵⁵⁶ Act. III.22, Zeilen 395 ff. (22-0440)

⁵⁵⁷ Act. III.22, Zeilen 404 ff. (22-0440)

⁵⁵⁸ Act. III.17, Zeilen 544 ff. (22-0440)

⁵⁵⁹ Act. III.17, Zeilen 559 ff. (22-0440)

⁵⁶⁰ Act. III.18, Zeilen 357 ff. (22-0440)

⁵⁶¹ Act. III.18, Zeilen 414 f. (22-0440)

⁵⁶² Act. III.18, Zeilen 417 ff. (22-0440)

⁵⁶³ Act. VIII.B.1, S. 4/6

668. Mit schriftlicher Parteieingabe vom 4. Mai 2017 gab die Alluvia-Gruppe an, sie habe einen Kies- und Betonbatzen an den BVRB ausgerichtet. Er sei per 2012 abgeschafft worden.⁵⁶⁴

(iii) Beweiswürdigung

669. Vorab sind die Beweise mit Bezug auf die Umsetzung der Vereinbarung zur Bezahlung eines Kies- und Betonbatzens zu würdigen. Gemäss dem Jahresbericht der KTB AG aus dem Jahre 2011 wurde der Kies- und Betonbatzen an den BVRB tatsächlich ausbezahlt. Der Bericht stimmt mit den Zeugen- und Parteiaussagen überein. Die Tatsache, dass der Kies- und Betonbatzen tatsächlich an den BVRB ausbezahlt wurde, wird von den beiden Verfahrensparteien ausdrücklich in ihren schriftlichen Eingaben bestätigt. An der tatsächlichen Umsetzung der Vereinbarung zur Zahlung des Kies- und Betonbatzens an den BVRB bestehen keine Zweifel, sie ist bewiesen.

670. Was die Auswirkungen des Kies- und Betonbatzens auf den Markt betrifft, steht fest, dass gemäss dem Marketing-Konzept der K.+U. Hofstetter AG vom 24. Oktober 1998 die «*Vereinbarung mit dem Baumeisterverband*» gemäss dem Verfasser dafür verantwortlich war, dass andere Betonwerke auf dem Platz Bern «*bisher kaum Lieferchancen*» hatten. Diese Einschätzung stimmt mit der Aussage von [E. _____] überein, wonach der Kies- und Betonbatzen ein wirksames Kundenbindungsinstrument gewesen sei.

671. Gleichzeitig sagte [E. _____] aus, der Kies- und Betonbatzen habe in den letzten fünf Jahren vor seiner Abschaffung nur noch wenig oder keine Wirkung mehr gehabt. Trifft die Aussage zu, würde das auf der einen Seite bedeuten, dass der Kies- und Betonbatzen 2007–2011 nur noch eine schwache oder gar keine Wirkung mehr hatte. Gleichzeitig würde dies aber auch bedeuten, dass der Kies- und Betonbatzen vor 2007 wirksam war.

672. Das Sekretariat schätzte die Bedeutung des Kies- und Betonbatzens, indem es die total durch die KTB-Werke abgesetzte Anzahl Kubikmeter Kies mit 0.3 (der Kiesbatzen betrug Fr. –.30 pro Kubikmeter) und Beton mit 0.5 (der Betonbatzen betrug Fr. –.50 pro Kubikmeter) multiplizierte. Dadurch ergab sich eine Schätzung des maximal zu bezahlenden Kies- und Betonbatzens (Maximalrabatt). Diese Zahl verglich das Sekretariat mit der tatsächlich ausbezahlten Summe des Kies- und Betonbatzens (dazu Rz 662). Dadurch ergibt sich der prozentuale Anteil der von den KTB-Werken abgesetzten Mengen, auf welchen der Kies- und Betonbatzen schätzungsweise gewährt wurde:

Tabelle 23: Bedeutung Kies- und Betonbatzen

Jahr	Maximalrabatt	Tatsächlich ausbezahlte Summe	Prozentualer Anteil
2007	Fr. 246 977	Fr. 113 602	46 %
2008	Fr. 185 163	Fr. 85 416	46 %
2009	Fr. 177 659	Fr. 72 671	41 %
2010	Fr. 231 041	Fr. 85 403	37 %
2011	Fr. 212 000	Fr. 60 000	28 %

Quelle: Eigene Berechnungen aufgrund der Lieferscheindaten (vgl. Rz 35 ff.), Act. II.A.33

⁵⁶⁴ Act. VIII.A. 1. Rz 12.3

673. Aufgrund der Höhe der in Rz 662 genannten ausbezahlten Beträge steht somit fest, dass der Betonbatzen aus Sicht der KTB AG keine vernachlässigbare Grösse darstellte. Zwischen 2007 und 2011 wurde schätzungsweise auf 28% bis 46% der von den KTB-Werken abgesetzten Mengen ein Kies- und Betonbatzen gewährt. Die Aussage von [E.____], der Betonbatzen habe keine Rolle mehr gespielt in den letzten fünf Jahren (also 2007-2011) ist dadurch widerlegt.

674. Schliesslich steht ebenfalls fest, dass die BVRB-Mitglieder den Kies und Beton im beschriebenen Umfang nicht bei Dritten bezogen haben. Gleichzeitig steht fest, dass diese Mitglieder 100 % ihrer Bezüge bei einem KTB-Werk getätigt haben. Ebenfalls steht fest, dass der Anreiz, 100 % bei den KTB-Werken zu beziehen, einerseits durch den Kies- und Betonbatzen und andererseits durch den gemeinsamen Mengenrabatt (dazu vorne B.5.3, Rz 299 ff.) geschaffen wurde. Dadurch steht auch fest, dass der Kies- und Betonbatzen zumindest geeignet war, den Wettbewerb zu Gunsten der KTB-Werke zu beeinflussen und den Markteintritt anderer Anbieterinnen und Anbieter in den Jahren 2004 bis 2011 zumindest erschwert hat.

(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen

Parteistellungnahmen

675. Gemäss der Alluvia-Gruppe ist es unstrittig, dass die KTB-Werke den Kies- und Betonbatzen ausgerichtet haben und dieser früher als «*Kundenbindungsinstrument*» betrachtet wurde.⁵⁶⁵ Es sei jedoch nicht erwiesen, dass der Kies- und Betonbatzen geeignet gewesen sei, den Wettbewerb zu Gunsten der KTB-Werke zu beeinflussen. Der ausbezahlte Betrag sei stetig gesunken. Dies belege, dass der Kies- und Betonbatzen Abnehmer nicht dazu animiert habe, ihren gesamten Bedarf an Kies und Beton bei den KTB-Werken zu beziehen. Die Untersuchungsadressatinnen hätten in der Stadt Bern die günstigsten Angebote unterbreitet. Sinngemäss bringt die Alluvia-Gruppe vor, es bestehe kein Kausalzusammenhang zwischen dem Kies- und Betonbatzen und der Tatsache, dass 28% bis 46% der Mitglieder der BVRB ihren Bedarf bei den Untersuchungsadressatinnen gedeckt hätten.⁵⁶⁶

676. Die Kästli-Gruppe meint im Wesentlichen, der Rückgang der prozentualen Anteile, auf welchen der Kies- und Betonbatzen ausgezahlt wurde, sei ein Beleg dafür, dass er nicht geeignet gewesen sei, den Wettbewerb zugunsten der KTB-Werke zu beeinflussen.⁵⁶⁷

Würdigung

677. Die Stellungnahme der Alluvia-Gruppe ist widersprüchlich. Zwar gibt sie zu, dass die KTB-Werke den gemeinsamen Kies- und Betonbatzen zur Kundenbindung einführten. Es bestünde aber kein Kausalzusammenhang zwischen der bezweckten Kundenbindung und dem Bezug von Kies- und Beton bei den KTB-Werken. Die beiden Behauptungen schliessen sich gegenseitig aus.

678. Das Argument der Alluvia-Gruppe, der verfolgte Zweck der Kundenbindung sei nicht zur Wettbewerbsbeschränkung geeignet, geht ins Leere. Es reicht für den Beweis eines tatbestandsmässigen Verhaltens (bezwecken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG) aus, wenn die Wettbewerbsbehörden entweder den tatsächlich verfolgten Zweck oder die Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung nachweisen. Mit der gemeinsamen Kundenbindung verfolgten die

⁵⁶⁵ Act. VI.30, Rz 147

⁵⁶⁶ Act. VI.30, Rz 148

⁵⁶⁷ Act. VI.29, Rz 357 f.

Verfahrensparteien einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck, denn die gemeinsame Kundenbindung bedeutet auch die gemeinsame Abwehr von gemeinsamen Konkurrenten.

679. Ausserdem veränderte sich im Verlauf der Zeit die genaue Definition der Bezüge, auf welche der Kies- und Betonbatzen ausbezahlt wurde. Ab 2010 wurden zum Beispiel Bezüge nicht mehr berücksichtigt, wenn die KTB-Werke vom Bezüger unter «massiven Preisdruck» gesetzt wurden.⁵⁶⁸ Da also der Kies- und Betonbatzen je nach Jahr unterschiedlich berechnet wurde, lässt die Entwicklung der für die entsprechenden Auszahlungen berechtigten Mengen keine direkten Schlüsse auf die fehlende Wirksamkeit des Kies- und Betonbatzens zu.

680. Schliesslich zielt das Argument der Alluvia-Gruppe, die KTB-Werke seien die billigsten in der Stadt Bern gewesen, an der Sache vorbei. Der Transportkostenanteil am Preis für Kies- und Betonprodukte der KTB-Werke, welche näher an der Stadt Bern lagen, ist notwendigerweise tiefer als der Transportkostenanteil am Preis für weiter von der Stadt entfernte Konkurrenzwerke (dazu vorne Rz 85). Dieser Umstand besagt, dass die KTB-Werke aufgrund eines gewissen Distanzschutzes einen grösseren Spielraum bei der Produktpreissetzung hatten, er besagt jedoch nichts zum wettbewerbsbeschränkenden Potential des Kies- und Betonbatzens.

681. Der gemeinsame Kies- und Betonbatzen zusammen mit dem gemeinsamen Mengenrabatt sorgte dafür, dass insbesondere die Baustellen an den Rändern der Liefergebiete der KTB-Werke bei den KTB-Werken bezogen und nicht bei den nächstgelegenen Konkurrenzunternehmen. Denn der Nichtbezug konnten den Verlust des Kies- und Betonbatzens zur Folge haben und führte zu Einbussen bei den gemeinsamen Mengenrabatten. Die Preise in der Stadt Bern änderten daran nichts.

(v) Beweisergebnis

682. Die Vereinbarung zwischen den KTB-Werken und den BVRB-Mitgliedern über die Ausrichtung eines Kies- und Betonbatzens, wenn die BVRB-Mitglieder Kies und Beton ausschliesslich bei den KTB-Werken beziehen, wurde tatsächlich umgesetzt. Ein wesentlicher Anteil des KTB-Umsatzes wurde mit Mitgliedern des BVRB erzielt, welche gemäss Vereinbarung 100 % ihrer Bezüge bei den KTB-Werken getätigt hatten. Daraus ist auch ersichtlich, dass diese BVRB-Mitglieder nicht bei Drittanbietern und Drittanbieterinnen bezogen haben. Dies bedeutet, dass der gemeinsame Kies- und Betonbatzen Kies- und Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) in den Jahren 1998 bis 2011 erschwerte.

B.5.5.5 Zusammenfassendes Beweisergebnis zum Kies- und Betonbatzen

683. Zwischen den Verfahrensparteien lagen seit spätestens dem Jahr 1998 tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen vor (Konsens), jeweils gemeinsam einen Kies- und Betonbatzen zugunsten des früheren Baumeisterverbands der Region Bern BVRB zu entrichten. Daran beteiligt waren die Alluvia-Gruppe mit den Kies- und Betonwerken Mattstetten, Hindelbank, Bern-Bethlehem, Oberwangen sowie dem Betonwerk Worblaufen und die Kästli-Gruppe mit dem Kies- und Betonwerk Rubigen.

684. Der Konsens der Verfahrensparteien, dem BVRB einen gemeinsamen Kies- und Betonbatzen zu entrichten, bestand bis Ende 2011.

685. Mit der Bezahlung des gemeinsamen Kies- und Betonbatzens bezweckten die Verfahrensparteien insbesondere, die Mitglieder des BVRB indirekt als Abnehmer und Abnehmerinnen von Kies und Beton an die KTB-Werke zu binden und so Kies- und Betonverkäufe von

⁵⁶⁸ Act. II.A.12

Drittanbietern im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) zu verhindern oder zumindest zu reduzieren.

686. Die Verfahrensparteien verhielten sich in den Jahren 1998 bis 2011 entsprechend ihrem Konsens und bezahlten dem BVRB gemeinsam einen Kies- und Betonbatzen für Kies- und Betonbezüge der Mitglieder des BVRB. Dieser betrug für Kiesbezüge Fr. –.30 pro Kubikmeter und für Betonbezüge Fr. –.50 pro Kubikmeter. Die Verfahrensparteien bezahlten den auf ein Mitglied des BVRB fallenden gemeinsamen Kies- und Betonbatzen nur, sofern dieses Mitglied sämtliche Bezüge von Kies und Beton innerhalb der Liefergebiete der KTB-Werke bei ihren Werken getätigt und die entsprechenden Rechnungen vollumfänglich beglichen hatte. Den gemeinsamen Kies- und Betonbatzen richteten die Verfahrensparteien dem BVRB jährlich nach Vorliegen der Kies- und Betonlieferstatistik aus. Er war für die Grundausbildung der Lehrlinge der Mitglieder des BVRB zu verwenden (Zweckbindung).

687. Der gemeinsame Kies- und Betonbatzen erschwerte Kies- und Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) in den Jahren 1998 bis 2011.

B.5.6 Gemeinsame Inkassostelle

B.5.6.1 Konsens, Inhalt und Beteiligte

(i) Beweisthema

688. Es ist unstrittig, dass die Verfahrensparteien eine gemeinsame Inkassostelle führten und diesbezüglich ein natürlicher Konsens bestand. Über diesen Umstand ist nicht mehr Beweis zu führen. Dagegen ist zu untersuchen, welche Personen die Inkassostelle betrieben, welche Werke der Verfahrensparteien an der Inkassostelle angeschlossen waren, welche Informationen innerhalb der KTB zwischen den Konkurrenten ausgetauscht wurden und welche Aufgaben die Inkassostelle übernahm.

(ii) Beweismittel

689. Dem Sekretariat liegen die folgenden Beweismittel vor:

a. Urkunden

Beteiligte Werke

- Eine Auflistung der KTB AG Inkassostelle vom 15. März 2012 zu den Umlageanteilen für Verwaltungskosten und Debitorenverlusten zwischen den Jahren 2003–2011.⁵⁶⁹

Führung und Informationsaustausch

- Die Handelsregistereinträge der involvierten Unternehmen.⁵⁷⁰
- Rechnungsbeispiele der Frischbeton AG Rubigen und der Kästli Bau AG.⁵⁷¹

Aufgaben der Inkassostelle

⁵⁶⁹ Act. II.A.33, 30

⁵⁷⁰ Handelsregisteramt des Kantons Bern, Firmennummer CHE-108.001.239; Handelsregisteramt des Kantons Bern, Firmennummer CHE-113.217.880

⁵⁷¹ Act. VIII.B.36.a, Beilagen 2, 4, 5

- Eine Vertragsurkunde mit dem Namen «*Vereinbarung zwischen dem Baumeisterverband Region Bern, nachfolgend BVRB genannt und den Kies- und Transportbetonwerken Bern und Umgebung, nachfolgend KTB AG genannt*» vom 13. Juni 2001.
- Eine E-Mail vom 9. Oktober 2013 [von K._____] von der Alluvia-Gruppe an seine Kollegen [C._____] und [F._____] sowie an die Kästli-Mitarbeiter [E._____] und [B._____] und ein daran angehängter Entwurf eines Kundenschreibens der KTB AG.⁵⁷²
- Ein Schreiben der Kästli-Gruppe vom November 2013.⁵⁷³
- Ein Kundenschreiben der Alluvia-Gruppe vom 14. November 2013.⁵⁷⁴
- Eine Aufstellung der Mengenrabatte zwischen den Jahren 2004–2011 der KTB AG Inkassostelle.⁵⁷⁵
- Eine Aufstellung der KTB AG Inkassostelle vom 15. März 2012.⁵⁷⁶
- Die Jahresberichte 2011–2013 der KTB AG.⁵⁷⁷
- Eine Aufstellung der Debitorenverluste bis ins Jahr 2014.⁵⁷⁸
- Eine Liste von «*8%-Verzugszinskunden*» vom 18. Januar 2012.⁵⁷⁹
- Ein Protokoll der KTB AG vom 17. Oktober 2012.⁵⁸⁰

b. Zeugenaussagen

Zession Rechnungen an Inkasso und Sperrliste

690. [D._____] sagte anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 6. Oktober 2016 aus, Messerli, Hofstetter und Kästli hätten zusammen eine Inkassostelle gegründet. Die Inkassostelle habe ein zentralisiertes Mahnwesen betrieben. Sie habe die Rechnungskopien erhalten, zuletzt aber nicht mehr. Sie habe ferner eine gemeinsame Sperrliste geführt. Auf der Sperrliste seien Unternehmen vermerkt gewesen, die eine schlechte Zahlungsmoral gehabt oder gar nicht bezahlt hätten. Auf der Sperrliste habe beispielsweise ein Vermerk gestanden, dass ein spezifisches Unternehmen bar bezahlen musste.⁵⁸¹

c. Parteiauskünfte

691. Die Parteien machten zu den Beweisthemen die folgenden Aussagen:

Werke

692. [B._____] sagte am 9. Februar 2015 für die Kästli-Gruppe aus, dass die KTB AG den Auftrag gehabt habe, das Inkasso der verschiedenen Werke zu machen. Zu den Werken

⁵⁷² Act. II.A.75

⁵⁷³ Act. II.A.84

⁵⁷⁴ Act. II.B.X.371 (22-0440)

⁵⁷⁵ Act. II.A.35, S. 1

⁵⁷⁶ Act. II.A.35, GV-Statistik, Seite 1, «*Mengenrabatt 2004–2011*»

⁵⁷⁷ Act. II.A.35; Act. II.A.61; Act. II.A.106

⁵⁷⁸ Act. II.B.25

⁵⁷⁹ Act. II.A.25

⁵⁸⁰ Act. III.27 (22-0440), Beilage Protokoll der Sitzung der KTB AG Nr. 158 vom 17. Oktober 2012, 2/5, 3/5

⁵⁸¹ Act. III.28, (22-0440), Zeilen 137 ff., 147 ff.

hätten die Rubigen AG, die Frischbeton Worblaufen AG, die Messerli, die Hofstetter, die Kästli, die BERAG und die Presyn gezählt.⁵⁸² Die KTB AG habe von den Aktionärsfirmen zwei Mal pro Monat Werksabrechnungen erhalten. Daraus habe man die Umsätze pro Kunde je Monat ersehen.⁵⁸³

Führung und Informationsaustausch

693. Anlässlich seiner Einvernahme vom 17. Februar 2015 gab der ehemalige [Mitarbeiter] der KTB AG und derzeitige [Funktionsbezeichnung] der Alluvia-Gruppe [K. _____] an, die KTB AG habe – ausser ihm – keine Mitarbeiter beschäftigt. Die KTB AG habe ein Büro an der Ostermundigenstrasse 34a in Bern geführt, wo sie bei der Alluvia-Gruppe eingemietet gewesen sei.⁵⁸⁴ Als [Funktionsbezeichnung] habe er über keinen Arbeitsvertrag mit der KTB AG verfügt.⁵⁸⁵ Die Stelle als [Funktionsbezeichnung] sei keine Vollzeitstelle gewesen, sondern eine Stelle von ca. 30 Stellenprozenten.⁵⁸⁶ Es habe für die Auslagerung der operativen Tätigkeit einen Dienstleistungsvertrag mit der Alluvia AG gegeben.⁵⁸⁷

Aufgaben der Inkassostelle

- Inkasso der zedierten Rechnungen

694. [K. _____] gab anlässlich seiner Einvernahme vom 17. Februar 2015 an, das primäre Ziel der KTB sei es gewesen, das Inkasso ihrer Aktionärsfirmen zu machen.⁵⁸⁸ Die Rechnungen der Aktionäre der KTB AG seien ins System der KTB AG eingegeben worden.⁵⁸⁹ [E. _____] sagte am 18. März 2015 für die Kästli-Gruppe aus, alle Firmen, welche der KTB AG angeschlossen gewesen seien, hätten ihre Rechnungen an die KTB AG zediert.⁵⁹⁰

- Informationsaustausch: Inhalt der Rechnungsdaten, Aufgaben, Geschäftsbereiche

695. [K. _____] sagte am 17. Februar 2015 aus, in den Rechnungsdaten, welche die KTB AG erhalten habe, seien die Angaben des Kunden, die Rechnungsnummer, der Gesamtbetrag der Rechnung und das Fälligkeitsdatum enthalten gewesen.⁵⁹¹ Auf den Rechnungen sei die Adresse der KTB AG aufgeführt gewesen. Den Rechnungen habe ein Einzahlungsschein an die KTB AG beigelegt. Die Kunden hätten auf ein Konto der KTB einbezahlt.⁵⁹² Die KTB AG habe für die Aktionäre das Inkasso gemacht und das Geld an die Aktionäre weitergegeben. Sie habe Mahnungen ausgesprochen, Beteiligungen und Konkurse abgewickelt und Bauhandwerkerpfandrechte eintragen lassen.⁵⁹³ Die KTB AG habe in den Geschäftsbereichen Baustoffe, also Gesteinskörnungen, Beton, Mörtel und Belag das Inkasso betrieben.⁵⁹⁴ Für andere Geschäftsbereiche wie etwa den Bereich Bau habe die KTB kein Inkasso für die Aktionäre betrieben.⁵⁹⁵

⁵⁸² Act. III.14 (22-0440), Zeilen 303 f., 3011 ff.

⁵⁸³ Act. III.14 (22-0440), Zeilen 322 ff.

⁵⁸⁴ Act. III.15 (22-0440), Zeilen 123 ff.

⁵⁸⁵ Act. III.15 (22-0440), Zeilen 148 f.

⁵⁸⁶ Act. III.15 (22-0440), Zeilen 154 f.

⁵⁸⁷ Act. III.15 (22-0440), Zeilen 156 f.

⁵⁸⁸ Act. III.15 (22-0440), Zeilen 144 f.

⁵⁸⁹ Act. III.15 (22-0440), Zeilen 159 ff.

⁵⁹⁰ Act. III.18 (22-0440), Zeilen 234 f.

⁵⁹¹ Act. III.15 (22-0440), Zeilen 177 ff.

⁵⁹² Act. III.15 (22-0440), Zeile 162 f.

⁵⁹³ Act. III.15 (22-0440), Zeilen 159 ff.

⁵⁹⁴ Act. III.15 (22-0440), Zeilen 159 ff.

⁵⁹⁵ Act. III.15 (22-0440), Zeilen 172 ff.

- *Mahnliste, Rechnungsdaten, Sperrlisten*

696. [E._____] sagte anlässlich seiner Einvernahme vom 18. März 2015 für die Kästli-Gruppe aus, dass die KTB AG an monatlichen Sitzungen eine Mahnliste besprochen habe. Die Sitzungsteilnehmer hätten alle Kunden besprochen, welche bereits eine dritte Mahnung erhalten hätten.⁵⁹⁶ Aus der Mahnliste seien sämtliche Rechnungsadressaten und die Rechnungsbeträge ersichtlich gewesen. Ferner seien die Mahnstufen 1–3 ersichtlich gewesen. Bei allen Rechnungsadressaten, die in einer der Mahnstufen 1–3 zugeordnet waren, habe man die in Rechnung gestellten Gesamtsummen ersehen, nicht hingegen die einzelnen Rechnungsbeträge.⁵⁹⁷ An den Monatssitzungen seien auch die sogenannten Sperrlisten besprochen worden. In den Sperrlisten seien diejenigen Kunden vermerkt gewesen, welche von den KTB-Unternehmen nicht mehr beliefert worden seien, weil sie nicht bezahlt hätten.⁵⁹⁸

(iii) Beweiswürdigung

697. Die Beweiswürdigung ist mit Bezug auf die zu beweisenden Themen zu ordnen und durchzuführen. Die folgenden Beweisthemen sind der Reihe nach abzuhandeln.

Beteiligte Werke

698. Aus der Auflistung der KTB AG Inkassostelle vom 15. März 2012 zu den Umlageanteilen für Verwaltungskosten und Debitorenverlusten zwischen den Jahren 2003–2011 gehen die der Inkassostelle angeschlossenen Werke hervor. Damit stimmten auch die Parteiaussagen von [B._____] vom 9. Februar 2015 überein. Damit steht fest, dass seitens der Kästli-Gruppe die BERAG AG (Rubigen), das Kieswerk Rubigen, die Frischbeton AG (Rubigen) und seitens der Alluvia-Gruppe die Beton Worblaufen AG, K.+U. Hofstetter AG (Berken, Presyn, Mattstetten, Hindelbank) sowie die Messerli Kieswerk AG (Oberwangen, Bethlehem) an der gemeinsamen Inkassostelle angeschlossen waren.

Führung

699. Aufgrund des Handelsregistereintrags ist bewiesen, dass zwischen 1996 und 2009 [D._____] und von Juni 2009 bis zur Liquidation der Gesellschaft am 23. Juni 2014 [K._____] [Funktionsbezeichnung] der KTB AG waren. Gemäss Aussagen von [K._____] entsprach die Geschäftsleitung der KTB AG einem Arbeitspensum von ca. 30 %. Ferner habe kein Arbeitsvertrag zwischen der KTB AG und dem [Funktionsbezeichnung] derselben bestanden, vielmehr habe ein Leistungsvertrag zwischen der Alluvia AG und der KTB AG bestanden. Es gibt keinen Grund an der ungefähren Richtigkeit dieser Aussagen zu zweifeln, zumal [K._____] gemäss Handelsregister zugleich auch seit Juli 2009 [Mitarbeiter] der Alluvia AG war und in dieser Stellung ein Vollzeitpensum zu bewältigen hatte.

Informationsaustausch

700. [D._____] sagte unter Wahrheitspflicht als Zeuge aus, die KTB AG habe die Rechnungskopien erhalten, zuletzt aber nicht mehr. [K._____] seinerseits gab als Partei zu Protokoll, in den Rechnungsdaten, welche die KTB AG erhalten habe, seien die Angaben des Kunden, die Rechnungsnummer, der Gesamtbetrag der Rechnung und das Fälligkeitsdatum enthalten gewesen. Auf den Rechnungen sei die Adresse der KTB AG aufgeführt gewesen. Den Rechnungen habe ein Einzahlungsschein an die KTB AG beigelegt. Die Kunden hätten auf ein Konto der KTB einbezahlt.

⁵⁹⁶ Act. III.18 (22-0440), Zeilen 189, 228 ff.

⁵⁹⁷ Act. III.18 (22-0440), Zeilen, 240 ff.

⁵⁹⁸ Act. III.18 (22-0440), Zeilen 248 ff.

701. Aus den dem Sekretariat vorliegenden Rechnungen der Frischbeton AG Rubigen und der Kästli Bau AG aus dem Jahr 2013 ist ersichtlich, dass die Rechnungen im Briefkopf sowohl die Adresse der Kästli Bau AG und der Frischbeton AG Rubigen als auch die Adresse der KTB Inkassostelle enthielten. In der Fusszeile der Rechnungen ist zudem angemerkt: «*Lieferant und Zedent. Diese Forderung ist an die Inkassostelle abgetreten.*» Aus den Rechnungen sind das Datum der Rechnungsstellung, die Nummer des Lieferscheins, die Artikelbezeichnung, die gelieferte Menge, der Preis je Einheit, der Rabatt und der Rechnungsbetrag ersichtlich. Die letzte dem Sekretariat vorliegende Rechnung dieser Art stammt vom 18. Juli 2013.⁵⁹⁹

Kästli Bau AG
 Material Logistik
 Altes Riedgässli 15 / Postfach
 3113 RUBIGEN
 Telefon 031 720 42 60
 Telefax 031 720 42 45
 www.kaestlibau.ch
 MWST-Nr. CHE-345 919 415 MWST

KTB AG
 Inkassostelle
 Ostermundigenstrasse 34a
 3006 Bern
 Telefon 031 335 70 86
 Telefax 031 335 70 89



3113 Rubigen / Post CH AG



RECHNUNG Kopie

Rechnung Nr.: 888178
 Kunden Nr. / Baust. Nr.: [Redacted]
 Leistung berücksichtigt bis: 15.07.2013
 Rechnungsdatum: 18.07.2013
 Baustelle / Ort: Gerbergasse Neubau,
 Gerbermatte /
 GROSSHÖCHSTETTEN

Seite 1 von 2

Datum	Lieferschein Lieferant	Artikelbezeichnung	ME	Menge	Preis je Einheit	Rabatt	Betrag
08.07.13	175056	L Sand gem 0-8 10% 4-8 Transport	m ³	11.37	[Redacted]	3.00	[Redacted]
08.07.13	175080	L Sand gem 0-8 20% 4-8 Transport	m ³	11.40	[Redacted]	3.00	[Redacted]
09.07.13	175116	L Sand gem 0-8 20% 4-8 Transport	m ³	13.12	[Redacted]	3.00	[Redacted]
10.07.13	175140	L Sand gem 0-8 20% 4-8 Transport	m ³	5.16	[Redacted]	3.00	[Redacted]
10.07.13	175145	L Sand gem 0-8 20% 4-8 Transport	m ³	5.45	[Redacted]	3.00	[Redacted]
11.07.13	175168	L Sand gem 0-8 20% 4-8 Transport	m ³	13.18	[Redacted]	3.00	[Redacted]
11.07.13	175214	L Sand gem 0-8 20% 4-8 Transport	m ³	8.41	[Redacted]	3.00	[Redacted]
12.07.13	175226	L Sand gem 0-8 10% 4-8 Transport	m ³	10.32	[Redacted]	3.00	[Redacted]

Beilage 2

Übertrag 5739.60

Lieferant und Zedent. Diese Forderung ist an die Inkassostelle abgetreten

600

702. Die Angaben in den Rechnungskopien aus dem Jahr 2013, welche dem Sekretariat vorliegen, die Aussagen von [D. _____], wonach die KTB AG jeweils eine Rechnungskopie der KTB-Werke erhalten habe, die Tatsache, dass die Rechnungen an die KTB zediert wurden

⁵⁹⁹ Act. VIII.B.36.a, Beilagen 2, 4, 5

⁶⁰⁰ Act. VIII.B.36.a, Beilage 2

und die Tatsache, dass die KTB AG den gemeinsamen Mengenrabatt sowie den Kies- und Betonbatzen zu berechnen und auszuzahlen hatte, stimmen miteinander überein. Die Zession einer Rechnung macht nur Sinn, wenn der Inkassostelle sämtliche Angaben über den Auftrag zur Verfügung stehen, d.h. das Datum der Rechnungsstellung, die Nummer des Lieferscheins, die Artikelbezeichnung, die gelieferte Menge, der Preis je Einheit, der Rabatt und der Rechnungsbetrag. Darüber hinaus stimmt die Übergabe der Rechnung mit der Rechtspflicht des Abtretenden überein, dem Erwerber die Schuldurkunde und alle vorhandenen Beweismittel auszuliefern und ihm die zur Geltendmachung der Forderung nötigen Aufschlüsse zu erteilen (Art. 170 Abs. 2 OR).⁶⁰¹ Eine Abweichung von dieser Pflicht, müssten die Parteien schriftlich festlegen.⁶⁰²

703. Ohne die Angaben zu den bezogenen Mengen konnte die Inkassostelle den gemeinsamen Mengenrabatt sowie den Kies- und Betonbatzen nicht berechnen. Denn basierend auf dem Nettorechnungspreis kann die genaue Menge der bezogenen Waren nicht berechnet werden, da diesfalls nicht bekannt ist, welche allfälligen weiteren Rabatte vom Listenpreis abgezogen worden waren.

704. Fest steht zudem, dass zwischen einem [Mitarbeiter] der Alluvia AG und dem [Funktionsbezeichnung] der KTB AG eine Personalunion bestand. Sämtliche Informationen, welche der KTB AG zur Verfügung standen, standen somit automatisch auch der [...] Alluvia AG zur Verfügung. Bis zum 18. Juli 2013 konnte [K._____] sämtliche Details der Rechnungen der Konkurrenzunternehmen einsehen.

705. Folglich ist erwiesen, dass im Rahmen der KTB AG folgende Rechnungsinformationen ausgetauscht wurden:

- das Datum der Rechnungsstellung
- die Nummer des Lieferscheins
- die Artikelbezeichnung
- die gelieferte Menge
- der Preis je Einheit
- der Rabatt
- der Rechnungsbetrag.

