

# **BVGer B-1369/2022 vom 28. Januar 2026**

Bundesverwaltungsgericht, 2026-01-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-1369\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1369_2022)

FR: TAF B-1369/2022 du 28 janvier 2026

IT: TAF B-1369/2022 del 28 gennaio 2026

## **Regeste**

Unzulässige Wettbewerbsabreden

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Prozessvoraussetzungen Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Sanktionsverfügungen der Vorinstanz in Kartellsachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. f des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Die Beschwerdeführerin hat als Partei am vor-instanzlichen Untersuchungsverfahren teilgenommen. Sie ist durch die angefochtene Sanktionsverfügung besonders berührt und hat als Verfügungsadressatin ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 11, "Preispolitik ADSL"). Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde, die sich gegen "die" Verfügung der Wettbewerbskommission richtet, obwohl sie mehrere Parteien betrifft, ist insoweit einzutreten, als die Beschwerdeführerin betroffen ist (Dispositiv-Ziff. 2, 6.10 und 9.12). Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und die Unangemessenheit (Art. 49 Bst. a-c VwVG).

### **E. 2**

Verfahrensrechtliche Rügen

#### **E. 2.1**

Rüge der Verletzung von Art. 30 Abs.2 KG

##### **E. 2.1.1**

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, sie sei im Untersuchungsverfahren nicht angehört worden. Befragt worden seien nur bestimmte Aktionäre. Damit macht sie eine Verletzung von Art. 30 Abs. 2 KG geltend. Die Vorinstanz hält dagegen, die Beschwerdeführerin habe im vorinstanzlichen Verfahren darauf verzichtet, ihren Standpunkt einzubringen, insbesondere die Gelegenheit nicht wahrgenommen, zum Antrag des Sekretariats der Wettbewerbskommission Stellung zu nehmen und vor der Vorinstanz angehört zu werden (Vernehmlassung, Rz. 3).

##### **E. 2.1.2**

Die Rüge der Beschwerdeführerin läuft ins Leere, weil ihr die Vorinstanz Gelegenheit gegeben hatte, eine Anhörung zu verlangen (Act. VII.18), sie aber darauf verzichtete, indem sie auf das Schreiben der Vorinstanz nicht reagierte (Verfügung, Rz. 47 und 58). Ohnehin ist die Vorinstanz aber aufgrund der ausdrücklichen Kann-Vorschrift von Art. 30 Abs. 2 Satz 2 (1. Hälfte) KG nicht verpflichtet, in jedem Fall eine Anhörung durchzuführen, sondern wird eine solche nur dann beschliessen, wenn sie zusätzlichen Untersuchungsbedarf sieht (Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018 E.6.4.3, "Strassen- und Tiefbau im Kt. Aargau/Granella" und B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 6.2.2, "Swisscom").

## **E. 2.2**

Rüge der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes

### **E. 2.2.1**

Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unvollständig bzw. unrichtig festgestellt. Ansonsten hätte sie aufgrund der vorliegenden Beweismittel feststellen müssen, dass der Aktionärbindungsvertrag ab 1995 mit dem Eintritt von Aktionären, die den Vertrag nicht unterzeichneten, nicht mehr gültig war (Beschwerde Rz. 2.5). Die von ihr vorgebrachte Rüge betrifft die Frage, ob die Vorinstanz den Sachverhalt rechtsgenügend abgeklärt hat, also ob im vorinstanzlichen Verfahren die Untersuchungsmaxime gewahrt worden ist.

### **E. 2.2.2**

Ein Verstoß gegen das Kartellgesetz ist gemäss der auch im Kartellverfahren anwendbaren Untersuchungsmaxime grundsätzlich durch die Behörden zu untersuchen (Art. 39 f. KG i.V.m. Art. 12 VwVG; Urteil des BVGer B-463/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 5). Der Untersuchungspflicht der Vorinstanz stehen gesetzliche und aus Treu und Glauben abgeleitete Mitwirkungspflichten der Parteien gegenüber (Art. 13 Abs. 1 VwVG und Art. 5 Abs. 3 BV; vgl. BGE 143 II 425 E. 5.1 S. 438; 132 II 113 E. 3.2 S. 115; Urteil 2C\_168/2019 vom 15. April 2019 E. 2.5). Aufgrund der Mitwirkungspflicht nach Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG ist die beschwerdeführende Partei verpflichtet, die Tatsachen zu benennen, die sie besser kennt als die Behörden und die diese ohne Mitwirkung der Betroffenen gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben können (Urteil des BVGer B-3340/2020 vom 20. März 2024 E. 4.6.3; vgl. BGE 143 II 425 E. 5.1; 138 II 465 E. 8.6.4; BGE 137 II 313 E. 3.5.2, je mit zahlreichen Hinweisen).

### **E. 2.2.3**

Weil die Beschwerdeführerin vorliegend nur pauschal behauptet und nicht näher beschreibt, inwiefern die Vorinstanz den rechtserheblichen Sachverhalt fehlerhaft ermittelte, kann nicht festgestellt werden, ob die Auffassung der Beschwerdeführerin zutreffend ist. Insofern ist nicht weiter darauf einzugehen.

## **E. 3**

Geltungsbereich

### **E. 3.1**

Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als

Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG).

### **E. 3.1.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei eine andere Gesellschaft als die Stucki Spezialbau AG, die im Aktienbuch der BERAG eingetragen ist, und die H. Stucki AG, die den Gründervertrag von 1976 mitunterzeichnete (Beschwerde Rz. 2.3). Die Vorinstanz entgegnet gestützt auf eine Konzernbetrachtung, die Beschwerdeführerin und die Stucki Spezialbau AG seien wirtschaftliche Nachfolgerinnen der damaligen H. Stucki AG und konzernmässig miteinander verbunden. Sie hätten das gleiche Geschäftsdomizil, die gleiche Besetzung des Verwaltungsrats und träten als «Bauunternehmen Stucki» nach aussen als Einheit auf (Vernehmlassung, Rz. 9).

### **E. 3.1.2**

Vorliegend stellt sich die Frage des Unternehmensbegriffs im Kontext eines Konzernsachverhalts. Ein Konzern besteht, wenn mehrere rechtlich selbständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung als wirtschaftliche Einheit zu einem Gesamtunternehmen zusammengefasst sind (Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 3, "Publigroupe" [in BGE 139 I 72 nicht publiziert]; Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 4.1.3, "Nikon"; statt vieler: Marc Amstutz/Ramin Silvan Gohari, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar Kartellgesetz [BSK-KG], 2. Aufl. Basel 2021, Art. 2 KG Rz. 112; Linda Kubli, Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern, 2014, S. 136 ff.). Bei Konzernverhältnissen stellt eine einzelne Gruppengesellschaft angesichts des Beherrschungsverhältnisses durch die Konzernobergesellschaft mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit kein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne dar. Allerdings wird auch die Konzernobergesellschaft, von der die übergeordnete Gruppenführung ausgeht, nicht als massgebliches kartellrechtliches Unternehmenssubjekt qualifiziert. Vielmehr bildet nach nahezu übereinstimmender Ansicht in Praxis und Literatur die Gesamtheit aller zusammengefassten Gesellschaften und damit der Konzern als Ganzes das massgebliche Unternehmen im Sinne des Kartellrechts (vgl. Urteile des BGer 2C\_596/2019 E. 7 und 2C\_484/2010 E. 3, "Publigroupe" [in BGE 139 I 72 nicht publiziert]; Urteile des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 Rz. 48, "SIX Group"; B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 4.1 ff., "Publigroupe"; B-581/2012 E. 4.1.3, "Nikon"; statt vieler: Heizmann Reto/Mayer Michael, in: Zäch/Arnet et al. [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich/St. Gallen 2018 [nachstehend: DIKE-KG], Art. 2 Rz. 31).

### **E. 3.1.3**

Für die Einordnung einer bestimmten Gesellschaft in einen Konzern muss die Konzernobergesellschaft die Möglichkeit der Beherrschung einer anderen Gesellschaft haben. Deren tatsächliche Ausübung ist für die Annahme eines Beherrschungsverhältnisses nicht notwendig (Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 44 und 53, "SIX Group"; David Lucas/Jacobs Reto, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Rz. 577; Lang Christoph/Jenny Reto M., Keine Wettbewerbsabreden im Konzern, Zum Konzernprivileg im schweizerischen Kartellrecht, sic! 2007, 299, 307 f.; Straub Ralf Michael, Der Konzern als Kartellrechtssubjekt, in: Grolimund/Koller/Loacker/Portmann [Hrsg.], Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, 1269 ff., 1278; a.A., Heizmann Reto/Mayer

Michael, [DIKE-KG], Art. 2 Rz. 32; Rolf H. Weber/Stephanie Volz, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., 2023, Rz. 1.39). Das Bundesverwaltungsgericht hat sich mehrfach zur Beurteilung eines Beherrschungsverhältnisses geäußert. Im Entscheid "SIX Group" wurde ausgeführt, neben der als massgebend erachteten Vorlage einer Konzernrechnung, schliessen konkrete Umstände wie der vollständige Besitz der Anteile an den Gruppengesellschaften durch die Konzernobergesellschaft, eine statutarische Verankerung der Verpflichtung zur Verfolgung des Konzerninteresses im Gesellschaftszweck der Gruppengesellschaften, die Einsitznahme von Organ- oder Geschäftsleitungsmitgliedern der Konzernobergesellschaft in den Organen oder Geschäftsleitungen der Gruppengesellschaften sowie die Herstellung eines einheitlichen gruppenweiten Geschäftsauftritts im Hinblick auf Firmierung und Aussendarstellung auf eine tatsächliche Einflussnahme der Konzernobergesellschaft auf die Gruppengesellschaften (Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 47 und 54, "SIX Group"). Im Entscheid "BMW" wurde mit Verweis auf die Stora-Vermutung aus dem europäischen Recht die Ausübung eines tatsächlichen Einflusses der Konzernmutter auf ihre Tochterunternehmen aufgrund einer hundertprozentigen Beteiligung der Konzernmutter an ihren Tochtergesellschaften angenommen (Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13. November 2015 E. 2.1.2, "BMW"). Auf eine hundertprozentige Beteiligung wurde neben personellen Verflechtungen zwischen den Verwaltungsräten und Geschäftsleitungen für die Annahme einer wirtschaftlichen Abhängigkeit auch im Entscheid Publigroupe abgestellt (Urteil des BVGer B-2977/2007, 27. April 2010 E. 4.4, "Publigroupe"; Urteil des BGer 2C\_484/2010 E. 3, "Publigroupe" [in BGE 139 I 72 nicht publiziert]).

#### **E. 3.1.4**

Im vorliegenden Fall liegt ein übereinstimmendes Beherrschungsverhältnis der Beschwerdeführerin und Stucki Spezialbau AG aufgrund ihrer persönlichen Verflechtungen und koordinierten Verhaltensweisen klar zutage, doch gehen die Übereinstimmungen zwischen diesen Gesellschaften noch bedeutend weiter. Bei der "H. Stucki AG", die 1976 den Gründungsvertrag der BERAG mitunterzeichnete, handelt es sich um die heutige Stucki Spezialbau AG. Ihr damals einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer N. \_\_\_\_\_ hat den Vertrag, wie ihr Handelsregisterauszug und die Zeichnungsmuster zeigen, unter der Kurzform ihrer damaligen Firma unterschrieben. Die vollständige Firma lautete: "H. Stucki AG, Bauunternehmung für Strassen- und Tiefbau" und wurde 1986 erst in "Stucki AG Bern" und 2014 dann in "Stucki Spezialbau AG" geändert. Derselbe N. \_\_\_\_\_ war 1986 als Verwaltungsratsmitglied mit Einzelunterschrift an der Gründung der Beschwerdeführerin beteiligt (vgl. Handelsregisterauszug der Beschwerdeführerin auf [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch), besucht am 15. Mai 2023), deren übrigen Verwaltungsratsmitglieder ebenfalls vollzählig aus dem Verwaltungsrat der Stucki Spezialbau AG stammten. Auch heute bestehen die Verwaltungsräte der Beschwerdeführerin und der Stucki Spezialbau AG - worauf die Vorinstanz in der Vernehmlassung richtig hinweist - aus denselben drei Personen, wobei ein Mitglied des Verwaltungsrats jeweils zugleich die Geschäftsführung ausübt. Die Gesellschaften treten als ein Unternehmen nach aussen auf, indem sie an der gleichen Adresse domiziliert sind, eine gemeinsame Webseite [www.stuckibau.ch](http://www.stuckibau.ch) betreiben, dieselbe E-Mail-Adresse verwenden, ein Logo mit der Bezeichnung Stucki, angebracht u.a. auf Webseite, Fahrzeugen und Absperrlatten, verwenden und die Beschwerdeführerin das Briefpapier der Stucki Spezialbau AG mitbenützt. Dass eine Gesellschaft andere Aufgaben als die andere wahrnimmt, lässt ihr Auftritt dagegen nicht erkennen. Auch im Handelsregister haben sie

koordinierte Massnahmen getroffen: Mit Generalversammlungsbeschlüssen vom 21. März 2014 - fünf Tage vor Beschluss des neuen Treuebonussystems durch die BERAG am 26. März 2014 (act. II.71) - vertauschten die Stucki Spezialbau AG und die Beschwerdeführerin ihre ähnlich klingenden Firmen miteinander und glich die Stucki Spezialbau AG ihre statutarische Zweckbestimmung überdies im Wortlaut dem Zweck ihrer Schwestergesellschaft an. Durch diese Vorkehren wurde begünstigt und vor diesem Hintergrund ist rechtlich zu würdigen, dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerin in der angefochtenen Verfügung offenbar versehentlich als Aktionärin der BERAG bezeichnet und anstelle der Stucki Spezialbau AG ins Recht gefasst hat.

### **E. 3.1.5**

Indem die Beschwerdeführerin und die Stucki Spezialbau AG minuziös einen gemeinsamen Marktauftritt pflegen, lassen sie sich rechtlich kaum unterscheiden und bilden bis heute gemeinsam ein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinn (Art. 2 Abs. 1bis KG). Das KG ist materiell auf ihr gemeinsames Verhalten anzuwenden.