Aufgaben der Inkassostelle

- *Mengenrabatte und Preiserhöhungsschreiben*

706. Einer E-Mail vom 9. Oktober 2013 [von K._____] von der Alluvia-Gruppe an seine Kollegen [C._____] und [F._____] sowie an die Kästli-Mitarbeiter [E._____] und [B._____] ist ein undatiertes Entwurf eines Kundenschreibens der KTB angehängt. Das Schreiben trägt den Titel «*Neuorganisation der KTB & neue Rabattregelung*». Daraus geht hervor, dass die Verfahrensparteien ihre gemeinsame Inkassostelle KTB AG aufheben und ab dem 1. Januar 2014 trennen würden. Die KTB-Werke würden die bisherigen Mengenrabattregelungen aufgeben, da die Kunden vermehrt ein Bedürfnis nach Nettopreisen für Betonbezüge hätten.

⁶⁰¹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220

⁶⁰² PETER REETZ/CHRISTOF BURRI, in CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen, 2016, Art. 170 OR N 25

Im Frühjahr 2014 würde zum letzten Mal die Mengenrabattregelung für 2013 erstellt und ausbezahlt. Die verschiedenen Preislisten für Beton würden gegenüber 2013 – trotz moderater Teuerung und noch pendenten Zementverhandlungen – unverändert belassen. Das Preisniveau der KTB-Werke würde also gegenüber 2013 keine Änderung erfahren. Das Schreiben sah in der Unterschriftenzeile die Unterschrift der [Funktionsbezeichnung] der Alluvia-Gruppe, Kästli-Gruppe und KTB AG vor.⁶⁰³

707. Aus dem Entwurf des Kundenschreibens der KTB AG geht hervor, dass die gemeinsame Inkassostelle nicht nur das Inkasso der beteiligten Unternehmen übernahm, sondern auch die Abrechnung der Mengenrabatte vornahm.

708. Dasselbe geht aus einer Aufstellung der Mengenrabatte für die Jahre 2004 bis 2011 der KTB AG Inkassostelle hervor. Die Aufstellung führt die Abzüge bei den Werken auf und die Auszahlungen an die Baumeister.⁶⁰⁴ Eine weitere Aufstellung der KTB AG Inkassostelle vom 15. März 2012 enthält die Durchschnittswerte der gewährten Mengenrabatte von 2004 bis 2011 pro Kubikmeter je Baumeister. Der tiefste jährliche Durchschnittswert beträgt [4–6] % (2008) und der höchste [7–9] % (2010).⁶⁰⁵ Zudem enthält der Jahresbericht 2013 der KTB AG eine Aufstellung der durchschnittlichen Mengenrabatte der Jahre 1996 bis 2011.⁶⁰⁶

709. Es besteht folglich kein Zweifel daran, dass die Inkassostelle auch die Ausrichtung der gemeinsamen Mengenrabatte übernahm.

- *Kiesbatzen*

710. Aus Artikel 4 des Dokuments «*Vereinbarung zwischen dem Baumeisterverband Region Bern, nachfolgend BVRB genannt und den Kies- und Transportbetonwerken Bern und Umgebung, nachfolgend KTB AG genannt*» geht hervor, dass sofern ein Mitglied des BVRB seinen Gesamtbedarf an Sand, Kies und Transportbeton innerhalb des Gebietes der KTB-Werke bezogen und bezahlt habe, die KTB AG dem BVRB für die Gesamtbezüge jedes Mitgliedes freiwillig den traditionellen Kies- und Betonbatzen bezahle. Dieser betrage Fr. –.30 pro Kubikmeter für Kies und Fr. –.50 pro Kubikmeter für Betonlieferungen. Er werde jährlich nach Vorliegen der Kies- und Beton-Lieferstatistik ausbezahlt.⁶⁰⁷ Damit ist erwiesen, dass die KTB AG den Betrag des Kies- und Betonbatzens errechnet und ausbezahlt hat.

- *Gemeinsames Tragen von Debitorenverlusten und gemeinsame Zahlungs- und Verzugsbedingungen*

711. Aus den Jahresberichten 2011–2013 geht hervor, dass einzig diejenigen Debitorenverluste den Werken belastet wurden, welche nicht als KTB-Kunden erfasst waren.⁶⁰⁸ Falls abgescriebene Verluste einkassiert werden konnten, welche die Kunden der zentralen Inkassostelle betrafen, wurden die eingetriebenen Beträge z.T. unter allen Mitgliedern verteilt.⁶⁰⁹ Die Debitorenverluste der KTB-Kunden wurden mit anderen Worten gemeinsam getragen.

712. Dem Jahresbericht 2012 ist zu entnehmen, dass die Höhe der Verzugszinsen von den KTB-Organen diskutiert wurde. Sie beschlossen die Verzugszinssätze weiterhin unverändert zu lassen. Der Beschluss wurde folgendermassen begründet: «*Da die Banken bei Kunden von schlechter Bonität auch heute zwischen 5% und 10% verlangen und es weiter unser Ziel ist,*

⁶⁰³ Act. II.A.75

⁶⁰⁴ Act. II.A.35, S. 1

⁶⁰⁵ Act. II.A.35, GV-Statistik, Seite 1, «*Mengenrabatt 2004–2011*»

⁶⁰⁶ Act. II.B.X.410, 4

⁶⁰⁷ Act. II.A.3

⁶⁰⁸ Act. II.A.35, «2.2. Stand Jahresende 2011», 16; Act. II.A.61, «2.2. Stand Jahresende 2012», 16; Act. II.A.106, «2.2. Stand Jahresende 2013», 7

⁶⁰⁹ Act. II.A.35, «2.2. Stand Jahresende 2011», 16; Act. II.A.61, «2.2. Stand Jahresende 2012»

die Zinsen in einer prohibitiven Höhe anzusetzen», um «Kunden genügend Anreiz zur termingerechten Zahlung» zu setzen.⁶¹⁰ Aus einer Liste von «8%-Verzugszinskunden» vom 18. Januar 2012 resultieren diejenigen Kunden, welche noch 8 % zu bezahlen hatten und diejenigen, welche wieder auf 6.5 % Verzugszinsen «zurückgestellt» wurden.⁶¹¹

713. Die Zahlungs- und Verzugsbedingungen für die KTB-Schuldner waren einheitlich. Daraus ergibt sich, dass die KTB-Unternehmen keine Absicht hegten, sich diesbezüglich zu konkurrieren. Aus dem Beschluss im Jahresbericht 2012, die Verzugszinsen unverändert zu belassen und der Begründung, es sei weiter das Ziel der KTB-Werke, die Zinsen «in einer prohibitiven Höhe anzusetzen», um «Kunden genügend Anreiz zur termingerechten Zahlung» zu setzen, geht hervor, dass die Verfahrensparteien den gemeinsamen wirklichen Willen verfolgten, gemeinsam das Delkredererisiko zu verringern und erhöhte Verzugszinsen durchzusetzen. Wie aus einer Liste der Verzugszinskunden hervorgeht, betrug der Verzugszins im Jahr 2012 bis zu 8 %.

- *Gemeinsame Liefersperrern*

714. [D._____] sagte unter Wahrheitspflicht aus, die KTB-Aktionäre hätten eine gemeinsame Sperrliste geführt, auf welcher Unternehmen mit schlechter Zahlungsmoral figuriert hätten oder solche, welche gar nicht bezahlt hätten. Auf der Sperrliste sei beispielsweise vermerkt gewesen, dass ein spezifisches Unternehmen bar bezahlen musste. Auch aus dem Protokoll der KTB AG vom 17. Oktober 2012 ist ersichtlich, dass säumige Kunden mit einer Liefersperrern belegt wurden.⁶¹² Diese Aussagen stimmen auch mit denjenigen von [E._____] überein, wonach die KTB AG an ihren monatlichen Sitzungen eine Mahnliste mit den Mahnstufen 1-3 besprochen habe. Ferner seien an den Monatssitzungen die Sperrlisten mit den Kunden besprochen worden, in welchen die Kunden vermerkt gewesen seien, die nicht mehr beliefert wurden von den KTB-Werken. Das Bestehen einer gemeinsamen Liste mit Liefersperrern ist damit bewiesen. Auch aus dieser Liste ist der übereinstimmende wirkliche Wille ersichtlich, gemeinsam das Delkredererisiko zu verringern.

(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen

Stellungnahmen

715. Die Alluvia-Gruppe anerkennt, dass die Untersuchungsadressaten eine gemeinsame Inkassostelle betrieben. Sie anerkennt, dass ein einheitlicher Verzugszinssatz angewendet wurde.⁶¹³ Allerdings bestreitet die Alluvia-Gruppe den Inhalt der ausgetauschten Informationen. Erstens sollen die Parteien keine Rechnungskopien ausgetauscht haben (bzw. nur bis ca. 2004/2005).⁶¹⁴ Die Alluvia-Gruppe habe auch Abrechnung für Drittunternehmen gemacht. Der gemeinsame Mengenrabatt sei folgendermassen berechnet worden:

- Lieferung der monatlichen (aggregierten) Ausstosszahlen. Sie belegt dies mit Ausstossmeldungen für die Monate Januar bis März 2013.
- Alle drei Monate seien diese Ausstosszahlen mit CHF 6.- multipliziert worden.
- Ende Jahr seien die Gesamtmengen je Kunde an die KTB übermittelt worden.⁶¹⁵

⁶¹⁰ Act. II.A.61, 16

⁶¹¹ Act. II.A.25

⁶¹² Act. III.27 (22-0440), Beilage Protokoll der Sitzung der KTB AG Nr. 158 vom 17. Oktober 2012, 2/5, 3/5

⁶¹³ Act. VI.30, Rz 152

⁶¹⁴ Act. VI.30, Rz 156

⁶¹⁵ Act. VI.30, Rz 159–160

Die Zession der Rechnungen durch die Parteien an die gemeinsame Inkassostelle gebe keinen Hinweis darauf, welche Informationen ausgetauscht worden seien. Die Fakturierung sei nur bis 2002 durch die gemeinsame Inkassostelle erfolgt. Die KTB AG habe nur die Zahlungen entgegengenommen und weiterverarbeitet.⁶¹⁶

716. Auch die Kästli-Gruppe anerkennt, dass die Parteien ein gemeinsames Inkasso betrieben haben und gemeinsame Zahlungs- und Verzugszinskonditionen und Informationen über Kunden im Zahlungsverzug ausgetauscht haben.⁶¹⁷ Zudem seien die Debitorenverluste solidarisch getragen worden.⁶¹⁸ Es sei zu unterscheiden zwischen dem Informationsfluss zwecks Inkassos und dem Informationsaustausch zum Zweck der Abrechnung des gemeinsamen Mengenrabattes.⁶¹⁹

- Die Fakturierung sei bis ca. 2004/2005 über die Inkassostelle gelaufen. Damals seien die Rechnungen an die Inkassostelle übermittelt worden, danach nicht mehr. Nur bei Rechnungen, für deren Bezahlung rechtliche Schritte eingeleitet worden seien, seien weiterhin Rechnungskopien an die Inkassostelle geleitet worden.⁶²⁰
- Für die Abrechnung des gemeinsamen Mengenrabattes hätten die Werke monatlich per E-Mail die Produktionszahlen zu Kies und Beton an die Inkassostelle. Die KTB AG habe quartalsweise eine Akontorechnung für den Mengenrabatt für CHF 6 pro m³ erstellt. Per Ende Jahr sei der gesamte Mengenrabatt für die Kunden berechnet worden und den Kunden rückvergütet worden.⁶²¹ Die geflossenen Informationen seien vergangenheitsbezogen gewesen und hätten keine Rückschlüsse auf die Zukunft zugelassen.⁶²²

Würdigung

717. Aus den Ausführungen der Kästli- und Alluvia-Gruppe folgt, dass eine Reihe der von den Wettbewerbsbehörden dargelegten Sachverhalte anerkannt und nicht streitig ist. Es steht unstreitig fest, dass:

- die Parteien im Rahmen der KTB AG die Debitorenverluste gemeinsam trugen,
- die Parteien einheitliche Zahlungs- und Verzugsbedingungen und eine gemeinsame Verzugszinshöhe festlegten,
- die KTB AG die gemeinsamen Mengenrabatte und den Kies- und Betonbatzen berechnete.

Damit steht fest, dass die Inkassostelle für die Umsetzung kartellrechtlich relevanter Sachverhalte zuständig war (vgl. zur rechtlichen Einordnung der gemeinsamen Mengenrabatte, des Kies- und Betonbatzens sowie der gemeinsamen Verzugszinse vgl. C.5.3.1.1, Rz 849).

718. Ebenso wenig ist die Tatsache streitig,

- dass die Parteien sich monatlich getroffen haben und Informationen im Rahmen der KTB AG ausgetauscht haben,

⁶¹⁶ Act. VI.30, Rz 161, 3. Gedankenstrich

⁶¹⁷ Act. VI.29, Rz 361

⁶¹⁸ Act. VI.29, Rz 364

⁶¹⁹ Act. VI.29, Rz 368

⁶²⁰ Act. VI.29, Rz 374

⁶²¹ Act. VI.29, Rz 379 f.

⁶²² Act. VI.29, Rz 381

- dass der Geschäftsführer der KTB AG zugleich ein Vorstandsmitglied der Alluvia-Gruppe war,
- dass die Verfahrensparteien der gemeinsamen Inkassostelle tatsächlich Rechnungskopien zugesandt haben.

Bezüglich der Zusendung der Rechnungskopien ist einzig streitig, ob die Zusendung der Rechnungen auch noch nach dem Jahr 2004/2005 stattgefunden hat. Diese Frage betrifft die Dauer des Austausches und wird entsprechend an dieser Stelle abgehandelt (dazu unten B.5.6.3, 744 ff.). Mit Bezug auf Rechnungen, für deren Eintreibungen Beteiligungen eingeleitet worden sind, wurden die Rechnungen auch nachher noch ausgetauscht. Der Inhalt der Rechnungen ist nicht streitig. Sie beinhalteten:

- das Datum der Rechnungsstellung,
- die Nummer des Lieferscheins,
- die Artikelbezeichnung,
- die gelieferte Menge,
- der Preis je Einheit,
- den Rabatt und
- den Rechnungsbetrag.

719. Die Ausführungen der Alluvia-Gruppe, die KTB AG habe auch Abrechnungen für Drittunternehmen gemacht sind für den vorliegenden Zusammenhang nicht von Belang. Auch belegen die Ausführungen der Alluvia- und der Kästli-Gruppe zur Berechnung des Mengenrabattes nicht, dass der Inkassostelle keine Rechnungskopien zugesandt wurden. Sie vermögen zudem die den Wettbewerbsbehörden vorliegenden Rechnungen (dazu Rz 701 f.) und die gesetzliche Pflicht des Abtretenden zur Übertragung der Schuldurkunden (Art. 170 Abs. 2 OR) nicht zu beseitigen.

720. Die von der Alluvia-Gruppe eingereichte Beilagen zeigen nicht auf, ob die Parteien der Inkassostellen, die Rechnungen übersandt haben. Sie haben keine Beweiskraft. Beilage 15, Seite 1 enthält Daten ausserhalb des für die Beweisführung relevanten Zeitraums, der bis zum 18. Juli 2013 dauert. Nach diesem Datum werfen die Wettbewerbsbehörden den Parteien die Zusendung der Rechnungen nicht vor (dazu das Beweisergebnis zur Dauer, B.5.6.3(v)B.5.6.3, Rz 754). Auch die Urkunden auf Seite 2 und 3 der Beilage 1 stammen vom 31. Januar 2014 bzw. beziehen sie sich auf eine Rechnungsperiode vom 12. Oktober 2013 bis 31. Dezember 2013. Auch diese Dokumente stammen also aus einer Zeit ausserhalb des für die Beweisführung relevanten Zeitraums. Die Beilagen 16–19 zeigen auf, wie viel Mengenrabatt die jeweiligen KTB-Werke zu zahlen hatten. Damit die an jeden Kunden bezahlten gemeinsamen Mengenrabatte berechnet werden konnten, fehlen die jeweiligen Mengen für jeden Kunden. Die Beilagen besagen nichts zum Umfang und Inhalt des Informationsaustausches. Die von der Alluvia-Gruppe eingereichte Beilage 20 zeigt weder auf, wer dieses Dokument erstellt hat, noch zu welchem Zweck es erstellt wurde. Ferner sind die Dokumente in Beilage 20 undatiert. Daraus ist auch nicht ersichtlich, an wen sie adressiert waren. Die Dokumente beweisen nicht, dass die Verfahrensparteien keine Rechnungskopien an die KTB AG versandten.

721. Die Alluvia-Gruppe macht zudem geltend, die KTB AG habe die Zahlungen für die Verfahrensparteien entgegengenommen und habe diese weiterverarbeitet. Wie die Zahlungsentgegennahme und Weiterverarbeitung ohne vorhandene Rechnung funktionierte, erläutert sie nicht. Damit die korrekte Zahlung entgegengenommen werden kann, muss die Rechnungsnummer, die gelieferte Menge, die Artikelbezeichnung, der Lieferant, der Rabatt

und der Rechnungsbetrag nachvollzogen werden können. Andernfalls kann der korrekte Zahlungseingang (d.h. der korrekte Betrag für die korrekte Menge) nicht nachvollzogen werden.

722. Schliesslich hat die Angabe, die Fakturierung sei ab 2002 von den Parteien übernommen worden, nichts mit Bezug auf den Informationsaustausch zu besagen. Damit steht nicht fest, dass die Rechnungen nicht an die KTB AG weitergeleitet wurden. Zudem lässt das Vorbringen die Aussage von [K. _____] ausser Acht, wonach bei betriebenen Forderungen die Parteien der KTB AG die Rechnung mit Details und die Lieferscheine übermittelten,⁶²³ was auch die Kästli-Gruppe einräumt.⁶²⁴ Mit Bezug auf betriebene Forderungen ist die Zusendung der Rechnungen an die KTB AG also gar nicht streitig.

723. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Ausführungen der Kästli-Gruppe zur Berechnung des Mengenrabattes zutreffen. Sie besagen nichts zum Inhalt des Informationsaustauschs.

(v) Beweisergebnis

724. Folgender Sachverhalt ist bewiesen: Es ist nicht streitig, dass die Verfahrensparteien den übereinstimmenden wirklichen Willen hatten, gemeinsam eine Inkassostelle zu betreiben. Seitens der Kästli-Gruppe waren die BERAG AG (Rubigen), das Kieswerk Rubigen, die Frischbeton AG (Rubigen) und seitens der Alluvia-Gruppe die Beton Worblaufen AG, die K.+U. Hofstetter AG (Berken, Presyn, Hindelbank) und die Messerli Kieswerk AG (Oberwangen, Bethlehem) an der Inkassostelle angeschlossen. Die gemeinsame Inkassostelle KTB AG wurde teilzeitlich (ca. 30 %) von einem [Mitarbeiter] der Alluvia AG geführt. Der KTB AG wurden jeweils die Rechnungen abgetreten. Aus den zugesandten Rechnungskopien konnte der [Funktionsbezeichnung] der KTB AG das Datum der Rechnungsstellung, die Nummer des Lieferscheins, die Artikelbezeichnung, die gelieferte Menge, den Preis je Einheit, den Rabatt und den Rechnungsbetrag ersehen. Aufgrund der Doppelfunktion des KTB-[Funktionsbezeichnung], welcher auch [Mitarbeiter] der Alluvia AG war, fand damit ein umfassender Informationsaustausch zwischen den Verfahrensparteien statt.

725. Die KTB AG trug die Debitorenverluste der Verfahrensparteien, legte einheitliche Zahlungs- und Verzugsbedingungen fest wie die Zahlungsfrist, die gemeinsame Verzugszinshöhe von bis zu 8 % und führte eine gemeinsame Liefersperrliste. Die beteiligten Konkurrenten verzichteten damit darauf, sich bezüglich den Zahlungs- und Verzugsbedingungen zu konkurrieren. Die Höhe der Mengenrabatte sowie des Kies- und Betonbatzens errechnete die gemeinsame Inkassostelle. Auch wurde im Rahmen der KTB AG entschieden, ob ein BVRB-Mitglied Mengenrabatte sowie den Kies- und Betonbatzen erhalten sollte. Die KTB AG zahlte zudem den Mengenrabatt sowie den Kies- und Betonbatzen aus.

B.5.6.2 Verfolger Zweck

(i) Beweisthema

726. Als nächstes ist Beweis darüber zu führen, welchen Zweck die Verfahrensbeteiligten mit dem Betrieb der gemeinsamen Inkassostelle inkl. Zahlungs- und Verzugsbedingungen, dem gemeinsamen Tragen der Debitorenverluste sowie den gemeinsamen Liefersperrbezweckten. Über den Zweck der Berechnung und Auszahlung des Mengenrabattes (dazu vorne B.5.3.2, Rz 321 ff.) und des Kies- und Betonbatzens (dazu vorne B.5.5.2, Rz 639 ff.) ist nicht erneut Beweis zu führen, es kann auf die betreffenden Stellen vorne verwiesen werden. Das Sekretariat stützt sich auf die nachfolgend aufgeführten Beweismittel.

⁶²³ Act. III.15, Zeile 199 (22-0440)

⁶²⁴ Act. VI.29, Rz 374

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

727. Der Zweck des gemeinsamen Inkassos ergibt sich einerseits aus den bewiesenen Aufgaben der Inkassostelle, welche darin bestanden, das Inkasso der an sie zedierten Forderungen vorzunehmen, den gemeinsamen Mengenrabatt und den Kies- und Betonbatzen zu ermitteln und auszuzahlen, nicht oder schlecht zahlende Kunden auf eine gemeinsame Sperrliste zu setzen und gemeinsam Debitorenverluste zu tragen. Es ist ferner erwiesen, dass die Kästli- und die Alluvia-Gruppe die Rechnungsdaten (Datum der Rechnungsstellung, Nummer des Lieferscheins, Artikelbezeichnung, gelieferte Menge, Preis je Einheit, Rabatt und Rechnungsbetrag) austauschten und gemeinsam Verzugszinsen festsetzten. Diese Sachverhalte sind nicht erneut zu beweisen, allerdings sind sie im Rahmen der Beweiswürdigung unter dem Gesichtspunkt des verfolgten Zwecks des gemeinsamen Inkassos erneut zu würdigen.

728. Gemäss Handelsregistereintrag bestand der Zweck der KTB AG darin, als «*Dienstleistungsunternehmen (Beratung, Geschäfts- und Betriebsführungen, Verwaltung, Inkasso, Forschungen und Entwicklung, usw.) im Baubereich, speziell auf dem Gebiet der Aufbereitung von Steinen und Erden, Beton, Asphalt, Recycling u.a.m.*» zu agieren. Das Unternehmen konnte sich zudem an anderen Unternehmen beteiligten.⁶²⁵

729. Dem Jahresbericht der KTB AG 2013 ist zu entnehmen, dass sich die Rechts- und Beratungskosten erhöht hätten. Der Grund liege ausschliesslich in den ausserordentlichen juristischen Abklärung bei [...] Rechtsanwälte.⁶²⁶

b. Zeugenaussagen

730. [D._____] sagte anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 6. Oktober 2016 aus, die Beweggründe für die gemeinsame Inkassostelle seien gewesen, dass «*man einigermaßen Ordnung hatte.*» Mit dem gemeinsamen Inkasso hätten die Debitorenverluste minimiert werden können. Es habe verhindert werden können, dass ein «*nichtzahlendes Unternehmen zum nächsten Werk*» wechselte.⁶²⁷

c. Parteiauskünfte

731. [B._____] sagte am 9. Februar 2015 für die Kästli-Gruppe aus, dass die KTB AG bezweckt habe, die Debitorenverluste zu minimieren. Der Hauptgrund sei gewesen, dass das Inkasso effizienter und günstiger gewesen sei.⁶²⁸ Die KTB AG habe pro Kubikmeter Beton einen Geldbetrag zurückgehalten. Die Differenz sei nach Auszahlung des Mengenrabattes den Betonwerken ausbezahlt oder eingefordert worden. Dies habe sich danach gerichtet, ob der «Pott» ausgereicht habe.⁶²⁹ Die KTB AG sei aufgelöst worden, da Zweifel bezüglich ihrer Kartellrechtszulässigkeit bestanden hätten..⁶³⁰

⁶²⁵ Handelsregisteramt des Kantons Bern, Firmennummer CHE-108.001.239

⁶²⁶ Act. II.A.102, Seite 4 von 5

⁶²⁷ Act. III.28 (22-0440), Zeilen 140 ff.

⁶²⁸ Act. III.14 (22-0440), Zeilen 316 ff.

⁶²⁹ Act. III.14 (22-0440), Zeilen 451 ff.

⁶³⁰ Act. III.14 (22-0440), Zeilen 346

732. Anlässlich seiner Einvernahme vom 17. Februar 2015 sagte [K._____] für die Alluvia-Gruppe aus, es habe wettbewerbsrechtliche Vorbehalte gegen eine gemeinsame Inkassostelle gegeben. Man habe dies im Jahr 2012 vernommen und entsprechend juristisch abklären lassen. Der Jurist habe empfohlen, das gemeinsame Inkasso aufzuheben.⁶³¹

(iii) Beweiswürdigung

733. Mit Bezug auf den gemeinsamen Mengenrabatt und den Kies- und Betonbatzen zielte die Inkassostelle darauf, den Mengenrabatt und den Kies- und Betonbatzen zu ermitteln und auszuzahlen.

734. Wie bewiesen, tauschten die KTB-Werke darüber hinaus (dazu vorne Rz 700 ff.), im Rahmen der KTB AG folgende Rechnungsinformationen aus:

- das Datum der Rechnungsstellung,
- die Nummer des Lieferscheins,
- die Artikelbezeichnung,
- die gelieferte Menge,
- der Preis je Einheit,
- der Rabatt und
- der Rechnungsbetrag.

Die Angabe der gelieferten Menge kann einerseits dazu benützt werden, den gemeinsamen Mengenrabatt und den Kies- und Betonbatzen zu berechnen. Andererseits ermöglichten die Konkurrenten einander durch die Angabe der gelieferten Menge im Zusammenhang mit dem Preis je Einheit und dem erteilten Rabatt, die Preise und Rabatte untereinander anzupassen. Indem die Konkurrenten einander durch den Informationsaustausch diese Preis- und Rabattanpassung ermöglichten, manifestierten sie den gegenseitigen übereinstimmenden Willen, den Wettbewerb untereinander einschränken zu wollen.

735. Die Parteien betrieben erwiesenermassen eine gemeinsame Sperrliste für nicht oder schlecht zahlende Kunden, legten gemeinsame Verzugszinsen fest und trugen allfällige Debitorenverluste gemeinsam. Gemäss der übereinstimmenden Zeugenaussage von [D._____] und der Parteiaussage von [B._____] diente das gemeinsame Inkasso dazu, Debitorenverluste zu minimieren. Gemäss [D._____] konnte ein nichtzahlendes Unternehmen durch die gemeinsame Sperrung nicht zum nächsten Werk wechseln. Es gibt keinen Grund, an der grundsätzlichen Richtigkeit der übereinstimmenden und unabhängig voneinander gemachten Aussagen zu zweifeln. Ein Zweck des gemeinsamen Inkassos bestand folglich darin, die Debitorenverluste zu verringern.

736. Allerdings kann dieser Zweck des gemeinsamen Inkassos nicht losgelöst von der Tatsache gewürdigt werden, dass auch die Verzugszinsen gemeinsam festgelegt wurden und die Konkurrenten die Debitorenverluste gemeinsam trugen. Diese beiden Tatsachen bringen zum Ausdruck, dass sich die KTB-Werke wie Unternehmen derselben Unternehmensgruppe verhielten und nicht wie Konkurrenten, die miteinander im Wettbewerb stehen. Ferner ist zu beachten, dass die gemeinsame Inkassostelle die gemeinsamen Mengenrabatte und den Kies- und Betonbatzen, welche erwiesenermassen auf eine Einschränkung des Wettbewerbs zwi-

⁶³¹ Act. III.15 (22-0440), Zeilen 285 ff.

schen der Alluvia- und der Kästli-Gruppe zielten, berechnete und zugestand. Mit dem Betreiben der Inkassostelle bezweckten die Konkurrenten folglich nebst der Vermeidung von Debitorenverlusten auch, den Wettbewerb untereinander einzuschränken.

737. Damit ermöglichten sie einander, die Preise inkl. Rabatte aufeinander abzustimmen und auf einem bestimmten Niveau zu halten.

738. Wie [K. _____] aussagte, hat es wettbewerbsrechtliche Vorbehalte gegen eine gemeinsame Inkassostelle gegeben. Man habe dies im Jahr 2012 vernommen und entsprechend juristisch abklären lassen. Der Jurist habe empfohlen, das gemeinsame Inkasso aufzuheben. Damit übereinstimmend sagte [B. _____] aus, es sei unklar gewesen, ob das gemeinsame Inkasso kartellrechtlich zulässig gewesen sei. Damit stimmen auch die Angaben im Jahresbericht der KTB AG 2013 überein. Denn gemäss diesem Jahresbericht hatten sich die Rechts- und Beratungskosten erhöht. Der Grund liege ausschliesslich in den ausserordentlichen juristischen Abklärungen bei [...] Rechtsanwälte. Es ist daher erwiesen, dass die Parteien an der Legalität des gemeinsamen Inkassos zweifelten und ihre Bedenken klären liessen. Die Parteien nahmen folglich zumindest zeitweise bewusst in Kauf, dass ihre Verhaltensweisen allenfalls nicht gesetzeskonform waren. Andernfalls hätten sie Fragen zum gemeinsamen Inkasso nicht auf ihre Kartellrechtskonformität prüfen lassen und das Inkasso weiter betrieben.⁶³²

(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen

Stellungnahme

739. Die Kästli-Gruppe streitet ab, mit dem Inkasso einen kartellrechtswidrigen Zweck verfolgt zu haben. Sie bringt vor, Verzugszinsen seien kein Preiselement, sondern ein gesetzlich normiertes Schadenersatzelement. Das Einholen einer «Fachmeinung» sei kein Beweis für eine eventualvorsätzliche Zuwiderhandlung.⁶³³

Würdigung

740. Die Vorbringen der Kästli-Gruppe gehen fehl. Wie etwa aus dem Bankwesen bekannt ist, werden Zinsen u.a. als Entgelt für Dienstleistungen verrechnet. Zinsen sind also Preise. Nicht anders verhält es sich bei Verzugszinsen, welche als Preis für ausgeliehenes Geld zu betrachten sind.⁶³⁴ Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Parteien gemeinsam Verzugszinsen vereinbart haben, welche die gesetzliche Höhe von 5% überschreitet. Die Verzugszinsen sollten eine «*prohibitive Höhe erreichen*» (dazu vorne Rz 712 f.).

741. Soweit Kästli behauptet, das Einholen einer Fachmeinung sei kein Beweis für einen Eventualvorsatz, bezieht sie sich wohl auf die Beratung durch [...] Rechtsanwälte, gemäss welcher – wie die Alluvia-Gruppe zugibt (vgl. Fn 632)⁶³⁵ – das gemeinsame Inkasso unzulässig war. Der Umstand, dass die Verfahrensparteien die Zulässigkeit des gemeinsamen Inkassos rechtlich überprüfen liessen, zeigt, dass sie mit der möglichen Unzulässigkeit des gemeinsamen Inkassos rechneten, dieses Risiko aber billigend in Kauf nahmen. Andernfalls würde eine rechtliche Überprüfung und die gleichzeitige Weiterführung des Inkassos keinen

⁶³² Die Alluvia-Gruppe räumt ein, dass sich die KTB zur Zulässigkeit des Inkassos von der Anwaltskanzlei [...] beraten lassen habe. Diese habe das gemeinsame Inkasso als unzulässig beurteilt. Die KTB-Werke hätten daraufhin, das gemeinsame Inkasso beendet. Die Anwaltskanzlei sei von einer anderen Faktenlage ausgegangen, weshalb das gemeinsame Inkasso nicht sofort eingestellt worden sei. Die Alluvia-Gruppe erläutert nicht, was sie unter einer «anderen Faktenlage» versteht. Einen Beleg für dies Aussage liefert sie auch nicht, Act. VI.30, Rz 162

⁶³³ Act. VI.29, Rz 387 f.

⁶³⁴ Vgl. z.B. HERMANN BECKER, in: Berner Kommentar, Obligationenrecht, Bd. Nr. VI/1, 1945, Art. 104 N 2

⁶³⁵ Act. VI.30, Rz 162

Sinn machen. Im Anschluss an die rechtliche Beratung waren die Parteien überzeugt von der Unzulässigkeit ihres Verhaltens und stellten das gemeinsame Inkasso dennoch erst nach einer zeitlichen Verzögerung ein. Dies beweist, dass sie während dieser letzteren Zeitspanne die höchstwahrscheinliche Illegalität ihres Handelns bewusst und billigend in Kauf nahmen.

742. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Behörden die als Eventualvorsatz zu qualifizierende innere Einstellung der Parteien nicht zu beweisen brauchen. Es reicht, dass das Verhalten geeignet war, den Wettbewerb zu beschränken. Dem Gesetz ist die Vermutung einer erheblichen Beschränkung des Wettbewerbs – und damit der Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung – bei gemeinsame festgelegten Preisen inhärent.⁶³⁶

(v) Beweisergebnis

743. Es ist folglich bewiesen, dass der Zweck der gemeinsamen Inkassostelle einerseits darin bestand, die Debitorenverluste zu verringern. Andererseits bezweckten die Alluvia- und die Kästli-Gruppe mit dem gemeinsamen Mengenrabatt und dem Kies- und Betonbatzen Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) zu verhindern oder zumindest zu reduzieren und den Wettbewerb untereinander einzuschränken. Schliesslich manifestierten die Konkurrenten im Rahmen der Rechnungsstellung durch den Austausch der Nummer des Lieferscheins, der Artikelbezeichnung, der gelieferte Menge, der Preise je Einheit, des erteilten Rabatts und des Rechnungsbetrags ihren Willen, die gegenseitige Preis- und Rabattanpassung zu ermöglichen und zu überwachen. Auch dadurch manifestierten sie den gegenseitigen übereinstimmenden Willen, den Wettbewerb untereinander einzuschränken. Die Parteien waren sich bewusst, dass das gemeinsame Inkasso nicht gesetzeskonform sein könnte, weshalb sie das Konstrukt der KTB AG juristisch abklären liessen.

B.5.6.3 Dauer

(i) Beweisthema

744. Nachfolgend ist zu prüfen, während welcher Zeitperiode zwischen den Verfahrensparteien Konsens über den Betrieb der gemeinsamen Inkassostelle und deren Aufgaben bestand, um den gemeinsamen Mengenrabatt und den Kies- und Betonbatzen zu berechnen und auszurichten sowie den Konkurrenzkampf untereinander einzuschränken, indem sie gemeinsam Verzugszinsen festlegten, gemeinsam Preise, Rabatte und Mengenangaben austauschten und gemeinsam Debitorenverluste trugen.

(ii) Beweismittel

a. Urkunden

745. Einem Schreiben der Kästli-Gruppe vom November 2013 ist zu entnehmen, dass die KTB AG ihre Tätigkeit einstelle und als Organ für den Mengenrabatt der Betonwerke Bern und Umgebung entfalle. Ferner teilte die Kästli-Gruppe mit, dass sie ihre Preise im Jahr 2014 abgesehen von wenigen Ausnahmen nicht erhöhen werde.⁶³⁷ Aus einer Vorlage eines Kundenschreibens vom 14. November 2013 geht hervor, dass die Alluvia-Gruppe beschlossen habe,

⁶³⁶ BGE 143 II 297, 318 E. 5.2.5, 323 f. E. 5.4.2

⁶³⁷ Act. II.A.84

ihre Lieferungen netto in Rechnung zu stellen. Zudem würden die Preise für das Jahr 2014 nicht erhöht werden.⁶³⁸

746. Aus einem Protokoll der Geschäftsleitung der Alluvia-Gruppe (damals HM-Gruppe) vom 13. März 2012 geht hervor, dass die Inkassostelle der KTB am 1.1.2012 ihr 40-jähriges Bestehen feiere. Das Unternehmen sei als einfache Gesellschaft KTWB gegründet worden.⁶³⁹ Dem Jahresbericht 2013 der KTB AG ist zu entnehmen, ein gemeinsames Inkasso durch Konkurrenzfirmen passe nicht mehr in die heutige Zeit und das rechtliche Umfeld. Daher sei entschieden worden, dieses aufzugeben und die KTB AG zu liquidieren. Ab Januar 2014 erfolge deshalb das Inkasso der Aktionärsfirmen nicht mehr über die Gemeinschaftsbeteiligung KTB AG, sondern direkt. Bis im Juni 2014 sollten sämtliche Ausstände einkassiert sein, damit per 30.6.2014 die Liquidation durchgeführt werden könne.⁶⁴⁰

747. Gemäss dem Auszug des Handelsregisteramtes des Kantons Bern wurde die Trevo AG – die Vorgängerin der KTB AG – am 11. Mai 1981 ins Handelsregister eingetragen. Mit Beschluss der Generalversammlung vom 20. Juni 2014 wurde die KTB AG aufgelöst. Die Liquidation wurde am 21. Januar 2016 beendet und das Unternehmen aus dem Handelsregister gelöscht.⁶⁴¹

b. Zeugenaussagen

748. [D._____] sagte anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 6. Oktober 2016 aus, Messerli, Hofstetter und Kästli hätten zusammen eine Inkassostelle gegründet. Die Inkassostelle habe ein zentralisiertes Mahnwesen betrieben. Sie habe die Rechnungskopien erhalten, zuletzt aber nicht mehr. Sie habe ferner eine gemeinsame Sperrliste geführt. Auf der Sperrliste seien Unternehmen vermerkt gewesen, die eine schlechte Zahlungsmoral gehabt oder gar nicht bezahlt hätten. Auf der Sperrliste habe beispielsweise ein Vermerk gestanden, dass ein spezifisches Unternehmen bar bezahlen musste.⁶⁴²

c. Parteiaussagen

749. [K._____] sagte am 17. Februar 2015 aus, in den Rechnungsdaten, welche die KTB AG erhalten habe, seien die Angaben des Kunden, die Rechnungsnummer, der Gesamtbetrag der Rechnung und das Fälligkeitsdatum enthalten gewesen.⁶⁴³

(iii) Beweiswürdigung

750. Aus den Schreiben der Alluvia- und der Kästli-Gruppe ist ersichtlich, dass der gemeinsame Mengenrabatt zu Beginn des Jahres 2014 nicht mehr von der gemeinsamen Inkassostelle ausgerichtet wurde. Wie bewiesen, wurde der Kies- und Betonbatzen bis Ende 2011 ausgerichtet (dazu vorne B.5.5.3, Rz 650 ff.). Aus dem Protokoll der Geschäftsleitung der Alluvia-Gruppe aus dem Jahr 2012 geht hervor, dass die Vorgängerin der KTB AG im Jahr 1972 gegründet worden war. Aus dem Jahresbericht 2013 und dem Handelsregister ist zudem ersichtlich, dass die KTB AG am 20. Juni 2014 aufgelöst wurde. Bis zu diesem Zeitpunkt kassierte sie ausstehende Rechnungen noch ein. Zumal die anlässlich der Hausdurchsuchung sichergestellten Dokumentbeweise mit den Einträgen im Handelsregister übereinstimmen, ist die Richtigkeit der Angaben bewiesen.

⁶³⁸ Act. II.B.X.371 (22-0440)

⁶³⁹ Act. II.B.X.341 (22-0440), 3/14, Punkt 1.4.3, Bulletpoint 4

⁶⁴⁰ Act. II.B.X.410 (22-0440)

⁶⁴¹ <https://be.chregister.ch/cr-portal/>, Firmennummer CHE-108.001.239

⁶⁴² Act. III.28, (22-0440), Zeilen 137 ff., 147 ff.

⁶⁴³ Act. III.15 (22-0440), Zeilen 177 ff.

751. Da [D._____] aussagte, zuletzt seien keine Rechnungskopien mehr versandt worden, und dem Sekretariat keine derartigen Rechnungen nach dem 18. Juli 2013 vorliegen, ist zugunsten der Parteien davon auszugehen, dass nach dem 18. Juli 2013 keine Rechnungskopien mehr an die KTB AG versandt wurden und die KTB AG entsprechend den Aussagen von [K._____] nur noch die Angaben des Kunden, die Rechnungsnummer, den Gesamtbetrag der Rechnung und das Fälligkeitsdatum eingesehen hat.

(iv) Würdigung der Parteistellungnahmen

Stellungnahme

752. Die Kästli-Gruppe bringt vor, die Fakturierung sei bis ca. 2004/2005 über die Inkassostelle gelaufen. Damals seien die Rechnungen an die Inkassostelle übermittelt worden, danach nicht mehr. Nur bei Rechnungen, für deren Bezahlung rechtliche Schritte eingeleitet worden seien, seien weiterhin Rechnungskopien an die Inkassostelle geleitet worden.⁶⁴⁴

Würdigung

753. Die Vorbringen vermögen die den Wettbewerbsbehörden vorliegenden Rechnungen nicht zu beseitigen (dazu Rz 701 f.). Es steht fest, dass die Rechnungen an die Inkassostelle zediert wurden, die Rechnungen der Kästli Bau AG enthielten im Briefkopf sowohl die Adresse der Kästli Bau AG und der Frischbeton AG Rubigen als auch die Adresse der KTB Inkassostelle. Dieser Umstand stimmt mit der gesetzlichen Pflicht des Abtretenden überein, die Schuldurkunde und sämtliche vorhandenen Beweismittel dem Erwerber auszuliefern (Art. 170 Abs. 2 OR). Die letzte dem Sekretariat vorliegende Rechnung dieser Art stammt vom 18. Juli 2013.⁶⁴⁵ Dies zeigt, dass nicht bloss die Rechnungen der betriebenen Forderungen an die Inkassostelle übertragen wurden, sondern die Rechnungen für alle einzutreibenden Forderungen. Das Eintreiben sämtlicher ausstehender Rechnungen gehört im Übrigen zur üblichen Tätigkeit einer Inkassostelle. Die Parteien belegen nicht, dass es sich vorliegend anders verhalten hat.

(v) Beweisergebnis

754. Es steht fest, dass die Vorgängerin der KTB AG 1972 als einfache Gesellschaft gegründet wurde, am 11. Mai 1981 wurde das Unternehmen erstmals ins Handelsregister eingetragen. Es existierte de facto bis zum 20. Juni 2014. Das Unternehmen bestand daher zumindest zwischen dem 11. Mai 1981 bis zum 20. Juni 2014. Die Rechnungskopien wurden lediglich bis zum 18. Juli 2013 an die KTB AG versandt. D.h., die vollumfängliche Tätigkeit der Inkassostelle dauerte 32 Jahre und 2 Monate.

B.5.6.4 Umsetzung und Auswirkungen

(i) Beweisthema

755. Nachfolgend ist Beweis darüber zu führen, ob sich die beteiligten Verfahrensparteien tatsächlich entsprechend ihrem Konsens verhielten, eine gemeinsame Inkassostelle zur Gewährung des gemeinsamen Mengenrabattes, zur Festlegung gemeinsamer Verzugszinsen, zur Erstellung gemeinsamer Sperrlisten, zum Austausch der Nummer des Lieferscheins, der Artikelbezeichnung, der gelieferte Menge, dem Preis je Einheit, dem erteilten Rabatt und dem Rechnungsbetrag zu ermöglichen. Ferner ist zu beweisen, ob sie sich entsprechend ihrem Konsens verhielten und die gegenseitige Preis- und Rabattanpassung ermöglichten. Darüber

⁶⁴⁴ Act. VI.29, Rz 374

⁶⁴⁵ Act. VIII.B.36.a, Beilagen 2, 4, 5

hinaus sind die Auswirkungen zu beurteilen, welche dieses Verhalten gegebenenfalls hatte. Die Umsetzung und die Auswirkungen des gemeinsamen Mengenrabatts (dazu vorne B.5.3.4, Rz 359 ff.) und des Kies- und Betonbatzens (dazu vorne B.5.5.4, Rz 660 ff.) wurden bereits bewiesen, es kann auf die entsprechenden Antragsstellen verwiesen werden.

(ii) Beweismittel

756. Dem Sekretariat liegen die folgenden Beweismittel vor:

a. Urkunden

757. Aus den Jahresberichten 2011 und 2013 ist zu entnehmen, dass gewissen Kunden erhöhte Verzugszinssätze von 8 % verrechnet wurden. Sofern in der Folge die Zahlungsfristen eingehalten wurden oder ein Unternehmen Konkurs ging, wurde es wieder von der Liste gestrichen.⁶⁴⁶

758. Eine Excel-Tabelle vom 25. September 2014 listet die kumulierten fakturierten Bruttobeträge der KTB AG bzw. ihrer Vorgängerin zwischen 1972 und 2013 auf. Der fakturierte Gesamtbetrag zwischen 1972 bis 2013 beläuft sich auf über [2–4] Milliarden Franken. Die im Jahr 2013 fakturierten Beträge betragen Fr. [50 000 000–150 000 000].⁶⁴⁷

759. In einem Dokument der Werbeagentur Baldinger & Baldinger AG⁶⁴⁸ wird die Synthese eines Strategie Workshops der Alluvia-Gruppe vom Juli/August 2008 festgehalten. Gemäss der sogenannten SWOT-Analyse (Akronym für Strengths, Weaknesses, Opportunities, Threats) kommen die Autoren zum Schluss, dass das Unternehmen unter anderem wegen des «*konkurrenzübergreifenden*» Inkassos fast keine Debitorenverluste erleide und daher «*wirtschaftlich*» handle.⁶⁴⁹

760. Einem Protokoll der Geschäftsleitungssitzung vom 13. März 2014 der Alluvia-Gruppe ist zu entnehmen, dass die Debitorenverluste der KTB bereits bis zum Wechsel der Geschäftsführung im Herbst 2009 nur 0,065 % der Inkassoumsätze betragen, diese Verluste hätten in den Jahren 2010 bis 2013 sogar auf 0,014 % gesenkt werden können.⁶⁵⁰

761. Aus einer Aufstellung der Debitorenverluste bis ins Jahr 2014 ergeben sich der Name und die Adresse der Debitoren, das Jahr und der Betrag des Verlusts, die bis ins Jahr 2014 erfolgten Zahlungen, die effektiven Verluste und die Verlustträger. Aus der Tabelle ist ersichtlich, dass die zentrale Inkassostelle des KTB (ZIT) zwischen den Jahren 1975 bis 2014 in rund 98 Fällen die Verluste trug.⁶⁵¹

b. Zeugenaussagen

762. [D._____] sagte anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 6. Oktober 2016 aus, Messerli, Hofstetter und Kästli hätten zusammen eine Inkassostelle gegründet. Die Inkassostelle habe ein zentralisiertes Mahnwesen betrieben. Sie habe die Rechnungskopien erhalten, zuletzt aber nicht mehr. Sie habe ferner eine gemeinsame Sperrliste geführt. Auf der Sperrliste seien Unternehmen vermerkt gewesen, die eine schlechte Zahlungsmoral gehabt oder gar

⁶⁴⁶ Act. II.A.35, «2.2. Stand Jahresende 2011», 15; Act. II.A.106, «2.2. Stand Jahresende 2013», 7

⁶⁴⁷ Act. II.B.25

⁶⁴⁸ Handelsregister des Kantons Aargau, Firmennummer CHE-107.721.785

⁶⁴⁹ Act. II.B.X.247, 7, Punkt 6.2 «Stärken»

⁶⁵⁰ Act. II.B.X.402 (22-0440), 3/16

⁶⁵¹ Act. II.B.25

nicht bezahlt hätten. Auf der Sperrliste habe beispielsweise ein Vermerk gestanden, dass ein spezifisches Unternehmen bar bezahlen musste.⁶⁵²

c. Parteiauskünfte

763. Gemäss [K._____] von der Alluvia AG sei KTB AG eine reine Inkassogesellschaft gewesen⁶⁵³ und habe einen sehr kleinen Gewinn erwirtschaftet. Man hätte einfach darauf geachtet, keinen Verlust zu erzielen und dies buchhalterisch entsprechend gesteuert.⁶⁵⁴ Der [Funktionsbezeichnung] der KTB AG habe über keinen Arbeitsvertrag mit der KTB AG verfügt. Der [Funktionsbezeichnung] der KTB AG sei von der Alluvia AG angestellt worden zu etwa 30 %. Die Lohnzahlung sei mit der KTB AG verrechnet worden.⁶⁵⁵

(iii) Beweiswürdigung

764. Es ist bewiesen, dass die Verfahrensparteien den übereinstimmenden wirklichen Willen hatten, gemeinsam eine Inkassostelle zu betreiben. Es ist auch erwiesen, dass der KTB AG jeweils die Rechnungen ihrer Mitgliederunternehmen abgetreten wurden. Es ist auch erstellt, dass der [Funktionsbezeichnung] der KTB AG aus den Rechnungen das Datum der Rechnungsstellung, die Nummer des Lieferscheins, die Artikelbezeichnung, die gelieferte Menge, den Preis je Einheit, den Rabatt und den Rechnungsbetrag ersehen konnte (dazu vorne Rz 700 ff.). Aufgrund der Doppelfunktion des KTB-[Funktionsbezeichnung], welcher auch [Mitarbeiter] der Alluvia AG war, fand damit ein umfassender Informationsaustausch zwischen den Verfahrensparteien statt (dazu vorne Rz 699).

765. Es ist erwiesen, dass die Verfahrensparteien die Debitorenverluste gemeinsam trugen, einheitliche Zahlungs- und Verzugsbedingungen festlegten (wie die Zahlungsfrist, die gemeinsame Verzugszinshöhe von bis zu 8 % und eine gemeinsame Liefersperrliste). Die beteiligten Konkurrenten verzichteten damit darauf, sich bezüglich den Zahlungs- und Verzugsbedingungen und den gemeinsamen Mengenrabatten zu konkurrieren (dazu vorne Rz 712 f., Rz 714).

766. Wie die Auflistung in der Excel-Tabelle vom 25. September 2014 mit den kumulierten fakturierten Bruttobeträgen der KTB AG zwischen 1972 und 2013 beweist, fakturierte die KTB AG (bzw. ihre Vorgängerinnen) zwischen 1972 bis 2013 einen Gesamtbetrag von über [2–4] Milliarden Franken. Die im Jahr 2013 fakturierten Beträge betragen [50 000 000–150 000 000] Franken. An der Umsetzung des gemeinsamen Inkassos bestehen keine Zweifel.

767. Das Dokument der Werbeagentur Baldinger & Baldinger AG vom Juli/August 2008 hält fest, dass die KTB-Unternehmen aufgrund des «*konkurrenzübergreifenden*» Inkassos fast keine Debitorenverluste erlitten. Die Analyse stimmt mit den Inhalten des Protokolls einer Geschäftsleitungssitzung vom 13. März 2014 der Alluvia-Gruppe überein. Demnach betrugen die Debitorenverluste der KTB bereits bis zum Wechsel der Geschäftsführung im Herbst 2009 nur 0,065 % der Inkassoumsätze und wurde in den Jahren 2010 bis 2013 auf 0,014 % gesenkt. Es ist daher bewiesen, dass einerseits das «*konkurrenzübergreifende*» Inkasso umgesetzt wurde und zum anderen zu tiefen Debitorenverlusten beitrug. Zumal die Festlegung der gemeinsamen Zahlungskonditionen, die gemeinsam festgelegten Verzugszinsen, die gemeinsamen Liefersperrlisten erwiesen sind und in der Praxis zur Anwendung gelangten, ist dadurch die Umsetzung und die Auswirkung des Inkassos erwiesen.

⁶⁵² Act. III.28, (22-0440), Zeilen 137 ff., 147 ff.

⁶⁵³ Act. III.15 (22-0440), Zeilen 98 f.

⁶⁵⁴ Act. III.15 (22-0440), Zeilen 135 f.

⁶⁵⁵ Act. III. 15 (22-0440), Zeilen 151 ff.

(iv) Beweisergebnis

768. Es ist bewiesen, dass das gemeinsame Inkasso tatsächlich umgesetzt wurde und zwischen 1972 bis 2013 ein Gesamtbetrag von über [2–4] Milliarden Franken einkassiert wurde. Dies geschah unter Anwendung der gemeinsamen Verzugs- und Zahlungskonditionen, d.h. einer gemeinsam festgelegten Zahlungsfrist, einer gemeinsamen Verzugszinshöhe von bis zu 8 % und einer gemeinsamen Liefersperrliste. Dies führte zu tiefen Debitorenverlusten für die KTB AG. Ferner tauschten die Verfahrensparteien Rechnungsangaben (Datum der Rechnungsstellung, Nummer des Lieferscheins, Artikelbezeichnung, gelieferte Menge, Preis je Einheit, Rabatt und Rechnungsbetrag) miteinander aus, welche es ihnen ermöglichte, die Preise und Rabatte einander anzupassen.

769. Wie eingangs erwähnt, wurden die Umsetzung und die Auswirkungen des gemeinsamen Mengenrabatts (dazu vorne B.5.3.4, Rz 359 ff.) und des Kies- und Betonbatzens (dazu vorne B.5.5.4, Rz 660 ff.) bereits bewiesen, es kann diesbezüglich auf die entsprechenden Antragsstellen verwiesen werden. Diese Auswirkungen können nicht getrennt von der gemeinsamen Inkassostelle betrachtet werden und sind dieser zuzurechnen, da sie für die Sammlung der Informationen, die Auswertung und die Ausbezahlung zuständig war.

B.5.6.5 Zusammenfassendes Beweisergebnis zum gemeinsamen Inkasso und Tragen der Debitorenverluste sowie zu den Lieferperren gegenüber Kunden

770. Zwischen den Verfahrensparteien lagen seit spätestens dem Jahr 1972 tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen vor (Konsens), das Inkasso gemeinsam zu führen, Zahlungs- und Verzugszinskonditionen (unter anderem Skonto) zu vereinheitlichen, die Debitorenverluste gemeinsam zu tragen sowie gemeinsam Lieferperren gegenüber Kunden und Kundinnen zu verhängen. Daran beteiligt waren die Alluvia-Gruppe mit den Kies- und Betonwerken Mattstetten, Hindelbank, Bern-Bethlehem, Oberwangen sowie dem Betonwerk Worb-laufen und die Kästli-Gruppe mit dem Kies- und Betonwerk Rubigen. Damit verfolgten die Verfahrensparteien namentlich folgende Ziele:

- die gemeinsamen Mengenrabatte und den Kies- und Betonbatzen zu berechnen und auszurichten;
- sich in Bezug auf Zahlungs- und Verzugszinskonditionen (unter anderem Skonto) nicht zu konkurrieren;
- höhere Verzugszinse durchsetzen zu können;
- das Delkredererisiko gemeinsam zu verringern und untereinander auszugleichen;
- gegenseitig Informationen zu Kunden und Kundinnen, ausgeführten Aufträgen und erzielten Jahresumsätzen zu erhalten.

771. Der Konsens zum gemeinsamen Inkasso und weiteren genannten Verhaltenskoordinierungen bestand bis Ende 2013.

772. Im Rahmen der gemeinsamen Inkassostelle organisierten die Parteien die Auszahlung und Berechnung des gemeinsamen Mengenrabatts und des gemeinsamen Kies- und Betonbatzens und bezweckten dadurch, Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) zu verhindern oder zumindest zu reduzieren. Die Konkurrenten bezweckten durch den Austausch der Nummer des Lieferscheins, der Artikelbezeichnung, der gelieferten Menge, der Preise je Einheit, des erteilten Rabatts und des Rechnungsbetrags im Rahmen ihrer Rechnungsstellung die gegenseitige Anpassung der Preis- und Rabattstrategie.

773. Die Verfahrensparteien verhielten sich in den Jahren 1981 bis 2013 entsprechend ihrem Konsens. Sie führten ein gemeinsames Inkasso, vereinheitlichten Zahlungs- und Verzugszinskonditionen (unter anderem Skonto), trugen die Debitorenverluste gemeinsam und verhängten gemeinsam Liefersperrern gegenüber Kunden und Kundinnen. Hierzu trafen sich die Geschäftsführer und Verkaufsleiter der Verfahrensparteien monatlich zu einer Sitzung der KTB AG und besprachen und beschlossen die entsprechenden Massnahmen.

774. Ihre Verhaltenskoordinierungen führten dazu, dass sich die Verfahrensparteien in Bezug auf Zahlungs- und Verzugszinskonditionen nicht konkurrierten, höhere Verzugszinsen durchsetzen konnten sowie das Delkredererisiko gemeinsam verringerten und untereinander ausglich. Zudem erlaubte ihnen der Betrieb der gemeinsamen Inkassostelle, gegenseitig Informationen zu Kunden und Kundinnen, ausgeführten Aufträgen und erzielten Jahresumsätzen zu erhalten.

B.5.7 Sämtliche Verhaltensweisen umspannender Konsens zur Zusammenarbeit

B.5.7.1 Vorbemerkung und Beweisthema

775. Die Koordination der Listenpreise (dazu vorne Rz 294 ff.), der gemeinsame Mengenrabatt (dazu vorne Rz 383 ff.), die Koordination der Liefergebiete (dazu vorne Rz 623 ff.), der Kies- und Betonbatzen (dazu vorne Rz 683 ff.) sowie das gemeinsame Inkasso, die einheitlichen Verzugszinsen, das gemeinsame Tragen der Debitorenverluste und die gemeinsamen Liefersperrern gegenüber Kunden und Kundinnen (dazu vorne Rz 770 ff.) sind bewiesen. Bezüglich dieser fünf Sachverhaltsabschnitte liegt je eine tatsächliche übereinstimmende Willenserklärung zwischen den Verfahrensparteien vor. Diese Massnahmen wurden von den Verfahrensparteien zwischen 1972 bis Ende 2013 parallel zueinander umgesetzt.

776. In der Folge ist Beweis darüber zu führen, ob sich aus diesen bewiesenen Sachverhalten ein sämtliche Verhaltensweisen umspannender Grundkonsens herleiten lässt, den Wettbewerb auf den hier in Frage stehenden Märkten einzuschränken.

B.5.7.2 Beweismittel

777. Mit Bezug auf die Beweismittel sei auf die bis hierhin genannten Beweismittel verwiesen. Sie brauchen nicht wiederholt zu werden. Gestützt darauf lassen sich die fünf soeben genannten Verhaltensweisen nachweisen.

B.5.7.3 Beweiswürdigung

778. Der Umstand, dass die Parteien während einer Vielzahl von Jahren ihre Listenpreise koordinierten (dazu vorne Rz 294 ff.), einen gemeinsamen Mengenrabatt festlegten (dazu vorne Rz 383 ff.), ihre Liefergebiete koordinierten (dazu vorne Rz 623 ff.), einen Kies- und Betonbatzen (dazu vorne Rz 683 ff.) ausbezählten und im Rahmen des gemeinsamen Inkasso sensible Rechnungsinformationen über Preise, Rabatte und Mengen austauschten, gemeinsam Verzugszinsen festlegten und zusätzlich unter den vorliegenden Umständen gemeinsam die Debitorenverluste trugen und gemeinsamen Liefersperrern gegenüber Kunden und Kundinnen vereinbarten (dazu vorne Rz 770 ff.) mit der sie den Wettbewerb untereinander einzuschränken bezweckten (dazu vorne Rz 296, Rz 385, Rz 625, Rz 743) und den Wettbewerbsdruck durch Ausstehende zu verringern bezweckten (dazu vorne Rz 385, Rz 685), ist als Ausfluss einer übereinstimmenden Willenserklärung zu betrachten (Grundkonsens), der sämtliche dieser Verhaltensweisen umspannt. Es ist unerheblich, ob dieser Grundkonsens in einer Vertragsurkunde festgehalten wurde. Im über Jahre dauernden Verhalten der Verfahrensparteien ist ein konkludentes Verhalten zu erblicken, aus dem sich die übereinstimmende Willenserklärung, die Wettbewerbsverhältnisse in den Bereichen Kies- und Betonverkäufe im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) zu regeln, ergibt.

779. Dieses Ergebnis ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass der gemeinsame Mengenrabatt laut Parteien zu einer Verkürzung der Transportdistanzen führen sollte und somit dazu beitrug, dass die Parteien vor Aussenkonkurrenz geschützt waren und ihre Liefergebiete koordinieren konnten. Zur gemeinsamen Kundenbindung der Bauunternehmen im gemeinsamen Liefergebiet und zur Fernhaltung von Aussenkonkurrenten diene zusätzlich der Kies- und Betonbatzen. Die KTB AG berechnete und bezahlte zudem den gemeinsamen Mengenrabatt und den Kies- und Betonbatzen. Die Wirkung dieser Massnahmen wurde durch die Koordination der Preislisten verstärkt. Daraus ist ersichtlich, dass sämtliche Sachverhalte Teil eines Gesamtsystems zur Wettbewerbsbeschränkung zwischen den Parteien waren.

B.5.7.4 Parteistellungnahmen und Würdigung

Stellungnahmen

780. Die Kästli-Gruppe und die Alluvia-Gruppe verneinen das Vorliegen eines sämtliche Verhaltensweisen umspannenden Konsenses zur Zusammenarbeit.⁶⁵⁶ Die Alluvia-Gruppe meint, es sei kein verbindendes Element zwischen den verschiedenen Verhaltensweisen zu erblicken.⁶⁵⁷ Die einzelnen Verhaltensweisen hätten unterschiedliche Beweggründe und seien zu unterschiedlichen Zeitpunkten eingeführt worden. Die wichtigen Entwicklungen wie die Auflösung der KTB-Verbandes, die Mitarbeit der Untersuchungsadressaten an der ADT-Sachplanung und die Fusion von Messerli und Hofstetter seien nicht beachtet worden.

Würdigung

781. Dazu ist Folgendes anzumerken. Das verbindende Element zwischen den verschiedenen Sachverhaltselementen besteht darin, dass dieselben Parteien an einer Reihe von zeitlich parallelen Verhaltensweisen beteiligt waren:

- Die Koordination der Listenpreise (2001 bis 2013, bzw. 1974 bis 1997 gemeinsame Bruttopreisliste, dazu Rz 247),
- der gemeinsame Mengenrabatt (1996 bis 2013, dazu Rz 358)
- die Koordination der Liefergebiete (Ende 1976 bis 2013, dazu Rz 454 f.),
- der gemeinsame Kies- und Betonbatzen (1998 bis Ende 2011, dazu Rz 659),
- die gemeinsame Inkassostelle, welche nebst dem Inkasso den gemeinsamen Mengenrabatte sowie den gemeinsamen Kies- und Betonbatzen berechnete und ausrichtete (1972 bis 2014, dazu Rz 754).

782. Es ist irrelevant, ob die Parteien die Verhaltensweisen zu verschiedenen Zeitpunkten begonnen haben. Tatsache ist, dass dieselben Parteien mit allen Verhaltensweisen den Wettbewerb untereinander zu beschränken versuchten. Zeitlich überschneiden sich die Verhaltensweisen über lange Strecken. Daraus ergibt sich der stillschweigende Wille zur umfassenden gemeinsamen Wettbewerbsbeschränkung.

783. Die Behauptung die Behörden hätten die Auflösung der KTB-Verbandes, die Mitarbeit der Untersuchungsadressaten an der ADT-Sachplanung und die Fusion von Messerli und Hofstetter nicht beachtet, sind falsch. Dazu sei auf die betreffenden Stellen verwiesen (vgl. z.B. Rz 11 f.; Rz 792 ff.; Rz 5).

784. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass sich diese gesamthafte Betrachtung rechtlich vorteilhaft auf die Parteien auswirkt. Es ermöglicht ihre Verhaltensweisen nicht als

⁶⁵⁶ Act. VI.29, Rz 389–392, Act. VI.30, Rz 163

⁶⁵⁷ Act. VI.30, Rz 165

getrennte Wettbewerbsverstösse festzulegen. Getrennte Wettbewerbsverstösse werden praxisgemäss getrennt sanktioniert und die verschiedenen Sanktionen kumuliert. Eine Kumulierung der Sanktionen für verschiedene Wettbewerbsverstösse würde zu einer starken Sanktionserhöhung führen.

B.5.7.5 Beweisergebnis

785. Insgesamt ist erwiesen, dass die Verfahrensparteien seit spätestens 2004 bis 2013 den tatsächlich übereinstimmenden Willen hatten (natürlicher Konsens), den Wettbewerb in den Bereichen Kies- und Betonverkäufe im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) zu regeln, indem sie den Wettbewerb untereinander einschränkten und die Kies- und Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) in diesen Jahren soweit als möglich verhinderten.

C Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

786. Das Kartellgesetz (KG) gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Sowohl die Alluvia-Gruppe als auch die Kästli-Gruppe erfüllen den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG. Damit ist das KG vorliegend in persönlicher Hinsicht anwendbar.

787. 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 solche Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1 KG) getroffen haben und ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, wird nachfolgend beurteilt. Ferner wird überprüft, ob ein Verstoss gegen Art. 7 vorliegt. Es sei auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

788. Schliesslich fallen die vorliegend zu beurteilenden Sachverhalte in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

C.2 Verfügungsadressaten

789. Wenn wie vorliegend mehrere Gesellschaften als Trägerinnen eines Unternehmens im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind, stellt sich die Frage, welche Rechtsträger beziehungsweise welche juristisch selbständigen Gesellschaften als Verfügungsadressaten heranzuziehen sind.