### **E. 3.1.6**

Da ein Konzern nicht Träger von Rechten und Pflichten sein kann, stellt er im Hinblick auf eine Teilnahme am Verfahren als Partei und den Erlass von kartellrechtlichen Verfügungen kein taugliches Rechtssubjekt dar (Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 121 "Six Group"). Sanktionen können daher nur an die einzelnen rechtlich selbständigen Gruppengesellschaften als formelle Verfügungsadressatinnen gerichtet werden (vgl. Urteil des BGer 2C\_596/2019 E. 7; Urteile des BVGer B-581/2012 E. 4.1.4 und E. 8.2.6 "Nikon"; B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.1 "Strassen- und Tiefbau Kt. Aargau"). Kartellrechtliche Verfügungen sind dabei nach den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen über nicht-rechtsfähige Rechtsgemeinschaften an alle Gruppengesellschaften zu richten, die in ihrer Gesamtheit den Konzern bilden (Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 69, "Preispolitik ADSL"). Werden einzelne Gruppengesellschaften als Verfügungs- respektive Sanktionsadressaten bestimmt, hat die Auswahl sachlich angemessen bzw. sachgerecht zu erfolgen (Urteile des BVGer B-807/2012 E. 11.4.3 "Strassen- und Tiefbau Kt. Aargau"; B-7633/2009 Rz. 76 "Swisscom ADSL"; B-831/2011 Rz. 122, 152 "SIX Group"; B-5130/2019 vom 9. August 2021 E. 6.2.5 "Bauleistungen Graubünden"). Einzelne Gruppengesellschaften sind aus Gründen der Prozessökonomie als Repräsentanten des Konzerns heranzuziehen, wie etwa die Konzernobergesellschaft und die fehlbare Gruppengesellschaft oder nur eine Konzerngesellschaft, beispielsweise wenn die handelnde Konzerngesellschaft in der Schweiz domiziliert ist, die Obergesellschaft und alle weiteren beteiligten Konzerngesellschaften aber einen Sitz im Ausland aufweisen. Im Hinblick auf die Auswahl der massgeblichen Konzerngesellschaft haben die Wettbewerbsbehörden den Ermessensspielraum jedoch pflichtgemäss auszuüben (vgl. Urteile des BVGer B-831/2011 Rz. 122 "SIX Group"; B-7633/2009 Rz. 70 ff. "Preispolitik ADSL"). Im vorliegenden Fall spricht zwar die Unterzeichnung des Gründervertrags durch die heutige Stucki Spezialbau AG und der offenbare Irrtum der Vorinstanz, an welche Gesellschaft sie ihre Verfügung adressierte, für den Einbezug jener Schwestergesellschaft in die Untersuchung, doch erscheint der Einbezug der Beschwerdeführerin dadurch aufgrund ihres koordinierten Parallelverhaltens nicht unangemessen und die Beschwerdeführerin nicht weniger passivlegitimiert. Sie vermag daraus, dass ihre Schwestergesellschaft nicht gemeinsam mit ihr sanktioniert wurde, nichts für sich abzuleiten. Wohl wäre es zutreffend gewesen, auch

die Stucki Spezialbau AG in Anwendung von Art. 2 Abs. 1bis KG für ihr Verhalten zu sanktionieren. Was die Beschwerdeführerin betrifft, wird die angefochtene Verfügung - zumal vorliegend auch die Höhe der Sanktion nicht von unterschiedlichen Umsatzzahlen in diesem Zusammenhang betroffen ist (vgl. E. 8.5) - dadurch aber nicht rechtsfehlerhaft. Ob der Beschwerdeführerin das Verhalten ihrer Schwestergesellschaft zusätzlich aufgrund des handelsregisterlichen Täuschungsverbots (Art. 929 Abs. 1 OR; Alexander Vogel, HRegV Kommentar, Zürich 2020, Art. 90 Rz. 13 HRegV) und/oder des Grundsatzes von Treu und Glauben (vgl. BGE 136 III 545 E. 3.4.1; 131 I 57 E. 2.3; 113 II 31 E. 2c; 112 II 503 E. 3) zuzurechnen ist, kann damit offenbleiben.

### **E. 3.2**

Mit der im Gründervertrag der BERAG enthaltenen Vereinbarung von BERAG-Aktionärinnen verpflichteten diese sich gegenseitig, im Einzugsgebiet der BERAG weder Aufbereitungsanlagen (Belagswerke) zu betreiben noch sich an solchen zu beteiligen. Diese Abrede betraf das Einzugsgebiet der in Rubigen ansässigen BERAG und wirkte sich somit in der Schweiz aus. Unbestrittenermassen kommt das KG daher im vorliegenden Fall auch in sachlicher und räumlicher Hinsicht zur Anwendung (Art. 2 Abs. 1 und 2 KG).

## **E. 4**

Vorbehaltene Vorschriften

### **E. 4.1**

Die Anwendung des Kartellgesetzes wird ausgeschlossen durch Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG). Art. 3 Abs. 1 KG behält nur Normen vor, welche den gleichen Sachverhalt unter gleichen Gesichtspunkten unterschiedlich beurteilen. Normen, welche demgegenüber einen Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln, gelangen nebeneinander zur Anwendung und schliessen sich nicht gegenseitig aus (vgl. BGE 141 II 66 E. 2.4.1 "Pfizer"; 137 II 199 E. 3.4 "Terminierung Mobilfunk"). Als vorbehaltene Normen kommen öffentlich-rechtliche und zwingende Vorschriften des Privatrechts in Frage, nicht aber dispositiven Normen (vgl. Rolf H. Weber, DIKE-KG, Art. 3, Rz. 9; Weber/ Volz, a.a.O., Rz. 1.69; Vincent Martenet/Benoît Carron, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la Concurrence, 2. Aufl. 2013 [CR Concurrence], Art. 3 Abs. 1, Rz. 24). Die materiellrechtlichen Vorschriften des KG finden anders gesagt keine Anwendung auf ökonomische Parameter, die eine Vorschrift zwingend vorgibt (vgl. Martenet/Carron, CR Concurrence, Art. 3 Abs. 1, Rz. 38).

### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin stellt die Gesetzeswidrigkeit von Art. 5 Aktionärbindungsvertrag mit der Begründung in Frage, dieser würde bloss ein gesetzliches Konkurrenzverbot gemäss Art. 536 OR abbilden (Beschwerde Rz. 2.6).

#### **E. 4.2.1**

Nachfolgend ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber mit Art. 536 OR den Wettbewerb für Teilhaber einer einfachen Gesellschaft ausschliessen wollte (vgl. BGE 141 II 66 E. 2.2.4 "Pfizer"). Nach Art. 536 OR darf kein Gesellschafter zu seinem besonderen Vorteile Geschäfte betreiben, durch die der Zweck der einfachen Gesellschaft vereitelt oder beeinträchtigt würde. Diese Vorschrift stellt ein gesetzliches Konkurrenzverbot dar (vgl.

Koray Demir, Wettbewerbsverbote - Kartellrechtliche Beurteilung, Zürich 2008, S. 9; Andreas Heinemann, Das Konkurrenzverbot in der einfachen Gesellschaft, in: Amstutz et al., Festschrift für Walter A. Stoffel, Fribourg/Zürich 2014 [nachstehend: Heinemann, Konkurrenzverbot], S. 161 ff., S. 163; Walter Fellmann/Karin Müller, in: Berner Kommentar Obligationenrecht Band VI [nachstehend: BEKO OR], 2. Abt., 8. Teilbd. Bern 2006, Art. 536, Rz. 47).

#### **E. 4.2.2**

Der Anwendung des KG steht Art. 536 OR aber nicht entgegen. Einerseits wird ein Aktionärbindungsvertrag mit der strittigen Konkurrenzklausel freiwillig abgeschlossen. Andererseits i) entfaltet Art. 536 OR nur Wirkung, wenn das Rechtsverhältnis überhaupt zustande kommt, ii) ist er dispositiver Natur und iii) sieht er das Konkurrenzverbot zwischen den Gesellschaftern nur für Geschäfte vor, die den gemeinsam verfolgten Gesellschaftszweck vereiteln oder beeinträchtigen würden (vgl. dazu Urteile des BGer 4A\_65/2011 vom 1. April 2011, E. 4.3; 4A\_119/2008 vom 10. Juni 2008, E. 2.2.3). Da die Bestimmung weder den Wettbewerb zwingend ausschliesst noch darauf abzielt, "mit Hilfe eines staatlich verordneten Ausschlusses des Wettbewerbs ein Marktversagen oder sozial unerwünschte Verteilungen zu korrigieren" (BGE 141 II 66 E. 2.2.2 "Pfizer"), kann Art. 536 OR kein Anwendungsfall von Art. 3 KG sein (Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Auflage Zürich 2021, § 4 Rz. 36; Simon Bangerter/Beat Zirlick, DIKE-KG, Art. 3, Rz. 112). Der auch auf Aktionärbindungsverträge anwendbare Art. 536 OR (vgl. Heinemann, Konkurrenzverbot, S. 163; Peter Forstmoser/Marcel Kuchler, Aktionärbindungsverträge [nachstehend: ABV], Zürich 2015, Rz. 145; Fellmann/Müller, BEKO OR, Art. 530, Rz. 283; Druey/Druey Just/Glanzmann, a.a.O., § 3 Rz. 23 und § 11 Rz. 107 f.) bezweckt nämlich, im Sinne eines fairen Wettbewerbsverhaltens das gegenseitige Vertrauen der Aktionäre bzw. Gesellschafter in den Gesellschaftsvertrag zu schützen (vgl. sinngemäss Fellmann/Müller, BEKO OR, Art. 536, Rz. 10). Einen gesetzlichen Eingriff in die Wettbewerbsordnung enthält die Norm dadurch nicht. Vielmehr haben Wettbewerber in dem Umfang auf den Vertrag zu verzichten, als sie den Wettbewerb damit ungerechtfertigterweise erheblich beeinträchtigen oder beseitigen würden.

#### **E. 4.2.3**

Bei der Gründung der BERAG wurde zwischen ihren Aktionärinnen, die zum Teil miteinander im Wettbewerb stehen, ein Aktionärbindungsvertrag geschlossen. Der Zweck der Gesellschaft besteht vor allem darin, die BERAG in ihrem Einzugsgebiet nicht mit Hilfe anderer Aufbereitungsanlagen zu konkurrenzieren. Der Vertrag ist darum auf seine Übereinstimmung mit den kartellrechtlichen Bestimmungen zu prüfen.

#### **E. 5**

Tatsachen Der Beschwerdeführerin wird vorgeworfen, mit anderen Gründeraktionärinnen der BERAG ein kartellrechtswidriges Konkurrenzverbot abgeschlossen zu haben.

#### **E. 5.1**

Nicht umstritten ist, dass H. Stucki AG zu den Gründeraktionärinnen der BERAG gehört, die 1976 im "Vertrag unter den Aktionären der 'Belagslieferwerk Rubigen AG' (BERAG) mit Sitz in Rubigen" (im Folgenden: "Gründervertrag"; Vorakten act. II.1) eine Vereinbarung geschlossen haben. Dass die "H. Stucki AG" bzw. heutige Stucki Spezialbau AG und nicht die Beschwerdeführerin den Gründungsvertrag unterzeichnete, vermag

entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin für die vorliegende Beurteilung nichts zu ändern, da die Beschwerdeführerin und die Stucki Spezialbau AG bis heute gemeinsam ein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinn bilden (Beschwerde Rz. 2.3; Art. 2 Abs. 1bis KG; s.o. E. 3.1.5). Der Gründervertrag enthält folgende Klausel: "Art. 5 Wirkungskreis Die Aktionäre verpflichten sich, innerhalb des im beiliegenden Plan umgrenzten Einzugsgebiets des Lieferwerkes Rubigen keine Aufbereitungsanlage zu betreiben oder sich an solchen zu beteiligen. Insofern Aktionäre aus dieser Verpflichtung austreten möchten, scheiden sie aus der Belagslieferwerk Rubigen AG aus und haben ihre Aktien den verbleibenden Aktionären anzubieten." Den Gründervertrag haben am 23. Dezember 1976 unterzeichnet: Walo Bertschinger AG, Friedli + Caprani AG, Frutiger Söhne AG, K. + U. Hofstetter AG, Bend. Kästli Söhne, Ad. Künzi AG, Losinger AG, Marti AG, Messerli Kieswerk AG, Salvisberg + Bay AG, H.R. Schmalz AG, Stuag AG, H. Stucki AG, Weiss + Marti AG, Zimmermann + Imhof AG (act. II.1, S. 6 f.). Anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung vom 18. April 1977 sind weitere Aktionärinnen zur BERAG gestossen, die mit ihrer Unterschrift ihr Einverständnis zum Gründervertrag bezeugten, nämlich Hans Baur + Sohn AG, Bracher + Nobs AG, Max Burren AG, Frei + Burkhard AG (später aufgeteilt in die Burkhard AG, M. Frey AG und Frey + Partner, welche BERAG-Aktionärinnen blieben), sowie F. Kocherhans + Co. AG (act. II.1, S. 7 f.). Später haben sich dem Vertrag folgende Aktionärinnen angeschlossen: Arm AG, Bürki Bau AG (1994), Andreas Wälti AG (1995). Sie bestätigten mit ihrer zum Original hinzugefügten Unterschrift, vom Gründervertrag Kenntnis genommen zu haben (act. II.1, S. 8; vgl. zur zeitlichen Gültigkeit der Vereinbarung sodann hinten, E. 9.3.) Vertragsparteien sind einerseits (Strassen-)Bauunternehmen wie die Beschwerdeführerin, andererseits Unternehmen, die Kieswerke betreiben, so die K.&U. Hofstetter AG und die Messerli Kieswerk AG (Verfügung, Rz. 3 ff., Art. 8 des Gründervertrags [act.II.1]). Die Kästli Bau AG betreibt sowohl ein Kieswerk als auch eine Bauunternehmung.

## **E. 5.2**

Bei den in Art. 5 des Gründervertrags erwähnten "Aufbereitungsanlagen" (auch "Belagswerke") handelt es sich um Anlagen, die Asphaltmischgut herstellen. Asphaltmischgut wird für den Bau von Strassen und Plätzen verwendet. Es ist im Wesentlichen ein Gemisch aus Gesteinskörnungen (ca. 95 %) und Bitumen (Verfügung, Rz. 65 f., mit Verweis auf Asphalt Grundnorm SN 640 420) und muss je nach Sorte und Verwendungszweck beim Einbau eine bestimmte Temperatur aufweisen (Verfügung, Rz. 84, 129). Es wird vor allem von Strassenbauunternehmen, in kleineren Mengen auch von Gartenbauunternehmen und Tiefbauämtern grosser Gemeinden nachgefragt (Verfügung, Rz. 132 ff.). Die Gesteinskörnungen werden aus Kiesgruben, Gewässern und Steinbrüchen gewonnen, die anschliessend in Kieswerken weiterverarbeitet werden (Verfügung, Rz. 71 ff.), während Bitumen aus Erdöl hergestellt wird (Verfügung, 74 f.).

## **E. 6**

Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG)

### **E. 6.1**

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).

### **E. 6.1.1**

Damit eine Wettbewerbsabrede i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, müssen folgende Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.1 "Pfizer"; 144 II 246 E. 6.4 f., 6.8 "Altimum"; Urteil des BGer 2C\_64/2023 vom 26. November 2024 E. 6.2 "Abreden im Bereich Luftfracht"; Bangerter/Zirlick, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1, Rz. 19): - Verhaltenskoordination (Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise) - Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, - Wettbewerbsbeschränkung - Bezwecken oder Bewirken.

### **E. 6.1.2**

Der unter "Verhaltenskoordination" fallende Begriff der Vereinbarung ist weit zu verstehen. Er umfasst sowohl obligationenrechtliche, erzwingbare Verträge zwischen Unternehmen als auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen, sog. "Gentlemen's Agreements" oder "Frühstückskartelle". Entscheidend ist lediglich der Wille, sich zu binden, der die Vereinbarungen von den abgestimmten Verhaltensweisen und den übrigen, nicht von Art. 4 Abs. 1 KG erfassten Verhaltensweisen abgrenzt (BGE 147 II 72 E. 3.3 "Pfizer"; Urteil des BGer 2C\_64/2023 E. 6.3.1 "Abreden im Bereich Luftfracht"; Bangerter/Zirlick, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1, Rz. 28 ff.). Ob ein Bindungswille bzw. bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der beteiligten Unternehmen besteht, beurteilt sich nach den allgemeinen Regeln über den Vertragsschluss, die eine - ausdrückliche oder stillschweigende - übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung voraussetzen (BGE 147 II 72 E. 3.3 "Pfizer"; 144 II 246 E. 6.4.1 "Altimum"; Urteil des BVGer B-7756/2015 vom 16. August 2022 E. 8.3.1 "Autohandel", mit Verweis auf Art. 1 ff. OR; Bangerter/Zirlick, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1, Rz. 28, 31). Der Inhalt eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst, nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 137 III 145 E. 3.2.1; 121 III 118 E. 4b/aa). Liegt ein schriftlicher Vertrag zwischen zwei oder mehreren Parteien vor, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Vertragstext den Willen der Parteien widerspiegelt (Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13. November 2015 E. 9.2.4.4 "BMW"; vgl. auch BGE 129 III 702 E. 2.4.1). Das Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung begründet aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung und entsprechend dem Grundsatz "pacta sunt servanda" (Verträge sind einzuhalten) die Vermutung einer tatsächlichen Umsetzung durch die beteiligten Parteien (Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 333, "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich"). Da eine potentielle Beeinträchtigung des Wettbewerbs genügt, kann unter diesem Aspekt die Rüge einer angeblich nicht erfolgten Umsetzung der Abrede nicht entscheidend sein (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.4.2 a.E. "Gaba").

### **E. 6.1.3**

Der Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 KG umfasst Abreden unabhängig davon, ob die teilnehmenden Unternehmen zueinander in einer horizontalen, vertikalen oder konglomeraten Beziehung stehen (Bangerter/Zirlick, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1, Rz. 93; Weber/ Volz, a.a.O., Rz. 2.84).

### **E. 6.1.4**

Beim Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (drittes und viertes Tatbestandselement) handelt es sich um alternative Voraussetzungen (BGE 147 II 72 E. 3.6 "Pfizer"; Urteile des BVGer B-7756/2015 E. 8.3.3 "Autohandel"; B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.3.1 "Umbricht"). Eine Abrede bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter führt (Urteil des BVGer B-3618/2013 Rz. 303 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich"). Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredebeteiligten die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben (BGE 147 II 72 E. 3.6 "Pfizer"; Urteile des BVGer B-7756/2015 E. 8.3.3 "Autohandel"; B-880/2012 E. 9.3.1 "Umbricht"). Tatsächliche Auswirkungen der Abrede sind nicht notwendig; es genügt, dass eine Abrede den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen kann (BGE 147 II 72 E. 3.6 "Pfizer"; 144 II 246 E. 6.4.2 "Altimum"; 143 II 297 E. 5.4.2 und 5.6 "Gaba"). Es muss auch nicht die subjektive Absicht der Beteiligten sein, eine Wettbewerbswirkung tatsächlich zu verursachen (BGE 147 II 72 E. 3.6 "Pfizer"; Urteil des BVGer B-7756/2015 E. 8.3.3 "Autohandel").

## **E. 6.2**

Die Beschwerdeführerin ist Partei des unter mehreren Unternehmen abgeschlossenen Gründervertrags, der die vorne (E. 5.1) erwähnte strittige Klausel in Form einer ausdrücklichen, übereinstimmenden und gegenseitigen Willensäusserung (E. 6.1.2) enthält. Die Tatbestandsvoraussetzung der Vereinbarung unter Unternehmen ist somit erfüllt. Die Abrede wurde zwischen Bauunternehmen und Kiesproduzentinnen abgeschlossen (Verfügung, Rz. 722). Insofern stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz sie zu Recht als Abrede horizontaler Natur qualifiziert hat.

### **E. 6.2.1**

Horizontale Abreden werden auf der gleichen Marktstufe geschlossen. Auf derselben Marktstufe befinden sich Unternehmen dann, wenn ihre Produkte oder Dienstleistungen tatsächlich oder der Möglichkeit nach im Wettbewerb miteinander stehen, d.h. wenn sie Konkurrenten sind (Urteile des BVGer B-3618/2013 Rz. 298 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich"; B-8404/2010 vom 23. September 2014 E. 5.2.13 "SFS unimarket"; Bangerter/Zirlick, DIKE KG, Art. 4 Abs. 1, Rz. 80, 84; Juhani Kostka, Harte Kartelle, Zürich 2010, Rz. 1231; Alain Raemy/Monique Luder, Horizontale oder vertikale Abrede? Rz. 1, in: Jusletter vom 17. Oktober 2005). Ob sie in aktuellem oder nur potentiell dem Wettbewerb stehen, also erst innerhalb einer kurzen Frist von zwei bis drei Jahren den Eintritt auf den betroffenen Markt vollziehen und den Wettbewerbsdruck auf die an der Abrede beteiligten Unternehmen erhöhen könnten, spielt dabei zumindest nach dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 KG keine Rolle (vgl. Urteil des BVGer B-8404/2010 E. 5.2.13 "SFS unimarket"; Raemy/Luder, a.a.O., Rz. 1; Kostka, a.a.O., Rz. 1241; Borer/Borer, Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz, 4. Aufl. 2025, Art. 5, Rz. 29; Weber/Volz, a.a.O., Rz. 2.85).

### **E. 6.2.2**

Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Abrede "zwischen Unternehmen der gleichen Marktstufe, nämlich (aktuellen und potenziellen) Konkurrenten und Konkurrentinnen der BERAG, getroffen worden ist" (Verfügung, Rz. 726). Als Strassenbauunternehmen stand die Beschwerdeführerin auf der Marktstufe der Belagsproduktion nicht in tatsächlichem Wettbewerb mit der BERAG. Damit bleibt der potentielle Wettbewerb zwischen ihr und der

BERAG zu prüfen (Urteil des BVGer B-3290/2018 vom 28. November 2023 Rz. 147 "Lazzarini"). Das Konkurrenzverbot nach Art. 5 des Gründervertrags hinderte die abredebeteiligten Bauunternehmen und Kiesproduzentinnen daran, auf der ihnen vor-respektive nachgelagerten Marktstufe der Belagsproduktion tätig zu sein. Damit unterband das Konkurrenzverbot auf der Stufe der Belagsproduktion den Wettbewerb sowohl unter den abredebeteiligten Unternehmen als auch zwischen diesen Unternehmen und der BERAG. Im Fall "Lazzarini" hatte das Bundesverwaltungsgericht wie im vorliegenden Verfahren die potentielle Konkurrenz unter dem Einfluss eines Konkurrenzverbots zu prüfen. Dabei legte es bei der Prüfung der potentiellen Wettbewerber diejenige Situation zugrunde, die ohne die betreffende Abrede bestünde (Urteil des BVGer B-3290/2018 Rz. 147 "Lazzarini"; vgl. auch Mani Reinert, Preisgestaltung, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel 2005, Rz. 4.33, mit Verweis auf die anders gelagerte frühere Praxis der WEKO, u.a. RPW 1999/3 403 ff., Rz. 32 ff. "Bahnhofkioske"; Kostka, a.a.O., Rz. 1241; Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit vom 14. Januar 2011 [2011/ C 11/01] Rz. 10). Auch die Vorinstanz hat implizit und zu Recht diese Auffassung vertreten.

### **E. 6.2.3**

Das Wettbewerbspotential von aktuellen Nicht-Konkurrenten ist einzelfallweise unter Analyse der konkreten Marktgegebenheiten zu beurteilen. Dabei ist zu ermitteln, ob eine nach objektiver wirtschaftlicher Vernunft realisierbare Option besteht, relativ zeitnah in den fraglichen Markt einzutreten (Urteil des BVGer B-3290/2018 Rz. 147 f. "Lazzarini"). Die Vorinstanz schätzt bei einigen Aktionärinnen der BERAG die Wahrscheinlichkeit, dass sie ohne Konkurrenzverbot im räumlichen Geltungsbereich der Wettbewerbsabrede ein eigenes Werk errichtet hätten, höher ein als bei anderen. Errichtung und Betrieb eines neuen Belagswerks erforderten insbesondere Kapital, den Zugang zu natürlichen Ressourcen (insbesondere Kies) sowie Know-how. Für grosse Unternehmen, die bereits in anderen Regionen in der Belagsproduktion tätig seien, wären diese Hürden leichter zu überwinden gewesen (Verfügung, Rz. 833). Auch die BERAG erklärte in ihrer Stellungnahme vom 15. Oktober 2021 zum Antrag des Sekretariats, die Errichtung und der Betrieb eines neuen Belagswerks setzten relativ hohe Investitionen, entsprechende Bewilligungen und ein gewisses Know-how voraus. Trotzdem sei nicht per se ausgeschlossen, dass in naher Zukunft ein neues Werk in der Region Bern errichtet werden könnte. Zudem könne das hierfür erforderliche Know-how relativ leicht auf dem Markt akquiriert werden, zumal die meisten Werke zu grossen, landesweit tätigen und finanzkräftigen Baukonzernen gehören würden, welche bereits über das entsprechende Know-how und beträchtliche finanzielle Ressourcen verfügen würden (act. VII.106, Rz 269; Verfügung, Rz. 723). Als potentielle Wettbewerber kommen in den sachlich benachbarten Märkten Kiesabbau und Strassenbau tätige Unternehmen (Abredebeteiligte und Dritte) in Betracht (vgl. Verfügung, Rz. 722; 833 f.), wie Beispiele aus der ganzen Schweiz belegen (vgl. etwa Volken Group Visp [[www.volken-group.ch/de/bauen/belagsbau](http://www.volken-group.ch/de/bauen/belagsbau)], Leuthard Gruppe Merenschwand [[www.leuthard.ag/tief-strassenbau](http://www.leuthard.ag/tief-strassenbau)], Weibel AG Bern [[www.weibelag.com/familienunternehmen](http://www.weibelag.com/familienunternehmen)]). Aus Art. 4 des Gründervertrags ergibt sich zudem, dass sowohl Kieswerke (K.&U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG, Losinger AG) als auch Bauunternehmen (Frutiger AG, Marti AG) vor Abschluss des Gründervertrags in der Region Bern (Bern-Bethlehem, Bern-Wankdorf, Zollikofen, Hindelbank, Wichtrach) Belagswerke betrieben hatten und somit als Konkurrenten zu qualifizieren waren. Ohne Art.

4 und 5 des Gründervertrags (Stilllegung bestehender Anlagen und Konkurrenzverbot) bestünde bei den abredebeteiligten Unternehmen die erhöhte Möglichkeit, dass sie auf den Asphaltmarkt zurückkehren, neu in diesen eintreten (vgl. Demir, a.a.O., S. 27 f.) oder sich an einem bestehenden Belagswerk im abgegrenzten Gebiet beteiligen (wie die Frutiger- und Marti-Gruppen im Jahr 2016). Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich der ebenfalls vom Konkurrenzverbot erfasste Erwerb von Beteiligungen rascher realisieren dürfte als der Neubau eines Belagswerks, wo es unter anderem regulatorische Hürden zu überwinden gibt. Kurz gesagt ist potentielle Konkurrenz durch abredebeteiligte Unternehmen, die wie die Beschwerdeführerin im Kiesabbau oder im Strassenbau tätig sind, möglich. Dazu steht nicht im Widerspruch, dass die Vorinstanz in Bezug auf die BERAG festgestellt hat, dass diese marktbeherrschend sei (Verfügung, Rz. 643). Denn Marktbeherrschung kann auch bei Vorhandensein potentieller Konkurrenz bejaht werden, wenn diese das marktbeherrschende Unternehmen nicht in hinreichendem Mass disziplinieren kann (vgl. Reinert/Wälchli, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 342 ff.; Stäubli/Schraner, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 233).

#### **E. 6.2.4**

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die vorliegende Abrede aufgrund ihrer Wirkung als horizontal zu qualifizieren ist. Denn das Konkurrenzverbot hinderte die Bau- und Kiesunternehmen daran, auf der vor- respektive nachgelagerten Marktstufe "Belagsproduktion" tätig zu werden.

#### **E. 6.3**

Umstritten ist, ob die Vereinbarung geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung zu verursachen, bzw. die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (im Wesentlichen: Preis, Menge und Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung) so einzuschränken, dass die zentralen Funktionen des Wettbewerbs in all seinen verschiedenen Facetten vermindert bzw. eingeschränkt werden (BGE 147 II 72 E. 3.5 "Pfizer"; 129 II 18 E. 5.1 "Buchpreisbindung"; Urteil des BVGer B-3618/2013 Rz. 301 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich"; Ingo Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 9. Aufl. München 2012, S. 150).

##### **E. 6.3.1**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, das angebliche Konkurrenzverbot in Art. 5 des Gründungsvertrages besage dasselbe wie die von der Vorinstanz als zulässig befundenen statutarischen Vinkulierungsvorschriften der BERAG, wonach Aktionäre abgelehnt werden können, die ein zum Gesellschaftszweck in Konkurrenz stehendes Unternehmen betreiben. Damit impliziert sie, es sei bei Art. 5 des Gründungsvertrages bloss um die Kontrolle über die Zusammensetzung des Aktionariats und das Fernhalten von Unternehmen gegangen, deren Tätigkeit den Zweck der BERAG behindern würden. Die Vorinstanz argumentiert, die beteiligten Unternehmen hätten mit dem Konkurrenzverbot in Art. 5 des Gründungsvertrages bezweckt, die BERAG durch das Einbinden von Unternehmen ins Aktionariat vor konkurrierenden Werken zu schützen. Dieser "Schutz durch Einbindung" sei geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Das Konkurrenzverbot untersage angesichts des weiten Aktionärskreises einem wesentlichen Teil von Unternehmen, von denen zusätzliche Konkurrenz hätte ausgehen können, im Umkreis der BERAG Werksstandorte zu errichten. Zudem sei das Konkurrenzverbot nicht auf die Anfangsphase der BERAG befristet gewesen, sondern auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden. Aus

der Kumulation dieser beiden fallspezifischen Aspekte sei auf eine (potentielle) Wettbewerbsbeschränkung zu schliessen. (Verfügung, Rz. 720 f.). Kartellrechtlich sei nicht zu beanstanden, dass die BERAG Aktionäre im Rahmen ihrer statutarischen Vinkulierungsvorschriften ablehnen könne (angefochtene Verfügung, Rz. 475, Vernehmlassung, Rz. 30 ff.).

### **E. 6.3.2**

Da die Vorinstanz keine Person befragen konnte, die tatsächlich an der Gründung der BERAG im Jahr 1976 beteiligt war (angefochtene Verfügung, Rz. 473), ist Art. 5 des Gründervertrags mangels Dokumenten oder Äusserungen, aufgrund derer auf den damaligen subjektiven Willen geschlossen werden könnte, nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (vgl. Urteile des BVGer A-3828/2020 vom 17. Juni 2021 E. 4.4.1; B-3332/2012 E. 9.2.4.4 "Bayerische Motoren Werke"). Wie die strittige Klausel verstanden werden durfte, machen zunächst an Anhörungen vor der Vorinstanz geäusserte Aussagen deutlich: So erklärte B.\_\_\_\_\_ (ehemaliger Verwaltungsrat der Messerli Kieswerk AG) auf die Frage der Vorinstanz "Weshalb vereinbarten die Aktionäre der BERAG dieses Konkurrenzverbot?", diese hätten aufgrund ihrer grossen Investitionen in die BERAG kein Interesse daran gehabt, dass die BERAG durch andere Werke konkurrenziert werde, auch nicht durch sie selbst (vgl. Vorakten, act. IV.12, Rz. 211-216). Des Weiteren führte C.\_\_\_\_\_ (ehemaliger Verwaltungsrat der BLH) zu Art. 5 des Gründervertrags aus, die damaligen Aktionäre hätten ihre Belagswerke geschlossen und sich an der BERAG beteiligt. Sie hätten sich dagegen schützen wollen, dass ein Aktionär drei oder vier Jahre später ein neues Belagswerk öffne. Die Angst sei immer gewesen, dass jemand ein neues Werk im Einzugsgebiet der BERAG bauen würde. Diese Befürchtung sei vor allem von den "älteren, grösseren Aktionären" ausgegangen (vgl. Vorakten, act. IV.9, Rz. 596 ff.). Zudem ergibt sich aus Art. 4 des Gründervertrags ("Stilllegung bestehender Anlagen"), dass einzelne Gründer Belagswerke betrieben hatten, die sie nach Inbetriebnahme der Anlage der BERAG stilllegen mussten. Die BERAG war in der Gründungsphase somit darauf angelegt, potentiell konkurrierende Gesellschaften einzubinden. Dies geschah einerseits mit der Stilllegungspflicht (Art. 4 des Gründervertrags). Dazu gesellte sich andererseits die hier strittige Verpflichtung, im abgegrenzten Gebiet rund um das BERAG-Werk auf den Betrieb eines Mischwerks oder die Beteiligung an einem Mischwerk zu verzichten (Art. 5 des Gründervertrags). Diese Verpflichtungen sind geeignet, weitere konkurrierende Belagswerke im abgegrenzten Gebiet zu verhindern. Damit ist erstellt, dass die Beschwerdeführerin und die weiteren Mitunterzeichnerinnen des Gründervertrags mit Art. 5 bezweckten, die BERAG vor Konkurrenz durch Belagswerke der an der BERAG beteiligten Gesellschaften zu schützen, und dieses Konkurrenzverbot eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt.