790. Gemäss Rechtsprechung steht es im Ermessen der WEKO, die Verfügungsadressaten aus den Gesellschaften auszuwählen, welche Unternehmensträgerinnen sind.⁶⁵⁸ Grundsätzlich ist es sachgerecht, sowohl die operativen Gesellschaften, welche am relevanten Wettbewerbsverhalten beteiligt waren, als auch deren Muttergesellschaften heranzuziehen.⁶⁵⁹ Für diese Vorgehensweise spricht im vorliegenden Fall auch der Umstand, dass sich die Eröffnung der Untersuchung 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern⁶⁶⁰ und die Zwischenverfügung vom

⁶⁵⁸ Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 586 Rz 72, *Preispolitik Swisscom ADSL*

⁶⁵⁹ Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 586 f. Rz 73, *Preispolitik Swisscom ADSL*

⁶⁶⁰ Act. I.3 und Act. I.7 (22-0440)

21. November 2016 betreffend Verfahrenstrennung⁶⁶¹ ebenfalls gegen die operativ tätigen Gesellschaften und deren Muttergesellschaften richteten.

791. Hieraus ergibt sich, dass die Verfügung den folgenden juristischen Personen zu eröffnen ist:

- Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern für die Alluvia-Gruppe;
- Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG für die Kästli-Gruppe.

C.3 Vorbehaltene Vorschriften

792. 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). Ebenso wenig fallen Wettbewerbswirkungen unter das Gesetz, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG). Letzteres ist für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes nicht von Bedeutung.

793. Die Parteien bringen vor, der gemeinsame Mengenrabatt habe im Einklang mit den öffentlich-rechtlichen Vorgaben des kantonalen Sachplans ADT gestanden, weil er zu kürzeren Transportwegen geführt habe (dazu vorne Rz 327 ff.). Zudem seien sie an der Ausarbeitung des Sachplans ADT beteiligt gewesen. Sie machen damit sinngemäss einen Vorbehalt gemäss Art. 3 KG geltend.

794. Wie dargelegt, gab es bei der Einführung des Mengenrabattes anfangs 1996 den Sachplan ADT vom 16. September 1998 noch nicht. Auf kantonaler Stufe gab es zuvor keine Sachplanung für Materialabbau und Inertstoffdeponien (dazu vorne Rz 335). Mit dem gemeinsamen Mengenrabatt bezweckten die Verfahrensparteien insbesondere, sich bei der Gewährung von Mengenrabatten für Betonbezüge nicht zu konkurrieren sowie ihre Liefergebiete zu koordinieren (dazu vorne Rz 623 ff.). Zudem bezweckten sie damit, Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) zu verhindern oder zumindest zu reduzieren. Art. 3 Abs. 1 KG gelangt daher vorliegend nicht zur Anwendung.

795. Selbst wenn man jedoch davon ausginge, die Parteien hätten angestrebt, aufgrund des Sachplans ADT die Transportstrecken zu verkürzen, würde Art. 3 KG aus den folgenden Gründen nicht zur Anwendung gelangen:

- Vorliegend ist nicht streitig, ob eine vorbehaltene Vorschrift vorliegt, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG begründen würde. Es ist einzig zu prüfen, ob der Sachplan ADT eine Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG ist, welche die Alluvia- und die Kästli-Gruppe mit besonderen Rechten zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben ausstattet.
- Gemäss Art. 3 Abs. 1 KG vorbehaltene Vorschriften sind grundsätzlich sowohl Gesetze im formellen Sinne als auch – sofern die Grundsätze der Gesetzesdelegation eingehalten wurden – Verordnungen.⁶⁶² Es ist daher zu prüfen, ob der Sachplan ADT ein Gesetz im formellen Sinne oder eine Verordnung ist.

⁶⁶¹ Act. V.5.1-2 (22-0440)

⁶⁶² BGE 141 II 66, 72 E. 2.2.5 (= RPW 2015/1, 133 E. 2.2.5), *Hors-Liste Medikamente*; PETER MÜNCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 3 Abs. 1 N 10, m. w. H

Das Verfahren auf Erlass eines Gesetzes im formellen Sinne unterscheidet sich wesentlich von der Erarbeitung eines Sachplans. Im Kanton Bern unterliegen die im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren vom Grossen Rat erlassenen Gesetze dem fakultativen Referendum (Art. 62 Abs. 1 Bst. a KV/BE⁶⁶³). Sachpläne werden hingegen im Auftrag des Regierungsrats von den Direktionen erarbeitet (Art. 99 Abs. 1 BauG/BE⁶⁶⁴), wobei eine Mitwirkung der Bürgerinnen und Bürger nicht vorgesehen ist. Daraus ist ersichtlich, dass der Sachplan ADT kein Gesetz im formellen Sinn ist.

Sachpläne sind sodann auch keine Verordnungen, welche eine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG sein könnten. Zwar werden Sachpläne gleich wie Verordnungen vom Regierungsrat erlassen beziehungsweise bezeichnet (Art. 88 Abs. 2 KV/BE und Art. 99 Abs. 1 BauG/BE), doch sind sie nur für Behörden verbindlich (Art. 57 Abs. 1 BauG/BE). Sie sind daher keine Rechtssätze bzw. Verordnungen.⁶⁶⁵

Selbst wenn Sachpläne Verordnungen wären, würden Normen auf Verordnungsstufe nur dann als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG in Betracht fallen, wenn die Grundsätze der Gesetzesdelegation⁶⁶⁶ eingehalten worden wären, das heisst dem Regierungsrat Rechtsetzungskompetenzen (zum Ausschluss von Wettbewerb) übertragen worden wären. Die gesetzliche Grundlage für die Bezeichnung von Sachplänen (Art. 99 Abs. 1 BauG/BE) erfüllt diese Voraussetzungen nicht.

796. Die Ausführungen zeigen, dass der Sachplan ADT weder mit einem Gesetz im formellen Sinn noch mit einer Verordnung, die den Grundsätzen der Gesetzesdelegation genügt, vergleichbar ist. Folglich sind die Vorgaben im Sachplan ADT keine vorbehaltenen Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 KG.

797. Der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass, selbst wenn man die Vorgaben des Sachplans ADT als Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG qualifizieren würde, die Bestimmung vorliegend nicht zur Anwendung gelangen würde, da der Sachplan ADT aus dem Jahr 1998 den Wettbewerb nicht zugunsten der Parteien ausschliesst. Er räumt den Parteien an keiner Stelle das Recht ein, anhand von Preis- und Gebietsabreden oder unter Missbrauch ihrer Marktposition den Wettbewerb zu beschränken.⁶⁶⁷ Damit Art. 3 Abs. 1 KG überhaupt zur Anwendung gelangen könnte, müsste der ADT Sachplan 1998 ein wettbewerbswidriges Verhalten der Parteien aber klar anordnen oder zulassen.⁶⁶⁸

798. Zusammenfassend steht somit fest, dass der Sachplan ADT den Verfahrensparteien keine besonderen, den Wettbewerb einschränkenden Rechte zubilligen. Es liegt kein Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG vor.

⁶⁶³ Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV/BE, BSG 101.1)

⁶⁶⁴ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG/BE, BSG 721.0)

⁶⁶⁵ Vgl. z.B. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2016, Rz 958

⁶⁶⁶ Eine Gesetzesdelegation ist zulässig, sofern sie nicht von der Verfassung ausgeschlossen ist, die Delegationsnorm ein Gesetz im formellen Sinne ist und die Delegation sich auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränkt. Die wichtigsten Regelungen der delegierten Materie müssen zudem bereits im Gesetz im formellen Sinne geregelt sein. Vgl. dazu BGE 128 I 113, 122 E. 3c.; Urteil des BVGer A-5627/2014 vom E. 4.2, A./Eidgenössisches Zollverwaltung EVZ

⁶⁶⁷ Der Sachplan ADT aus dem Jahr 2012 hält sogar explizit fest, dass der Kanton sich wettbewerbsneutral benimmt und die Eintrittsschranken für neue Anbieter im Markt so niedrig als möglich hält und die Entwicklungen der Preise, Leistungen und des Wettbewerbs prüft und gegebenenfalls die Wettbewerbskommission oder den Preisüberwacher bezieht; vgl. den Kantonalen Sachplan Abbau, Deponie, Transporte, Sachplan ADT, 2012, Grundsatz 18, S. 19, abrufbar unter: https://www.jgk.be.ch/jgk/de/index/raumplanung/raumplanung/kantonale_raumplanung/ver_und_entsorgung/adt.assetref/dam/documents/JGK/AGR/de/Raumplanung/Ver-%20und%200%20Entsorgung/agr_kantonale_raumplanung_sachplan_adt_2012_de.pdf.

⁶⁶⁸ BGE 141 II 66, 72 E. 2.2.3; BGE 129 II 497, 516 E. 3.3.3

C.4 Beachtung von Verfahrensvorschriften

C.4.1 Antrag auf Erlass einer Zwischenverfügung

799. Mit Schreiben vom 28. Dezember 2017, vom 30. Januar 2018 und 9. Mai 2018 beantragte die Kästli-Gruppe den Erlass einer Zwischenverfügung. Der Verfahrensablauf wurde oben unter Titel A.4.7, Rz 41 ff. dargestellt.

C.4.1.1 Vorbringen der Kästli-Gruppe

800. Am 28. Dezember 2017 stellte die Kästli-Gruppe den folgenden Antrag: «*Da die Frage, wie weit die Pflicht zur Vertraulichkeit gemäss dieser Ziffer 10 greift, für die Ausübung der Verteidigungsrechte der Verfahrensparteien von zentraler Bedeutung ist [...], ersuchen wir das Sekretariat um den Erlass einer anfechtbaren Zwischenverfügung zu diesem Punkt.*»⁶⁶⁹ Mit Schreiben vom 30. Januar 2018 hielt die Kästli-Gruppe fest, sie halte «*am Gesuch einer Feststellungsverfügung gemäss [...] Schreiben vom 28. Dezember 2017 fest*» und begründete ihren Antrag damit, bei den Rahmenbedingungen handle es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG.⁶⁷⁰ Sie wiederholte ihren Antrag um Erlass einer Zwischenverfügung mit Schreiben vom 9. Mai 2018 und stellte sich darin auf den Standpunkt, es sei «*von fundamentaler Bedeutung*», ihre verfassungsrechtlichen Verfahrensrechte im Verfahren vollumfänglich wahrnehmen zu können. Dazu gehöre es in ihrer Stellungnahme zum Antrag die Verhaltensweisen der Behörde im Verfahren auf Einhaltung der Grundrechte der Parteien hin zu hinterfragen und gegebenenfalls überprüfen zu lassen. Sie müsse sich auf Kommunikationsinhalte im Rahmen der Verhandlung der einvernehmlichen Regelung beziehen können. Diese Frage will die Kästli-Gruppe vor Versand des Antrages des Sekretariats rechtskräftig geregelt haben.⁶⁷¹

801. Das Sekretariat beschloss aus den folgenden Gründen auf den Erlass einer getrennten Zwischenverfügung zu verzichten.

C.4.1.2 Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung

802. Gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG ist dem Begehren um eine Feststellungsverfügung zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist. Mithin ist bei der Feststellungsverfügung der praktische Nutzen nachzuweisen.⁶⁷²

C.4.1.3 Würdigung des Antrags

803. Der Antrag der Kästli-Gruppe auf Erlass einer Zwischenverfügung basiert auf der Prämisse, dass die Rahmenbedingungen eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellen und über den Inhalt dieser verfügt werden kann. Es ist fraglich, ob dies zutrifft. Auf die Beantwortung dieser Frage wird aber vorliegend verzichtet, da auf den Antrag zum Erlass einer Feststellungsverfügung ohnehin nicht eingetreten werden könnte. Denn diesfalls müsste die Kästli ein schutzwürdiges Interesse (Art. 25 Abs. 2 VwVG) am Erlass einer Feststellungsverfügung geltend machen können. Es wäre mithin der praktische Nutzen am Verfügungserlass

⁶⁶⁹ Act. I.66

⁶⁷⁰ Act. I.80

⁶⁷¹ Act. I.100

⁶⁷² Urteil des BVGer A-6820/2009 vom 23. März 2010, E. 5.1., *Stadt Dietikon et al./SBB et al.*

nachzuweisen.⁶⁷³ Ein praktischer Nutzen an der Feststellung des sachlichen Umfangs der Ziffer 10 der Rahmenbedingungen besteht aus den folgenden Gründen nicht:

- Die Kästli-Gruppe geht davon aus, dass die Rahmenbedingungen eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellen. Sie hätte somit diese Verfügung anfechten und deren ganze oder teilweise Aufhebung beantragen sollen. Dies hat sie nicht innert Rechtsmittelfrist getan. Der vorliegende Antrag auf Erlass einer Feststellungsverfügung ist subsidiär zu dieser Anfechtungsmöglichkeit.⁶⁷⁴
- Die Kästli-Gruppe kann unabhängig davon, welche Bedeutung die Wettbewerbsbehörden dem Inhalt der Ziffer 10 der Rahmenbedingungen zumessen, sämtliche faktischen, verfahrensrechtlichen und materiell-rechtlichen Argumente im Rahmen ihrer schriftlichen und allenfalls mündlichen Anhörung im Rahmen von Art. 30 Abs. 2 KG vorbringen. Ferner kann sie die Endverfügung aus denselben Gründen uneingeschränkt anfechten.

804. Die Kästli-Gruppe hat somit keinen praktischen Nutzen am Erlass einer Feststellungsverfügung. Es fehlt ihr somit am schutzwürdigen Interesse im Sinne von Art. 25 Abs. 2 VwVG. Auf Ihren Antrag kann aus diesen Gründen nicht eingetreten werden.

C.4.2 Beweisanträge

805. Mit Schreiben vom 27. September 2017 beantragte die Kästli-Gruppe eine Reihe von Beweismassnahmen. Der Verfahrensablauf wurde oben unter Titel A.4.8, Rz 44 f. geschildert.

C.4.2.1 Anträge der Kästli-Gruppe

806. Am 27. September 2017 beantragte die Kästli-Gruppe die Einvernahme folgender Personen als Zeugen:

- [S. _____], Präsident des kantonalen Kies- und Betonverbandes KSE Bern zu den Themen «*Preise, Transportwege und –kosten, Konkurrenz, Markteintritte und Marktvolumen im Kies-, Beton- und Deponienmarkt im Kanton Bern*»;
- [T. _____], Geschäftsführer des Verbandes der Kies- und Betonproduzenten Aargau (VKB Aargau) zu den Themen «*Preise, Transportwege und –kosten, Konkurrenz, Markteintritte und Marktvolumen im Kies-, Beton- und Deponienmarkt im Kanton Bern*»;
- [U. _____], ehemaliger Präsident des BVRB zu den Themen «*Kies- und Betonbatzen, Preisgestaltung/Preiserhöhung und Kies- und Betonmarkt im Raum Bern*»;
- [V. _____], Leiter Hochbau Bern und Biel, Frutiger AG, Bern und Biel
- [I. _____], [Funktionsbezeichnung], Büchi AG, Bern
- [W. _____], Technischer Leiter, Bill AG, Wabern

807. Ferner sei eine «*Sachverständigenaussage*» beim Schweizerischen Nutzfahrzeugverband ASTAG einzuholen «*zur Frage wie Transportkosten im Kies- und Betongewerbe üblicherweise kalkuliert werden und inwiefern sich Transportkosten für Kies- und Betonlieferungen von Unternehmen zu Unternehmen unterscheiden können*».

808. Schliesslich sei ein Sachverständigengutachten einzuholen zu den Fragen

- Definition des relevanten Markts für Beton- und Kieslieferungen,

⁶⁷³ Urteil des BVGer A-6820/2009 vom 23. März 2010, E. 5.1. *Stadt Dietikon et al./SBB et al.*

⁶⁷⁴ BGE 132 V 257 E. 1; BGE 129 V 289 E. 2.1

- Relevante Marktakteure und aktuelle und potenzielle Konkurrenz,
- Regulatorische Einflüsse in Bezug auf die effektiven Marktwirkungen,
- Vorliegen einer schädlichen Verhaltensweise und Schaden (Preise, Mengen, Qualitäten, Innovation) sowie Geschädigte.⁶⁷⁵

C.4.2.2 Beweismassnahmen des Sekretariats

809. Das Sekretariat führte daraufhin vier Befragungen durch. Zur Ergänzung der Selbstanzeigen der Alluvia-Gruppe und der Kästli-Gruppe vernahm es am 14. November 2017 [F.____], [Mitarbeiter] der Alluvia-Gruppe⁶⁷⁶ bzw. am 20. November 2017 [G.____], [Funktionsbezeichnung] und [Organ] der Kästli Beteiligungen AG und der Kästli Bau AG.⁶⁷⁷ Schliesslich befragte es am 27. November 2017 [H.____]⁶⁷⁸, [Funktionsbezeichnung], Implenia Schweiz AG, und am 29. November 2017 [I.____]⁶⁷⁹, [Mitarbeiter] (seit 1. Januar 2018 [Funktionsbezeichnung]) der Büchi AG, als Zeugen. Folgende Themen waren Gegenstand der Befragung:

- der Einkauf von Beton und Kies (u.a. Prozess, Auswahl des Lieferanten und der Produkte)
- die Art und Weise der Festlegung von Preisen für Kies und Beton,
- die im Raum Bern präsenten Anbieter von Beton und Kies (Konkurrenzsituation),
- die Baustellenanlagen und Trockenbeton,
- die Eigenproduktion von Beton und Kies,
- die Kapazitäten der Betonwerke,
- die Transportwege und Kosten,
- die Qualitätsunterschiede von Kies und Beton,
- die Produktionskosten von Kies und Beton,
- die Arten von Mörtel,
- der Einkauf von Mörtel,
- die Anbieter von Nassmörtel,
- das Recyclingmaterial,
- die gelieferten Daten.

810. Aus der obigen Auflistung ist ersichtlich, dass das Sekretariat die von der Kästli-Gruppe für die Zeugeneinvernahmen und die «*Sachverständigenaussage*» beantragten Beweisthemen erfragt hat. Insoweit wurde das Gesuch implizit gutgeheissen. Einzig zum Thema Kies- und Betonbatzen führte es keine erneute Befragung durch. Zudem gab es kein Sachverständigengutachten zu den genannten Themen in Auftrag. Die Kästli-Gruppe wiederholte mit

⁶⁷⁵ Act. I.40

⁶⁷⁶ Act. VIII.A.49 (24-0113)

⁶⁷⁷ Act. VIII.B.45 (24-0114)

⁶⁷⁸ Act. III.2

⁶⁷⁹ Act. III.3

Schreiben vom 28. Dezember 2017 ihre Beweisanträge bezüglich der Zeugeneinvernahmen von [S._____, T._____, U._____], der genannten «Sachverständigenaussage» und dem Sachverständigengutachten.⁶⁸⁰ An den übrigen Anträgen hält die Kästli-Gruppe anscheinend nicht fest. Es werden daher einzig die am 28. Dezember 2018 wiederholten Anträge abgehandelt.

C.4.2.3 Ablehnung und Nichteintreten weitergehender Beweisanträge

C.4.2.3.1 Die Rechtsgrundlagen

811. Gemäss Art. 33 Abs. 1 VwVG haben die Wettbewerbsbehörden ihr angebotene Beweise abzunehmen, sofern diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Ist die Abnahme mit verhältnismässig hohen Kosten verbunden, kann sie einen Kostenvorschuss von der Partei verlangen (Art. 33 Abs. 2 VwVG). Aus dem Beweisantrag muss zudem hervorgehen, welche rechtserheblichen Tatsachen der Betroffene zu beweisen gedenkt bzw. in Bezug auf welche Tatsachen er den Gegenbeweis zu erbringen gedenkt.⁶⁸¹ Insofern hat der Beweisantrag analog zu Art. 52 Abs. 1 VwVG eine Begründung zu enthalten.⁶⁸²

812. Bei der Beurteilung der Beweistauglichkeit ist massgeblich, ob ein Beweismittel geeignet ist, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen.⁶⁸³ Angebotene Beweise müssen nicht abgenommen werden, wenn sie eine für die rechtliche Beurteilung unerhebliche Frage betreffen.⁶⁸⁴ Es liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, wenn die Behörden auf die Abnahme von (weiteren) Beweismitteln verzichten, weil sie aufgrund abgenommener Beweise ihre Überzeugung bereits gebildet hat und ohne Willkür annehmen konnte, ihre Auffassung würde durch weiter Beweiserhebung nicht geändert (antizipierte Beweiswürdigung).⁶⁸⁵ Ferner kann die Behörde einen Beweisantrag ablehnen, wenn sie den Sachverhalt aufgrund eigener Sachkenntnisse ausreichend würdigen kann.⁶⁸⁶

C.4.2.3.2 Würdigung der Beweisanträge

Beantragte Zeugeneinvernahmen von S._____, T._____,

813. Die Kästli-Gruppe beantragte, S._____ und T._____ zu den Themen «*Preise, Transportwege und –kosten, Konkurrenz, Markteintritte und Marktvolumen im Kies-, Beton- und Deponienmarkt im Kanton Bern*» einzuvernehmen. Sie begründet in ihrem Schreiben vom 28. Dezember 2017, es sei für eine ergebnisoffene und vollständige Ermittlung des Sachverhalts vonnöten. Dies hätten die vorgenannten Einvernahmen gezeigt. Die Behörde habe fast drei Jahre nach Untersuchungseröffnung «*elementare Aspekte des Sachverhalts wie Marktdefinition, Marktabgrenzung und Marktstellung der Verfahrensparteien nicht geklärt,*

⁶⁸⁰ Act. I.40

⁶⁸¹ Urteil des BGer 1P.452/2003 vom 18.11.2003 E.2.2.3

⁶⁸² BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2016, Art. 33 N 10

⁶⁸³ Urteil des BGer 2A.267/2000 vom 10.11.200 E.2c/aa; BVGE 2012/23 E.6.2.2; WALDMANN/BICKEL (Fn 682), in: in: Praxiskommentar VwVG, Art. 33 N 14

⁶⁸⁴ Urteil des BGer 2C_1019/2013, 2C_1027/2013 und EC_1051/2013 vom 2.6. 2014 E.4.1; Urteil des BGer 2C_63/2011 vom 20.10.2011 E.3.2.1; WALDMANN/BICKEL (Fn 682), in: Praxiskommentar VwVG, Art. 33 N 14

⁶⁸⁵ BGE 136 I 229, E.5.3; BGE 134 I 140, E.5.3; Urteil des BGer 1C_231/2010 vom 24. August 2010 E. 2.3.1 mit Hinweisen; Urteile des BVGer A-227/2016 vom 7. Februar 2017 E.3A-1251/2012 vom 15. Januar 2014 E. 8.2

⁶⁸⁶ PATRICK SUTTER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 33 N 2 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Urteil des BVGer B-2213/2006 vom 2. Juli 2007, E.4.2.2., *Höhere Fachprüfung für Steuerexperten*

*obwohl bereits früher und nota bene vor Initiierung der Verhandlung über eine einvernehmliche Regelung [...] Anlass dazu bestanden hätte».*⁶⁸⁷

814. Dazu ist folgendes Festzuhalten:

- Die Kästli-Gruppe selbst hatte mit Schreiben vom 27. September 2017 beantragt, Zeugeneinvernahmen zur *«Marktdefinition, Marktabgrenzung und Marktstellung der Verfahrensparteien»* durchzuführen. Nachdem dies die Behörden im November 2017 getan haben, wirft sie ihnen vor, sie hätten *«elementare Aspekte des Sachverhalts»* nicht vorher geprüft. Diese Argumentationsweise widerspricht Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) und entspricht nicht den Tatsachen. Zu denselben Themen hatte das Sekretariat bereits Einvernahmen abgehalten, zudem lagen ausreichend Beweise vor, um im Frühjahr 2017 ein vorläufiges Beweisergebnis erstellen zu können (vgl. dazu z.B. die Aktenverweise im Sachverhalt, B.4.4.6, Rz 141 ff., B.4.3.7, Rz 84 ff., B.4.4.5, Rz 120 ff.). Zudem begründet Kästli-Gruppe damit nicht, weshalb weitere Einvernahmen notwendig gewesen sein sollten. Solche Gründe sind auch nicht ersichtlich.
- Zuletzt liegen die Aussagen der Kästli-Gruppe selbst ([G.____]), von [F.____], [H.____] und [I.____] vom November 2017 vor. Inwiefern die Zeugeneinvernahmen von [S.____] und [T.____] zu denselben Themen noch neue Erkenntnisse hätte liefern können, begründet die Kästli-Gruppe nicht. Solche sind auch nicht ersichtlich.

815. Aus heutiger Sicht und in Übereinstimmung mit der Bundesrechtsprechung nehmen die Wettbewerbsbehörden ohne Willkür an, ihre Auffassung im Bereich *«Preise, Transportwege und –kosten, Konkurrenz, Markteintritte und Marktvolumen im Kies-, Beton- und Deponienmarkt im Kanton Bern»* würden durch weitere Beweiserhebung nicht geändert. Die Beweisanträge werden daher abgelehnt, soweit darauf eingetreten wird.

Beantragte Zeugeneinvernahme von [U.____]

816. Die Kästli-Gruppe beantragte eine Zeugeneinvernahme mit [U.____], dem ehemaligen Präsidenten des BVRB zu den Themen *«Kies- und Betonbatzen, Preisgestaltung/Preiserhöhung und Kies- und Betonmarkt im Raum Bern»*.

817. Bezüglich der Themen der Preisgestaltung und dem Kies- und Betonmarkt kann auf das soeben Gesagte verwiesen werden. Was den Betonbatzen betrifft, sei auf die betreffenden Ausführungen und Verweise im Sachverhalt verwiesen (dazu vorne die Verweise und Ausführungen in B.5.5, Rz 628 ff.). Die Kästli-Gruppe begründet nicht, weshalb die Einvernahme von [U.____] zusätzlich notwendig gewesen wäre. Solche Gründe sind auch nicht ersichtlich. Der Beweisantrag wird daher abgelehnt, soweit darauf eingetreten wird.

Beantragte «Sachverständigenaussage»

818. Die Kästli-Gruppe beantragt weiter, es sei eine *«Sachverständigenaussage»* beim ASTAG einzuholen *«zur Frage wie Transportkosten im Kies- und Betongewerbe üblicherweise kalkuliert werden und inwiefern sich Transportkosten für Kies- und Betonlieferungen von Unternehmen zu Unternehmen unterscheiden können»*.

819. Die Kästli-Gruppe begründet nicht, inwiefern solche Beweismassnahmen notwendig sind und die vom Sekretariat getroffenen Beweismassnahmen nicht ausreichen. Weitere notwendige Beweismassnahmen sind auch nicht erkennbar. Auf den Antrag wird nicht eingetreten.

Beantragtes Sachverständigengutachten

⁶⁸⁷ Act. I-66, Rz 3

820. Schliesslich beantragt die Kästli-Gruppe, es sei ein Sachverständigengutachten einzuholen zu den Fragen:

- Definition des relevanten Markts für Beton- und Kieslieferungen,
- Relevante Marktakteure und aktuelle und potenzielle Konkurrenz,
- Regulatorische Einflüsse in Bezug auf die effektiven Marktwirkungen,
- Vorliegen einer schädlichen Verhaltensweise und Schaden (Preise, Mengen, Qualitäten, Innovation) sowie Geschädigte.⁶⁸⁸

821. Was die Definition des relevanten Markts für Beton- und Kieslieferung, die relevanten Marktakteure, sowie die aktuelle und potenzielle Konkurrenz betrifft, sei auf die diesbezüglichen Ausführungen und Verweise verwiesen. Inwiefern darüberhinausgehende Beweise zu erheben sind, begründet die Kästli-Gruppe nicht. Gründe dazu sind auch nicht ersichtlich.

822. Die Anträge zu den regulatorischen Einflüssen in Bezug auf die effektive Marktwirkung sowie das Vorliegen einer schädlichen Verhaltensweise und den Schaden betreffen für die rechtliche Beurteilung unerhebliche Fragen. Gemäss Bundesgericht schützen Art. 5 Abs. 1 KG und Art. 5 Abs. 3 und 4 KG auch den potenziellen Wettbewerb. Es genügt somit, dass Abreden den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen, um als volkswirtschaftlich oder sozial schädlich im Sinne des Kartellgesetzes zu gelten.⁶⁸⁹ Die effektive Marktwirkung und den konkreten Schaden brauchen die Behörden nicht nachzuweisen. Die Beweisanträge betreffen daher einen nicht zu beweisenden Sachverhalt, sie sind daher nicht tauglich im Sinne von Art. 33 Abs. 1 VwVG. Zugleich begründet die Kästli-Gruppe ihre Anträge nicht. Die Anträge sind abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

C.4.3 Behauptete Voreingenommenheit

C.4.3.1 Vorbringen der Kästli-Gruppe

823. Mit Schreiben vom 28. Dezember 2017 machte die Kästli-Gruppe geltend, das Verhalten des Sekretariats in der vorliegenden Untersuchung sei objektiv geeignet, den Anschein einer Voreingenommenheit der mit der Untersuchung betreuten Personen gegenüber der Kästli-Gruppe zu erwecken. Sie machte Ausstandsgründe aufgrund von mündlichen Einschätzungen von Sekretariatsmitarbeitern ausserhalb und im Rahmen der Verhandlung der einvernehmlichen Regelung geltend. Sinngemäss sieht sie auch im Abbruch der Verhandlungen über die einvernehmliche Regelung einen Ausstandsgrund.⁶⁹⁰

824. Das Sekretariat nahm die Vorbringen der Kästli-Gruppe als Ausstandsgesuch entgegen und forderte sie schriftlich auf, bis am 30. Januar 2018 klarzustellen, ob sie an ihrem Gesuch festhalte und gegebenenfalls ihr Gesuch in Bezug auf jede Person einzeln zu begründen.⁶⁹¹ Mit Eingabe vom 30. Januar 2018 verzichtete die Kästli-Gruppe «zum jetzigen Zeitpunkt» auf die Einreichung eines Ausstandsgesuchs gegen «einzelne Mitarbeiter des Sekretariats».⁶⁹² Aufgrund des offen formulierten Schreibens der Kästli-Gruppe prüften die Behörden das Vorliegen von Ausstandsgründen von Amtes wegen, verneinten dies jedoch.

⁶⁸⁸ Act. I.40

⁶⁸⁹ BGE 143 II 297, 323 f. E.5.4.2., 325, E.5.6

⁶⁹⁰ Act. I.66

⁶⁹¹ Act. I.69

⁶⁹² Act. I.80

C.4.3.2 Würdigung der Vorbringen

825. In formeller Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Ausstandsgesuch sofort geltend gemacht werden muss, das heisst, sobald der Betroffene vom angeblichen Ausstandsgrund Kenntnis hat. Die allfällige verspätete Geltendmachung von Ausstandsgründen würde gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen. Wer den Ausstandsgrund nicht unverzüglich geltend macht, verwirkt den Anspruch auf eine spätere Anrufung.⁶⁹³ Die von der Kästli-Gruppe mit Schreiben vom 28. Dezember 2017 geltend gemachten Ausstandsgründe sind daher verwirkt.

C.4.4 Antrag auf Entfernung eines Aktenstückes aus den Akten

826. Die Kästli-Gruppe beantragt mit Schreiben vom 10. Dezember 2018 die Entfernung des Berichts der Polynomics AG vom 13. August 2018 aus den Akten. Sie begründet dies damit, dass der Bericht ein parteiinternes Dokument sei, welches ohne gesetzliche Grundlage und ohne Zustimmung der Partei in die Akten aufgenommen worden sei.

827. Der Antrag wird abgelehnt. Die Behörden trifft eine Aktenführungspflicht, welche notwendige Voraussetzung für Akteneinsichtsrecht der Parteien ist (Art. 26 VwVG, Art. 29 BV).⁶⁹⁴ Nach der Rechtsprechung haben die Behörden alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört und entscheidungswesentlich sein kann.⁶⁹⁵ Der genannte Bericht ist ein überprüfbares Beweismittel und gehört daher in die Akten. Die Behörden können die Einsicht in die Akten nur unter den in Art. 27 Abs. 1 VwVG genannten Gründen einschränken. Keiner dieser Gründe liegt vorliegend vor. Insbesondere enthält das Dokument keine Geschäftsgeheimnisse, was die Kästli-Gruppe auch nicht geltend macht. Da in diesem Bericht ohnehin die Daten der Alluvia-Gruppe ausgewertet wurden, welche der Einsicht in ihre Daten einwilligte⁶⁹⁶, wäre ein solches Vorbringen seitens der Kästli-Gruppe auch nicht nachvollziehbar. Die Behörden entscheiden von Amtes wegen über die Aufnahme eines Aktenstückes in die Akten. Die Behauptung der fehlenden Zustimmung verstösst zudem gegen Treu und Glauben, da die Kästli-Gruppe der Aufnahme des Bericht in die Akten schriftlich zugestimmt hat.⁶⁹⁷

C.5 Unzulässige Wettbewerbsabrede

C.5.1 Einleitung

828. Aufgrund der Systematik des Kartellgesetzes muss die kartellrechtliche Zulässigkeit eines Sachverhalts in vier Schritten überprüft werden. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen (dazu hinten C.5.2, Rz 829 ff.). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese Abreden einem Abredetyp im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a oder c KG (horizontale Preis- und Gebietsabreden) entsprechen (dazu hinten C.5.3.1, Rz 844 ff.). In einem dritten und vierten Schritt ist zu untersuchen, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden kann (dazu hinten C.5.4, Rz 852 ff.) und ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt (dazu hinten C.5.6, Rz 873 ff.). Schliesslich ist das Vorliegen allfälliger Rechtfertigungsgründe (dazu hinten C.5.8, Rz 877 ff.) zu prüfen.