### **E. 6.3.3**

Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich geltend macht, von der Zulässigkeit der Vinkulierungsbestimmungen in den BERAG-Statuten lasse sich für die Beurteilung von Art. 5 des Gründungsvertrages etwas ableiten, ist ihr nicht zu folgen. Das Obligationenrecht sieht für nicht börsenkotierte Aktiengesellschaften die Möglichkeit vor, in den Statuten die Zusammensetzung des Aktionärs-kreises zu regeln (vgl. Art. 685b Abs. 1 und 2 OR). Mit ihren Statutenbestimmungen konnte die BERAG namentlich die Beteiligung von Aktionären verhindern, die ein zum Gesellschaftszweck in Konkurrenz stehendes Unternehmen betreiben, daran beteiligt oder dort angestellt waren (Art. 6 Abs. 3 Bst. a der

Statuten [act. III.A.137]). Das Konkurrenzverbot wirkte dagegen darauf hin, dass sich die bereits an der BERAG beteiligten Aktionärinnen konkurrierender Tätigkeiten enthielten und damit den Konkurrenzdruck auf die BERAG beseitigten oder einschränkten.

#### **E. 6.4**

Zusammenfassend liegt eine horizontale Vereinbarung zwischen Unternehmen vor, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt. Eine Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG) ist zu bejahen.

#### **E. 7**

Unzulässige Wettbewerbsabrede (Art. 5 Abs. 1 KG)

##### **E. 7.1**

Damit ist zu prüfen, ob die Wettbewerbsabrede unzulässig war (Art. 5 Abs. 1 KG). Unzulässig sind einerseits Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen (Art. 5 Abs. 1 KG) und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Art. 5 Abs. 2 KG). Bei der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG handelt es sich um eine Bagatellklausel, welche als Aufgreifkriterium dient, um die Verwaltung zu entlasten (BGE 144 II 194 E. 4.3.1 "Bayerische Motoren Werke"; 143 II 297 E. 5.1 f. "Gaba"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 7.3.1 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich"). Die Erheblichkeit lässt sich sowohl durch qualitative als auch durch quantitative Merkmale bestimmen (BGE 147 II 72 E. 6.2 "Pfizer"; 143 II 297 E. 5.2.2 "Gaba"; 129 II 18 E. 5.2.1 "Buchpreisbindung"). Unter qualitativen Merkmalen sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung primär solche gemeint, die sich aus dem Gesetzestext ableiten lassen, d.h. die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG genannten Wettbewerbsparameter (BGE 143 II 297 E. 5.2.1, 5.2.5 "Gaba"; implizit: BGE 147 II 72 E. 6.2 f. "Pfizer"). Quantitative Merkmale sind namentlich Marktanteile oder Umsätze (BGE 143 II 297 E. 5.2.1 "Gaba"; 129 II 18 E. 5.2.1 "Buchpreisbindung"; Urteil des BVGer B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 11.1.5, 11.3.4 "Gaba"; Ralf Michael Straub, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, in: AJP 5/2016 S. 559, 573 ff.). Erweist sich das qualitative als sehr gewichtig, bedarf es kaum eines quantitativen. Gibt es hingegen keine qualitativen Merkmale oder nur solche von geringem Gewicht, müssen (vor allem) quantitative herangezogen werden (BGE 143 II 297 E. 5.2.2 "Gaba"; 147 II 72 E. 6.2 "Pfizer"). Die besonders schädlichen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen grundsätzlich das Merkmal der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG (BGE 147 II 72 E. 6.5 "Pfizer"; 144 II 194 E. 4.3.1 "Bayerische Motorenwerke"; 143 II 297 E. 5.1.6, 5.2.5, 5.6 "Gaba"). Andererseits sind auch Abreden unzulässig, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen (Art. 5 Abs. 1 KG). Die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann direkt nachgewiesen werden oder sich auch über die gesetzlichen Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 4 KG ergeben (BGE 147 II 72 E. 6.1 "Pfizer"; 143 II 297 E. 4.1 "Gaba"; Urteil des BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 13.2 "Abreden im Bereich Luftfracht"). Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird u.a. bei Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG). Diese Vermutung ist widerlegbar (BGE 147 II 72 E. 6.5 "Pfizer"; 143 II 297 E. 4.2 "Gaba"). Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist bei

Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, ausgeschlossen (BGE 147 II 72 E. 6.1 "Pfizer"; 143 II 297 E. 4.1 "Gaba"; Urteil des BVGer B-710/2014 E. 13.2 "Abreden im Bereich Luftfracht"; Patrick L. Krauskopf/Olivier Schaller, BSK-KG, Art. 5 Rz. 279).

### **E. 7.2**

Die Vorinstanz geht davon aus, die Wettbewerbsabrede teile Märkte nach Gebieten auf (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG), indem sie den beteiligten Unternehmen verbiete, in einem definierten Gebiet um das Werk der BERAG in Rubigen eigene Belagswerke zu betreiben oder Beteiligungen an anderen Belagswerken zu erwerben. Zwar würden die Absatzmärkte nicht direkt gebietsweise festgelegt; das Konkurrenzverbot habe der BERAG aber innerhalb seines räumlichen Geltungsbereichs Produktionsstandortexklusivität gegenüber ihren Aktionärinnen verliehen. Da sich das Liefergebiet eines Belagswerks stets auf ein Gebiet um den Werkstandort erstreckt, würden mit einer Abrede über den Produktionsstandort daher zumindest teilweise auch die Liefergebiete koordiniert. Die Gebietsabrede sei horizontaler Natur, da sie zwischen Unternehmen der gleichen Marktstufe, nämlich (aktuellen und potentiellen) Konkurrenten der BERAG, getroffen worden sei (Verfügung, Rz. 726).

### **E. 7.3**

Tatbestandselemente einer Horizontalabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG sind: - eine (Wettbewerbs-)Abrede zwischen tatsächlichen oder potentiellen Konkurrenten (horizontale Ausrichtung, Art. 4 Abs. 1 KG) - über den qualifizierten Wettbewerbsparameter Preis, Menge oder Gebiet (Kostka, a.a.O., Rz. 1076; Weber/Volz, a.a.O., Rz. 2.164).

### **E. 7.4**

Der Marktabgrenzung bei der Beurteilung harter Abreden kommt seit dem Gaba-Entscheid des Bundesgerichts nur noch eine verminderte Bedeutung zu (Krauskopf/Schaller, BSK-KG, Art. 5 Rz. 99; Zirlick/Bangerter, DIKE-KG, Art. 5, Rz. 60). Danach sind die Abredetypen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstands erheblich, d.h. sie erfüllen das erforderliche Mass einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung in der Regel ohne Bezug auf einen konkreten Markt bzw. ohne konkrete Marktwirkung (BGE 143 II 297 E. 5.2.5, 5.5 "Gaba"; Urteil des BVGer B-710/2014 E. 13.2 "Abreden im Bereich Luftfracht"; Krauskopf/Schaller, BSK-KG, Art. 5 Rz. 99 Bst. a). Eine Einzelfallbeurteilung unter Abgrenzung eines relevanten Markts erfolgt gegebenenfalls im Rahmen der Effizienzprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG (BGE 143 II 297 E. 5.5 "Gaba"; Urteil des BVGer B-710/2014 E. 13.2 "Abreden im Bereich Luftfracht"). Zudem kann eine Marktabgrenzung für die Behörden ratsam sein, um eine Vorstellung vom betroffenen Marktumfeld zu gewinnen (Zirlick/Bangerter, DIKE-KG, Art. 5, Rz. 60). Die Vorinstanz grenzte in sachlicher Hinsicht einen Markt für Asphaltmischgut ab (Verfügung, Rz. 575 ff.), was unbestritten geblieben ist. Der räumlich relevante Markt ergibt sich aus der Abrede selbst (Art. 5 des Gründervertrags) und umfasst in den Worten der Vorinstanz "mindestens den Geltungsbereich des Konkurrenzverbots, d.h. das Gebiet von Hindelbank und Jegenstorf, Lützelflüh, Langnau bis nach Thun, allenfalls auch weitere Gebiete" (Verfügung, Rz. 608). Es drängt sich nicht auf, räumlich von einem anderen Gebiet auszugehen: Der in Art. 5 des Gründervertrags genannte Plan (vgl. Vorakten, act. IV.4, Beilage 2) hält fest, wo das Konkurrenzverbot in räumlicher Hinsicht gilt. Er liegt dem Bundesverwaltungsgericht im Original vor. Auf der Rückseite des Plans steht geschrieben:

"Dieser Plan mit schwarzem Kreis bildet integrierender Bestandteil der Statuten und des Vertrages der Belagslieferwerk Rubigen AG (BERAG) vom 23. Dezember 1976 (vgl. Statuten Art. 5 + Vertrag Art. 5)". Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, finden sich im Plan zwei unterschiedlich grosse Kreise, jeweils mit dem Werk der BERAG als Mittelpunkt (Verfügung, Rz. 462). Da der äussere Kreis mit schwarzem Farbstift oder Kugelschreiber, der innere mit Bleistift eingezeichnet ist, besteht für das Bundesverwaltungsgericht angesichts der Inschrift auf der Rückseite des Plans, der den Kreis als "schwarz" beschreibt, kein Zweifel daran, dass der äussere Kreis mit dem vorgängig beschriebenen Gebiet massgebend ist. Zu diesem Ergebnis kommt auch die Vorinstanz, wenn auch mit anderer Begründung (vgl. Verfügung, Rz. 463 ff.).

### **E. 7.5**

Nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG ist entscheidend, ob im Konkurrenzverbot eine Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern enthalten ist. Eine räumliche Marktaufteilung lässt sich auf verschiedene Weise herbeiführen. Die Abredeteiligen können vereinbaren, im Gebiet des anderen jeweils keine Produktionstätigkeit zu beginnen, keine Verkaufs- oder Absatztätigkeit vorzunehmen, nur Wettbewerber, aber keine Kunden zu beliefern, mengenmässige Beschränkungen einzuhalten oder die Preise im jeweils anderen Gebiet nicht zu unterbieten (Kostka, a.a.O., Rz. 1510; Wagner-von Papp, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 2, 4. Aufl. 2022, § 1 GWB, Rz. 260; Bangerter/Zirlick, DIKE-KG, Art. 5, Rz. 448, 450; Krauskopf, BSK-KG, Art. 5, Rz. 437 ff.).

#### **E. 7.5.1**

Diesbezüglich erklärte die Vorinstanz, zwar würden vorliegend die Absatzmärkte nicht direkt nach Gebieten aufgeteilt. Das Konkurrenzverbot habe der BERAG aber innerhalb seines räumlichen Geltungsbereichs Produktionsstandortexklusivität gegenüber ihren Aktionärinnen eingeräumt. In der Asphaltmischgutbranche seien Produktionsort und Absatzmarkt wegen der hohen Transportkosten eng verknüpft. Das Liefergebiet eines Belagswerks erstreckte sich stets auf ein Gebiet um den Werkstandort. Mit einer Abrede über den Produktionsstandort würden daher - jedenfalls teilweise - auch die Liefergebiete koordiniert. Aus diesen Gründen sei vorliegend eine Gebietsabrede zu bejahen (Verfügung, Rz. 726).

#### **E. 7.5.2**

Die BERAG kann aufgrund des Konkurrenzverbots exklusiv (abgesehen von der Konkurrenz nicht abredeteiliger Dritter) in einem abgegrenzten Gebiet rund um ihren Standort (vgl. E. 7.4) Asphalt produzieren, während die abredeteiligten Unternehmen eine allfällige Asphaltproduktion ausserhalb dieses Gebietes tätigen müssten. Mit dem gegenseitig vereinbarten Verzicht der kooperierenden Parteien, in einem bestimmten Gebiet eine eigene Produktion zu beginnen, wird der Markt aufgeteilt, nämlich in einen Markt rund um das Produktionsgebiet der BERAG und anderer Hersteller von Asphaltmischgut und in einen geografisch benachbarten Markt mit den abredeteiligten Unternehmen und anderen Herstellern von Asphaltmischgut als Anbieter.

#### **E. 7.5.3**

Die Beschwerdeführerin wendet ein, es sei den Aktionärinnen jederzeit möglich gewesen, sich aufgrund der Ausstiegsmöglichkeit (Art. 5 Abs 2 des Gründervertrags) dem Konkurrenzverbot zu entziehen (Beschwerde, Rz. 2.3). Soweit die Aktionärinnen zudem

Asphaltemischgut in das abgegrenzte Gebiet liefern konnten, ist Folgendes festzuhalten: Nach der Gaba-Rechtsprechung des Bundesgerichts müssen bei harten Abreden keine tatsächlichen Auswirkungen nachgewiesen werden; es reicht aus, dass eine Abrede den Wettbewerb potentiell beschränkt (BGE 143 II 297 E. 5.4.2 "Gaba"). Insofern stehen die fehlenden tatsächlichen Auswirkungen des Konkurrenzverbots der Eignung, den Wettbewerb zu beschränken, nicht entgegen (Verfügung, Rz. 509 ff., 721). Eine solche Eignung ist dem vorliegend strittigen Konkurrenzverbot zuzusprechen, stehen doch die Nachfrager von Asphaltemischgut im darin abgegrenzten Gebiet einer zumindest potentiell reduzierten Zahl von Anbietern gegenüber, was zu höheren Preisen führen kann (Zirlick/Bangerter, DIKE-KG, Art. 5, Rz. 447, mit Verweis auf Kostka, a.a.O., Rz. 1481; Stoffel, Wettbewerbsabreden, in: Ducrey/Zimmerli, SIWR V/2, Kartellrecht, 2. Aufl. Basel 2023, Rz. 305 f.). Die Beschwerdeführerin hätte diese reduzierte Zahl von Anbietern nur unter Inkaufnahme unternehmerischer Risiken durch ein eigenes Asphaltwerk erhöhen können. Wohl hätte sie sich an einem anderen Produktionswerk anstatt BERAG beteiligen und ihre Ware auch von jener beziehen können. Doch hätte sie damit das Problem verstärkt, ihr eigenes Werk auszulasten. Die BERAG hingegen hatte, solange alle Vertragspartner das Konkurrenzverbot respektierten, durch ihre zentrale Lage und ihren Standortvorteil beim Kiesbezug (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 158 f.) beste Konditionen für eine optimale Auslastung. Zudem müssten allfällige Liefermöglichkeiten relativiert werden. Denn das Erfordernis, wonach Asphalt heiss (bis zu ca. 150-190° C) eingebaut werden muss, begrenzt die Strecke, über die Asphalt transportiert werden kann. Soweit der Transport mittels Thermomulden über längere Distanzen möglich wäre, ist er zudem wirtschaftlich nicht mehr sinnvoll (Verfügung, Rz. 84 ff.; Deutsches Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Walzasphalt, Rz. 131, abrufbar auf: [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de); Till Steinvorth, Probleme der geografischen Marktabgrenzung, in: WuW 10/2014, S. 924 ff., 932; Helen Lindenberg, Entfernungsabhängige Märkte in der Fusionskontrolle, in: Wettbewerb in Recht und Praxis [WRP] 8/2021, Rz. 34; Wilko Töllner, in: Hermann-Josef Bunte, Kartellrecht Kommentar, Bd. I Deutsches Kartellrecht, 14. Aufl. Hürth 2022, Rz. 55 zu § 18 GWB (Marktbeherrschung); Niklaus Wallimann, Räumliche Marktabgrenzung mit Einzugsgebieten, in: Schweizerische Zeitschrift für Kartellrecht, Nr. 4/2024, S. 155 ff., 158). Daher wirkt sich eine Abrede über die Produktion in einem bestimmten Gebiet wie eine Koordination von Liefergebieten aus. Dass das koordinierte Liefergebiet heutzutage aufgrund verbesserter Rahmenbedingungen grösser definiert werden könnte, ändert nichts an der Qualifikation als Gebietsabrede. Abgesehen davon ist bereits das abgegrenzte Gebiet (vgl. act. IV.4, Beilage 2) von erheblichem Ausmass; es erstreckt sich von Langnau im Osten bis Flamatt im Westen und von Burgdorf im Norden bis Thun im Süden, was in beiden Richtungen einem ca. 50 km langen Fahrtweg entspricht (gemäss Routenplaner von [www.search.ch](http://www.search.ch)). Es liegt somit eine Wettbewerbsabrede über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG) vor.