⁶⁹³ BGE 140 I 240, 244 E. 2.4.; 136 I 207, 211, E. 3.4

⁶⁹⁴ BGE 138 V 218, 223 E. 8.1.2

⁶⁹⁵ Urteil des BGer 9C_784/2011 vom 30.01.2012, E.1.3.; BGE 130 II 473, 477, E. 4.1

⁶⁹⁶ Act. I.126

⁶⁹⁷ Act. I.118; Act. I.124, Rz 8

C.5.2 Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG

829. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,⁶⁹⁸ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden⁶⁹⁹.

830. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben.⁷⁰⁰ Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

C.5.2.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

831. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen, wie bereits erwähnt, Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen. Eine Vereinbarung liegt vor, wenn ein Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen über die Art und Weise der wettbewerbswidrigen Zusammenarbeit vorliegt. Bei Verträgen im Sinne des Obligationenrechts kommt ein solcher Konsens durch übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien zustande (Art. 1 Abs. 1 OR⁷⁰¹), wobei die entsprechenden Erklärungen entweder ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) oder durch konkludentes Verhalten erfolgen können (Art. 1 Abs. 2 OR). Ob Willenserklärungen von Unternehmen vorliegen und ob diese zu einem tatsächlichen Konsens (auch: natürlichen Konsens) der Unternehmen geführt haben, ist eine Tatfrage.⁷⁰²

832. Vorliegend ist bewiesen, dass zwischen der Alluvia- und der Kästli-Gruppe tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen über die Zusammenarbeit in den Bereichen Kies und Beton im Raum Bern (Stadt und Umgebung) vorlagen (natürlicher Konsens). Namentlich beinhaltete der natürliche Konsens zwischen den Verfahrensparteien,

- a) zwischen 1976 bis 1997 ihre Preislisten zu koordinieren und sich zwischen 1997 bis 2013 gegenseitig über ihre jeweiligen künftigen Preisänderungen in ihren Listenpreisen zu informieren und Bandbreiten über die Listenpreiserhöhungen festzulegen (dazu vorne Rz 212);
- b) zwischen 1976 bis 2013 ihren Bezüglern und Bezüglern von Betonprodukten einen einheitlichen und gemeinsamen Mengenrabatt zu gewähren (dazu vorne Rz 320);
- c) zwischen 1976 bis 2013 die Liefergebiete ihrer Kies- und Betonwerke im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) zu koordinieren; indem sie das KTB-Gebiet gegen aussen von Drittkonkurrenzunternehmen schützten und innerhalb des KTB-Gebietes nicht

⁶⁹⁸ Siehe dazu zuletzt RPW 2017/1, 98 Rz 30, *Eflare*; RPW 2016/3, 731 Rz 76, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; s. a. RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81

⁶⁹⁹ RPW 2018/1, 106 Rz 114, *Verzinkung*; RPW 2017/3, 445 Rz 194, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 698), Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und N 81

⁷⁰⁰ So etwa auch das Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3, *Paul Koch AG/WEKO*

⁷⁰¹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911 (OR); SR 220

⁷⁰² Vgl. etwa Urteil des BGer 5A_127/2013 vom 1.7.2013, E. 4.1; BGE 116 II 695, 696 E. 2., RPW 2017/3, 445 Rz 197, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*

ohne gegenseitiges Einverständnis in die gegenseitigen Liefergebiete eindringen, um sich zu konkurrieren (dazu vorne Rz 623);

- d) von 1976 bis 2011 zugunsten des BVRB und seinen Mitgliedern einen Kies- und Betonbatzen auszuzahlen auf diese Weise die Mitglieder des BVRB indirekt als Abnehmer und Abnehmerinnen von Kies und Beton an die KTB-Werke zu binden und so Kies- und Betonverkäufe von Drittanbietern im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) zu verhindern oder zumindest zu reduzieren (dazu vorne Rz 638);
- e) zwischen dem 11. Mai 1981 bis zum 20. Juni 2014 das Inkasso gemeinsam zu führen, Zahlungs- und Verzugszinskonditionen gemeinsam zu vereinheitlichen, die Debitorenverluste gemeinsam zu tragen sowie gemeinsam Liefersperren gegenüber Kunden und Kundinnen zu verhängen. Ferner deckte der natürliche Konsens den Austausch folgender Rechnungsdaten: Datum der Rechnungsstellung, Nummer des Lieferscheins, Artikelbezeichnung, gelieferte Menge, Preis je Einheit, Rabatt und Rechnungsbetrag (dazu vorne Rz 725).

833. Damit ist das Tatbestandselement der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG für alle beschriebenen Sachverhalte erfüllt.

C.5.2.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

834. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken». Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.⁷⁰³ Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.⁷⁰⁴ Wie aus dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG folgt, müssen die Tatbestandsmerkmale «bezwecken» resp. «bewirken»– nicht kumulativ, sondern alternativ vorliegen.⁷⁰⁵

835. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteilnehmer «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben».⁷⁰⁶ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, ist an sich nicht erforderlich.⁷⁰⁷

836. Die Vereinbarungen zwischen den Verfahrensparteien umfassten Folgendes:

- a) jeweils Ende Jahr gemeinsam die Anpassungen ihrer Preislisten bezüglich Kies- und Betonprodukte inklusive Transport für das darauffolgende Jahr im Rahmen von engen Bandbreiten festzulegen (Koordination der Listenpreise), indem sie einander anlässlich von gemeinsamen Treffen mit dem BVRB die beabsichtigten und bevorstehenden Bandbreiten und den Zeitpunkt für Änderungen der Listenpreise mitteilten. Ein Anteil der Kästli- und Alluvia-Kunden bezahlten diesen Preis als Endverkaufspreis. Zwischen

⁷⁰³ RPW 2013/4, 560 Rz 178, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich

⁷⁰⁴ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*

⁷⁰⁵ Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*

⁷⁰⁶ RPW 2013/4, 560 Rz 180, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich

⁷⁰⁷ BGE 144 II 246, 253 E. 6.4.2; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*

2007–2013 erzielte die Kästli-Gruppe mit solchen Verkäufen [0-15] % ihres Umsatzes bzw. [0-10] Mio. Fr., die Alluvia-Gruppe [10-25] % ihres Umsatzes bzw. [40-55] Mio. Fr.

Die Vereinbarung über Bruttopreise ist objektiv geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Einem Teil der Kunden verrechneten die Verfahrensparteien den Bruttopreis als Verkaufspreis (vgl. B.4.4.6(ii), Rz 142). Die Bruttopreise dienten sowohl den Bauunternehmen als auch den Verfahrensparteien als Grundlage zur Erstellung von Offerten. Die Bruttopreise, von denen Rabatte abgezogen wurden, dienten vielfach als Ausgangspunkt für die Endpreisberechnung. Obwohl nicht notwendig, ist vorliegend bewiesen, dass die Abredeteilnehmer mit der Koordination der Listenpreise tatsächlich bezweckten, den Preiswettbewerb einzuschränken (vgl. Rz 229);

- b) den Bezügerinnen und Bezügerinnen von Betonprodukten einen einheitlichen und gemeinsamen Mengenrabatt zu gewähren. Die Verfahrensparteien beabsichtigten dadurch, Konkurrenten vom KTB-Liefergebiet fern zu halten. Gemäss Verfahrensparteien bezweckten sie mit dem gemeinsamen Mengenrabatt, die Lieferdistanzen zu verkürzen. Diese Vereinbarung ist objektiv geeignet, Wettbewerber am Eindringen in das gemeinsame KTB-Liefergebiet zu hindern und dadurch den Aussenwettbewerb zu verringern. Der gemeinsame Mengenrabatt war gleichzeitig geeignet, den Wettbewerb zwischen den Unternehmen einzuschränken, da die Parteien diesen Preisbestandteil gemeinsam und nicht selbständig festlegten. Sie verzichteten darauf, sich mit Bezug auf diesen Preisbestandteil zu konkurrieren. Über die blossе Eignung hinaus ist – obwohl dies nicht notwendig ist – bewiesen, dass die Verfahrensparteien tatsächlich bezweckten, sich bei der Gewährung von Rabatten für Betonbezüge – also im Preiswettbewerb – nicht zu konkurrieren und Betonverkäufe von Drittanbietern im gemeinsamen KTB-Liefergebiet zu verhindern bzw. zu reduzieren (vgl. Rz. 345);
- c) die Koordination der Liefergebiete ihrer Kies- und Betonwerke im Raum Bern. Die Parteien beabsichtigten, die exklusive Belieferung ihres Gebietes zu übernehmen und dadurch den Konkurrenzkampf untereinander weitgehend auszuschliessen. Das Preisniveau sollte möglichst hochgehalten werden und die Marktanteile sollten sich stabilisieren. Diese Vereinbarung ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Im Übrigen ist – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Parteien mit der Koordination der Liefergebiete tatsächlich bezweckten, sich bei der Akquisition von Aufträgen für Kies- und Betonlieferungen im Raum Bern nicht zu konkurrieren (vgl. Rz 481);
- d) die Auszahlung eines Kies- und Betonbatzens, wenn die BVRB-Mitglieder ausschliesslich bei den KTB-Werken Kies und Beton bezogen. Indem der Kies- und Betonbatzen darauf zielte, die BVRB-Mitglieder an sich zu binden und sie davon abzuhalten, bei Drittanbietern einzukaufen, war er objektiv geeignet, den Wettbewerb zu beschränken. Durch die gemeinsame Bezahlung des Kies- und Betonbatzens verzichteten die Parteien zudem darauf, einander diesbezüglich zu konkurrieren. Darüber hinaus ist – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Parteien mit der Auszahlung des Kies- und Betonbatzens tatsächlich bezweckten, den Preiswettbewerb untereinander einzuschränken und Dritten den Markteintritt zu erschweren oder zu verunmöglichen (vgl. Rz 649);
- e) die gemeinsame Inkassostelle.⁷⁰⁸ Die gemeinsame Inkassostelle, diente dazu, gemeinsam zwischen Konkurrenten festgelegte Mengenrabatte und Vergütungen (Kies- und Betonbatzen) durchzusetzen und Rechnungsdaten (Datum der

⁷⁰⁸ Das Beauftragen einer unternehmensunabhängigen Inkassostelle ist nicht grundsätzlich zu beanstanden. Diesfalls findet kein Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen zwischen den Konkurrenzunternehmen statt.

Rechnungsstellung, Nummer des Lieferscheins, Artikelbezeichnung, gelieferte Menge, Preis je Einheit, Rabatt und Rechnungsbetrag) auszutauschen. Zudem war der Geschäftsführer der Inkassostelle zugleich Geschäftsführer einer Konkurrentin. Dieser Einblick in die Preis- und Rabattpolitik der Konkurrenten ermöglichte es, die Rabatte und Preise einander anzupassen und die Einhaltung der entsprechenden Vereinbarungen zu überprüfen.

Alleine die gemeinsame Festlegung der Verzugszinsen im Rahmen der gemeinsamen Inkassostelle bedeutete, dass die Verfahrensparteien den Preis für eine Dienstleistung festlegten.

Die Umsetzung der gemeinsamen Mengenrabatte und des Kies- und Betonbatzens, die gemeinsamen Verzugszinsen, übrigen Zahlungskonditionen, das gemeinsame Tragen der Debitorenverluste sowie der systematische Austausch von Rechnungsdaten (Datum der Rechnungsstellung, Nummer des Lieferscheins, Artikelbezeichnung, gelieferte Menge, Preis je Einheit, Rabatt und Rechnungsbetrag) sind in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Darüber hinaus ist – obwohl dies nicht erforderlich ist – erwiesen, dass die Parteien damit tatsächlich bezweckten, sich mit Bezug auf Zahlungs- und Verzugszinskonditionen (Preis) im Raum Bern nicht zu konkurrieren und einander zu ermöglichen, die Rabatte und Preise einander anzupassen (vgl. Rz 743).

837. Es steht somit fest, dass die aufgeführten Vereinbarungen das Tatbestandsmerkmal des „Bezweckens“ gemäss Art. 4 Abs. 1 KG erfüllen. Insgesamt sind die genannten Vereinbarungen demnach als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

C.5.2.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufen

838. Die Verfahrensparteien waren während der Untersuchungsperiode auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrentinnen beim Angebot von Kies- und Transport- bzw. Frischbeton im Raum Bern. Die Abrede zwischen der Alluvia- und der Kästli-Gruppe ist damit eine horizontale Abrede.

C.5.2.4 Fazit: Vorliegen von Abreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG

839. Zusammenfassend steht fest, dass die Alluvia- und die Kästli-Gruppe durch die Vereinbarung über die Listenpreise, den gemeinsamen Mengengrabbatt, die Liefergebiete, den Kies- und Betonbatzen sowie die gemeinsame Inkassostelle und damit einhergehenden gemeinsamen Zahlungskonditionen (Zahlungsfrist, gemeinsame Verzugszinsen in der Höhe von 8 %), dem gemeinsamen Erstellen von Sperrlisten, dem gemeinsamen Tragen von Debitorenverlusten und den Austausch von Rechnungsangaben (Datum der Rechnungsstellung, Nummer des Lieferscheins, Artikelbezeichnung, gelieferte Menge, Preis je Einheit, Rabatt und Rechnungsbetrag) im Zeitraum zwischen 1976 bis 2013 Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben.

C.5.2.5 Qualifikation als Gesamtabrede

840. Wie bewiesen, sind die verschiedenen einzelnen über Jahre dauernden Vereinbarungen als Ausfluss einer übereinstimmenden Willenserklärung zu betrachten, die Wettbewerbsverhältnisse in den Bereichen Kies- und Betonverkäufe im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) umfassend zu regeln (dazu vorne Rz 778). Es besteht also ein einheitlicher und fortdauernder Zweck.

841. Die WEKO hat Abreden, welche über eine längere Zeit bestanden und wirkten, als Dauerabrede bzw. Gesamtabrede qualifiziert, auch wenn es einzelner Umsetzungsakte be-

durfte.⁷⁰⁹ Dies wurde von der Rechtsprechung bestätigt.⁷¹⁰ Für das Vorliegen eines Dauerverstosses ist es danach erforderlich, dass hinsichtlich der einzelnen Elemente der Zusammenarbeit ein einheitlicher und fortdauernder Zweck bestand. Ist dies der Fall, so ist ein Dauerverstoss anzunehmen, denn es wäre «gekünstelt», ein durch ein einziges Ziel gekennzeichnetes kontinuierliches Verhalten quasi zu zerlegen und darin mehrere selbstständige Zuwiderhandlungen zu sehen.⁷¹¹

842. Vorliegend verfolgten die Verfahrensparteien fortdauernd den gemeinsamen Zweck, den Preiswettbewerb untereinander einzuschränken (dazu vorne Rz 836 a, b, d, e), den Markt vor Drittkonkurrenten zu schützen (dazu Rz 836 b, d) und die gegenseitigen Liefergebiete zu respektieren (Rz 836 c). Durch die gemeinsame Inkassostelle KTB AG erhielten sämtliche dargelegten Vereinbarungen einen institutionellen Rahmen. Die KTB AG setzte sie um. Es wäre «gekünstelt», das im Rahmen der KTB AG kontinuierlich und langandauernde Verhalten in einzelne Zuwiderhandlungen zu zerlegen. Zwischen den Parteien bestand zudem seit 1976 bis 2013 ein andauernder, einheitlicher Wille zur Zusammenarbeit. An dieser Qualifikation ändert auch der Umstand nichts, dass der Kies- und Betonbatzen ab 2012 nicht mehr ausbezahlt wurde. Denn die Parteien führten sowohl die Abreden bezüglich der Preislisten, der Mengenrabatte, der Liefergebiete als auch das gemeinsame Inkasso mitsamt den damit einhergehenden Verhalten bis 2013 fort.

843. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Gesamtabrede und die einzelnen Abredeteile Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig sind.

C.5.3 Qualifikation der Abreden

C.5.3.1 Vorliegen von horizontalen Preis- und Gebietsabreden

C.5.3.1.1 Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG

844. Es ist zu prüfen, ob ein Teil der vorgenannten Wettbewerbsabreden Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstellen. Aus dem Wortlaut der Norm folgt, dass das direkte oder indirekte Festsetzen von Preisen eine Preisabrede darstellt. Der Begriff der Preisabrede wird von den Wettbewerbsbehörden und den Gerichten weit ausgelegt. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preisen, Preiselementen⁷¹² und Preiskomponenten. Preisabreden können folglich den gesamten Preis eines Produktes oder einer Dienstleistung betreffen oder bloss Teile davon.⁷¹³ Unter den Vermutungstatbestand fällt demnach nicht nur die Abrede von Preisen an sich, sondern auch die gemeinsame Festlegung von Preisspannen, Margen, Rabatten, Vergünstigungen, Preisbestandteilen oder Preiskalkulationen.⁷¹⁴ Zudem stellen auch das Festsetzen von Bruttopreisen bzw.

⁷⁰⁹ RPW 2018/1, RPW 2004/3, 739 Rz 41, *Markt für Schlachtschweine – Teil B*; RPW 2008/1, 95 Rz 81 ff., *Strassenbeläge Tessin*; RPW 2013/2, 154 Rz 75, *Abrede im Speditionsbereich*; RPW 2015/2, 225 Rz 193 ff., *Tunnelreinigung*

⁷¹⁰ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, *Strassenbeläge Tessin*

⁷¹¹ RPW 2015/2, 225 Rz 193, *Tunnelreinigung*

⁷¹² RPW 1997/3, 341, *Sammelrevers für Musiknoten*

⁷¹³ JUHANI KOSTKA, *Harte Kartelle*, 2010, 443 Rz 1298; ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF/MARIO STREBEL, *Aufbau und Nutzung von Marktposition*, in: *Handbücher für Rechtsanwälte, Schweizerisches und Europäisches Wettbewerbsrecht*, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), 2005, 273 N 8.14

⁷¹⁴ Vgl. auch RPW 2012/3, 642, Rz 257 ff., *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; RPW 2016/3, 667 Rz 106, *Flügel und Klaviere*; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: *KG Kommentar*, Zäch/Arnet et al. (Hrsg.), 2018, Art. 5 N 400; ANDREAS HEINEMANN, *Bruttopreisabsprachen*, in: *Hochreutener/Stoffel/Amstutz* (Hrsg.), 2017, 133; FRANZ HOFFET, in: *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 5 N 117

Preislisten⁷¹⁵, Preisnachlässen,⁷¹⁶ Preisrelationen zwischen verschiedenen Produkten, Teuerungszuschlägen, Skonti und Verrechnungs- oder Provisionsmodellen Preisabreden dar.⁷¹⁷ Preisabreden bestehen folglich auch, wenn den Abredeteilnehmern ein gewisser Preisgestaltungsspielraum verbleibt.⁷¹⁸

845. Die Parteien erblicken in BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, E. 10.2.3. einen Beleg dafür, dass die vorliegend erwiesenen Sachverhalte nicht unter die Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG zu subsumieren sind. Damit ein Sachverhalt unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG subsumiert werden könne, sei die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend. Nur Abreden über den Endpreis seien als Preisabreden zu qualifizieren.⁷¹⁹ Diese Sichtweise beruht auf einer fehlerhaften Lektüre des genannten Urteils und missachtet nebst der zitierten Schweizer Praxis und Literatur (vgl. Fn 714, 715, 716) auch die europäische Rechtsprechung, an welche sich die Schweizer Praxis anlehnt und die zur Auslegung von Art. 5 Abs. 3 KG heranzuziehen ist⁷²⁰:

Zur Fehlerhaften Lektüre von BVGer Urteil B-807/2012 vom 25. Juni 2018, E. 10.2.3.

846. Erwägung 10.2.3 des Bundesverwaltungsgerichtsurteils B-807/2012 zur Wirkung von Preisfestsetzungen lautet folgendermassen:

Eine Qualifizierung des [...] als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG würde gemäss dem klaren Wortlaut des Gesetzes bedingen, dass im nachgewiesenen Verhalten eine «direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen» erblickt werden kann. Eine solche Preisfestsetzung wäre zwar bei jeder direkten oder indirekten Festlegung von Preiselementen oder Preiskomponenten zu bejahen, wobei unter die gesetzliche Vermutung neben der Fixierung von Preisen an sich auch die gemeinsame Festlegung von Preisspannen, Margen, Rabatten, Vergünstigungen, Preisbestandteilen oder Preiskalkulationen fallen. Entscheidend für die Unterstellung unter den Vermutungstatbestand ist jedoch in jedem Fall «die Wirkung der Preisfestsetzung» (vgl. Botschaft KG 1995, 567; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014 E. 6.4.11, Baubeschlüsse Koch; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 5.4.22, Baubeschlüsse Siegenia-Aubi; je m.w.H.).⁷²¹

⁷¹⁵ Vgl. auch RPW 2012/3, 642, Rz 257 ff., *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; RPW 2016/3, 667 Rz 106, *Flügel und Klaviere*; BANGERTER/ZIRLICK (Fn 714), Art. 5 N 402; HEINEMANN (Fn 714), 133, HOFFET (Fn 714), Art. 5 N 117. Vgl. für die EU: EuG, Urteil vom 16. Juni 2015, ECLI:EU:T:2015:383, T-655/11, *FSL Holdings et al./Kommission*, Rz 5, 433 bestätigt durch EuGH, Urteil vom 27. April 2017, ECLI:EU:C:2017:308, C-469/15 P

⁷¹⁶ JÜRIG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetzbuch, 3. Aufl. 2011, Art. 5 N 34; PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 410; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, N. 2.191

⁷¹⁷ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 716), Art. 5 N 409 ff

⁷¹⁸ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 716), Art. 5 KG N 401 ff

⁷¹⁹ Act. VI.30, S. 114, erster Bindestrich und insbesondere Fussnote 249

⁷²⁰ Bei der Schaffung des Kartellgesetzes wurde vom Gesetzgeber Wert auf dessen Europarechtsverträglichkeit gelegt; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995, 495: «Dem Vorentwurf wurde in zahlreichen Vernehmlassungen attestiert, dass das Postulat der Europaverträglichkeit weitgehend verwirklicht werden konnte.» Das Bundesgericht übersah dies in seinem Urteil 2C_343/2010 und 2C_344/2010 vom 11. April 2011, E.4.3.2., wonach in der Botschaft «in den grundsätzlichen Bemerkungen zum Gesetzesentwurf [...] das Ziel der EU-Kompatibilität nicht genannt» werde. Das genannte Zitat zur Europaverträglichkeit befindet sich zwei Seiten vor den «grundsätzlichen Bemerkungen», die vom Bundesgericht zitiert werden; RPW 2011/4, 586, Rz 410 und Fn 394, ASCOPA

⁷²¹ BVGer Urteil B-807/2012 vom 25. Juni 2018, E. 10.2.3, *ERNE Holding AG et al./WEKO*

847. Dazu ist Folgendes klarzustellen: Die Parteiinterpretation der zitierten Rechtsprechung ist aus zwei Gründen unrichtig. Erstens beachtet sie den faktischen Hintergrund der Rechtsprechung nicht und zweitens missdeutet sie den Begriff der «Wirkung».

- Der von der Beschwerdeführerin zitierte Ausschnitt aus der Rechtsprechung stammt aus dem Bereich der Submissionsabreden. Er bezieht sich auf eine nicht bewiesene Zuteilung eines einzelnen Bauprojekts (Fall 35) zwischen verschiedenen Bauunternehmen. Die Unternehmen hatten nicht vereinbart, «*wer die Arbeit erhält*». Das Bundesverwaltungsgericht sah einzig einen Informationsaustausch⁷²² im Rahmen von Gesprächen über ein *nicht* abgesprochenes Projekts als erwiesen.⁷²³ Da nur der Informationsaustausch im Rahmen der Gespräche über das Bauprojekt 35 nachgewiesen war, aber keine Zuteilung des Projektes 35, qualifizierte das Bundesverwaltungsgericht den Informationsaustausch nicht als Preisabrede. Es war nicht bewiesen, dass der Informationsaustausch zu einer Zuteilung des betreffenden Bauprojekts an eine Austauschpartei geführt hätte. Dieser Sachverhalt ist nicht vergleichbar mit den vorliegend zu beurteilenden Abreden über Preise, Preiselemente und Liefergebiete sowie dem Missbrauch einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung (dazu sogleich C.6, Rz 886–916) über mehrere Jahre hinweg, an deren Umsetzung keine Zweifel bestehen.
- Selbst wenn man den Kontext, in welchem das Bundesverwaltungsgericht seine rechtliche Würdigung gemacht hat, ausser Acht lässt, sind die Parteivorbringen nicht haltbar. Sie erklären nicht, was sie unter der *Bewirkung* einer Preisfestsetzung verstehen. Gleichzeitig verlangen sie aber implizit, die Vorinstanz habe diese Wirkung zu beweisen.

Soweit sie damit meinen, die WEKO habe die volkswirtschaftliche Auswirkung der bewiesenen abgesprochenen, Preise und Preiselemente darzulegen, stimmt dies nicht mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts überein. Laut Bundesgericht sind bei der Beurteilung von Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG die Wirkung auf den Wettbewerb und nicht die volkswirtschaftliche Bedeutung einer Beeinträchtigung darzulegen⁷²⁴. Ferner reicht es gemäss Bundesgericht für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG aus, wenn ein «*Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen*» wird, das «*volkswirtschaftlich oder sozial schädlich für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs*» ist. «*Es genügt somit, dass Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können*»⁷²⁵. Dies ergibt sich auch aus der Botschaft zum KG von 1995. Der Gesetzgeber geht nämlich davon aus, dass «*jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten*» den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfüllt und somit eine

⁷²² Generelle Offertabsichten, das Interesse von G9 am Zuschlag, Kapazitätsauslastungen, Preise und Preisbestandteile, vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-829/2012 vom 29. Juni 2018 E.7.7.7.1, S. 253

⁷²³ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-829/2012 vom 29. Juni 2018 E.7.7.7.1, S. 253

⁷²⁴ BGE 143 II 297, 315 E. 5.1.4

⁷²⁵ BGE 143 II 297,324 E. 5.4.2

Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt.⁷²⁶ Die tatsächlichen Auswirkungen dieser Festsetzungen sind nicht zu beweisen.⁷²⁷

Die europäische Rechtsprechung und Praxis:

848. Die Praxis der Kommission und die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV beweist, dass nicht nur Abreden über Endpreise, sondern insbesondere auch Abreden über Bruttopreise bzw. Preisbestandteile oder Preiselemente Preisabreden im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV sind. Aus der jüngsten Praxis seien die folgenden Beispiele aufgeführt:

- Die Kommission sanktionierte Lastwagenfabrikanten am 19. Juli 2016 und am 27. September 2017 u.a. für Abreden über ihre Bruttopreislisten.⁷²⁸
- Mit Beschluss vom 17. März 2017 sanktionierte die Kommission verschiedene Luftfrachtunternehmen aufgrund von Vereinbarungen über Preisbestandteile (z.B. Treibstoffzuschlag, Sicherheitszuschlag).⁷²⁹
- Gemäss EuG stellen Absprachen über Bruttopreise zwischen Konkurrenten Preisabreden im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV dar, welche den Wettbewerb innerhalb des gemeinsamen Marktes verfälschen.⁷³⁰
- Zusätzlich sei auch die jüngste deutsche Praxis erwähnt: Das Bundeskartellamt sanktionierte mit Entscheidung vom 21. Februar 2018 zehn Unternehmen aus der Sanitär-, Heizungs- und Klimabranche, welche die Empfehlungen für Bruttolistenpreisen gemeinsam kalkuliert hatten. Die Bruttopreiselisten wurden in ihren Verkaufskatalogen gegenüber den einkaufenden Handwerkern ausgewiesen.⁷³¹

849. Insgesamt steht damit fest, dass die zitierte Rechtsprechung nicht einschlägig ist und von der Beschwerdeführerin nicht richtig interpretiert wurde. Der Standpunkt, Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG seien einzig Abreden über Endpreise, widerspricht der zitierten Schweizer Literatur sowie Praxis und lässt sich nicht mit der europäischen Rechtsprechung und Praxis vereinbaren. Darüber hinaus steht fest, dass die Alluvia-Gruppe [10-25] % und die Kästli-Gruppe [0-15] % ihres Umsatzes mit Produkten erzielten, welche sie zu Listenpreisen (=Bruttopreisen) verkauften (vgl. B.4.4.6(ii), Rz 142). Mit Bezug auf die Abnehmer, welche zu Listenpreisen einkauften, lag keine Abrede über Bruttopreise, sondern eine Abrede über Nettopreise vor. Auch die Vereinbarung über gemeinsame Verzugszinsen, welche als Entgelt für zu spät bezahlte Rechnungen bzw. entliehenes Geld zu betrachten sind,

⁷²⁶ «Abreden aber die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a E): Für die Unterstellung unter diesen Vermutungstatbestand ist die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend. Mit welchen Mitteln diese erreicht wird, ist ohne Belang. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten. Er erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Er gilt beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen. Die gleichen Grundsätze gelten auch für Abreden über Kalkulationsvorschriften, soweit damit letztlich die Wirkung der Preisfestsetzung bezüglich einzelner Preiselemente erreicht wird», Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, S. 567.

⁷²⁷ BGE 143 II 297, 324 E. 5.4.2

⁷²⁸ Case AT.39824 – *Trucks*, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39824/39824_6567_14.pdf; vgl. auch die Pressemitteilung unter https://ec.europa.eu/germany/news/eu-kommission-verh%C3%A4ngt-rekordgelddbu%C3%9Fe-von-293-milliarden-euro-gegen-lkw-kartell_de; https://ec.europa.eu/germany/news/20170927-straft-fuer-scania_de (10.09.2018)

⁷²⁹ Sache AT.39258 – Luftfracht; vgl. die Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 17. März 2017, ABl. 2017, C 188/14 ff.

⁷³⁰ EuG, T-386/10, ECLI:EU:T:2013:450, *Aloys F. Dornbracht GmbH & Co. KG/Kommission*, Rz 180

⁷³¹ Bussgeldentscheidung B5-139/12 vom 21.02.2018 – Grosshandel mit Sanitär-, Heizungs- und Klimaprodukten; Fallbericht vom 16. März 2018, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2018/B5-139-12.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (10.09.2018)

sind Vereinbarungen über einen Endpreis. Beide Verhaltensweisen sind von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfasst.

850. Die folgenden Wettbewerbsabreden betreffen Preise, Preiskomponenten und Preiselemente im soeben genannten Sinn, sie bestanden parallel zueinander und hatten daher nicht nur einzeln, sondern auch kumulativ einen preisharmonisierenden Effekt und sind daher als Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren:

- die gemeinsame Festlegung von Bandbreiten und die Bekanntgabe des Zeitpunkts für Erhöhungen der Listenpreise (Bruttopreise) für Kies, Beton, Transporte und Nebenleistungen.

Zwischen 2007 bis 2013 erzielten die Kästli-Gruppe mit Verkäufen zu Bruttopreisen [0-15]% ihres Umsatzes bzw. [0-10] Mio. Fr. und die Alluvia-Gruppe [10-25] % ihres Umsatzes bzw. [30–50] Mio. Fr. Bezüglich diesen Verkäufen kam die Vereinbarung einer Nettopreisabrede gleich. Mit Bezug auf die Situation, in der Bauunternehmer und Verfahrensparteien die Listen- bzw. Bruttopreise in ihren Offerten verwendeten, vereinbarten die Parteien Preiskomponenten und Preiselemente,

- die gemeinsame Festlegung einheitlicher Mengenrabatte für die Abnehmer der Beton- und Kiesprodukte. Damit legten die Parteien einen Preisbestandteil fest,
- die Auszahlung eines Kies- und Betonbatzens (Vergünstigung), wenn die Mitglieder des ehemaligen Baumeisterverbandes der Region Bern (BVRB) ausschliesslich bei den KTB-Werken Kies und Beton bezogen. Diese Art der Vergütung stellt eine Preiskomponente dar, welche die Parteien gemeinsam vereinbart hatten.
- die Vereinbarung gemeinsamer Verzugszinsen. Die gemeinsame Festlegung der Verzugszinsen im Rahmen der gemeinsamen Inkassostelle bedeutet die Vereinbarung des Endpreises für eine Dienstleistung.
- der Austausch von Rechnungsangaben über die gelieferte Menge eines bestimmten Artikels an Kunden und Kundinnen der Verfahrensparteien mit dem dazugehörigen Preis und Rabatt und dem Rechnungsbetrag. Diese Angaben ermöglichten den Parteien, ihre Preise und Rabatte einander anzupassen.

C.5.3.1.2 Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG

851. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG haben typischerweise Vereinbarungen zum Gegenstand, nicht im Absatzgebiet eines anderen an der Abrede Beteiligten tätig zu werden.⁷³² Die Verfahrensparteien bezweckten mit der Koordination der Liefergebiete, sich bei der Akquisition von Aufträgen für Kies- und Betonlieferungen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) nicht zu konkurrieren. Ferner bezweckten sie, «*gebietsfremde*» Wettbewerber am Eintritt in die KTB-Liefergebiete zu hindern. Diese Verhaltensweisen zielen darauf, nicht im Absatzgebiet des Konkurrenten (der jeweils anderen Verfahrenspartei) tätig zu werden und erfüllen damit den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG.

⁷³² Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, 568

C.5.4 Keine Beseitigung des Wettbewerbs

C.5.4.1 Prüfungsablauf

852. Bei Abreden über Preise (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) oder über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG) besteht die gesetzliche Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. 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. Die Beweisführungslast dafür liegt grundsätzlich bei der WEKO, da im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG). Die Parteien trifft jedoch eine Mitwirkungspflicht.⁷³³

853. Um die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu prüfen, sind zunächst die relevanten Märkte, welche von der Abrede betroffen sind, in sachlicher und räumlicher, allenfalls auch zeitlicher Hinsicht abzugrenzen. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz des Vorliegens von Wettbewerbsabreden noch verbleibende aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag. Gegebenenfalls ist bei Widerlegung der Vermutung anschliessend zu prüfen, ob der wirksame Wettbewerb erheblich beeinträchtigt ist.

C.5.4.2 Relevanter Markt

854. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.⁷³⁴

855. Durch die Marktabgrenzung wird keine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich geschaffen, sondern die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung beurteilt.⁷³⁵ Zudem ist die Bestimmung des relevanten Marktes namentlich für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (vgl. unten Rz 940 ff.). Die Marktabgrenzung hängt folglich von der untersuchten Wettbewerbsbeschränkung ab und kann je nach untersuchter Verhaltensweise divergieren, obwohl sie denselben Wirtschaftsbereich betrifft.⁷³⁶

(i) Marktgegenseite

856. Wie bewiesen, besteht die Marktgegenseite im vorliegenden Fall zum überwiegenden Teil aus Bauunternehmungen. Das gilt insbesondere für Transportbeton, der mit einem Umsatzanteil von mehr als 85 % mit Abstand am bedeutendsten ist (vgl. Tabelle 3). Daneben

⁷³³ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*

⁷³⁴ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*

⁷³⁵ Exemplarisch OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUGOTT, 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, 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

⁷³⁶ So auch das Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 276, *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 735), 924 ff. Vgl. zuletzt RPW 2018/1, 109, Rz 137, *Verzinkung*

beziehen Privatpersonen, Gartenbauunternehmungen sowie Transportunternehmungen die von den mutmasslichen Abreden betroffenen Produkte.

(ii) Sachlich relevanter Markt

857. 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 VKU⁷³⁷, der hier analog anzuwenden ist).⁷³⁸

858. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den strittigen Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.⁷³⁹ Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.⁷⁴⁰ Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfrager-sicht.⁷⁴¹ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.⁷⁴²

859. Die vorliegende Wettbewerbsabrede betrifft die von den Bauunternehmen, Kleinbezü- gern und Transportunternehmen nachgefragten Baustoffe Sand, Kies und Transportbeton so- wie deren Transport (dazu vorne B.4.4.2, Rz 90 ff.).

(iii) Räumlich relevanter Markt

860. 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).⁷⁴³

861. Die zur räumlichen Abgrenzung relevante Marktgegenseite besteht aus den Betreibern der Baustellen, welche von der Abrede betroffen waren. Diese fragten die relevanten Produkte einerseits im gemeinsamen Liefergebiet der KTB-Werke nach. Zusätzlich dazu holten sie aber auch Offerten bei Werken ein, deren Standorte sich in den an das gemeinsame Liefergebiet der KTB-Werke angrenzenden Gebieten befinden. Da die Auswirkungen der Abrede in den an das gemeinsame Liefergebiet angrenzenden Gebieten gering waren, wird der räumlich rele- vante Markt zu Gunsten der Parteien auf das gemeinsame Liefergebiet der KTB-Werke ein- geschränkt (B.4.4.3, Rz 99 ff.).⁷⁴⁴ Seitens der Kästli-Gruppe betrifft dies das Liefergebiet um

⁷³⁷ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4)

⁷³⁸ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*

⁷³⁹ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*

⁷⁴⁰ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGE 129 II 18, 33 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.3.1), *Buchpreisbindung*

⁷⁴¹ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*

⁷⁴² BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*

⁷⁴³ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*

⁷⁴⁴ Die Kästli-Gruppe stellt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vom 5. Juli 2018 Folgendes fest: «Wettbewerbsrechtlich relevant können schliesslich nur diejenigen Gebiete sein, in denen sich die Liefergebiete des Kästli-Werks mit den Liefergebieten der Alluvia-Werke überschneiden, da sich wettbewerbsrechtlich zu beurteilendes Verhalten zwischen Kästli und Alluvia für einen Nachfrager nur dort überhaupt auswirken könnte» (Act. VI.29, Rz 447). Die Alluvia-Gruppe bringt vor «Wettbewerb zwischen den Untersuchungsadressaten kann nur dort stattfinden, wo sich die Liefergebiete der Untersuchungsadressaten überschneiden» (Act. VI.30, Rz 67).

Die Auswirkungen der unzulässigen Verhaltensweisen der Parteien sind tatsächlich in demjenigen Gebiet am stärksten, welches von beiden Parteien im Vergleich zu anderen Konkurrenzwerken zu tieferen Transportkosten

Rubigen und seitens der Alluvia-Gruppe die Liefergebiete um Oberwangen, Bethlehem, Worblauen, Mattstetten und Hindelbank (vgl. Rz 107 f.).

862. Da die Transportkosten bei allen relevanten Produkten eine bedeutende Rolle spielen, besteht der so abgegrenzte Markt aus verschiedenen unterschiedlichen lokalen Märkten.

(iv) Zeitlich relevanter Markt

863. In zeitlicher Hinsicht ist die Nachfrage nach den Baustoffen Sand, Kies und Transportbeton sowie deren Transport im Zeitraum zwischen 1976 bis zur Einstellung der Tätigkeiten im Jahr 2013 relevant.

(v) Fazit

864. Die Wettbewerbsbehörden gehen vom Markt für die Baustoffe Sand, Kies und Transportbeton sowie deren Transport in den Liefergebieten um Rubigen, Oberwangen, Bethlehem, Worblauen, Mattstetten und Hindelbank aus (vgl. B.4.4.3, Rz 99 ff.).

C.5.5 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

865. Die Widerlegung der Vermutung kann durch den Nachweis genügenden Aussen- (Handlungsfreiheit eines durch die Abrede betroffenen Dritten ist nicht beschränkt) oder genügenden Innenwettbewerbs (Handlungsfreiheit der an der Wettbewerbsabrede Beteiligten ist nicht beschränkt) erfolgen.⁷⁴⁵

C.5.5.1 Aussenwettbewerb

866. Nachfolgend gilt es festzustellen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert werden.

C.5.5.1.1 Aktueller Wettbewerb

867. Vorliegend steht fest, dass die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe zusammen im Raum Bern-Mittelland 43 % des insgesamt gewonnenen Sandes und Kieses abbauen. Zusätzlich sind die Unternehmen Aktionäre der Kies AG Aaretal (KAGA), an welcher sie gemeinsam [...] des Aktienkapitals halten. Einzig 15 % des im Raum Bern-Mittelland abgebauten Primärmaterials wird durch von der Alluvia- und der Kästli-Gruppe unabhängige Unternehmen abgebaut (vgl. vorne Rz 115). Wandkies ist der Rohstoff für verarbeiteten Kies, welcher der wichtigste Bestandteil für die Betonproduktion ist. Ausserdem sind die Transportkosten für

beliefert werden können. Dieses Gebiet entspricht nicht zwingend der Schnittmenge der Liefergebiete der beiden Parteien, da die in dieser Verfügung diskutierten Verhaltensweisen wahrscheinlich einen Einfluss darauf hatten, welche Gebiete von den Parteien tatsächlich beliefert wurden.

Auch im restlichen Gebiet, das von den Parteien beliefert wurde (Vereinigungsmenge der Liefergebiete), hatten die Verhaltensweisen der Parteien gewisse Auswirkungen: Die Koordination der Listenpreise betraf sämtliche von den KTB-Werken belieferten Gebiete. In all diesen Gebieten gab es Nachfrager, welche Kies oder Beton zum Listenpreis bezogen. Höhere Preise in der Schnittmenge der Liefergebiete wirkten sich auch in den benachbarten Gebieten (also der Vereinigungsmenge der Liefergebiete) aus. Der Kies- und Betonbatzen sowie der gemeinsame Mengenrabatt betrafen ebenfalls die Vereinigungsmenge der Liefergebiete. Diese Auswirkungen sind bedeutend und deshalb zieht das Sekretariat im Einklang mit der bisherigen Praxis die mit den von den Abreden betroffenen Produkten erzielten Umsätze zur Sanktionierung heran.

Im Vergleich dazu sind die Auswirkungen in den nicht von den Parteien belieferten Regionen eher vernachlässigbar. Deshalb werden die von den nicht der KTB angeschlossenen Werke der Parteien erzielten Umsätze nicht zur Bemessung der Sanktion herangezogen.

⁷⁴⁵ BGE 143 II 297, 311 f. E. 4.1

Kies und Beton hoch. Von den Verfahrensparteien unabhängige Hersteller hatten deshalb im relevanten Markt keine wesentliche disziplinierende Wirkung.

868. Aus dieser starken Stellung im Bereich des Rohmaterials Wandkies ergibt sich eine starke Stellung in den nachgelagerten Märkten. Die Alluvia-Gruppe verfügte gemäss eigenen Angaben in ihrem Liefergebiet im Bereich des Frischbetons (= Transportbetons) über rund [> 75] % der Marktanteile. Gemäss Zeugenaussagen besitzen die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe in der Stadt Bern über Marktanteile von 80 % (vgl. vorne Rz 117). Damit steht fest, dass die Marktgegenseite nur geringe Ausweichmöglichkeiten im relevanten Markt hatte. Anders ausgedrückt ermöglichte die starke gemeinsame Stellung im relevanten Markt den Verfahrensparteien, sich durch ihre Kooperation weitgehend unabhängig von nicht an der Abrede beteiligten Marktteilnehmern und Nachfragern zu verhalten. Die Aussenwettbewerber hatten daher nur geringe disziplinierende Wirkung auf die Abredepartner. Der aktuelle Aussenwettbewerb war gering.

C.5.5.1.2 Potenzieller Wettbewerb

869. Da der aktuelle Aussenwettbewerb lediglich gering war, ist zusätzlich zu prüfen, ob potenzielle Konkurrenten disziplinierend auf das Verhalten der Abredeteilnehmer einwirkten. Wie bewiesen, war der Markteintritt im Bereich des Kiesabbaus kurzfristig unmöglich und auf lange Frist schwer zu bewerkstelligen (dazu vorne Rz 120 ff.). Dasselbe gilt für die Herstellung von verarbeitetem Kies sowie für Beton (dazu vorne Rz 125 ff.). Diesem Befund entsprechend trat in der Untersuchungsperiode kein Wettbewerber neu in den Markt ein. Der potenzielle Wettbewerb hatte folglich keine nennenswerte disziplinierende Wirkung auf die Abredeteilnehmer.

C.5.5.2 Innenwettbewerb

870. Zu prüfen bleibt, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Abreden aufgrund des trotz Abreden verbliebenen Wettbewerbs zwischen den Abredeteilnehmern widerlegt werden kann. Solcher Wettbewerb kann in zweierlei Hinsicht bestehen: Entweder weil sich die Abredeteilnehmer nicht an die Abrede halten (Innenwettbewerb) oder weil trotz Abrede weiterhin ausreichend Wettbewerb zwischen ihnen hinsichtlich nicht abgesprochener, im konkreten Markt aber mitentscheidender Wettbewerbsparameter⁷⁴⁶ besteht (Rest- oder Teilwettbewerb).

871. Vorliegend ist bewiesen, dass die Wettbewerber nicht sämtliche Preisbestandteile abgesprochen hatten. So gewährten die Alluvia- und die Kästli-Gruppe neben den gemeinsamen Mengenrabatten und dem Kies- und Betonbatzen auch noch zusätzliche individuell bestimmte Rabatte (dazu vorne Rz 154 ff.). Dies ermöglichte einen stark eingeschränkten Preisrestwettbewerb. Anders verhält es sich mit dem Rest- und Teilwettbewerb. Die vorliegend zu beurteilenden Produkte sind homogen und stark normiert, der Qualitätswettbewerb spielte folglich keine spürbare Rolle (dazu vorne Rz 143 ff.). Auch die Serviceleistungen im Bereich der Transporte waren weitgehend austauschbar. Insgesamt bestand folglich eingeschränkter Innenwettbewerb.

C.5.5.3 Zwischenergebnis

872. Zusammenfassend steht fest, dass weder genügender aktueller noch potenzieller Aussenwettbewerb bestand. Allerdings bestand zwischen den Verfahrensparteien ein eingeschränkter Innenwettbewerb, da die Abredeteilnehmer ihre Preissetzungsfreiheit in begrenztem Ausmass bewahrten (nebst gemeinsamen Rabatten gab es individuelle Rabatte).

⁷⁴⁶ BGE 129 II 18, 37 E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747, E 8.3.4), *Buchpreisbindung*

Aufgrund des eingeschränkten Innenwettbewerbs schalteten die Verfahrensparteien den wirksamen Wettbewerb nicht vollständig aus bzw. beseitigten ihn nicht. Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch die hier festgestellte Wettbewerbsabrede ist daher widerlegt.

C.5.6 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

873. 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).

874. Das Bundesgericht hat im Gaba-Urteil festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel ist. Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG.⁷⁴⁷ Dies gilt ohne Bezug auf einen Markt bzw. ungeachtet einer Marktabgrenzung.⁷⁴⁸ Mit anderen Worten sind solche Wettbewerbsabreden grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich.⁷⁴⁹ 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.⁷⁵⁰

875. Der vorliegenden Gesamtabrede war ein grosses Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Preis- und Geschäftspartnerabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG) betraf sie zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem dauerte sie von (spätestens) 2004 bis Ende 2013. Vorliegend sind keine Elemente ersichtlich, welche auf eine Ausnahme von der grundsätzlichen Erheblichkeit der von Kästli und Alluvia vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen hinweisen würden. Sie stellen somit eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

C.5.7 Zwischenergebnis

876. Es liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG vor. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob sich die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt.

C.5.8 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen

877. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

⁷⁴⁷ BGE 143 II 297, 324 E. 5.1; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, *BMW*; zuletzt: Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 131, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (4.5.2018)

⁷⁴⁸ BGE 143 II 297, 324 E. 5.5

⁷⁴⁹ BGE 143 II 297, 315 ff. E. 5.2; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, *BMW*; Urteil des BGer 2C_1017/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BGer 2C_1016/2014 vom 9.10.2017, E. 1, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; zuletzt: Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 131, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (4.5.2018)

⁷⁵⁰ BGE 143 II 297, 323 f. E. 5.4.2; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.2, *BMW*. zuletzt: Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 131, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (4.5.2018)

- a. 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; und
- b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

878. Demnach gibt es drei gesetzliche Voraussetzungen, welche kumulativ vorliegen müssen, um eine Abrede zu rechtfertigen: Erstens bedarf es eines in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG aufgelisteten Effizienzgrundes, zweitens muss die Abrede für den Effizienzgrund notwendig sein und drittens darf die Abrede nicht die Beseitigung des Wettbewerbs ermöglichen.⁷⁵¹

879. Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist abschliessend, wobei die aufgezählten Gründe grundsätzlich weit zu verstehen sind.⁷⁵² Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist.⁷⁵³ Die Berücksichtigung anderer, nicht-ökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt. Allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG). Die Prüfung der wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe erfolgt stets im Einzelfall.⁷⁵⁴

880. Anzuführen ist, dass nicht bereits Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus Sicht der beteiligten Unternehmen betriebswirtschaftlich effizient ist, vielmehr muss die Abrede gesamtwirtschaftlich oder aus Sicht der Marktgegenseite als effizient betrachtet werden können.⁷⁵⁵

881. Die Parteien argumentieren, der Sachplan ADT enthalte Umweltziele, weshalb ihr Verhalten (konkret der gemeinsame Mengenrabatt) gerechtfertigt sei.⁷⁵⁶ Die Umweltziele des Sachplans richten sich an die kantonalen Planungsbehörden, welche nicht ermächtigt sind, ihre Planungsziele unter Verletzung von Bundesrecht – konkret dem Kartellgesetz – umzusetzen. Die Gesetzgebung, auf welche sich der Sachplan stützt, sieht jedenfalls keine Einschränkungen des Kartellgesetzes vor. Zwar steht es den Verfahrensparteien frei, die Umweltziele der Sachplanung zu beachten, nur erteilt ihnen der Sachplan ADT ebenso wenig wie den Planungsbehörden eine Ermächtigung zur Umsetzung dieser Ziele unter Verstoss gegen das Kartellgesetz.

882. Die Parteien berufen sich sinngemäss auch unabhängig vom Sachplan ADT auf den Rechtfertigungsgrund der rationelleren Nutzung von Ressourcen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG. Dazu ist Folgendes klarzustellen: Die rationellere Nutzung von Ressourcen war nicht das Ziel der Verfahrensparteien. Denn es ist unbestritten, dass die Verfahrensparteien und die übrigen Mitglieder der KAGA einander Transportkostenausgleiche bezahlten.⁷⁵⁷ Der Transportkostenausgleich ermöglichte und bewirkte weitere Fahrtwege der KAGA-Mitglieder. Damit bezweckten und bewirkten die Verfahrensparteien keinen Umweltschutz.

⁷⁵¹ Vgl. in diesem Sinne auch Urteil des BVGer, B-3332/2012 vom 13. November 2015, E.10.2, *Bayrische Motoren Werke AG/WEKO*; gleich wie hier: RPW 2011/4, 640 Rz 796, *ASCOPA*; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 716), Art. 5 N 300; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 5 N 9

⁷⁵² RPW 2005/2, 265 f. Rz 91, *Swico/Sens*, m.w.H. auf BGE 129 II 18, 45–47, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), *Buchpreisbindung*

⁷⁵³ BGE 129 II 18, 45, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), *Buchpreisbindung*

⁷⁵⁴ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 793 ff. E. 13, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 f. E. 12, *Gebro/WEKO*

⁷⁵⁵ RPW 2012/2, 400 Rz 1059, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau

⁷⁵⁶ Act. VI.30, Rz 34

⁷⁵⁷ Act. II.B.X.164 (22-0440)

883. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass Umweltschutzargumente bei der Anwendung von Art. 5 Abs. 2 KG zwar grundsätzlich geprüft werden können, insbesondere unter dem Aspekt der rationelleren Nutzung von Ressourcen.⁷⁵⁸ Doch sind die aufgeführten Gründe nur zulässig, sofern sie *notwendig* sind (vgl. Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG.) Das Notwendigkeitskriterium lehnt sich an das im Verwaltungsrecht anwendbare Prinzip der Verhältnismässigkeit an. Entsprechend kann ein Rechtfertigungsgrund nur vorgebracht werden, wenn er geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, kein milderes Mittel zur Verfügung steht und der Wettbewerb im Verhältnis zum angestrebten Ziel nicht übermässig eingeschränkt wird.⁷⁵⁹ Vorliegend mangelt es erstens an der Eignung des Mengenrabattes, um das angestrebte Ziel des Umweltschutzes zu erreichen. Zum einen beteiligten sich die Verfahrensparteien zusammen mit den übrigen Mitgliedern der KAGA am System des Transportkostenausgleichs, so dass die KAGA-Mitglieder weitere Fahrten zurücklegen konnten. Die weiteren Fahrten der KAGA-Mitglieder machten die angeblichen Umweltschutzbemühungen im Rahmen der KTB wieder zunichte. Zum andern schuf der Bundesgesetzgeber die leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe (LSVA), um den Schwerverkehr einzudämmen.⁷⁶⁰ Es gibt keine Beweise dafür und wird von den Parteien auch nicht vorgebracht, dass die LSVA-Gebühren zu niedrig angesetzt wären, um ihr Ziel zu erreichen. Zweitens wären den Verfahrensparteien mildere Mittel zur Verfügung gestanden, um den Anliegen des Umweltschutzes gerecht zu werden, wie z.B. das Abschaffen des Transportkostenausgleichs im Rahmen der KAGA, das Heranziehen von Lastwagen mit tiefem Treibstoffverbrauch oder mit schadstoffarmen Treibstoff (z.B. Gas, Wasserstoff, Biodiesel) sowie umweltverträgliche Technologien wie z.B. Elektro- oder Hybridmotoren.

884. Weitere gesetzliche Rechtfertigungsgründe wurden von den Parteien nicht vorgebracht und sind auch nicht ersichtlich. Es liegen insgesamt keine gesetzlichen Rechtfertigungsgründe vor.

885. Der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass ein gemeinsames Inkasso und das Tragen von Debitorenverlusten unter Umständen effizienzsteigernde Wirkungen haben kann. Im vorliegenden Fall wurde die gemeinsame Inkassostelle aber dazu verwendet, Preisabreden (gemeinsamer Mengenrabatt, Kies- und Betonbatzen) umzusetzen und zum Austausch folgender Rechnungsdaten: Datum der Rechnungsstellung, Nummer des Lieferscheins, Artikelbezeichnung, gelieferte Menge, Preis je Einheit, Rabatt und Rechnungsbetrag. Es müssen daher auch im Zusammenhang mit dem gemeinsamen Inkasso keine Rechtfertigungsgründe näher geprüft werden.

C.6 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

C.6.1 Einleitung

886. In der Folge ist zu prüfen, ob Teile der Gesamtabrede der Verfahrensparteien, namentlich das Festlegen gemeinsamer Mengenrabatte und das Festlegen eines gemeinsamen Kies- und Betonbatzens nicht nur den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG (Preisabrede) erfüllen, sondern auch als unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen im Sinne von Art. 7 KG zu qualifizieren sind.⁷⁶¹ Eine solche Prüfung ist deshalb notwendig, weil das

⁷⁵⁸ RPW 2005/1, 242 Rz 31, *Klimarappen*

⁷⁵⁹ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, 560

⁷⁶⁰ Bundesgesetz über eine leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe (Schwerverkehrsabgabengesetz, SVAG) vom 19. Dezember 1997, SR 641.81

⁷⁶¹ Zur gleichzeitigen Anwendbarkeit von Art. 5 und 7 KG auf dasselbe Verhalten vgl. RPW 2008/1, 74, Rz 178 ff., *Pavimentazioni stradali in Ticino*; EVELYNE CLERC, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2013, Art. 7 N 6; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar,

gemeinsame Festlegen der Mengenrabatte und des Kies- und Betonbatzens einerseits die direkten Abnehmer der Verfahrensparteien betrifft, welche nicht dem Wettbewerb entsprechende Preise hinzunehmen haben. Diese Verhaltensweise ist, wie dargelegt, unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu subsumieren. Andererseits bezweckten und behinderten die Verfahrensparteien mit der gemeinsamen Festlegung der Mengenrabatte und des Kies- und Betonbatzens aber auch den Eintritt in den Markt von direkten Konkurrenten. Opfer desselben Verhaltens waren folglich nicht nur die Marktgegenseite, sondern auch die am Markteintritt gehinderten Konkurrenten. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG und Art. 7 KG schützen verschiedene Rechtsgüter. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG schützt u.a. den Abnehmer vor der Bezahlung von zu hohen Kartellpreisen⁷⁶², während Art. 7 KG den Konkurrenten vor der Einschränkung seiner Handlungsfreiheit schützt.⁷⁶³ Es liegt eine echte Konkurrenz zwischen den beiden Normen vor.⁷⁶⁴ Beide Normen sind folglich anwendbar.

887. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es sind daher nachfolgend zwei Tatbestandselemente zu prüfen. Einerseits ist zu analysieren, ob die Verfahrensparteien marktbeherrschend im Sinne des Gesetzes sind (dazu C.6.2, Rz 888 f.) und andererseits, ob sie ihre Stellung im Markt missbraucht haben (dazu C.6.3, Rz 906 f.).⁷⁶⁵

C.6.2 Marktbeherrschende Stellung

C.6.2.1 Vorbemerkung

888. Als marktbeherrschend gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf dem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG), insbesondere wenn diese keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben.⁷⁶⁶ Dies ist der Fall, wenn die Unternehmen auf bestehende Wettbewerbsbedingungen keine Rücksicht nehmen müssen, um beachtenswerte Nachteile zu vermeiden, oder sie aufgrund ihrer Marktstellung die Wettbewerbsbedingungen merklich beeinflussen oder sogar bestimmen können.⁷⁶⁷

889. Die Bestätigung einer marktbeherrschenden Stellung setzt nicht voraus, dass der wirksame Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigt wird.⁷⁶⁸ Sie verlangt auch nicht, dass sich die marktbeherrschenden Unternehmen vollständig unabhängig verhalten können.⁷⁶⁹ Das

Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 N 11; auch gemäss der EU-Rechtsprechung kann ein Verhalten, das als Verstoss gegen Art. 101 AEUV zu qualifizieren ist zugleich unter Art. 102 AEUV subsumiert werden: vgl. etwa Urteil des EuG vom 16.5.2017, *Agria Polska u.a./Kommission*, T-480/15, ECLI:EU:T:2017:339, Rz 72 m.w.H.

⁷⁶² Vgl. BBI 1995 I 468, 472; gemäss Botschaft führt fehlender Wettbewerb zu überhöhten Preisen.

⁷⁶³ LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch/Arnet et al. (Hrsg.), 2018, Art. 7 KG N 7; vgl. auch BGE 137 II 199, 211 E.4.3.5

⁷⁶⁴ Vgl. zur echten Konkurrenz Urteil des BGer 1B_96/2018 vom 24. Mai 2018, E. 2.3.2; Urteil des BGer 6.S.59/2005 vom 2. Oktober 2006, E.6.3.2

⁷⁶⁵ Vgl. BGE 137 II 199, 211 E. 4.3.4

⁷⁶⁶ BGE 139 I 72, 97, E.9.3.1.; BGE 139 II 316, 324 E.6.1

⁷⁶⁷ Urteil des BVer B-7633/2009 vom 14. September 2015, E. VI.1, Rz 311, *Preispolitik Swisscom ADSL*

⁷⁶⁸ Urteil des BVer B-7633/2009 vom 14. September 2015, E. VI.1, Rz 313, *Preispolitik Swisscom ADSL*

⁷⁶⁹ BGE 139 I 72, 99 f. E. 9.3.3.2

Bundesgericht ging im Urteil *Publigroupe* davon aus, dass bei Marktanteilen von 63 % viel dafür spricht, dass ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehat.⁷⁷⁰

890. Bevor die gemeinsame marktbeherrschende Stellung der Parteien analysiert werden kann, ist analog zu Art. 11 Abs. 3 VKU der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.⁷⁷¹ Sehen sich die Unternehmen in diesem Markt starker aktueller oder potentieller Konkurrenz ausgesetzt, können sie sich nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten.⁷⁷²

C.6.2.2 Der relevante Markt

C.6.2.2.1 Der sachlich relevante Markt

891. Der sachliche Markt wurde mit Bezug auf die unter Art. 5 Abs. 3 KG zu subsumierenden Sachverhalte bereits abgegrenzt (dazu oben Rz 857–859). Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes unterscheidet sich mit Bezug auf die für die unter Art. 5 Abs. 3 KG und die unter Art. 7 KG zu subsumierenden Sachverhalte vorliegend nicht. Zwar sind im Rahmen von Art. 7 KG einzig das gemeinsame Festlegen der Mengenrabatte und des Kies- und Betonbatzens zu untersuchen, die Nachfragsituation ist jedoch dieselbe. Sachlich relevant sind die von den Bauunternehmen, Kleinbezügern und Transportunternehmen nachgefragten Baustoffe Sand, Kies und Transportbeton sowie deren Transport (dazu vorne B.4.4.2, Rz 90 ff.).

C.6.2.2.2 Der räumlich relevante Markt

892. Auch der räumliche Markt wurde mit Bezug auf die unter Art. 5 Abs. 3 KG zu subsumierenden Sachverhalte schon abgegrenzt (dazu oben Rz 860–862). Er 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 analog).⁷⁷³

893. Die zur räumlichen Abgrenzung relevante Marktgegenseite besteht aus den Betreibern der Baustellen, deren bezogenen Mengen bei der Berechnung des Kies- und Betonbatzens sowie des gemeinsamen Mengenrabatts herangezogen wurden. Sie fragten die relevanten Produkte einerseits im gemeinsamen Liefergebiet der KTB-Werke nach. Andererseits holten sie aber auch Offerten bei Werken ein, deren Standorte sich in den an das gemeinsame Liefergebiet der KTB-Werke angrenzenden Gebieten befinden. In diesen Gebieten konnten sich die Parteien nicht im wesentlichen Umfang unabhängig von ihren Wettbewerbern verhalten (dazu auch Rz 861). Da die Auswirkungen der Abrede in den an das gemeinsame Liefergebiet angrenzenden Gebieten gering waren, ist der räumlich relevante Markt auch mit Bezug auf den Kies- und Betonbatzen sowie den gemeinsamen Mengenrabatt grundsätzlich auf das gemeinsame Liefergebiet der KTB-Werke beschränkt (B.4.4.3, Rz 99 ff.). Dies betrifft grundsätzlich seitens der Kästli-Gruppe das Liefergebiet um Rubigen und seitens der Alluvia-Gruppe die Liefergebiete um Oberwangen, Bethlehem, Worblaufen, Mattstetten und Hindelbank (dazu Rz 107 f.).

894. Betrachtet man das gemeinsame Liefergebiet der Parteien genauer, steht fest, dass sie zumindest in der Stadt Bern aufgrund der räumlichen Nähe ihrer Werke (Kästli-Gruppe: Rubigen; Alluvia-Gruppe: Bethlehem, Worblaufen, Oberwangen, vgl. Abbildung 10: Geografische Anordnung Betonwerke) über gemeinsame Marktanteile von mindestens 80 %

⁷⁷⁰ BGE 139 I 72, 100 E. 9.3.3.2

⁷⁷¹ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1.

⁷⁷² Verfügung der WEKO vom 30.10.2017, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*, 153, Rz 644 (15.2.2019)

⁷⁷³ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.H.

verfügten, was im Vergleich zu Konkurrenzwerken hoch ist (dazu Rz 117 f.). Innerhalb dieses Gebietes konnten die KTB-Werke Preise im wesentlichen Umfang unabhängig von ihren Konkurrenten ansetzen. Der gemeinsame Mengenrabatt und der gemeinsame Kies- und Betonbatzen wirkten sich jedoch nicht nur auf die Stadt Bern aus, sondern beeinträchtigten den Wettbewerb im gesamten gemeinsamen Liefergebiet der KTB-Werke (dazu Rz 132 ff.).

C.6.2.2.3 Zeitlich relevanter Markt

895. In zeitlicher Hinsicht ist die Nachfrage nach den Baustoffen Sand, Kies und Transportbeton sowie deren Transport im Zeitraum zwischen 1996 bis zur Einstellung der Tätigkeiten im Jahr 2013 relevant.

C.6.2.2.4 Zwischenfazit

896. Die Wettbewerbsbehörden gehen vom Markt für die Baustoffe Sand, Kies und Transportbeton sowie deren Transport in den Liefergebieten um Rubigen, Oberwangen, Bethlehem Worblaufen, Hindelbank und Mattstetten aus (vgl. B.4.4.3, Rz 99 ff.). Geographisch umfasst die gemeinsame marktbeherrschende Stellung vor allem die Stadt Bern, wobei die Auswirkung des Missbrauchs dieser Stellung sich auf das gesamte gemeinsame Liefergebiet der KTB-Werke bezieht.