## **E. 7.6**

Bei horizontalen Wettbewerbsabreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG). Daher stellt sich die Frage, ob trotz Vorliegens des Vermutungstatbestands im konkreten Fall wirksamer Wettbewerb besteht, was durch genügenden Innenwettbewerb (Handlungsfreiheit der an der Wettbewerbsabrede Beteiligten ist nicht beschränkt) oder genügenden Aussenwettbewerb (Handlungsfreiheit eines durch die Abrede betroffenen Dritten ist nicht beschränkt) zu erbringen ist (BGE 143 II 297 E. 4.1 "Gaba"; 129 II 18 E. 8.1

"Buchpreisbindung"). Die Vorinstanz erachtete die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zu Recht als umgestossen, wie sich aus ihrer unbestritten gebliebenen Begründung ergibt: Unter dem Gesichtspunkt des Innenwettbewerbs sei zu beachten, dass das Konkurrenzverbot von den beteiligten Unternehmen zwar eingehalten worden sei. Allerdings hätten mehrere an der Abrede beteiligte Unternehmen eigene Belagswerke ausserhalb des vom Konkurrenzverbot erfassten Gebiets betrieben, mit welchen sie auch Lieferungen in den räumlich relevanten Markt getätigt hätten, so etwa die Frutiger-Gruppe mit dem Belagswerk in Sundlauenen und die Marti-Gruppe mit dem Belagswerk in Walliswil. Zudem sei ein gewisser disziplinierender Konkurrenzdruck von verschiedenen Aussenwettbewerbern ausgegangen, namentlich dem Belagswerk der Weibel AG in Oberwangen, dem Belagswerk der Belagswerke Heimberg AG in Heimberg, den Belagswerken der Miphalt AG in Lyss und Niederbipp sowie dem Belagswerk der BLH in Hasle (Verfügung, Rz. 733).

#### **E. 7.7**

Zwar beseitigt die vorliegende Abrede nach dem Gesagten den Wettbewerb nicht (E. 7.6), beeinträchtigt ihn aber grundsätzlich erheblich. Denn nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (E. 7.1 hievore) erfüllen Horizontalabreden i.S. von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG bereits in qualitativer Hinsicht, d.h. allein aufgrund des Gegenstandes (Aufteilung eines Marktes nach Gebieten), ohne zusätzliche quantitative Analyse der tatsächlichen Auswirkungen der Abrede (Urteil des BVGer B-710/2014 E. 13.2 "Abreden im Bereich Luftfracht") respektive unabhängig von allfälligen Marktanteilen (Urteil des BVGer B-506/2010 E. 11.3.4 "Gaba"). Ihre Schädlichkeit bewahren solche horizontalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG auch im Fall einer Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (siehe auch vorne E. 6.1; BGE 147 II 72 E. 8.3.1 "Pfizer"; 144 II 194 E. 5.3 "Bayerische Motoren Werke"; 143 II 297 E. 9.4.4 "Gaba"). Entsprechend der vom Bundesgericht mit der Formulierung "dass die in Art. 5 Abs. 3 und 4 aufgeführten besonders schädlichen Abreden in der Regel die Erheblichkeitsschwelle erreichen" (BGE 143 II 297 E. 5.2.5 "Gaba") nicht ausgeschlossenen Möglichkeit von nicht erheblichen harten Abreden ("Ausnahmen von der Grundsatz der Erheblichkeit", vgl. etwa Straub, a.a.O., S. 577; Nicolas F. Diebold/Cyrrill Schäke, Wirkungsanalyse von Kernbeschränkungen im Kartellrecht, in: recht 2018 S. 228, 241 ff.) hat die Vorinstanz cursorisch geprüft, ob die Bagatellschwelle überschritten sei. Sie hielt diese "bei weitem" für überschritten, weshalb das Kriterium der Erheblichkeit erfüllt sei. Zur Begründung erklärte sie, einerseits wäre es für die BERAG-Aktionärinnen aufgrund der hohen Markteintrittsschranken und der Marktverhältnisse (bestehende Werke) anspruchsvoll gewesen, eigene Werke innerhalb des vom Konkurrenzverbot erfassten Gebiets zu errichten und wirtschaftlich zu betreiben (eher geringe Eintretenswahrscheinlichkeit). Andererseits seien die möglichen Folgen des Konkurrenzverbots für den Wettbewerb im relevanten Markt, nämlich die Verhinderung von weiteren konkurrierenden Belagswerken, als gravierend zu qualifizieren. Die BERAG verfüge über eine marktbeherrschende Stellung. Zusätzliche Konkurrenzwerke hätten den Konkurrenzdruck auf die BERAG in hohem Mass erhöht und den Wettbewerb spürbar belebt. Zudem habe die Wettbewerbsabrede bis zur Aufhebung im Jahr 2016 jahrzehntelang gedauert (Verfügung, Rz. 737). Auch das Bundesverwaltungsgericht hat angesichts der von der Vorinstanz geschilderten Umstände keine Veranlassung, von einem Bagatellfall auszugehen. Demnach ist das Konkurrenzverbot gemäss Art. 5 des Gründervertrags als erheblich zu qualifizieren (Art. 5 Abs. 1 KG).

## **E. 7.8**

Effizienzgründe werden von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich (Art. 5 Abs. 2 KG). Selbst wenn sich die Beschwerdeführerin auf den Effizienzgrund der "Senkung von Herstellungs- und Vertriebskosten" berufen würde, war das Konkurrenzverbot, in das anfangs 2016 immer noch ein grosser Teil der Aktionärinnen eingebunden war (vgl. Aktienbuch der BERAG vom 8. Dezember 2017 [act. III.D.17]; Gründervertrag S. 6 ff. [act. II.1]; Verfügung, Rz. 3 ff., 467 ff.), in diesem personellen und zeitlichen Umfang nicht notwendig: In zeitlicher Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass das Konkurrenzverbot auf unbestimmte Zeit abgeschlossen war. In der Regel lässt sich ein solches Wettbewerbsverbot nicht rechtfertigen (vgl. Krauskopf/Schaller, BSK-KG, Art. 5, Rz. 346; Lukas Cotti, Das vertragliche Konkurrenzverbot, Freiburg 2001, Rz. 280). Selbst wenn die Abrede nur bis 1995 gedauert hat, wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht wird, muss die Dauer, während der sich die Abredebeteiligten einer konkurrenzierenden Tätigkeit enthalten haben, als unverhältnismässig lange bezeichnet werden, da sie nicht auf die ersten paar Betriebsjahre beschränkt war (vgl. Urteil des BVGer B-3290/2018 Rz. 155 "Lazzarini" betreffend ein neun Jahre dauerndes Konkurrenzverbot; Urteil des EuGH C-42/84 vom 11. Juli 1985 Rz. 28 ff. "Remia", in dem ein Wettbewerbsverbot als unzulässig qualifiziert wurde, soweit es über vier Jahre nach einer Unternehmensveräusserung noch Bestand hatte; Mani Reinert, BSK-KG, Art. 4 Abs. 1, Rz. 824; Krauskopf/Schaller, BSK-KG, Art. 5, Rz. 346). Zudem war der Kreis der Abredebeteiligten im vorliegenden Fall gross; er hätte beispielsweise auf diejenigen Gesellschaften beschränkt werden können, die vor der Gründung der BERAG ein Belagswerk betrieben haben (vgl. Art. 4 des Gründervertrags). Selbst wenn geltend gemacht wird, die Anzahl der Abredebeteiligten hätte nicht verringert werden können, ohne die Gründung der BERAG zu gefährden, ist auf die zu lange Dauer des Konkurrenzverbots hinzuweisen. Somit erweist sich die Kombination aus der grossen Anzahl der Abredebeteiligten mit der Dauer, respektive bereits die Dauer alleine, als unverhältnismässig. Da sich die strittige Abrede somit auch nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt, erweist sie sich als unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

## **E. 7.9**

Schliesslich zweifelt die Beschwerdeführerin an der Unzulässigkeit der Abrede mit dem Argument, die Bestimmungen zur einfachen Gesellschaft sähen ein gesetzliches Konkurrenzverbot vor (Beschwerde, Rz. 2.6).

### **E. 7.9.1**

Art. 536 OR untersagt den Gesellschaftern einer einfachen Gesellschaft insbesondere den Betrieb eigener Geschäfte innerhalb des Zwecks der Gesellschaft sowie jede irgendwie geartete Unterstützung von Konkurrenzunternehmen (Fellmann/Müller, BEKO OR, Art. 536, Rz. 8, 20; Werner von Steiger, in: Schweizerisches Privatrecht [SPR] Bd. VIII/1, Basel 1976, S. 504, Fn. 30). Da die einfache Gesellschaft der BERAG-Aktionärinnen weder in der Produktion von Asphaltmischgut tätig noch an Belagswerken beteiligt ist (vgl. E. 4.2.3), würde sich vorliegend aus Art. 536 OR nicht ergeben, dass die Gesellschafterinnen kein Belagswerk betreiben oder sich an keinem solchen beteiligen dürften. Diese Unterlassungspflichten lassen sich lediglich auf Art. 5 des Gründervertrags abstützen. Insofern geht Art. 5 des Gründervertrags über das gesetzlich vorgeschriebene hinaus. Hinzu kommt, dass das gesellschaftsrechtliche Konkurrenzverbot parallel zum

Kartellgesetz Anwendung findet. Insofern kann das Konkurrenzverbot die Regeln des Kartellgesetzes nicht übersteuern (BGE 141 II 66 E. 2.4 "Pfizer").

### **E. 7.9.2**

Die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Rüge ändert somit nichts an der Ungültigkeit des Konkurrenzverbots, an welchem die Beschwerdeführerin mitgewirkt hat.

### **E. 8**

Massnahme Im vorliegenden Fall verfügte die Vorinstanz gegenüber der Beschwerdeführerin nicht nur eine Sanktion (nachfolgende E. 9 ff.), sondern untersagte ihr auch, sich zu verpflichten, die BERAG nicht durch eigene oder gemeinsam mit anderen Unternehmen betriebene Asphaltmischgutwerke zu konkurrenzieren. Dabei präzisierte die Vorinstanz, dass dies nicht bei alleiniger oder gemeinsamer Kontrolle über die BERAG gelte (Dispositiv-Ziff. 2 der Verfügung). Die Beschwerdeführerin begründet nicht, weshalb gegen sie keine Massnahmen anzuordnen seien.

### **E. 8.1**

Massnahmen (Art. 30 Abs. 1 KG) sind zulässig, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung im Verfügungszeitpunkt noch besteht oder beseitigt werden muss oder wenn sie zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs und zur Erhöhung der Präventivwirkung des Kartellgesetzes einer drohenden Wiederholungsgefahr entgegenwirken sollen (BGE 148 II 475 E. 4.3.4, 4.4 "Bauleistungen Graubünden"; Urteile des BVGer B-710/2014 E. 16.3.1 "Abreden im Bereich Luftfracht"; B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 4.3.3, E. 4.5 "Implenia"). Als Massnahmen können Verhaltens- und Unterlassungspflichten, z.B. das Abschliessen eines Vertrags oder die Verpflichtung, Abnehmer unter bestimmten Bedingungen zu beliefern, angeordnet werden (vgl. BGE 148 II 475 E. 4.3.4 "Bauleistungen Graubünden"; Urteil des BVGer B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 14.3 "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; Weber/Volz, a.a.O., Rz. 4.314; Beat Zirlick/Christoph Tagmann, BSK-KG, Art. 30, Rz. 59; Patrick Krauskopf/Olivier Schaller/Simon Bangerter, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel 2005, Rz. 12.85; Ramin Silvan Gohari, Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, Bern 2016, S. 743; Stefan Bilger, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 360). Die angeordneten Massnahmen haben dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) zu entsprechen, müssen also im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel geeignet, erforderlich und zumutbar sein (BGE 148 II 475 E. 5 "Bauleistungen Graubünden", mit Verweis auf BGE 146 I 157 E. 5.4; Urteile des BVGer B-710/2014 E. 16.3.1 "Abreden im Bereich Luftfracht"; B-5161/2019 E. 4.3.3, E. 5 ff. "Implenia"; Zirlick/Tagmann, BSK-KG, Art. 30, Rz. 59; Krauskopf/Schaller/Bangerter, a.a.O., Rz. 12.85; Gohari, a.a.O., S. 741; Bilger, a.a.O., S. 360).

### **E. 8.2**

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Kartellrechtsverstoss im Verfügungszeitpunkt nicht mehr bestand. Die Massnahme der Vorinstanz dient jedoch dazu, eine wiederholte vergleichbare Wettbewerbsrechtsverletzung zu verhindern, d.h. die Beschwerdeführerin soll von einer erneuten Verletzung der Pflichten aus Art. 5 KG abgehalten werden (vgl. BGE 148 II 475 E. 4.4 "Bauleistungen Graubünden"; Urteil des BVGer B-5161/2019 E. 5.3, 5.4.3.4 "Implenia"). Somit ist die Massnahme geeignet. Eine Massnahme darf zudem nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Zweckes

erforderlich ist (BGE 131 V 107 E. 3.4.1; 130 V 196 E. 8). Im vorliegenden Fall beschränkt sich die angeordnete Massnahme im Wesentlichen darauf, der Beschwerdeführerin dasjenige Verhalten zu verbieten, welches im vorliegenden Fall als unzulässig qualifiziert wurde. Zudem ist sie insofern eingeschränkt, als sie bei alleiniger oder gemeinsamer Kontrolle über die BERAG nicht (mehr) gilt (Dispositiv-Ziffer 2, Satz 2). In welchem Sinn "Kontrolle" zu verstehen ist, spezifiziert die Vorinstanz weder im Dispositiv noch in der Begründung der Massnahme (vgl. Verfügung, Rz. 782). Im Zusammenhang mit der Prüfung, ob das Konkurrenzverbot eine für ein Zusammenschlussvorhaben zulässige Nebenabrede darstellt (vgl. Verfügung, Rz. 725), ergibt sich indessen, dass der Begriff der (alleinigen oder gemeinsamen) Kontrolle im Sinne der Regeln über die Zusammenschlusskontrolle zu verstehen ist (vgl. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG; Art. 1 f. der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU, SR 251.4]). Die Zulassung eines Unternehmenszusammenschlusses respektive Gemeinschaftsunternehmens hat das sog. "Konzentrationsprivileg" zur Folge, aufgrund dessen bestimmte Abreden im Rahmen von Zusammenschlussvorhaben der Prüfung nach Art. 5 KG entzogen sind (Andreas Heinemann/Andreas Kellerhals, Wettbewerbsrecht in a nutshell, 3. Aufl., Zürich 2023, S. 109; Stephanie Volz, Kartellrechtliche Zuordnung von Joint Ventures, in: Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht [GesKR] 2020 S. 481 ff., S. 487; Jürg Borer, BSK-KG, Art. 32, Rz. 86 ff.). Die Vorinstanz verneint das Vorliegen einer gemeinsamen Kontrolle über die BERAG (vgl. Verfügung, Rz. 725), was von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird. Es ist denn auch nicht erstellt, dass die BERAG-Aktionärinnen rechtliche Vorkehrungen getroffen hätten, um bei der Willensbildung für strategisch bedeutsame Entscheidungen trotz Minderheitsbeteiligungen (vgl. Aktienbücher der BERAG in act. III.A.98, III.A.183, III.D.17) Übereinstimmung erzielen zu können (Urteil des BVGer B-3871/2017 vom 3. Mai 2018 Rz. 49 "Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner und Starticket"; Sinem Süslü, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 3, Rz. 105, 160 ff.). Somit ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin von der Massnahme zwar beschwert ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung derselben hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG). Aufgrund des Vorgesagten geht die Massnahme jedoch nicht über das erforderliche Mass hinaus, weshalb sich die Massnahme als verhältnis- und rechtmässig erweist.