C.6.2.2.5 Beurteilung der Marktstellung

(i) Einleitung

897. Ob sich die KTB-Werke gemäss Art. 4 Abs. 2 KG unabhängig von Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern verhalten können, ist nachfolgend zu prüfen. Die Parteien hätten sich im Untersuchungszeitraum dann nicht unabhängig verhalten können, wenn sie sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz ausgesetzt gesehen hätten, die einen disziplinierenden Einfluss auf zentrale Wettbewerbsparameter ausgeübt hätte.⁷⁷⁴ Anschliessend ist daher zu prüfen, ob die Verfahrensparteien ausreichender aktueller und potenzieller Konkurrenz ausgesetzt waren.

(ii) Aktuelle Konkurrenz

898. Wie bereits ausgeführt (dazu oben Rz 867 f.), steht fest, dass die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe zusammen im Raum Bern-Mittelland 43 % des insgesamt gewonnenen Sandes und Kieses abbauen. Neben den Verfahrensparteien war im Untersuchungszeitraum einzig die Kies AG Aaretal (KAGA), eine wichtige Betreiberin von Kiesabbaustellen (dazu oben Rz 115). Die KAGA ist aber nicht unabhängig von den Verfahrensparteien, da diese als Aktionäre gemeinsam [...] des Aktienkapitals der KAGA halten. Einzig 15 % des im Raum Bern-Mittelland abgebauten Primärmaterials wird durch von der Alluvia- und der Kästli-Gruppe unabhängige Unternehmen abgebaut (vgl. vorne Rz 115). Wandkies ist der Rohstoff für verarbeiteten Kies, welcher der wichtigste Bestandteil für die Betonproduktion ist. Ausserdem sind die Transportkosten für Kies und Beton hoch. Von den Verfahrensparteien unabhängige Hersteller hatten deshalb im relevanten Markt keine wesentliche disziplinierende Wirkung.

899. Aus dieser starken Stellung im Bereich des Rohmaterials Wandkies ergibt sich eine starke Stellung in den nachgelagerten Märkten. Die Alluvia-Gruppe verfügte gemäss eigenen Angaben in ihrem Liefergebiet im Bereich des Frischbetons (= Transportbetons) über rund [<75] % der Marktanteile. Gemäss Zeugenaussagen besitzen die Alluvia-Gruppe und die

⁷⁷⁴ Verfügung der WEKO vom 30.10.2017, Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen, 172, Rz 730.

Kästli-Gruppe in der Stadt Bern zusammen über Marktanteile von 80 % (vgl. vorne Rz 117). Damit steht fest, dass die Marktgegenseite nur geringe Ausweichmöglichkeiten im relevanten Markt hatte. Anders ausgedrückt, ermöglichte die starke gemeinsame Stellung im relevanten Markt den Verfahrensparteien, sich durch ihre Kooperation weitgehend unabhängig von nicht an der Abrede beteiligten Marktteilnehmern und Nachfragern zu verhalten. Die Aussenwettbewerber hatten daher nur geringe disziplinierende Wirkung auf die KTB-Werke. Der aktuelle Aussenwettbewerb war gering. Daher ist nachfolgend die potenzielle Konkurrenz auf dem relevanten Markt zu prüfen.

(iii) Potenzielle Konkurrenz

900. Bei der Beurteilung der potenziellen Konkurrenz ist zu beachten, dass potenzielle Konkurrenten aufgrund der hohen Transportkosten, um konkurrenzfähig zu sein, eine Kiesgrube im Raum Bern hätten eröffnen müssen. Die Abklärungen und Planung dazu sind kostenintensiv und der Planungshorizont beträgt ca. 15 Jahre, wobei unsicher ist, ob die Abbaugenehmigung erteilt wird. Die Markteintrittsschranken waren während des Untersuchungszeitraums vom 2004–2013 hoch. Entsprechend kam es zu keinem Markteintritt zwischen 2004–2013 (dazu B.4.4.5, Rz 120). Dasselbe gilt für die Herstellung von verarbeitetem Kies sowie für Beton (dazu vorne Rz 125 ff.). Der potenzielle Wettbewerb hatte folglich keine nennenswerte disziplinierende Wirkung auf die KTB-Werke.

(iv) Stellung der Marktgegenseite

901. Es ist erwiesen, dass Kleinkundinnen und Kleinkunden kaum Verhandlungsmacht haben und Kies- und Beton in der Regel zum Listenpreis beziehen. Nichtbaumeister bezahlen sogar einen Zuschlag von 15 % auf den Listenpreis (dazu Rz 158).

902. Im Gegensatz dazu steht fest, dass Grosskundinnen und Grosskunden Rabatte erhalten (zum Grund, vgl. Rz 153). Sie verfügen sogar über die Möglichkeit, bei Grossbaustellen auf Baustellenanlagen auszuweichen (vgl. Rz 94 f.) und könnten langfristig gegebenenfalls selber Beton produzieren. Wie dargelegt, können Baustellenanlagen aber nur selten wirtschaftlich eingesetzt werden und ein Markteintritt ist kostspielig und dauert bis zu 15 Jahre (dazu Rz 120 ff.). Das Drohpotenzial der grossen Bauunternehmungen ist folglich stark beschränkt. Sie versuchen den Wettbewerb unter den bestehenden Anbietern primär zu ihren Gunsten auszunützen, indem sie von allen relevanten Anbietern Offerten einholen. Spielt der Preiswettbewerb, wie vorliegend, nur unvollständig (insbesondere durch die Koordination der Listenpreise, die gemeinsamen Mengenrabatte und den Informationsaustausch über Preise und Rabatte), sind jedoch auch sie von den Auswirkungen betroffen. Der Umstand, dass die Bauunternehmen jährlich mit den Betonherstellern verhandeln, vermag daran nichts zu ändern (dazu Rz 159).

903. Schliesslich steht fest, dass verschiedene Bauunternehmungen Aktionäre der Frischbeton AG Rubigen sind. Die Aktienmehrheit sowie die Geschäftsführung liegen aber bei der Kästli-Gruppe. Der Einfluss der anderen Bauunternehmungen auf den von der Frischbeton AG Rubigen gesetzten Betonpreis hält sich daher in engen Grenzen (dazu Rz 160).

904. Insgesamt verfügt die Marktgegenseite folglich nicht über genügend Nachfragemacht, um Druck auf die gemeinsam marktbeherrschenden KTB-Werke auszuüben.

(v) Zwischenfazit

905. Vor dem Hintergrund der Marktstruktur (dazu B.4.4, Rz 86 ff.), der Markttransparenz, der Homogenität der Produkte (dazu B.4.4.2, Rz 90 ff.), den diversen bestehenden Abreden (dazu B.5, Rz 165 ff.), der mangelnden aktuellen und potentiellen Konkurrenz und der Stellung der Marktgegenseite steht fest, dass die Alluvia- und die Kästli-Gruppe gemeinsam eine

marktbeherrschende Stellung auf dem vorliegend relevanten Markt innehatten. In der Folge ist zu prüfen, ob die Verfahrensparteien ihre kollektiv marktbeherrschende Stellung gemeinsam missbraucht haben.

C.6.3 Missbrauch

C.6.3.1 Einleitung

906. Missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich die marktbeherrschenden Unternehmen dann, wenn sie etwa andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Behinderung auf dem Markt des marktbeherrschenden Unternehmens oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert. Behinderungsmissbrauch umfasst somit sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen (aktuelle oder potenzielle) Konkurrenten oder Handelspartner richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder benachbarten Markt einschränken.⁷⁷⁵ Missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG handeln marktbeherrschende Unternehmen, wenn die Marktgegenseite dem ökonomischen Druck, der sich auf die Marktbherrschaft stützt, nicht ausweichen kann oder nichts entgegenzusetzen hat.⁷⁷⁶

907. Vorliegend haben die marktbeherrschenden Unternehmen eine Reihe von horizontalen Wettbewerbsabreden getroffen. Mit den beiden Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG – der Mengenrabatt und der Kies- und Betonbatzen – bezweckten die Verfahrensparteien nicht nur Preiselemente abzusprechen, sondern auch gemeinsam dafür zu sorgen, potenzielle Konkurrenten am Markteintritt im Raum Bern und Umgebung zu hindern (vgl. Rz 345, Rz 481, Rz 649).

908. In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob der Tatbestand der Einschränkung, der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. e KG gegeben ist. Gemäss Praxis der WEKO ist der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG erfüllt, wenn kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen:

- Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung führt;
- durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt;
- die durch die Verhaltensweise bewirkte Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung ist nicht sachlich gerechtfertigt.⁷⁷⁷

909. Vorliegend fällt die Einschränkung des Absatzes der Konkurrenzunternehmen und die Hinderung der Ausübung des Wettbewerbs zusammen.

C.6.3.2 Einschränkung des Absatzes und Behinderung in der Ausübung des Wettbewerbs

910. Vorliegend ist zu prüfen, ob die Handlungsfreiheit der Konkurrenten eingeschränkt und deren Eindringen in den relevanten Markt durch den gemeinsamen Mengenrabatt und den

⁷⁷⁵ BGE 139 I 72, E. 10.1.1., m.w.H; vgl. auch Botschaft KG 1995, BBI 1995 468, 569 f.

⁷⁷⁶ BGE 137 II 199, 212, E.4.3

⁷⁷⁷ Verfügung der WEKO vom 30.10.2017, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*, 236, Rz 1019; Verfügung der WEKO vom 11.12.2017, *Supermédiä*, 121, Rz 559; beide Verfügungen sind abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (15.2.2019)

Kies- und Betonbatzen be- bzw. verhindert werden sollte. Konkret bezahlten die Parteien den Kies- und Betonbatzen nur aus, wenn ein Bauunternehmen sämtliche Produkte bei den KTB-Werken bezog. Mit Bezug auf die Mengenrabatte verlor ein Bauunternehmen, das nicht sämtliche Produkte bei den KTB-Werken bezog, Rabatte in einem Ausmass, das es unattraktiv machte, sich bei Konkurrenten der Verfahrensparteien einzudecken.

911. Die Rabatte betragen 2004–2008 zwischen Fr. 1.10 und Fr. 11.– pro Kubikmeter. Ab 2009–2013 lagen sie zwischen Fr. 2.50 und Fr. 14.–. Je grösser die während eines Jahres bei den der KTB angeschlossenen Betonwerken bezogene Menge war, desto höher fiel der Rabatt pro Kubikmeter aus (dazu oben Rz 132 ff., Abbildung 13: KTB-Mengenrabatt). Entschied sich ein Kunde, einen Teil seiner Bezüge nicht bei einem KTB-Werk zu tätigen, reduzierte sich der Rabatt für seine übrigen Bezüge ebenfalls, z.B. reduzierte sich der Rabatt um Fr. 2.25 pro Kubikmeter, wenn von jährlich 8000 m³ bezogenem Beton, 5000 m³ von einem Nicht-KTB-Lieferanten bezog. Diese Reduktion entspricht 1,7% des durchschnittlichen Werkpreises für Beton und Mörtel der KTB-Werke 2007–2013 (vgl. in Rz 134).

912. Zusätzlich überwiesen die KTB-Werke 2004–2013 einen Kies- und Betonbatzen (30 und 50 Rappen pro Kubikmeter Kies bzw. Beton) an den BRVB. Einzig Bezüge von Mitgliedern, welche ausschliesslich von den KTB-Werken Kies und Beton bezogen, wurden angerechnet. Selbst bei geringen Bezügen von auswärtigen Anbietern, strichen die KTB-Werke den Kies- und Betonbatzen (vgl. vorne Rz 135). Die KTB-Werke verpflichteten sich ihrerseits, den Kies- und Betonbatzen zu entrichten und Nicht-Mitglieder des BVRB nicht zu günstigeren Preisen und Konditionen zu beliefern. Ferner sollten Private und Nichtbauherren einen Preiszuschlag bezahlen (vgl. vorne Rz 638).

913. Im in Rz 911 erwähnten Beispiel wurden Fr. 0.5 pro Kubikmeter – also 6500 Franken – überwiesen. Vor allem in Randliefergebieten der KTB-Werke spielte dies eine Rolle, da die KTB-Werke dort höchstens einen geringen Transportkostenvorteil gegenüber anderen Werken genossen. Bezog nämlich ein Bauunternehmen für eine kleine Baustelle im Randliefergebiet der KTB-Werke Baustoffe bei einem Konkurrenten der KTB-Werke, fiel die Zahlung des Kies- und Betonbatzens dahin. Gerade bei kleineren Baustellen in diesen Randgebieten entging dem BVRB der gesamte Kies- und Betonbatzen aufgrund des Bezugs einer bloss kleinen Menge.

914. Durch den Kies- und Betonbatzen sowie den Mengenrabatt wurde der Eintritt neuer Anbieter erschwert und das von den KTB-Werken belieferte Gebiet gegenüber Drittanbietern abgeschottet. Im Untersuchungszeitraum kam es entsprechend zu keinen neuen Markteintritten (vgl. dazu oben Rz 120 ff.). Indem die marktbeherrschenden Verfahrensparteien die Produkte und Dienstleistungen der Konkurrenten weniger absetzbar machten, ohne dass dies Folge ihrer höherwertigen Leistungen zuzuschreiben wäre, verhielten sie sich missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG.⁷⁷⁸

C.6.3.3 Keine Rechtfertigungsgründe

915. Wie es das Bundesgericht im Fall „Publigruppe“⁷⁷⁹ festgehalten hat, sind im Falle des Vorliegens eines Missbrauchs gemäss Art. 7 Abs. 1 KG mögliche Rechtfertigungsgründe (sog.

⁷⁷⁸ Botschaft KG 1995, BBl 1995 468, 574; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 N 418, 436, 461. Vgl. auch EuGH, Urteil vom 6. September 2017, *Intel Corporation Inc./Kommission*, Rn 137; EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, *Hoffmann-La Roche/Kommission*, 85/76, EU:C:1979:36, Rn 89

⁷⁷⁹ BGE 139 I 72, 103 E. 10.1.2

legitimate business reasons) zu prüfen. Vorliegend sind keine objektiven Gründe oder Effizienzgründe ersichtlich, welche das inkriminierte Verhalten rechtfertigen würden.

C.6.4 Fazit

916. Durch den Abschluss der Preisabreden über den gemeinsamen Mengenrabatt und die Gewährung des Kies- und Betonbatzens missbrauchten die Verfahrensparteien ihre gemeinsame marktbeherrschende Stellung und verstiesen gegen Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG.

C.7 Massnahmen

917. 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 918 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 924 ff.).

C.7.1 Anordnung von Massnahmen

918. 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 stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.⁷⁸⁰

919. Aus den Erwägungen ergibt sich, dass sich die Parteien an unzulässigen Wettbewerbsabreden im Bereich Kies- und Betonprodukte inklusive deren Transport im Raum Bern (Stadt und Umgebung) beteiligt haben. Sie sind zu einem Verhalten zu verpflichten, bei welchem vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden oder nicht mehr drohen.

920. Den Parteien wird konkret verboten,

- i. mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Preise und Preisbestandteile im Zusammenhang mit der Lieferung von Kies- und Betonprodukten festzulegen oder sich darüber mit Konkurrenten und Konkurrentinnen auszutauschen. Insbesondere wird den Parteien verboten,
 - gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Bandbreiten für Listenpreise festzulegen;
 - gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen die Höhe und Abstufungen von Mengenrabatten festzulegen;
 - Kunden und Kundinnen gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Mengenrabatte unter Berücksichtigung der Gesamtbezugsmengen zu gewähren;
- ii. mit Konkurrenten und Konkurrentinnen die Liefergebiete für Kies- und Betonprodukte festzulegen oder auf sonstige Weise abzustimmen;
- iii. mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Abnehmer und Abnehmerinnen von Kies- und Betonprodukten zu- und aufzuteilen;

⁷⁸⁰ RPW 2017/3, 453, Rz 253, Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal; RPW 2015/2, 253 Rz 267, Tunnelreinigung; RPW 2013/4, 463 ff. Rz 1028 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich

- iv. Sponsoring-Zahlungen oder andere Unterstützungsbeiträge an Branchenverbände davon abhängig zu machen, dass die Mitglieder der Branchenverbände Kies- und Betonprodukte ausschliesslich bei ihnen und/oder von ihnen bestimmten Konkurrenten und Konkurrentinnen beziehen;
- v. betreffend Forderungen aus Kies- und Betonlieferungen gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen die Debitorenverluste zu tragen und ein gemeinsames Inkasso zu betreiben soweit
 - die Nummer des Lieferscheins, die Artikelbezeichnung, die gelieferte Menge, der Preis je Einheit, der erteilte Rabatt und der Rechnungsbetrag im Rahmen ihrer Rechnungsstellung ausgetauscht werden,
 - sie gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Zahlungs- und Verzugskonditionen festlegen,
- vi. gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Liefersperren gegenüber Abnehmern und Abnehmerinnen von Kies- und Betonprodukten zu verhängen.

921. Von den Verpflichtungen gemäss den Ziffern i. bis iii. ausgenommen sind der unabdingbare Austausch von Informationen sowie die unabdingbare gemeinsame Festlegung im Zusammenhang mit:

- der Bildung und Durchführung von Liefergemeinschaften;
- der Bildung und Durchführung von Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaften;
- der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

922. Die Anordnungen umschreiben die Verpflichtungen der Parteien, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Insbesondere 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.

923. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegend angeordneten Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. 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.⁷⁸¹

C.7.2 Sanktionierung

924. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag von bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

⁷⁸¹ Vgl. Entscheidung der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*

C.7.2.1 Allgemeines

925. 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 Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.⁷⁸² Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.⁷⁸³

926. 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.⁷⁸⁴

C.7.2.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

927. Unternehmen, welche an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt sind oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhalten, werden mit einer Sanktion belastet (Art. 49a Abs. 1 KG). Daraus ergeben sich folgende Sanktionsvoraussetzungen: Erstens liegen unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG oder Art. 7 KG vor. Zweitens müssen die unzulässigen Verhaltensweisen von Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes verübt worden sein.⁷⁸⁵ Diese Voraussetzungen sind in casu erfüllt. Beide Parteien waren zum Tatzeitpunkt Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG (vgl. Rz 786). Die ihnen nachgewiesenen Verhaltensweisen stellen Verhaltensweisen gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG sowie Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG dar.

928. Zu präzisieren ist, dass eine unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallende Abrede unzulässig bleibt, auch wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt wird, solange diese Abrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist. Dies hat jüngst auch das Bundesgericht bestätigt.⁷⁸⁶

C.7.2.3 Vorwerfbarkeit

929. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁷⁸⁷, welcher das BVGer gefolgt ist⁷⁸⁸, stellt Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit das subjektive Tatbestandsmerkmal von

⁷⁸² Botschaft vom 7. November 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

⁷⁸³ BBl 2002 2022, 2034

⁷⁸⁴ BGE 139 I 72, 78 ff. E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 118 E. 2.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 798 ff. E. 14, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 ff. E. 12, *Gebro/WEKO*

⁷⁸⁵ Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, 34

⁷⁸⁶ BGE 143 II 297, 339 E. 9.4

⁷⁸⁷ Urteil des 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)*; Urteil des 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*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

⁷⁸⁸ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 803 E. 14.3.5, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 840 E. 13.2.5, *Gebro/WEKO*

Art. 49a Abs. 1 KG dar. 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.

930. 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.⁷⁸⁹ Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschuldens liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.⁷⁹⁰

931. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrigen Wettbewerbsabreden trafen, taten dies wissentlich und nahmen deren wettbewerbsbeeinträchtigende 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.

932. Anderweitige Gründe, welche dagegensprechen 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) allgemein als „bekannt“ vorausgesetzt werden.⁷⁹¹ Die Unternehmen müssen alles Zumutbare vorkehren, um sicherzustellen, dass die Vorgaben des Kartellgesetzes eingehalten werden.⁷⁹² Vorliegend liegen keine Hinweise darauf vor, dass die Parteien angemessene und wirksame organisatorische Massnahmen zur Verhinderung der getroffenen Wettbewerbsabreden getroffen hätten.

C.7.2.4 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht

933. 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 des Kartells miteinzubeziehen.

934. Die Wettbewerbsbehörden eröffneten die Untersuchung 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern am 12. Januar 2015. Aufgrund der Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sind sämtliche Wettbewerbsbeschränkungen, welche ab dem 13. Januar 2010 nicht mehr ausgeübt worden sind, nicht mehr sanktionierbar. Die vorliegenden Wettbewerbsbeschränkungen

⁷⁸⁹ RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*

⁷⁹⁰ Vgl. Urteil des BVer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des 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*

⁷⁹¹ RPW 2017/3, 455, Rz 267, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; 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)

⁷⁹² RPW 2017/3, 455, Rz 267, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*

hatten bis ins Jahr 2011 beziehungsweise 2013 Bestand. Damit steht der Sanktionierung des vorliegenden Kartellrechtsverstosses in zeitlicher Hinsicht nichts entgegen.

C.7.2.5 Bemessung

935. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

936. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit⁷⁹³ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.⁷⁹⁴ Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.⁷⁹⁵

C.7.2.5.1 Konkrete Sanktionsberechnung

937. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag 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.

(i) Basisbetrag

938. 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.⁷⁹⁶ Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

939. Vorliegend beendeten die Verfahrensparteien die Regelung der Wettbewerbsverhältnisse Ende 2013. Für die Sanktionsberechnung sind damit die Umsätze der Jahre 2011, 2012 und 2013 massgebend.

⁷⁹³ Art. 2 Abs. 2 SVKG

⁷⁹⁴ Vgl. SHK-REINERT (Fn 751), Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*

⁷⁹⁵ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*

⁷⁹⁶ 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 in Sachen *Altimum SA* (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter *Aktuell* > *letzte Entscheide* > *Altimum Décision* (4.5.2018)

1. Massgebliche Umsätze

940. Art. 3 SVKG statuiert als Bemessungsgrundlage des Basisbetrags den Umsatz, den das betreffende Unternehmen auf den jeweils relevanten Märkten erzielt hat, und nicht den Umsatz, der mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten erzielt wurde. Die Vorschrift differenziert nicht zwischen den auf den relevanten Märkten erzielten Umsätzen. Daher ist bei der Bestimmung des massgeblichen Umsatzes nicht danach zu unterscheiden, welcher Anteil dieses Umsatzes durch ein wettbewerbswidriges Verhalten erzielt wurde und ob allenfalls ein Anteil nicht in Verbindung mit einem wettbewerbswidrigen Verhalten steht. Zur Bestimmung der Bemessungsgrundlage für die Sanktionierung kann eine wirtschaftliche Unternehmenskennziffer herangezogen werden, die nicht ausschliesslich das wettbewerbswidrige Verhalten umfasst.⁷⁹⁷ Für die Sanktionsbemessung ist auf die Marktabgrenzung zum sachlichen und räumlichen relevanten Markt abzustellen.⁷⁹⁸

941. Die vorliegende Wettbewerbsabrede betrifft in sachlicher Hinsicht die von den Bauunternehmen, Kleinbezügern und Transportunternehmen nachgefragten Baustoffe Sand, Kies und Transportbeton sowie deren Transport (dazu vorne Rz 90 ff.). In räumlicher Hinsicht betrafen die Abreden das gesamte Liefergebiet der KTB-Werke (Rz 99 ff.). Seitens der Kästli-Gruppe betrifft dies das Liefergebiet um Rubigen und seitens der Alluvia-Gruppe die Liefergebiete um Oberwangen, Bethlehem, Worblaufen, Mattstetten und Hindelbank (vgl. Rz 108).

942. Von diesen Umsätzen sind die Umsätze mit Lieferungen innerhalb des Konzerns abzuziehen, sofern die gelieferten Produkte von den Abnehmern bearbeitet werden (z.B. eine Kieslieferung eines Kieswerkes an ein Betonwerk). Diese Umsätze würden ansonsten doppelt berücksichtigt. Die übrigen konzerninternen Lieferungen an Unternehmen, welche nicht Teil der Kartellabrede waren, jedoch von den konzerninternen Abnehmerinnen innerhalb des relevanten Marktes weitervertrieben werden, sind jedoch Teil des massgeblichen Umsatzes.⁷⁹⁹ Aufgrund dieser Erwägungen sind damit die folgenden Umsätze für die Sanktionierung heranzuziehen:

Unternehmen	Massgeblicher Umsatz (ohne MwSt. in CHF)
Alluvia-Gruppe	[...]
Kästli-Gruppe	[...]

2. Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

943. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Massgeblich ist vorliegend der Umsatz der Alluvia- und der Kästli-Gruppe auf dem Markt für Kies- und Betonprodukte im Raum Bern. Zumal einzig die Alluvia-Gruppe Mörtel vertreibt, ist dieser Anteil des Umsatzes abzuziehen.

⁷⁹⁷ Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 685 f., Rz 722, *Preispolitik Swisscom ADSL*

⁷⁹⁸ Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 686, Rz 723, *Preispolitik Swisscom ADSL*

⁷⁹⁹ Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, E.VIII.5.f), Rz 785; *Preispolitik Swisscom ADSL*; RPW 2010/1, 176, Rz 385, *Preispolitik Swisscom ADSL*

944. Aufgrund dieser Erwägungen ergeben sich im vorliegenden Fall für die Alluvia- und die Kästli-Gruppe folgende Obergrenzen für den Basisbetrag.

Unternehmen	Umsatz 2011-2013 auf dem relevanten Markt (ohne MwSt in CHF)	Massgeblicher Prozentsatz	Obergrenze für den Basisbetrag in CHF
Alluvia-Gruppe	[...]	10 %	[...]
Kästli-Gruppe	[...]	10 %	[...]

3. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

945. Hinsichtlich der Art und Schwere des Verstosses ist zunächst zu berücksichtigen, dass eine Gesamtabrede zu beurteilen ist. Eine dauerhaft bestehende Gesamtabrede mit dem Zweck, den Preiswettbewerb untereinander einzuschränken, den Markt von Drittkonkurrenten zu schützen und die gegenseitigen Liefergebiete zu respektieren, kann schwerwiegende volkswirtschaftliche und soziale Schäden bewirken. Die Gesamtabrede enthält Elemente, die als Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG und als Gebietsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zu qualifizieren sind. Zudem stellen Teile der Gesamtabrede, namentlich das Festlegen gemeinsamer Mengenrabatte und das Festlegen eines gemeinsamen Kies- und Betonbatzens zugleich auch unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen im Sinne von Art. 7 KG dar. Verhaltensweisen, welche gleichzeitig mehrere sanktionierbare Tatbestände erfüllen, sind schwerer zu gewichten als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.⁸⁰⁰ Die Verstösse gegen Art. 5 Abs. 3 KG sind im vorliegenden Verfahren schwerer zu gewichten als diejenigen gegen Art. 7 KG.

946. Zu Lasten der Parteien ist zu berücksichtigen, dass sie einen hohen organisatorischen Aufwand betrieben und die Zusammenarbeit im Rahmen der gemeinsamen Inkassostelle KTB AG institutionalisierten und professionalisierten.⁸⁰¹ Die KTB AG setzte die dargelegten Vereinbarungen über die Listenpreise, den gemeinsamen Mengenrabatt, die Liefergebiete, den Kies- und Betonbatzen sowie die gemeinsame Inkassostelle um. Vor diesem Hintergrund erscheint ein hoher Basisbetragskoeffizient angemessen.

947. Schliesslich ist bei der Beurteilung der Art und Schwere zu berücksichtigen, ob der KG-Verstoss vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde. Vorliegend wurden die Verstösse vorsätzlich begangen. Auch dies rechtfertigt es, einen hohen Basisbetrag anzunehmen.

948. Aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist zudem die bisherige Praxis der WEKO im Bereich der Gesamt-, Preis- und Gebietsabreden zu berücksichtigen. Bei horizontalen Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, welche den wirksamen Wettbewerb beseitigen, kam ein Basisbetragskoeffizient von 7–9 % zur Anwendung.⁸⁰² Im Entscheid *Abrede im Speditionsbereich*, bei dem es um Abreden über Preiselemente ging, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, legte die WEKO den Basisbetrag auf 6 % fest.⁸⁰³

⁸⁰⁰ Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3

⁸⁰¹ In diesem Sinne auch RPW 2017/3, 457, Rz 285, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*

⁸⁰² RPW 2018/1, 120 Rz 212, Verzinkung (7%); RPW 2017/3, 457, Rz 288, Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal (9%); RPW 2016/3, 709 Rz 384, Flügel und Klaviere (7 %); Verfügung vom 2. Dezember 2013 in Sachen Abreden im Bereich Luftfracht, 377 Rz 1720 (8 %); RPW 2013/4, 623 Rz 967, Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich (7 %); RPW 2012/3, 650 Rz 330, Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen (7 %); RPW 2012/2, 408 Rz 110, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau (7 %); RPW 2010/4, 760 Rz 391, Baubeschläge (7 %); RPW 2009/3, 215 Rz 126, Elektroinstallationsbetriebe Bern (7 %)

⁸⁰³ RPW 2013/2, 201 Rz 303, *Abrede im Speditionsbereich* (6 %)

949. Zugunsten der Parteien ist in Erwägung zu ziehen, dass die Gesamtabrede nicht zu einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führte.

950. Aufgrund dieser Umstände ist ein Prozentsatz von 7 % angemessen. Damit ergibt sich für die Alluvia- und die Kästli-Gruppe der folgende Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG:

Unternehmen	Umsatz 2011-2013 auf dem relevanten Markt (ohne MwSt in CHF)	Prozentsatz gemäss Art. 3 SVKG	Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG (in CHF)
Alluvia	[...]	7 %	[...]
Kästli	[...]	7 %	[...]

(ii) Dauer des Verstosses

951. 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).

952. Vorliegend werden die Verfahrensparteien für die Gesamtabrede sanktioniert. Wie bereits erläutert, bestand diese Gesamtabrede zwischen der Alluvia- und der Kästli-Gruppe ununterbrochen jedenfalls seit 1. April 2004 bis Ende 2013 und wurde stetig umgesetzt (vgl. Rz 785). Für die Sanktionierung ist damit grundsätzlich von einer Dauer der Abrede von über neun Jahren und neun Monaten auszugehen.

953. Bei der Sanktionierung muss berücksichtigt werden, dass die Wettbewerbsabrede betreffend Kies- und Betonbatzen nur bis Ende 2011 bestand. Zwar ändert der Umstand, dass der Kies- und Betonbatzen ab 2012 nicht mehr ausbezahlt wurde, nichts an der Qualifikation als Gesamtabrede. Ein Dauerzuschlag von 10 % pro Jahr ist allerdings nur für den Zeitraum heranzuziehen, in dem die Preislisten, der Mengenrabatt, die Liefergebiete, der Kies- und Betonbatzen und das gemeinsame Inkasso Gegenstand der Vereinbarung waren. In der übrigen Zeit von 2012 bis 2013 ist ein herabgesetzter Dauerzuschlag in Höhe von 8 % pro Jahr zu berücksichtigen.⁸⁰⁴ Damit ergibt sich für die Alluvia- und die Kästli-Gruppe ein Dauerzuschlag von 93,5 %.⁸⁰⁵

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

954. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen. Es liegen keine Anhaltspunkte für erschwerenden Umstände vor. Im Gegensatz dazu sind die folgenden mildernden Umstände zu beachten.

⁸⁰⁴ In diesem Sinne auch RPW 2018/1, 121 f., Rz 213 ff., *Verzinsung*

⁸⁰⁵ Der Dauerzuschlag von 93,5 % setzt sich wie folgt zusammen: Für die ersten 5 Jahre (1.4.2004–31.3.2009) erfolgt ein Dauerzuschlag von 50 %. Für die darauf folgenden 2 Jahre und 9 Monate (1.4.2009–31.12.2011) wird ein Dauerzuschlag von 10 % pro Jahr angewandt, was 27,5 % entspricht. Es verbleiben 2 Jahre (1.1.2012–31.12.2013), für welche ein reduzierter Dauerzuschlag von 8 % pro Jahr angewandt wird. Insgesamt ergibt sich also ein Dauerzuschlag von 50 % (1.4.2004–31.3.2009) + 27,5 % (1.4.2009 – 31.12.2011) + 16 % (1.1.2012–31.12.2013) = 93,5 %.

1. Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung vor Verfahrenseröffnung

955. Gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG wird der Betrag nach den Artikeln 3 und 4 vermindert, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines kartellrechtlichen Verfahrens beendet.

956. Wie dargelegt, bestand der Grundkonsens der Verfahrensparteien zur Regelung der Wettbewerbsverhältnisse in den Bereichen Kies- und Betonverkäufe im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) bis Ende 2013. Die Abreden betreffend Listenpreise, gemeinsamer Mengenrabatt, Liefergebiete und gemeinsames Inkasso hatten bis Ende 2013 Bestand, die Entrichtung des Kies- und Betonbatzens wurde per Ende 2011 eingestellt. Die Parteien stellten somit ihr Verhalten vor dem ersten Eingreifen der Behörden (Untersuchungseröffnung am 12. Januar 2015) aus eigenem Antrieb ein. Unter diesen Umständen und in Anbetracht der Praxis ist eine Reduktion des um die Dauer erhöhten Basisbetrags von 10 % angemessen.⁸⁰⁶

2. Kooperatives Verhalten

957. Art. 6 SVKG zählt die mildernden Umstände nicht in abschliessender Weise auf.⁸⁰⁷ Entsprechend kann gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG auch kooperatives Verhalten ausserhalb einer Selbstanzeige sanktionsreduzierend berücksichtigt werden. Massgebend für die Höhe der Reduktion dürfte entsprechend Art. 12 Abs. 2 SVKG die Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg sein. Gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts muss das kooperative Verhalten über das hinausgehen, was üblicherweise zur Ausübung der Verteidigungsrechte an den Tag gelegt wird.⁸⁰⁸

958. Die Alluvia- und die Kästli-Gruppe reichten die vom Sekretariat geforderten Daten zu den Kies- und Betonlieferungen für die Jahre 2007 bis 2013 (dazu Rz 35 ff.) ein und beantworteten mehrere Auskunftsbegehren des Sekretariats in diesem Zusammenhang. Die Aufbereitung der Daten verursachte den Verfahrensparteien Aufwand. Zudem erleichterten die Verfahrensparteien mit der Datenlieferung die Ermittlung des Sachverhaltes über das vom Bundesverwaltungsgericht geforderte Mass hinaus. Es rechtfertigt sich daher, den nach den Art. 3 und 4 SVKG berechneten Sanktionsbetrag um 10 % zu reduzieren.

(iv) Maximalsanktion

959. 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). Wie sich unter anderem aus der Botschaft zum Kartellgesetz 2003 ergibt,⁸⁰⁹ sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.⁸¹⁰ Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU⁸¹¹ finden analoge Anwendung. Die so errechnete maximale Sanktion stellt nicht den Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung dar; vielmehr wird am Schluss

⁸⁰⁶ Vgl. auch RPW 2018/1, 122, Rz 220 f., *Verzinkung*

⁸⁰⁷ Erläuterungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission zur SVKG, Artikel 5 und 6: Erschwerende und mildernde Umstände

⁸⁰⁸ Urteil des BVGer, RPW2013/4, 805 E. 14.4.6, *Gaba/WEKO*

⁸⁰⁹ Vgl. BBl 2002 2022, 2037

⁸¹⁰ Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; Verfügung in Sachen Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (4.5.2018)

⁸¹¹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4)

der anhand der anderen im Kartellgesetz und der SVKG genannten Kriterien erfolgten konkreten Sanktionsberechnung geprüft, ob der Maximalbetrag nicht überschritten wird (Art. 7 SVKG); gegebenenfalls hat eine entsprechende Kürzung zu erfolgen.

960. Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird. Die Parteien erwirtschaften in der Schweiz auch bedeutende Umsätze ausserhalb des relevanten Marktes.

C.7.2.5.2 Parteieingaben sind keine Selbstanzeigen – keine weitere Sanktionsreduktion

(i) Einleitung

961. Wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung dieses Unternehmens ganz oder teilweise verzichtet werden. Diesen Grundsatz hält Art. 49a Abs. 2 KG fest, wobei in Art. 8 ff. SVKG die Modalitäten eines vollständigen und in Art. 12 ff. SVKG diejenigen eines teilweisen Sanktionserlasses aufgeführt sind. In der Folge ist zu prüfen, ob die als «Selbstanzeigen» bezeichneten Parteieingaben diese Voraussetzungen erfüllen. Zuerst seien daher die rechtlichen Vorgaben zusammengefasst (C.7.2.5.2(ii), Rz 962 ff.), bevor die Eingaben der Verfahrensparteien anhand der rechtlichen Vorgaben überprüft werden (C.7.2.5.2(iii), Rz 966 ff., Rz 974 ff.).

(ii) Rechtliche Vorgaben an Selbstanzeigen

962. Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG *erlässt* die WEKO einem Unternehmen die Sanktion *vollständig*, wenn es

- seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und
 - als Erstes entweder Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation) oder
 - Beweismittel vorlegt, welche es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation).
- Sowohl bei der Eröffnungs- als auch Feststellungskooperation setzt der Erlass der Sanktion voraus, dass die Wettbewerbsbehörde nicht ohnehin bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG).

963. Weiter wird gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG von einem Unternehmen kumulativ verlangt, dass

- seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene, unverzügliche und uneingeschränkte ist (Bst. c);
- es sämtliche Informationen und Beweismittel unaufgefordert vorlegt (Bst. b);
- es weder eine anstiftende oder führende Rolle am Wettbewerbsverstoss gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat (Bst. a), und
- es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt (Bst. d).

964. Sind nicht alle Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllt, ist dennoch eine Reduktion der Sanktion möglich. Eine solche setzt gemäss Art. 12 SVKG voraus, dass ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

965. Die gesetzlichen Vorgaben werden durch das Formular des Sekretariats der WEKO «Bonusregelung (Selbstanzeige)» vom 8. September 2014 (nachfolgend: Merkblatt Bonusregelung) konkretisiert. Gemäss Merkblatt Bonusregelung muss die Eingabe zum Erlass oder der Reduktion der Sanktion Klarheit über den Sachverhalt schaffen. Das bedeutet insbesondere:

- Das selbstanzeigende Unternehmen hat den verfolgten Zweck der angezeigten Verhaltensweise und die Umsetzung zu beschreiben und zu belegen.
- Keine Klarheit besteht, wenn das Unternehmen die Aussagen selbst wieder entkräftet, etwa indem es eine Verhaltensweisen bestreitet oder generell (mögliche) negative Auswirkungen auf den Wettbewerb verneint.⁸¹²

(iii) Beurteilung der Eingaben der Alluvia- und der Kästli-Gruppe

1. Alluvia-Gruppe

Kein Mehrwert zum vorläufigen Beweisergebnis

966. Die Alluvia-Gruppe reichte ihre Selbstanzeige am 4. Mai 2017 ein, nachdem das Sekretariat im Rahmen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung die Möglichkeit einer Selbstanzeige erläutert hatte. Sie äusserte sich in ihrer Eingabe vom 4. Mai 2017 zur Bekanntgabe von Prozentspannbreiten für die Erhöhung der Bruttopreise, dem gemeinsamen Mengenrabatt, dem Kies- und Betonbatzen, dem gemeinsamen Inkasso und der Vereinbarung der Messerli Kieswerk AG, der K.+U. Hofstetter AG und der Lehmann Transport AG⁸¹³. Die Selbstanzeige beschränkte sich darauf, diese Verhaltensweisen in kurzen Abschnitten zu beschreiben und den Sachverhalt wiederzugeben, den das Sekretariat bereits im vorläufigen Beweisergebnis festgehalten hatte. Die Eingabe ermöglichte es den Wettbewerbsbehörden nicht, gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG einen Wettbewerbsverstoss (gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG) festzustellen.

Keine Selbstanzeige bezüglich der Koordination von Listenpreisen und Liefergebieten

967. Das Sekretariat forderte die Alluvia-Gruppe am 9. Mai 2017 auf, die Selbstanzeige zu vervollständigen, insbesondere auch bezüglich der Koordination der Listenpreise und der Liefergebiete.⁸¹⁴ Die Alluvia-Gruppe stellte in ihrer Eingabe vom 2. Juni 2017 fest, dass sie keine Selbstanzeige bezüglich der Koordination der Listenpreise und der Liefergebiete eingereicht habe und auch nicht einreichen werde.⁸¹⁵ Diese Eingabe ermöglichte es den Wettbewerbsbehörden ebenso wenig – und wie es Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG von einem Selbstanzeiger verlangt – einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen.

⁸¹² Merkblatt und Formular Bonusregelung (Selbstanzeige), Rz 5, Abrufbar unter: <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/dienstleistungen/meldeformulare.html>

⁸¹³ Act. VIII.A.1

⁸¹⁴ Act. VIII.A.4.

⁸¹⁵ Act. VIII.A.11 und 12

Keine Kooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. b und c SVKG

968. Die Alluvia-Gruppe legte dem Sekretariat nicht spontan sämtliche in ihrem Einflussbereich liegenden Beweismittel vor. In ihrer Selbstanzeige vom 4. Mai 2017 verwies die Alluvia-Gruppe auf die Verfahrensakten und hielt fest, dass das Sekretariat bereits im Besitz der relevanten Akten sei. Sie spezifizierte nicht, welche Akten sie meinte und worin sie die Beweise erblickte. Mit der Ergänzung der Selbstanzeige vom 2. Juni 2017 reichte die Alluvia-Gruppe zwar Beweismittel ein, kommentierte und erklärte diese indessen nicht. Sie legte insbesondere die Relevanz der eingereichten Beweismittel für das Verfahren 22-0477 nicht dar. Insgesamt genügte sie ihren Pflichten gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. b SVKG nicht.

969. Die Alluvia-Gruppe kam den Aufforderungen des Sekretariats vom 9. Mai 2017 und 6. Juli 2017 zur Nachbesserung ihrer Eingaben nicht nach (vgl. Eingaben vom 2. Juni 2017 und 19. Juli 2017⁸¹⁶). Die Alluvia-Gruppe machte einzig Eingaben auf Aufforderung des Sekretariats. Das Sekretariat machte sie darauf aufmerksam, dass sie den Anforderungen der SVKG und dem Merkblatt Bonusregelungen nicht genügten. Die Alluvia-Gruppe nutzte die ihr vom Sekretariat angebotene Möglichkeit nicht, ihre Eingaben entsprechend den Vorgaben des Sekretariats zu verbessern. Insgesamt kooperierte sie nicht ununterbrochen, unverzüglich und uneingeschränkt mit den Wettbewerbsbehörden und genügte damit ihren Pflichten gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG nicht.

970. Keine ausreichenden inhaltlichen Angaben gemäss Art. 9 SVKG

971. Schliesslich genügten die Eingaben der Alluvia-Gruppe den inhaltlichen Anforderungen an eine Selbstanzeige gemäss Art. 9 SVKG aus den folgenden Gründen nicht:

- Die Alluvia-Gruppe machte allgemeine Verweise auf Eingaben, ohne zu spezifizieren, worauf sie sich bezog, aus welchem Grund und was sie damit zu zeigen gedachte.⁸¹⁷ Sie schuf folglich keine Klarheit über den Sachverhalt.
- Sie machte keine Angaben zu Ziel, Absicht und Zweck ihrer Verhaltensweisen.
- Ihren Eingaben enthielten Entkräftungen, Bestreitungen und Verneinungen.⁸¹⁸

Einreichung der Daten

972. Die Alluvia-Gruppe reichte dem Sekretariat auf Aufforderung Daten zu Kies- und Betonlieferungen für die Jahre 2007 bis 2013 ein. Die Antworten zu den Auskunftsbegehren des Sekretariats stellen keine Selbstanzeige dar, wie aufgeführt, wird die Kooperation aber sanktionsmindernd berücksichtigt (vgl. dazu C.7.2.5.1(iii)2, Rz 957 f.).

Fazit

973. Es liegt keine Feststellungskooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG vor, die es den Wettbewerbsbehörden ermöglicht hätte, einen Wettbewerbsverstoss (gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG) festzustellen. Die Eingabe der Alluvia-Gruppe ist folglich auch nicht als Selbstanzeige anzusehen, welche zu einer Reduktion der Sanktion im Sinne von Art. 12 SVKG berechtigen würde. Die Sanktionsreduktion hat die Alluvia-Gruppe durch ihr kooperatives Verhalten im Sinne von Art. 6 SVKG im Zusammenhang mit der Datenlieferung und durch die vorzeitige Einstellung der Wettbewerbsverstösse erwirkt.

⁸¹⁶ Act. VIII.A.11 und 12, VIII.A.17

⁸¹⁷ Die Alluvia-Gruppe verwies „grundsätzlich“ auf ihr Schreiben vom 18. Januar 2017, das Handout vom 10. April 2017, das Schreiben vom 20. April 2017 und die E-Mail vom 25. April 2017 (17:57), vgl. Act. VIII.A.1

⁸¹⁸ Act. VIII.A.5.a-b; Act. VIII.A.1

2. Kästli-Gruppe

Kein Mehrwert zum vorläufigen Beweisergebnis

974. Die Kästli-Gruppe reichte die Selbstanzeige am 12. Mai 2017 ein, nachdem das Sekretariat im Rahmen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung die Möglichkeit einer Selbstanzeige erläutert hatte. Die Kästli-Gruppe brachte mit Eingabe vom 12. Mai 2017 vier konkrete Sachverhalte zur Anzeige, namentlich die Treffen mit dem BVRB, den gemeinsamen Mengenrabatt, den Kies- und Betonbatzen sowie das gemeinsame Inkasso. Die Selbstanzeige beschränkte sich darauf, diese Verhaltensweisen in kurzen Abschnitten zu beschreiben und den Sachverhalt wiederzugeben, den das Sekretariat bereits im vorläufigen Beweisergebnis festgehalten hatte. Die Eingabe ermöglichte es den Wettbewerbsbehörden nicht, gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG einen Wettbewerbsverstoss (gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG) festzustellen.

Keine Selbstanzeige bezüglich der Koordination von Listenpreisen und Liefergebieten

975. Das Sekretariat forderte die Kästli-Gruppe am 17. Mai 2017 auf, die Selbstanzeige zu vervollständigen, insbesondere auch bezüglich der Koordination der Listenpreise und der Liefergebiete.⁸¹⁹ Die Kästli-Gruppe stellte in ihrer Eingabe vom 6. Juni 2017 fest, dass sie bezüglich der Koordination der Listenpreise und der Liefergebiete keine Informationen und Beweismittel beibringen könne, da sie diese Verhaltensweisen nicht zur Anzeige gebracht habe. Diese Eingabe ermöglichte es den Wettbewerbsbehörden ebenso wenig – und wie es Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG von einem Selbstanzeiger verlangt – einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen.

Keine Kooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. b und c SVKG

976. Die Kästli-Gruppe legte dem Sekretariat nicht spontan sämtliche in ihrem Einflussbereich liegenden Beweismittel vor. In ihrer Selbstanzeige vom 12. Mai 2017 verwies die Kästli-Gruppe ohne Angabe von Fundstellen in genereller Weise auf die Beweismittel in den Verfahrensakten hin. Sie spezifizierte nicht, welche Akten sie meinte und worin sie die Beweise erblickte. Mit der Ergänzung der Selbstanzeige vom 6. Juni 2017 listete sie eine Reihe von Verfahrensakten auf, ohne diese zu kommentieren oder zu erklären. Zwar reichte die Kästli-Gruppe zusätzlich drei Dokumente ein, legte deren Relevanz für das Verfahren 22-0477 indessen nicht dar. Insgesamt genügte sie ihren Pflichten gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. b SVKG nicht.

977. Die Kästli-Gruppe kam den Aufforderungen des Sekretariats zur Nachbesserung der Selbstanzeige vom 17. Mai 2017 und vom 4. August 2017 nicht nach (vgl. Eingaben vom 6. Juni 2017 und vom 16. August 2017, Rz 29 ff.). Die Kästli-Gruppe handelte nicht aus Eigenantrieb, sondern reagiert auf die Aufforderungen des Sekretariats. Obwohl das Sekretariat sie darauf aufmerksam machte, dass ihre Eingaben den Anforderungen der SVKG und dem Merkblatt Bonusregelungen nicht genügten, nutzte die Kästli-Gruppe die Möglichkeit nicht, ihre Eingaben den Vorgaben des Sekretariats entsprechend zu verbessern. Insgesamt kooperierte sie nicht ununterbrochen, unverzüglich und uneingeschränkt mit den Wettbewerbsbehörden und genügte damit ihren Pflichten gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG nicht.

Keine ausreichenden inhaltlichen Angaben gemäss Art. 9 SVKG

978. Schliesslich genügten die Eingaben der Kästli-Gruppe den inhaltlichen Anforderungen an eine Selbstanzeige gemäss Art. 9 SVKG nicht, da sie sich trotz Aufforderung weigerte, Angaben zu Ziel, Absicht und Zweck der gemeldeten Verhaltensweisen zu machen.

⁸¹⁹ Act. VIII.B.3 und 4

Einreichung der Daten

979. Die Kästli-Gruppe reichte die vom Sekretariat auf Aufforderung Daten zu den Kies- und Betonlieferungen ab dem Werk Rubigen für die Jahre 2007 bis 2013 ein. Zudem beantwortete die Kästli-Gruppe einen Fragebogen zu den Daten und kam weiteren Auskunftsbegehren des Sekretariats nach. Die Antworten zu den Auskunftsbegehren des Sekretariats stellen keine Selbstanzeige dar, wie aufgeführt wird die Kooperation aber sanktionsmindernd berücksichtigt.

Fazit

980. Die Kästli-Gruppe kooperierte nicht im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG (Feststellungskooperation), was es den Wettbewerbsbehörden ermöglicht hätte, einen Wettbewerbsverstoss (gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG) festzustellen. Die Eingabe der Kästli-Gruppe sind folglich auch nicht als Selbstanzeigen zu qualifizieren, welche zu einer Reduktion der Sanktion im Sinne von Art. 12 SVKG berechtigen würde. Das kooperative Verhalten im Zusammenhang mit der Datenlieferung und der vorzeitigen Einstellung der Wettbewerbsverstösse wurde hingegen dennoch, wie ausgeführt, angemessen sanktionsmindernd (Art. 6 SVKG) berücksichtigt. Der Kooperationsabzug erfasst also eine andere Kooperationsform als diejenige der Selbstanzeige (vgl. dazu C.7.2.5.1(iii)2, Rz 957 f.).

(iv) Fazit

981. Die Eingaben der Alluvia- und der Kästli-Gruppe sind keine Selbstanzeigen im Sinne von Art. 49 Abs. 3 KG und Art. 8 ff. SVKG. Der Kooperation der beiden Unternehmen wird jedoch als Milderungsgrund im Sinne von Art. 6 SVKG gebührend Rechnung getragen (vgl. dazu C.7.2.5.1(iii)2, Rz 957 f.).

982. Da die Eingaben der Alluvia- und der Kästli-Gruppe nicht als Selbstanzeigen zu qualifizieren sind, können die diesbezüglichen Verfahrensakten auch in das ordentliche Verfahrensdossier überführt werden.

C.7.2.5.3 Verhältnismässigkeitsprüfung

983. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein. Die Höhe der Busse ist dahingehend zu begrenzen, dass die Sanktion weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens bedroht. Der Sanktionsbetrag muss zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen. Gleichzeitig ist im Interesse der Präventivwirkung und Durchsetzbarkeit des Kartellgesetzes im Minimum die infolge des Verstosses unzulässigerweise erzielte Kartellrente abzuschöpfen.⁸²⁰

984. Die vorliegend festgesetzten Sanktionsbeträge sind für die Alluvia- und die Kästli-Gruppe tragbar. Sie stehen mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einklang.

⁸²⁰ Vgl. ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*. Siehe des Weiteren auch RPW 2010/4, 765 Rz 432, *Baubeschläge*; RPW 2013/2, 142 Rz 332, *Abrede im Speditionsbereich*

C.7.2.6 Ergebnis

985. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoß der Parteien gegen Art. 49 Abs. 1 KG angemessen:

	Alluvia	Kästli
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag (7 %)	[...]	[...]
Dauerzuschlag (93,5 %)	[...]	[...]
Summe	[...]	[...]
Reduktion gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG (10 %)	[...]	[...]
Reduktion für gute Kooperation (10 %)	[...]	[...]
Kappung gemäss Art. 7 SVKG	Nein	[...]
Sanktion (in CHF)	[15-17] Mio	[4-6] Mio

C.7.3 Beschlagnahme Dokumente und gespiegelte elektronische Daten]

986. Anlässlich der Hausdurchsuchungen wurden bei den durchsuchten Gesellschaften diverse Papierdokumente beschlagnahmt sowie elektronische Daten kopiert und gespiegelt. Die für die Untersuchung relevanten Papierdokumente wurden in Kopie, die elektronischen Daten in Form von elektronischen Berichten resp. Papiausdrucken in die amtlichen Akten übernommen. Mit Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung gegenüber allen Parteien kann ausgeschlossen werden, dass noch auf die Original-Papierdokumente bzw. die kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten zurückgegriffen werden muss. Dementsprechend sind nach Eintritt der Rechtskraft gegenüber allen Parteien die Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Partei zurückzugeben resp. die gespiegelten oder kopierten elektronischen Daten zu löschen.

D Kosten

987. Die Gebührenpflicht, die Höhe der Verfahrenskosten und die Verlegung der Kosten richtet sich nach der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (GebV-KG).⁸²¹

988. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen.⁸²² Im vorliegenden Verfahren wurden der Alluvia- und der Kästli-Gruppe unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen nachgewiesen, weshalb sie gebührenpflichtig sind.

⁸²¹ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2)

⁸²² 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

989. Die Höhe der Verfahrenskosten bestimmt sich nach Art. 4 f. GebV-KG. Gemäss Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt 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).

990. Schliesslich sind die Kosten nach den folgenden Grundsätzen zu verlegen: Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung eines Kartells Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle am Kartell 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.⁸²³ Da die Verteilung der Verfahrenskosten nicht davon abhängen soll, ob eine Gesellschaft, die sich an einem Kartell beteiligt hat, in eine Konzernstruktur eingebunden ist oder nicht, ist in vorliegender Untersuchung bei der Pro-Kopf-Verlegung das Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG als «ein Kopf» zu zählen, unabhängig davon, aus wie vielen juristischen Personen dieses Unternehmen besteht. Auch vorliegend werden die Gebühren den Parteien zu gleichen Teilen auferlegt.

991. Die vorliegende Untersuchung wurde mit Zwischenverfügung vom 21. November 2016 von der Untersuchung 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern getrennt. Dem vorliegenden Verfahren 22-0477: KTB-Werke werden die bis zur Verfahrenstrennung angefallenen Kosten der Untersuchung 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern anteilmässig zugerechnet. Insbesondere führte die Behörde vor der Verfahrenstrennung in Bezug auf die vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsverstösse diverse Einvernahmen durch und nahm die Geschäftsgeheimnisbereinigung der selektierten Beweismittel vor.

992. Von den 29 Personen, welche das Sekretariat bis zur Verfahrenstrennung im Rahmen des Verfahrens 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern einvernommen hat, wurden insgesamt 13 Personen zu den vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsverstössen befragt. Die Kosten aus diesen 13 Einvernahmen werden wie folgt verlegt:

- Sieben Einvernahmen betrafen ausschliesslich oder fast ausschliesslich das Verfahren 22-0477: KTB-Werke. Es rechtfertigt sich daher, die Kosten dieser Einvernahmen vollumfänglich dem vorliegenden Verfahren zuzurechnen. Die Kosten für die Einvernahmen von [K._____] (17. Februar 2015), [C._____] (16. März 2015), [E._____] (18. März 2015), [M._____] (15. September 2015), [A._____] (28. April 2016), [D._____] (6. Oktober 2016) und [N._____] (19. Oktober 2016) belaufen sich gesamthaft auf 15 885 Franken.
- Bei den restlichen sechs Einvernahmen kamen sowohl Themen zur Untersuchung 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern als auch zur vorliegenden Untersuchung 22-0477: KTB-Werke zur Sprache. Die Kosten dieser Einvernahmen werden mit 50 % berücksichtigt. Dies ergibt für die Einvernahmen von [L._____] (5. Februar 2015), [B._____] (9. Februar 2015), [P._____] (23. Februar 2015), [J._____] (26. März 2015), [R._____] (26. April 2016) und [A._____] (8. Juni 2016) einen Betrag von 6 835 Franken.

993. Die Geschäftsgeheimnisbereinigung der anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmten Papier- und elektronischen Dokumente dauerte von Ende April 2016 bis August 2017. Die Gebühren, die im Zusammenhang mit der Geschäftsgeheimnisbereinigung angefallen sind, sind auf der Grundlage der aufgewendeten Stunden zu berechnen. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von Fr. 130.– bis Fr. 200.–. Die aufgewendete Zeit für die Geschäftsgeheimnisbereinigung

⁸²³ RPW 2009/3, 221 Rz 174, Elektroinstallationsbetriebe Bern

beträgt vorliegend insgesamt 196 Stunden. Aufgeschlüsselt werden folgende Stundenansätze verrechnet:

- 102 Stunden zu Fr. 130.–, ergebend Fr. 13 260.–
- 94 Stunden zu Fr. 200.–, ergebend Fr. 18 800.–

994. Die Gesamtkosten für die Geschäftsbereinigung belaufen sich auf 32 060 Franken. Es wurden 150 Aktenstücke aus dem Verfahren 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern in das Aktenverzeichnis 22-0477: KTB-Werke übertragen. Dies entspricht rund 7 %. Die anteilmässig zugerechneten Kosten aus dem Verfahren 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern für die Geschäftsgeheimnisbereinigung der anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmten Papier- und elektronischen Dokumente belaufen sich somit auf 2 244 Franken.

995. Zusätzlich entfallen auf das vorliegende Verfahren Gebühren, die auf der Grundlage der nach der Verfahrenstrennung aufgewendeten Stunden zu berechnen sind. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von Fr. 130.– bis Fr. 290.–. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 2332.52 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- 275.02 Stunden zu Fr. 130.–, ergebend Fr. 35 753.90.–
- 1894.7 Stunden zu Fr. 200.–, ergebend Fr. 378 940.–
- 162.8 Stunden zu Fr. 290.–, ergebend Fr. 47 212.–

996. Die Verfahrenskosten nach der Verfahrenstrennung belaufen sich demnach auf 263 540 Franken. Insgesamt betragen die Verfahrenskosten 461 905,80 Franken. Die der Alluvia- und der Kästli-Gruppe zu gleichen Teilen auferlegten Gebühren betragen je Unternehmen demnach 230 952,90 Franken.

E Untersuchungsergebnis

997. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

998. Die zwischen der Alluvia-Gruppe und der Kästli-Gruppe getroffene Vereinbarung über über die Listenpreise, den gemeinsamen Mengrenrabbatt, die Liefergebiete, den Kies- und Betonbatzend sowie die gemeinsame Inkassostelle und damit einhergehenden gemeinsamen Zahlungskonditionen (Zahlungsfrist, gemeinsame Verzugszinsen in der Höhe von 8 %), das gemeinsame Erstellen von Sperrlisten, das gemeinsame Tragen von Debitorenverlusten und der Austausch von Rechnungsangaben (Datum der Rechnungsstellung, Nummer des Lieferscheins, Artikelbezeichnung, gelieferte Menge, Preis je Einheit, Rabatt und Rechnungsbetrag) im Zeitraum zwischen 1976 bis 2013 stellt eine *Wettbewerbsabrede* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG über Preise (vgl. Rz 844 f.) und die Aufteilung von Märkten nach Gebieten dar (vgl. Rz 851). Die gesetzlich statuierte *Vermutung der Beseitigung* wirksamen Wettbewerbs, welche bei Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG greift, kann vorliegend durch Innenwettbewerb widerlegt werden (vgl. Rz 865 ff.). Allerdings liegt kein Bagatellfall vor. Die Gesamtabrede ist daher als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. Rz 873 ff.) zu werten. Gründe der *wirtschaftlichen Effizienz* nach Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich und wurden nicht vorgebracht (vgl. Rz 877 ff.). Die vorliegende Gesamtabrede ist eine *unzulässige Wettbewerbsabrede* gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG (vgl. Rz 876).

999. Durch den Abschluss der Preisabreden über den gemeinsamen Mengenrabbatt und die Gewährung des Kies- und Betonbatzens missbrauchten die Verfahrensparteien (vgl. Rz 906)

ihre gemeinsame marktbeherrschende Stellung (vgl. Rz 907) und verstiesen gegen Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG.

1000. Die Verfahrensparteien werden unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) dazu verpflichtet, Verhaltensweisen zu unterlassen, welche zu einer Gesamtabrede im hier genannten Sinne und dem Missbrauch ihrer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung führen.

1001. Die Verfahrensparteien waren an der unzulässigen Wettbewerbsabrede und dem Missbrauch der gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung beteiligt. Sie sind dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Rz 924 ff.). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren ist eine Belastung mit folgenden Beträgen angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 937 ff.):

- Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern für die Alluvia-Gruppe [15-17] Mio Franken;
- Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG für die Kästli-Gruppe [4-6] Mio Franken.

1002. Die Verfahrenskosten belaufen sich auf 461 905,80 Franken. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind sie wie folgt zu verlegen (vgl. Rz 987 ff.):

- Die Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern tragen 230 952,90 Franken.
- Die Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG tragen 230 952,90 Franken.

F Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Der Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern sowie der Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG wird untersagt
 - 1.1. mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Preise und Preisbestandteile im Zusammenhang mit der Lieferung von Kies- und Betonprodukten festzulegen oder sich darüber mit Konkurrenten und Konkurrentinnen auszutauschen. Insbesondere wird den Parteien verboten,
 - 1.1.1. gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Bandbreiten für Listenpreise festzulegen;
 - 1.1.2. gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen die Höhe und Abstufungen von Mengenrabatten festzulegen;
 - 1.1.3. Kunden und Kundinnen gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Mengenrabatte unter Berücksichtigung der Gesamtbezugsmengen zu gewähren;
 - 1.1.4. mit Konkurrenten und Konkurrentinnen die Liefergebiete für Kies- und Betonprodukte festzulegen oder auf sonstige Weise abzustimmen;
 - 1.2. mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Abnehmer und Abnehmerinnen von Kies- und Betonprodukten zu- und aufzuteilen;
 - 1.3. Sponsoring-Zahlungen oder andere Unterstützungsbeiträge an Branchenverbände davon abhängig zu machen, dass die Mitglieder der Branchenverbände Kies- und Betonprodukte ausschliesslich bei ihnen und/oder von ihnen bestimmten Konkurrenten und Konkurrentinnen beziehen;
 - 1.4. betreffend Forderungen aus Kies- und Betonlieferungen gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen die Debitorenverluste zu tragen und oder ein gemeinsames Inkasso zu betreiben, soweit
 - 1.4.1. die Nummer des Lieferscheins, die Artikelbezeichnung, die gelieferte Menge, der Preise je Einheit, der erteilte Rabatt und der Rechnungsbetrag im Rahmen ihrer Rechnungstellung ausgetauscht werden,
 - 1.4.2. sie gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Zahlungs- und Verzugszinskonditionen festlegen;
 - 1.5. gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Liefersperrern gegenüber Abnehmern und Abnehmerinnen von Kies- und Betonprodukten zu verhängen.
2. Der Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern sowie der Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG verfügen über eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung.
3. Der Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern sowie der Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG wird untersagt, ihre gemeinsame marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen, indem sie gemeinsame Mengenrabatte und gemeinsame Vergünstigungen (Kies- und Betonbatzen) festlegten, um Konkurrenten am Eintritt in den Kies- und Betonmarkt zu hindern.

4. Wegen Beteiligung an gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabreden und dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG mit folgenden Beträgen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet werden:
 - 4.1. Die Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern mit einem Betrag von [15-17] Mio Franken.
 - 4.2. Die Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG mit einem Betrag von [4-6] Mio Franken.
5. Die Beweisanträge der Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
6. Auf den Antrag der Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG auf Erlass einer Feststellungsverfügung zu Ziffer 10 der Rahmenbedingungen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung wird nicht eingetreten.
7. Die Verfahrenskosten betragen 461 905,80 Franken und werden den Parteien zu gleichen Teilen folgendermassen auferlegt:
 - 7.1. Die Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern tragen 230 952,90 Franken.
 - 7.2. Die Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG tragen 230 952,90 Franken.
8. Nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen werden die beschlagnahmten Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Person zurückgegeben und werden die beim Sekretariat vorhandenen, kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten gelöscht.
9. Die Verfügung ist zu eröffnen:
 - **Alluvia Holding AG**, Ostermundigenstrasse 34a, 3006 Bern, **K.+U. Hofstetter AG**, Ostermundigenstrasse 34a, 3006 Bern, **Messerli Kieswerk AG**, Ostermundigenstrasse 34a, 3006 Bern und Lehmann Transport AG, Ostermundigenstrasse 34a, 3006 Bern sowie weitere konzernmässig verbundene Gesellschaften
vertreten durch RA Prof. Dr. Philipp E. Zurkinden und RA Bernhard Lauterburg, LL.M., Prager Dreifuss AG, Schweizerhof-Passage 7, 3001 Bern;
 - **Kästli Bau AG**, Grubenstrasse 12, 3072 Ostermundigen, und **Kästli Beteiligungen AG**, Grubenstrasse 12, 3072 Ostermundigen, sowie weitere konzernmässig verbundene Gesellschaften
vertreten durch RA Dr. Michael Meer, Sirius Legal GmbH, Monbijoustrasse 23, Postfach, 3001 Bern.

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.