## **E. 9**

Sanktion

### **E. 9.1**

Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG beteiligt ist, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet, wobei sich der Betrag nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens bemisst. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 49a Abs. 1 KG).

#### **E. 9.1.1**

Die Beschwerdeführerin ist ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG mitgewirkt hat. Damit ist der objektive Tatbestand von Art. 49a KG erfüllt.

#### **E. 9.1.2**

Des Weiteren ist erforderlich, dass der Beschwerdeführerin der Kartellrechtsverstoss auch subjektiv zugerechnet werden kann bzw. vorzuwerfen ist. Massgebend ist ein objektiver

Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens. Dabei ergeben sich die Sorgfaltspflichten im Rahmen des Kartellrechts primär aus dem KG. Unternehmen müssen sich an die Regeln des KG halten und haben Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu unterlassen. Liegt ein nachweisbares wettbewerbswidriges Verhalten vor, ist in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt, denn die Unternehmen müssen über die Regeln des KG und über die dazu ergangene Praxis informiert sein (BGE 147 II 72 E. 8.4.2 "Pfizer"; 146 II 217 E. 8.5.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; 143 II 297 E. 9.6.2 "Gaba"). Im Übrigen besteht auch die Möglichkeit, sich über die aktuelle Rechtslage bei der WEKO zu informieren (BGE 143 II 297 E. 9.6.2 "Gaba"). Die Änderung von Art. 5 KG und die Einführung von Art. 49a KG traten am 1. April 2004 in Kraft. Während der Jahre 2002 und 2003 wurden die Änderungen des KG im Parlament intensiv beraten. Zur direkten Sanktionsmöglichkeit erfolgten zudem mehrere Pressemitteilungen der Kommissionen für Wirtschaft und Abgaben (WAK) des Ständerats und des Nationalrats (BGE 143 II 297 E. 9.6.2 "Gaba") sowie Informationen des Schweizerischen Baumeisterverbandes an die Mitglieder (Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.1.3 Bst. b "Erne"). Der Gründervertrag vom 23. Dezember 1976 wurde im Laufe der Jahre wiederholt in Dokumenten der BERAG, die auch der Beschwerdeführerin unterbreitet wurden, erwähnt (vgl. nachstehende E. 9.3.4 ff.). Der Wortlaut von dessen Art. 5 ist klar formuliert. Der Beschwerdeführerin musste daher bewusst sein, dass ihr Verhalten nach der Verschärfung der kartellrechtlichen Bestimmungen problematisch war. Dieser Schluss gilt unabhängig davon, wie gross das von ihr betriebene Unternehmen ist. Auch KMU haben die notwendigen Massnahmen zur Vermeidung von Widerhandlungen gegen das Kartellrecht zu ergreifen (Manuela Rapold, Kartellrechts-Compliance, Bern 2016, Rz. 381 f.; Daniel Lengauer/Lea Ruckstuhl, Compliance, Zürich 2017, Rz. 324; Dagmar Jenni, Compliance-Programm auch für KMU, in: KMU-Magazin, Nr. 1/2014), wobei bloss Compliance-Programme weder schuldausschliessend noch strafmildernd wirken (BGE 143 II 297 E. 9.6.2, 9.7.4 "Gaba", m.w.H.). Hier handelt es sich indes um eine Verfehlung des Kaders, weshalb Compliance-Programme ohnehin nicht einschlägig sind (BGE 143 II 297 E. 9.7.4). Somit ist das kartellrechtswidrige Verhalten der Beschwerdeführerin auch subjektiv zurechenbar (BGE 143 II 297 E. 9.6.2 "Gaba" betreffend einen Vertrag aus dem Jahr 1982).

## **E. 9.2**

Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt, ist das Unternehmen zu sanktionieren; die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes (maximale Sanktion; Art. 49a Abs. 1 KG; Art. 7 der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004, SVKG, SR 251.5; BGE 146 II 217 E. 9.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"). Auch bei umsatzlosen Fallkonstellationen ist eine Sanktion auszusprechen. Diesbezüglich besteht kein Entschliessungsermessen (Urteile des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.6.4.1, 9.6.8.2 "Cellere"; B-807/2012 E. 11.5.4.1, 11.5.8.2 "Erne"). Der Betrag bemisst sich dabei nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 49a Abs. 1 KG; Art. 2 Abs. 1 SVKG). Im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung wird der im Einzelfall auszusprechende Betrag innerhalb des abstrakten - in Art. 49a Abs. 1 KG festgelegten - maximalen Sanktionsrahmens anhand der in Art. 2 ff. SVKG enthaltenen Kriterien in drei Schritten bestimmt (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.1 "Preispolitik Swisscom ADSL"; 144 II 194 E. 6.2 "Bayerische Motoren Werke"; Urteil des BGer 2C\_484/2010 E.

12.3.1 "Publigroupe" [in BGE 139 I 72 nicht publizierte Erwägung]: Ermittlung des Basisbetrags (Art. 3 SVKG), Berücksichtigung der Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) sowie erschwerender und mildernder Umstände (Art. 5 und 6 SVKG). Bei der Festsetzung der Sanktion ist das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 2 Abs. 2 SVKG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 BV). Der Basisbetrag umfasst je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (vgl. Art. 3 SVKG) und wird ebenfalls in drei Schritten ermittelt: Feststellung der relevanten Märkte, Umsatz auf diesen und Anpassung der Sanktionshöhe an die objektive Schwere des Verstosses (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.1 "Preispolitik Swisscom ADSL"; 144 II 194 E. 6.2 "Bayerische Motoren Werke"). Bei umsatzlosen Verstössen stützt sich die Sanktion direkt auf Art. 49a Abs. 1 KG, der eine hinreichende formell-gesetzliche Regelung bildet, und die allgemeinen Prinzipien der Sanktionsbemessung. Denn der allgemeinen Bemessungsregel von Art. 3 SVKG, wonach beim maximalen Basisbetrag der Umsatz heranzuziehen ist, lässt sich nicht entnehmen, wie ein Basisbetrag bei Fehlen eines Umsatzes auf dem relevanten Markt konkret bestimmt werden kann (Urteile des BVGer B-721/2018 vom 25. April 2024 E. 10.1.6 "Lazzarini"; B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 15.1.7 "Foffa Conrad"; B-771/2012 E. 9.6.8.1 ff. "Cellere"; B-807/2012 E. 11.5.8.1 ff., "Erne"; Tagmann/Zirlick, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 49). Die Belastung mit einer Sanktion entfällt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG).

### **E. 9.3**

Nach der angefochtenen Verfügung hatte die strittige Vereinbarung von 1976 bis 2016 Gültigkeit (Verfügung, Rz. 516).

#### **E. 9.3.1**

Die Beschwerdeführerin erklärt, mit gesundem Menschenverstand müsse man zum Schluss kommen, dass der vierzigjährige Gründungsvertrag und damit das Konkurrenzverbot nicht mehr gelte, seit der Vertrag mit dem Eintritt der BLH im Jahre 1995 von neuen Aktionären nicht mehr unterzeichnet wurde (Beschwerde Rz. 2.3). Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, mit der Aufnahme der BLH im Jahr 1995 seien weder der Gründervertrag noch das Konkurrenzverbot aufgehoben worden. Denn andere neu eintretende Unternehmen hätten den Gründervertrag im gleichen Jahr unterzeichnet. Zudem sei später bei mehreren Gelegenheiten auf ihn Bezug genommen worden. Im Zuge der Aufnahme der neuen Aktionärinnen 2011 und 2013 sei weder der Gründervertrag im Allgemeinen noch das Konkurrenzverbot im Spezifischen in irgendeiner Form thematisiert worden. Angesichts von mehr als zehn Vertragsparteien, die 2011 und 2013 noch am Gründervertrag beteiligt gewesen seien, könne ausgeschlossen werden, dass die fehlende Auseinandersetzung betreffend die Übertragung des Gründervertrags auf die neuen Aktionärinnen als bewusstes "kollektives Schweigen" zu werten sei (Verfügung, Rz. 479 ff.; Vernehmlassung, Rz. 21 ff.).

#### **E. 9.3.2**

Unstrittig ist, dass der Gründervertrag keine feste Vertragsdauer hat und der Vertrag respektive das Konkurrenzverbot weder ausdrücklich aufgehoben noch gekündigt worden ist (Verfügung, Rz. 479 f.). Eine Kündigung des Vertrags durch eine Partei wäre möglich gewesen (Art. 5 Abs. 2 des Gründervertrags; vgl. auch E. 5.1). Die Frage kann letztlich

offengelassen werden. Denn es ist erstellt, dass die beteiligten Unternehmen kein eigenes Belagswerk errichtet respektive sich - zumindest bis 2016 - an keinem solchen beteiligt haben (Verfügung, Rz. 510). Schliesslich pflegten die BERAG-Aktionärinnen mit der BERAG eine langjährige, intensive Zusammenarbeit (Verfügung, Rz. 476, mit Verweis auf act. III.A.182, S. 7). Fraglich ist indessen, ob und allenfalls wann der Gründervertrag konkludent aufgehoben worden sein könnte. Konkret ist zu prüfen, ob die Parteien des Gründervertrags dessen Aufhebung beschlossen haben. Ein solcher Aufhebungsvertrag bedarf keiner besonderen Form. Er kann sowohl ausdrücklich als auch durch konkludentes Verhalten geschlossen werden (Art. 1 Abs. 2 OR; Urteil des BGer 4C.185/2001 vom 16. November 2001 E. 2a; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2016, Rz. 82.02; Hintz-Bühler, Aktionärsbindungsverträge, 2001, S. 166). Ein konkludent geschlossener Aufhebungsvertrag ist nur zurückhaltend anzunehmen, weshalb der Aufhebungswille aus den Willensäusserungen der Parteien unzweifelhaft bzw. eindeutig erkennbar sein muss (Urteile des BGer 4A\_569/2019 vom 15. April 2020 E. 5; 4P.77/2005 vom 15. Juli 2005 E. 2.2, mit Verweis auf BGE 102 Ia 417 E. 3c und weitere Urteile des BGer). Blosses Nichtstun oder Schweigen kann im Regelfall nicht als Willenserklärung gewertet werden (BGE 123 III 53 E. 5a; Urteil des BGer 4C.228/2002 vom 18. Oktober 2002 E. 1.5; Schwenzer, a.a.O., Rz. 27.11). Zu einem passiven Verhalten müssen Umstände hinzukommen, die den Schluss auf den Aufhebungswillen als begründet erscheinen lassen (BGE 54 II 197 E. 3; Urteil des BGer 4C.228/2002 E. 1.5). In diesem Sinne urteilte das Bundesgericht, aus dem Ruhen von Verkaufsbemühungen könne nicht ohne Weiteres auf eine einvernehmliche Auflösung eines Maklervertrags geschlossen werden (Urteil des BGer 4A\_569/2019 vom 15. April 2020 E. 5.3), ebenso wenig aus der Nichtgeltendmachung von Vertragsrechten vor Ablauf der Verjährungsfrist (BGE 54 II 197 E. 3; Laurent Killias/Matthias Wiget, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl. 2016, Art. 115, Rz. 3).

### **E. 9.3.3**

Bei der Beurteilung, ob ein Aufhebungsvertrag konkludent geschlossen wurde, kommt somit den Umständen im Einzelfall grosses Gewicht zu (Killias/Wiget, a.a.O., Art. 115, Rz. 3). In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass das Konkurrenzverbot lediglich eine Unterlassungspflicht bedeutete (vgl. Verfügung, Rz. 848). Somit war es ohne jegliche praktische Relevanz für eine Aktionärin, die keine Absicht hatte, im abgegrenzten Gebiet die Belagsproduktion aufzunehmen oder sich an einem Asphaltwerk zu beteiligen. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass Verträge grundsätzlich einzuhalten sind; somit war die Vorinstanz nicht verpflichtet zu beweisen, dass die Parteien ein Bewusstsein über das Konkurrenzverbot hatten. Vielmehr ist es gestützt auf die Mitwirkungspflicht (Art. 13 VwVG i.V.m. Art. 40 KG; BGE 139 II 328 E. 4.5 "Ticketcorner") Sache der Beschwerdeführerin, Tatsachen darzulegen, aus denen sich die Beendigung des Vertrags oder einer Vertragsklausel ergibt (vgl. Urteile des BVGer B-3618/2013 Rz. 331 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zü-ich"; B-581/2012 E. 7.2.2 "Nikon"). Die Mitwirkungspflicht erstreckt sich insbesondere auf Tatsachen, die eine Partei besser kennt als die Behörden und die diese ohne Mitwirkung der Betroffenen gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben können (vgl. BGE 143 II 425 E. 5.1; 138 II 465 E. 8.6.4; Urteil des BVGer B-3340/2020 vom 20. März 2024 E. 4.6.3). Zwar deuten Aussagen von Parteieinvernahmen im Jahr 2019 auf ein fehlendes Bewusstsein über den Gründervertrag und dessen Konkurrenzverbot hin (vgl. Verfügung, Rz. 443 ff.). Indessen können sie nur

wiedergeben, welches Bewusstsein hinsichtlich des Gründervertrags die Aussagenden zum Zeitpunkt der Einvernahmen hatten. Entscheidend ist somit vielmehr, ob sich in historischen Dokumenten Indizien finden, aufgrund derer eine Aussage über die Weitergeltung des Gründervertrags möglich ist.

#### **E. 9.3.4**

Tatsache ist, dass der Gründervertrag im Laufe der Jahre wiederholt explizit erwähnt wurde: Der Gründervertrag wurde im Rahmen von zwei Betriebskommissionssitzungen der BERAG (24. Februar 1995 [act. III.A.23, Traktandum 8] und 16. März 1995 [act. III.A.25, Traktandum 8]) unter Überlassung von Vertragskopien "zum Studium" thematisiert (Verfügung, Rz. 485 ff.). Der Verwaltungsrat der BERAG fällte am 4. September 2002 den Beschluss, die E.\_\_\_\_\_ SA als neue Aktionärin aufzunehmen, soweit sie mit den Aktien auch die Rechte und Pflichten des Gründervertrags einschliesslich des Verbots, eine Mischgutaufbereitungsanlage im Liefergebiet der BERAG zu betreiben oder sich daran zu beteiligen, übernehmen würde (Verfügung, Rz. 490 f.; act. III.A.60, Traktandum 4). Das Protokoll der BERAG-Verwaltungsratssitzung vom 24. April 2007 hält im Rahmen der Strategiediskussionen zum Thema "Zukunft BERAG" unter dem Titel "Aktionärsbindungsvertrag / Gründervertrag BERAG" fest, dass wesentliche Überlegungen der Gründer im Gründervertrag niedergeschrieben seien und sich der Verwaltungsrat Gedanken darüber machen solle, ob der Vertrag unverändert bestehen bleiben oder überarbeitet werden solle (Verfügung, Rz. 492 ff.; act. III.A.108). Der am 17. September 2007 unterzeichnete Baurechtsvertrag zwischen der F.\_\_\_\_\_ AG und der BERAG zählte den Gründervertrag explizit unter dem Titel "Weitere Verträge" mit dem Hinweis auf, dass sich die Parteien zur Einhaltung der aufgeführten Verträge verpflichteten (Verfügung, Rz. 495; act. III.C.23, Ziff. V.2g). Auch der erneuerte Baurechtsvertrag zwischen der BERAG und der F.\_\_\_\_\_ AG vom 24. April 2012 / 27. Februar 2014 erwähnte den Gründervertrag von 1976 nebst anderen Verträgen wiederum mit dem Hinweis, dass sich die Parteien zur Einhaltung der aufgeführten Verträge verpflichteten (Verfügung, Rz. 498; act. III.C.40, Ziff. IV.10).

#### **E. 9.3.5**

Es trifft zu, dass an den vorgängig genannten Geschäftsvorfällen jeweils nicht alle Gründeraktionärinnen involviert waren. So war an den Sitzungen der Betriebskommission der BERAG vom 24. Februar 1995 und 16. März 1995 nur ein Teil dieser Aktionärinnen vertreten. Die teilnehmenden Aktionärinnen hätten es aber in der Hand gehabt, aufgrund ihrer an den Sitzungen oder beim Vertragsstudium gewonnenen Erkenntnisse den Gründervertrag vor eine (einzuberufende) Versammlung der Gründeraktionärinnen respektive ihrer einfachen Gesellschaft zu bringen. Unter den BERAG-Aktionärinnen scheint indessen anerkannt gewesen zu sein, den Gründervertrag nicht in einem solchen Rahmen zu diskutieren, sondern vor allem anlässlich von Sitzungen des BERAG-Verwaltungsrats und der Betriebskommission. Aussagen wie: "Der damit verbundene Übergang von BERAG-Aktien an unseren direkten Konkurrenten, ein eindeutiger Verstoss gegen unseren Gründervertrag (...)" im Geschäftsbericht 1990 der BERAG (act. III.A.20, S. 2) deuten auf das Verständnis des BERAG-Verwaltungsrats und der Betriebskommission als "Hüter" des Gründervertrags hin. Soweit diese bei diversen Geschäftsfällen über den Gründervertrag diskutierten, äusserten sie sich sinngemäss im Interesse aller Aktionäre, die den Gründervertrag unterzeichnet hatten. Weiter nahmen an der Beschlussfassung im Zusammenhang mit der E.\_\_\_\_\_ SA sieben Verwaltungsräte

teil, die zugleich je eine BERAG-Aktionärin vertraten. Indem der BERAG-Verwaltungsrat am 4. September 2002 die Aufnahme der E.\_\_\_\_\_ SA von ihrer Einbindung in die Rechte und Pflichten des Gründervertrags abhängig machte (Verfügung, Rz. 490 f.; act. III.A.60, Traktandum 4), wahrte er einerseits die Interessen der BERAG, andererseits aber auch die Interessen aller Parteien des Gründervertrags. Dass der grossmehrheitlich gefasste Beschluss des Verwaltungsrats nicht einstimmig erfolgte, ist unerheblich. Auch die Baurechtsverträge vom 17. September 2017 (act. III.C.23, Ziff. V.2g) und vom 24. April 2012 / 27. Februar 2014 (act. III.C.40, Ziff. IV.10) wurden zwischen anderen Parteien geschlossen als der Gründervertrag. Indessen wurden beide Verträge von immerhin jeweils drei Verwaltungsräten der BERAG (Vertrag vom 17. September 2017: [...]; Vertrag vom 24. April 2012 / 27. Februar 2014: die vorgenannten sowie [...]), die zugleich einen Teil des (Gründer-)Aktionariats vertreten, unterzeichnet. Diesen drei Vertretern wurde der Inhalt der erneuerten Baurechtsverträge durch den Notar vorgelesen (vgl. act. III.C.23, S. 22; act. III.C.40, S. 23). Die genannten Vertreter wussten somit, dass der Gründervertrag als bindender Vertrag qualifiziert wurde und hätten intervenieren können, wenn sie mit dieser Qualifikation nicht einverstanden gewesen wären. Hinzu kommt, dass die Entwürfe der Baurechtsverträge an vorgängigen Verwaltungsratssitzungen diskutiert (act. III.A.110, III.A.111, III.A.113, III.A.117; act. III.A.181) und sogar "Seite für Seite" durchgegangen (act. III.A.110, S. 1) wurden.

#### **E. 9.3.6**

Aus weiteren Dokumenten ergibt sich, dass die Generalversammlung vom 26. April 1995 das in den Statuten der BERAG vom 23. Dezember 1976 (act. VII.90, Beilage 1, Art. 5) und vom 26. Oktober 1988 (act. VII.90, Beilage 2, Art. 5) verankerte Konkurrenzverbot anlässlich der Statutenänderung nicht mehr erneuerte (vgl. Verfügung, Rz. 488; act. III.A.27; III.A.28 Ziff. 1). Obwohl damit auch das gleichlautende Konkurrenzverbot des Gründervertrags ins Bewusstsein der Aktionärinnen gerückt sein musste, wurde es unverändert im Gründervertrag belassen. Da der Gründervertrag kurz vor der Statutenanpassung an Betriebskommissionssitzungen thematisiert wurde (E. 9.3.4), kann nicht der Schluss gezogen werden, dass die Unterzeichnerinnen den Gründervertrag zum damaligen Zeitpunkt als nicht mehr gültig betrachteten.

#### **E. 9.3.7**

Weiter enthalten die Diskussionen rund um die "Zukunft BERAG" keine Anhaltspunkte, die für eine Aufhebung des Gründervertrags sprächen. Gemäss dem Protokoll der VR-Sitzung vom 24. April 2007 (act. III.A.108) galten aus Sicht von A.\_\_\_\_\_ die einst im Gründervertrag festgelegten Grundsätze und Überlegungen weiterhin. Eine handschriftliche, mit 24. April 2007 datierte Notiz von C.\_\_\_\_\_ ("Gründervertrag sollte bestehen bleiben") auf der Hinterseite der ihm ausgehändigten Dokumentenkopie "Zukunft BERAG" belegt zumindest prima vista diese Aussage (act. III.C.21). Dabei soll es sich nach Aussage von C.\_\_\_\_\_ jedoch nicht um seine persönliche Meinung gehandelt haben. Zudem soll es den (älteren) Aktionären insbesondere um die darin enthaltenen Kieslieferungsrechte gegangen sein. Er äusserte sich indessen auch dahingehend, die Angst sei immer gewesen, dass jemand ein neues Werk im Einzugsgebiet der BERAG bauen würde (act. IV.9, Zeile 588 ff.). An den Verwaltungsratssitzungen vom 5. Juni 2007, 27. Juni 2007, 27. August 2007 und 12. Dezember 2007 wurde der Gründervertrag trotz des entsprechenden Auftrags vom 24. April 2007, sich Gedanken zum Gründervertrag zu machen, nicht mehr thematisiert (act. III.A.110, III.A.111, III.A.113, III.A.117). Somit

wurde auch nicht mehr über eine Aufhebung desselben diskutiert. In diesem Sinne verneinten sowohl A. \_\_\_\_\_ (act. IV.18, Zeilen 279 ff.) als auch D. \_\_\_\_\_ (act. IV.11, Zeile 329) anlässlich ihrer Anhörung vor der Vorinstanz die Frage, ob man im Jahr 2007 entschieden habe, den Aktionärsbindungsvertrag aufzuheben.

### **E. 9.3.8**

Im Jahre 1995 trat die BLH ins Aktionariat der BERAG ein, ohne den Gründungsvertrag zu unterzeichnen. Anfangs der 2010er Jahre stiessen sodann vier weitere Aktionärinnen zur BERAG, ohne den Gründungsvertrag zu unterzeichnen: Die KIBAG Bauleistungen AG, Cäsar Bay AG und Peter Batt AG (je im Jahr 2011) sowie die STRABAG im Jahr 2013 (Verfügung, Rz. 496). Zunächst ist festzustellen, dass mit der Nichtunterzeichnung durch die neuen Aktionärinnen zwei Klassen von Aktionärinnen geschaffen wurden: Aktionärinnen, die den Verpflichtungen des Gründungsvertrags und damit auch dem Konkurrenzverbot unterlagen, und Aktionärinnen ohne solche Verpflichtungen. Auch wenn die Schaffung zweier Klassen von Aktionärinnen nicht sinnvoll erscheinen mag, kann daraus ohne weitere Umstände nicht zwingend abgeleitet werden, dass der Gründungsvertrag bereits ab 1995 keinen Bestand mehr hatte. So könnte die fehlende Überbindung des Gründungsvertrags auf die neu aufgenommenen Aktionärinnen auf den Umstand zurückzuführen sein, dass diese zum damaligen Zeitpunkt offenbar zumindest keine in Konkurrenz zur BERAG stehende Werke betrieben. Zwar hielt die KIBAG eine Beteiligung an den Mischgutaufbereitungsanlagen der Miphalt. Diese Anlagen befinden sich in Lyss und in Niederbipp (vgl. [www.miphalt.ch](http://www.miphalt.ch)), somit weit (Niederbipp) bis geringfügig (Lyss) ausserhalb des relevanten Einzugsgebiets. Durch diese Beteiligung hätte die KIBAG das Konkurrenzverbot zum vornherein nicht verletzt. Es bestand somit kein zwingender Grund, diese neuen Aktionärinnen den Gründungsvertrag mitunterzeichnen zu lassen. Hinzu kommt, dass zu jener Zeit der erneuerte Baurechtsvertrag zwischen der BERAG und der F. \_\_\_\_\_ AG vom 24. April 2012 / 27. Februar 2014 den Gründungsvertrag von 1976 nebst anderen Verträgen wiederum mit dem Hinweis erwähnte, dass sich die Parteien zur Einhaltung der aufgeführten Verträge verpflichteten (vgl. act. III.C.40, Ziff. IV.10). Weder an der Verwaltungsratssitzung vom 27. März 2012 noch später wurde die Streichung des Gründungsvertrags aus Ziffer IV.10 des Baurechtsvertrags angeregt. Somit kann entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht geschlossen werden, dass im Gründungsvertrag verankerte Konkurrenzverbot habe seit 1995 keine Bedeutung mehr gehabt.

### **E. 9.3.9**

Die Vorinstanz hielt es dagegen für beweismässig erstellt, dass das Konkurrenzverbot im Jahr 2016 konkludent aufgehoben worden sei. Damals hätten sich die Frutiger AG und die Marti AG Bern bei der G. \_\_\_\_\_ AG beteiligt, ohne dass das Konkurrenzverbot durchgesetzt worden sei. Das Belagswerk in M. \_\_\_\_\_ sei das am nächsten zur BERAG gelegene Konkurrenzwerk. Insofern hätten die Beteiligungen der Frutiger AG und der Marti AG Bern an diesem Werk eine grosse Tragweite für die BERAG gehabt. Dass sie ohne Folgen geduldet worden seien, deute darauf hin, dass damit der Konsens zur Aufrechterhaltung des Konkurrenzverbots endgültig und für alle beteiligten Unternehmen gebrochen worden sei (Verfügung, Rz. 505 f.). Die Frutiger AG und die Marti AG Bern betrieben bereits vor ihrer Beteiligung an der G. \_\_\_\_\_ AG je ein Belagswerk (Belagswerk in Walliswil respektive Belagswerk in Sundlauenen, vgl. Verfügung, Rz. 475). Diese liegen ausserhalb des Einzugsgebietes gemäss dem Plan zum Gründungsvertrag. Durch die 2016 erfolgte Beteiligung an einem Belagswerk innerhalb des Einzugsgebietes setzten

sie sich jedoch über das Konkurrenzverbot hinweg. Die übrigen am Gründervertrag beteiligten Aktionärinnen hätten, sofern sie noch von der Gültigkeit des Gründervertrags ausgegangen wären, Massnahmen ergreifen müssen. In Frage kommen solche, die zum Ausscheiden der fehlbaren Aktionärinnen aus dem Aktionariat führen (vgl. Art. 5 Abs. 2 des Gründervertrags), oder eine Klage auf reale Durchsetzung des Konkurrenzverbots respektive auf Ersatz des entstandenen Schadens (Forstmoser/Küchler, ABV, Rz. 2031, 2080). Sie unternahmen indessen gemäss der unbestritten gebliebenen Darstellung in der angefochtenen Verfügung weder das eine noch das andere gegen die Verletzung des Konkurrenzverbots (vgl. Verfügung, Rz. 505), obwohl die Beteiligung der Frutiger AG, der Marti AG Bern sowie der H.\_\_\_\_\_ AG zu je 1/3 an der G.\_\_\_\_\_ AG anlässlich der Verwaltungsratsitzung der BERAG vom 8. Dezember 2016 unter Traktandum 5 ("Veränderungen der Werkstandorte Berner Oberland") kommuniziert wurde (vgl. act. III.A.259). Anlässlich der Übernahme der I.\_\_\_\_\_ AG (damalige Aktionärin der BERAG) durch eine direkte Konkurrentin der BERAG (J.\_\_\_\_\_ AG) im Jahr 1989 war im Gegensatz dazu eine gerichtliche Durchsetzung des Gründervertrags erwogen worden; letztlich wurde aber eine gütliche Einigung gefunden, so dass dieser Schritt nicht nötig wurde (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 483 f., mit Verweis auf Geschäftsbericht 1990 der BERAG [act. III.A.20, Ziff. 1.1]).

#### **E. 9.3.10**

Insgesamt fehlt es für die Zeit vor 2016 an jeglichen Handlungen, Unterlassungen und Duldungen, die als konkludente Aufhebung gewertet werden können.

#### **E. 9.3.11**

Daraus ergibt sich, dass erst 2016 angesichts der klaren Verletzung des Konkurrenzverbots, der anschliessenden Kommunikation darüber sowie der ausbleibenden Reaktion konkludent ein Konsens über die Aufhebung des Gründervertrags oder zumindest von dessen Konkurrenzverbot zustande gekommen ist. Wie dargelegt, wurde zuvor weder das Konkurrenzverbot ausdrücklich aufgehoben noch durch die Beschwerdeführerin gekündigt. Die vorliegend strittige Wettbewerbsabrede galt somit zwischen 1976 und 2016.

#### **E. 9.4**

Das unzulässige Verhalten endete demnach 2016, während die Vorinstanz ihre Untersuchung am 5. März 2019 eröffnete. Die Frist für die Sanktionierbarkeit ist damit gewahrt.

#### **E. 9.5**

Die Vorinstanz erwog in Bezug auf den Basisbetrag, einen Umsatz auf dem relevanten Markt hätten nur Abredeteiligte mit einem eigenen Werk ausserhalb des örtlichen Geltungsbereichs des Konkurrenzverbots generiert, die von dort Belagsprodukte in den relevanten Markt geliefert hätten. Viele Abredeteiligte hätten jedoch aufgrund der Wettbewerbsabrede keinen Umsatz auf dem relevanten Markt erzielt. Eine Nichtsanktionierung entspreche aber nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 3 SVKG. Vorliegend sei ersatzweise der Umsatz der BERAG auf dem relevanten Markt heranzuziehen ([Fr. 34 Mio.] in den drei Jahren 2014-2016 vor Aufgabe des Konkurrenzverbots), zumal die Wettbewerbsabrede darauf gezielt habe, diese zu schützen. Die möglichen Folgen des Konkurrenzverbots für den Wettbewerb im relevanten Markt seien als bedeutend zu qualifizieren, da zusätzliche Konkurrenzwerke den Konkurrenzdruck auf die BERAG in hohem Mass erhöht und den Wettbewerb spürbar belebt hätten. Die

Wahrscheinlichkeit, dass ein tatsächlicher Schaden hätte eintreten können, sei indessen als gering zu werten. Bei der Sanktionierung sei die Wahrscheinlichkeit zu berücksichtigen, dass ein Unternehmen ohne Konkurrenzverbot im räumlichen Geltungsbereich der Wettbewerbsabrede ein eigenes Werk errichtet hätte. Die Beschwerdeführerin sei ein eher kleines Bauunternehmen, das weder ein eigenes Belagswerk betreibe noch einen spezifischen Zugang zu den erforderlichen natürlichen Ressourcen habe. Immerhin habe die Beschwerdeführerin ihren Standort im vom Konkurrenzverbot geschützten Gebiet und beziehe regelmässig für darin gelegene Bauprojekte Asphaltmischgut bei der BERAG. Der Basisbetrag werde für die Beschwerdeführerin und die anderen Abredeteiligen der Kategorie C auf Fr. 12'000.- (pauschal) festgesetzt (Verfügung, Rz. 828 ff.). Die Beschwerdeführerin hält dagegen, das Vorgehen der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin mit einem Pauschalbetrag zu sanktionieren, obwohl sie keinen Umsatz erzielte, entbehre jeder rechtlichen Grundlage (Beschwerde Rz. 3).

### **E. 9.5.1**

Fraglich ist zunächst, wie Verstösse zu sanktionieren sind, aus denen keine Umsätze resultieren.

#### **E. 9.5.1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht setzte sich in den Fällen "Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau" (Verfahren B-771/2012, B-807/2012, B-829/2012, B-880/2012) sowie "Hoch- und Tiefbau Engadin" (Verfahren B-645/2018, B-654/2018, B-721/2018 und B-5172/2019) mit der Sanktion umsatzloser Verstösse auseinander. Es kam zum Schluss, Art. 49a Abs. 1 KG verpflichte auch zur Sanktionierung von umsatzlosen Beteiligungen an Submissionsabsprachen in Form von Stützofferten. Art. 49a Abs. 1 KG bilde die hinreichende formell-gesetzliche Rechtsgrundlage für die Sanktionierung (vgl. u.a. Urteile des BVGer B-721/2018 E. 10.1.6 "Lazzarini"; B-654/2018 vom 18. April 2024 E. 12.1.7 "Crestageo/Mettler/Zindel"; B-645/2018 E. 15.1.7 "Foffa Conrad"; B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.4.2.5 ff. "Rocca + Hotz"; B-771/2012 E. 9.6.8.3 "Cellere"; B-807/2012 E. 11.5.8.3 "Erne"). Die zu beurteilenden Verhaltensweisen setzten sich in den Fällen "Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau" aus umsatzgenerierenden und umsatzlosen Fallkonstellationen zusammen, wobei letztere (in casu Stützofferten und erfolglose Schutznahmen bei Einzelsubmissionen) als erschwerender Umstand auf den Basisbetrag hinzugeschlagen wurden ("Zuschlagsmodell"). Dieses von der Vorinstanz gewählte Modell beanstandete das Bundesverwaltungsgericht nicht, da es sich innerhalb der zu beachtenden verfassungsrechtlichen (Art. 5 Abs. 2 und 8 f. BV) und kartellgesetzlichen Schranken bewege (Urteile des BVGer B-771/2012 E. 9.6.8.7 ff. "Cellere"; B-807/2012 E. 11.5.8.7 ff. "Erne"). In den späteren Fällen "Hoch- und Tiefbau Engadin" wurde ein anderes, vom Bundesverwaltungsgericht ebenso wenig beanstandetes Bemessungsmodell angewandt, indem bei den umsatzlosen Fallkonstellationen auf die Offertsumme der erfolgreichen Schutznehmerin (Urteile des BVGer B-721/2018 E. 10.2.1 "Lazzarini"; B-654/2018 E. 12.2.7 "Crestageo/Mettler/Zindel"; B-645/2018 E. 15.2.6 "Foffa Conrad") respektive auf die Offertsumme des erfolglos gestützten Unternehmens (Urteil des BVGer B-5172/2019 E. 9.4.2.3 "Rocca + Hotz") abgestellt wurde. Fehlende Umsätze spielen auch bei der Sanktionierung im Rahmen der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) eine Rolle. Denn bei diesem Tatbestand ist es gerade das Ziel, mit gewissen Unternehmen keine Umsätze zu erwirtschaften (Krauskopf, DIKE-KG, Art. 49a, Rz. 40). Die Praxis löste dieses Problem, indem sie beim Basisbetrag auch auf Umsätze in

benachbarten Märkten abstellte, auf die sich das missbräuchliche Verhalten ausgewirkt hat (vgl. Urteil des BVGer B-4003/2016 E. 11.4.4 "Sport im Pay-TV") respektive indem auf den (auf drei Jahre hochgerechneten) Umsatz abgestellt wurde, der vor der Verweigerung der Geschäftsbeziehung generiert worden ist (Beat Zirlick/David Bruch, Ausgewählte verfahrensrechtliche Fragen: Hybrid-Verfahren und Sanktionsbemessung, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], 10. Tagung zum Wettbewerbsrecht, 2019, S. 20, mit Verweis auf Verfahren "Flughafen Zürich AG [Unique] - Valet Parking", in: RPW 2006/1, 177 und 2006/4, 663). Auch Konkurrenzverbote bezwecken, dass die durch das Verbot verpflichteten Unternehmen oder natürlichen Personen im vertraglich oder gesetzlich definierten Umfang weder Verträge abschliessen noch Investments eingehen (vgl. Cotti, a.a.O., Rz. 17, 390 f.) und damit letztlich keine Umsätze erzielen.

#### **E. 9.5.1.2**

Die Vorinstanz erklärte zwar, mangels Umsatzes auf dem relevanten Markt ersatzweise den Umsatz der BERAG heranzuziehen, und bezifferte diesen sogar (vgl. Verfügung, Rz. 831 f.), zog ihn aber letztlich doch nicht bei, sondern behalf sich mit Pauschalen (vgl. Verfügung, Rz. 834). In der Literatur ist anerkannt, dass es besondere Fälle gibt, in denen im Hinblick auf eine effektive Sanktionierung der Basisbetrag alternativ, d.h. nicht gestützt auf einen eigenen Umsatz, bestimmt werden muss, unter anderem mit pauschalen Sanktionen (Krauskopf, DIKE-KG, Art. 49a, Rz. 40; PETER PICHT, OFK-Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021 [nachfolgend OFK-II], Art. 3 SVKG, Rz. 13; Tagmann/Zirlick, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 49 ff.). In diesen direkt auf Art. 49a Abs. 1 KG gestützten Fällen ist es wichtig, im Einzelfall die konkreten Gründe für die Wahl dieser Bemessungsmethode sowie die relevanten Bemessungskriterien darzulegen (Tagmann/Zirlick, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 94; Picht, OFK-II, Art. 3 SVKG, Rz. 13). Zudem haben die Behörden für jedes Unternehmen die Sanktion individuell festzulegen (Krauskopf, DIKE-KG, Art. 49a, Rz. 29). Bei mehreren Abredeteiligen bedeutet dies, dass die Sanktionen separat zu berechnen und zu begründen sind (Urteil des BVGer B-506/2010 E. 14.5.3 "Gaba", bestätigt durch Urteil des BGer 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 9.8.3 "Gaba" [nicht in BGE 143 II 297 publizierte Erwägung]). In den Fällen "Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau" wurde insofern auf Pauschalen abgestellt, als ein pauschalierter Zuschlag auf den Basisbetrag nach Häufigkeit umsatzloser Verstösse erhoben wurde (PICH, OFK-II, Art. 3 SVKG, Rz. 13). Dies erachtete das Bundesverwaltungsgericht als zulässig, da die Zuteilung in eine vordefinierte Zuschlagskategorie den massgeblichen Gegebenheiten (Schwere der Verstösse, wachsende Systematik und volkswirtschaftliche Schädlichkeit pro zusätzlichen Verstoß) sowie dem Sanktionszweck der wirksamen Abschreckung insgesamt angemessen Rechnung trage (Urteil des BVGer B-807/2012 E. 11.5.8.10 "Erne").

#### **E. 9.5.1.3**

Die im vorliegenden Verfahren ausgesprochene Sanktion stützt sich - anders als in den vorgenannten Fällen "Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau" - ausschliesslich auf eine Pauschale. Die Vorinstanz teilte die abredeteiligen Unternehmen vier Kategorien (A-D) zu (vgl. Verfügung, Rz. 834): Kategorie Beschrieb Pauschale Kategorie A Grosse Baukonzerne mit eigenen Belagswerken oder Beteiligungen an Belagswerken und einer bedeutenden Nachfrage nach Asphalt Fr. 50'000.- Kategorie B Unternehmen mit Zugang zu den für die Belagsproduktion erforderlichen natürlichen Ressourcen (Betreiberinnen von Kieswerken) Fr. 25'000.- Kategorie C Kleinere Bauunternehmen, die weder eigene

Belagswerke betreiben noch einen spezifischen Zugang zu den erforderlichen natürlichen Ressourcen haben sowie die Kästli AG Fr. 12'000.- Kategorie D Burkhart AG (2015 eingestellte Bautätigkeit, kaum Nachfrage nach Asphaltmischgut der BERAG für Projekte innerhalb des geschützten Gebiets) Fr. 2'000.- Die Vorinstanz teilte die Beschwerdeführerin der Kategorie C zu. In der Kategorie A befinden sich nach Einschätzung der Vorinstanz die Unternehmen mit dem grössten potenziellen Interesse, ein eigenes Belagswerk zu errichten oder durch eine Beteiligung die Errichtung eines Konkurrenzwerks der BERAG zu begünstigen, weshalb sie für diese Kategorie den höchsten pauschalen Basisbetrag (Fr. 50'000.-) festgesetzt hat. In die Kategorien B-D fallen Unternehmen ohne eigene Belagswerke oder Beteiligungen an Belagswerken. Die beiden in Kategorie B (pauschaler Basisbetrag Fr. 25'000.-) fallenden Unternehmen haben jedoch vor der Gründung der BERAG Belagswerke betrieben und sind Kieslieferantinnen. Noch geringer erachtet die Vorinstanz offensichtlich das potenzielle Interesse der in Kategorie C (pauschaler Basisbetrag Fr. 12'000.-) fallenden Unternehmen; sie betreiben zwar weder eigene Belagswerke noch haben sie einen spezifischen Zugang zu den erforderlichen natürlichen Ressourcen, haben ihren Standort aber im vom Konkurrenzverbot geschützten Gebiet und beziehen regelmässig für darin gelegene Bauprojekte Asphaltmischgut bei der BERAG. In die Kategorie D mit dem geringsten pauschalen Basisbetrag (Fr. 2'000.-) fällt die Beschwerdeführerin mit Standort ausserhalb des geschützten Gebiets (Spiez) und wenig darin gelegenen Bauprojekten. Damit legt die Vorinstanz objektiv nachvollziehbar dar, dass sie die Einteilung je nach mutmasslichem potenziellem Interesse, ein eigenes Belagswerk zu errichten oder durch eine Beteiligung die Errichtung eines Konkurrenzwerks der BERAG zu begünstigen, sowie anhand der Nachfrage von Asphaltmischgut für Bauprojekte im vom Konkurrenzverbot geschützten Gebiet und damit letztlich nach der Schwere des Verstosses vorgenommen hat. Auch die Zuteilung der Beschwerdeführerin in die Kategorie C ist objektiv nachvollziehbar. Willkür ist damit zu verneinen, erscheint doch die Zuteilung in verschiedene Sanktionskategorien unter den genannten Aspekten nicht offensichtlich unhaltbar. Sie steht weder mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch noch verletzt sie krass eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz und läuft auch nicht in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwider (BGE 144 I 170 E. 7.3; 141 I 70 E. 2.2; Urteil des BVGer B-807/2012 E. 11.5.8.14 "Erne").

#### **E. 9.5.1.4**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der für die Beschwerdeführerin bestimmte pauschale Basisbetrag (Fr. 12'000.-) auf einer gesetzlichen Grundlage beruht (Art. 49a Abs. 1 KG) und nicht willkürlich ist.

#### **E. 9.6**

Bei der Bemessung der Dauer des Verhaltens (Art. 4 SVKG) ist nur diejenige massgeblich, die sich nach dem Inkrafttreten von Art. 49a Abs. 1 KG, d.h. nach dem 1. April 2004, zugetragen hat (vgl. Urteile des BVGer B-710/2014 E. 4.2 "Abreden im Bereich Luftfracht"; B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 8.3.5 "Publigroupe"; Tagmann/Zirlick, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 33). Entsprechend ging die Vorinstanz zu Recht von einer massgeblichen Dauer der Abrede von 12 Jahren (2004 bis 2016) aus, während das Konkurrenzverbot effektiv von 1976 bis 2016 Bestand gehabt hatte (E. 9.3). Damit wäre ein Zuschlag von bis zu 120 % zulässig (Art. 4 SVKG). Dass die Vorinstanz den Zuschlag auf 100 % kürzte, ist nicht zu beanstanden, da das Sanktionsbedürfnis für sehr weit zurückliegende Verstösse geringer ausfällt als für neuere Verstösse, wie die Vorinstanz

zutreffend ausführt (Verfügung, Rz. 838; Stefan Trechsel/Marlen Schultze, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl. Zürich 2021, Vor Art. 97, Rz. 1, mit Verweis auf BBl 2012 9258).

#### **E. 9.7**

Mildernd hat die Vorinstanz berücksichtigt, dass die beteiligten Unternehmen die Wettbewerbsabrede mehr als zwei Jahre vor Untersuchungseröffnung aufgegeben hätten (Art. 6 Abs. 1 SVKG). Dies führte zu einer Sanktionsmilderung in der Höhe von 10 % (minus Fr. 2'400.-; Verfügung, Rz. 845).

#### **E. 9.8**

Insgesamt errechnete die Vorinstanz für die Beschwerdeführerin einen Sanktionsbetrag von Fr. 21'600.- (Verfügung, Rz. 853, Tabelle 23). Er setzt sich nach den vorstehenden Ausführungen wie folgt zusammen: Basisbetrag (pauschal) Fr. 12'000.- Dauerzuschlag (100 %) Fr. 12'000.- Zwischensumme Fr. 24'000.- Reduktion (10 %) aufgrund mildernder Umstände (Art. 6 Abs. 1 SVKG) Fr. 2'400.- Total Fr. 21'600.-

#### **E. 9.9**

Mit dem vorliegenden Sanktionsbetrag von Fr. 21'600.- ist der Eingriff bei der Beschwerdeführerin angesichts des gewichtigen öffentlichen Interesses an einem funktionierenden Wettbewerb gering. Insofern ist nicht ersichtlich, inwiefern vorliegend das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt wäre. Die Beschwerdeführerin bringt denn auch keine entsprechenden Rügen vor. Insbesondere macht sie nicht geltend, der Sanktionsbetrag sei für sie nicht tragbar (vgl. Urteil des BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 6.1.1 "Flügel und Klaviere", mit Verweisen). Der Sanktionsbetrag von Fr. 21'600.- ist nach dem Gesagten verhältnismässig und zulässig.

#### **E. 10**

Ergebnis Als Ergebnis folgt, dass sich die Beschwerdeführerin als Vertragspartei eines Konkurrenzverbots (Art. 5 des BERAG-Gründervertrags) zwischen 1976 und 2016 an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG beteiligt hat. Aufgrund des Verstosses gegen das KG hat die Vorinstanz ihr zu Recht eine Massnahme auferlegt. Sie ist mit einem Sanktionsbetrag von Fr. 21'600.- zu belasten.

#### **E. 11**

Verfahrenskosten und Parteientschädigung Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Spruchgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Art. 4 VGKE sieht bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert zwischen Fr. 20'000.- und Fr. 50'000.- eine Gerichtsgebühr zwischen Fr. 1'000.- und Fr. 5'000.- vor. Angesichts des ausgewiesenen Vermögensinteresses der vorliegenden Streitigkeit (des Sanktionsbetrags von Fr. 21'600.-) ist die Gerichtsgebühr streitwertabhängig auf Fr. 2'500.- festzusetzen (Art. 2 Abs. 1 VGKE i.V.m. Art. 4 VGKE). Diese ist der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Diese Gebühr wird nach Rechtskraft des Urteils dem am 21. April 2022 von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- entnommen. Der unterliegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64

Abs. 1 VwVG; Art. 7 VGKE).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.