

BVGer B-1396/2022 vom 3. Februar 2026

Bundesverwaltungsgericht, 2026-02-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1396_2022

FR: TAF B-1396/2022 du 3 février 2026

IT: TAF B-1396/2022 del 3 febbraio 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 vorinstanzlichen 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 ist daher einzutreten. 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

Geltungsbereich

E. 2.1

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. 2.2

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 (Urteile des Bundesgerichts [BGer] 2C_596/2019 E. 7 "Six Group"; 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 3 "Publigruppe" [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 Rz. 112; Linda Kubli, Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern, 2014, S. 136 ff.). Bei Konzernverhältnissen bildet die Gesamtheit aller zusammengefassten Gesellschaften und damit der Konzern als Ganzes das massgebliche Unternehmen im Sinne des Kartellrechts (vgl. Urteile des BGer 2C_43/2020 vom 21. Dezember 2021 E. 7.2 "Dargaud" [in BGE 148 II 25 nicht publiziert]; 2C_484/2010 E. 3 "Publigroupe" [in BGE 139 I 72 nicht publiziert]; Urteile des BVGer B-5918/2017 vom 12. Dezember 2023 Rz. 31 "Siegenia-Aubi AG" und B-5919/2017 vom 12. Dezember 2023 Rz. 8 "Koch Group AG Wallisellen"; 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: Roger Zäch/Reto Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, 3. Aufl. 2023 [nachfolgend: Zäch/Heizmann, Kartellrecht], Rz. 300; Reto Heizmann/Michael Mayer, in: Zäch/Arnet et al. [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich/St. Gallen 2018 [DIKE-KG], Art. 2 Rz. 31). Die Beschwerdeführerin, die Frutiger Unternehmungen AG und die weiteren Gesellschaften der Frutiger Gruppe (vgl. https://frutiger.com/app/uploads/2019/07/Final_Frutiger_Portrait_Gruppe_DE_2019-08.pdf) bilden somit gemeinsam ein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinn (Art. 2 Abs. 1bis KG). Diesem Unternehmen wird das wettbewerbswidrige Verhalten des gesamten Konzerns respektive aller Konzernunternehmen zugerechnet (Urteil des BGer 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 7.2.2 "Six Group").

E. 2.3

Verfügungsadressat ist demgegenüber, wer von der Gruppe Rechts- und Parteifähigkeit besitzt (Urteil des BGer 2C_596/2019 E. 7.2.2 "Six Group"), d.h. die einzelnen Gesellschaften des Konzerns, mangels Rechtsfähigkeit jedoch nicht der Konzern als Ganzes. Aus prozessökonomischen Gründen können einzelne Gruppengesellschaften als Repräsentanten des Konzerns herangezogen werden. Deren Auswahl hat sachgerecht nach pflichtgemäsem Ermessen zu erfolgen (Urteile des BVGer B-5130/2019 vom 9. August 2021 E. 6.2.5 "Bauleistungen Graubünden"; B-831/2011 Rz. 122, 152 "Six Group"; B-7633/2009 Rz. 69 ff. "Preispolitik ADSL"). Jedoch dürfen an die Zuordnung kartellrechtlich verpönten Verhaltens an juristische Personen, die eine organisatorische Einheit bilden, keine zu hohen Anforderungen gestellt werden, weil ansonsten die typischerweise auf juristische Personen anwendbare Vorschrift von Art. 49a KG ins Leere laufen würde (BGE 148 II 321 E. 8.1 "Dargaud"; Urteile des BGer 2C_596/2019 E. 7.1 "Six Group"; 2C_484/2010 E. 3.4 "Publigroupe" [in BGE 139 I 72 nicht publiziert]). So darf etwa eine Muttergesellschaft für das wettbewerbswidrige Verhalten von Tochtergesellschaften verantwortlich gemacht werden (BGE 148 II 321 E. 8.1 "Dargaud"; Urteil des BGer 2C_596/2019 E. 7.1 "Six Group"). Dies gilt auch umgekehrt für Tochtergesellschaften in Bezug auf das Verhalten der Muttergesellschaft (BGE 148 II 321 E. 8 "Dargaud"; Zäch/Heizmann, Kartellrecht, Rz. 303). Massgebend bleiben aber stets die Umstände des Einzelfalles. Im vorliegenden Fall wurde der Gründervertrag durch die ehemalige Frutiger Söhne AG als Gründeraktionärin der BERAG unterzeichnet. Heute werden die BERAG-Aktien von der Frutiger Unternehmungen AG gehalten (vgl. Aktienbuch der BERAG vom 8. Dezember 2017 [act. III.D.17]), deren Domiziladresse sich bei einer Zweigniederlassung der Beschwerdeführerin befindet. Die Beziehungen zur BERAG innerhalb der Frutiger-Gruppe werden denn auch durch die Beschwerdeführerin

gepflegt (vgl. etwa Protokolle der BERAG-GV vom 12. Mai 2003 [act. III.A.66] und vom 25. April 2008 [act. II.21]). Die durch zahlreiche Fusionen geprägte und dadurch vielseitig aufgestellte Beschwerdeführerin (unter anderem Übernahme der Frutiger Söhne AG Holzbau durch die damalige Frutiger Söhne AG Ingenieure und Bauunternehmung im Jahr 1984) betreibt unter anderem eine Bauunternehmung und bezieht Asphaltmischgut von der BERAG. Sie führt mit der BERAG somit eine Kunden-Lieferanten-Beziehung und vertritt in der BERAG zudem die Interessen der Frutiger-Gruppe. Sie rügt denn auch nicht, es hätten weitere oder andere Gesellschaften der Frutiger Gruppe sanktioniert werden sollen. Insofern ist ihr alleiniger Beizug als Verfügungs- und Sanktionsadressatin sachgerecht und nicht zu beanstanden.

E. 2.4

Die im Gründervertrag enthaltene Vereinbarung der BERAG-Aktionärinnen, keine Aufbereitungsanlagen im Einzugsgebiet der BERAG zu betreiben und sich nicht an solchen zu beteiligen, betraf lokale (potentielle) Anbieterinnen dieser Bereiche und wirkte sich in der Schweiz aus. Unbestrittenermassen kommt das KG daher im vorliegenden Fall in persönlicher, sachlicher und räumlicher Hinsicht zur Anwendung (Art. 2 Abs. 1, 1bis und 2 KG).

E. 3

Vorbehaltene Vorschriften

E. 3.1

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; Rolf H. Weber/Stephanie Volz, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. Zürich 2023, 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. 3.2

Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, dass viele Rechtsformen in der Schweiz ein gesetzliches Konkurrenzverbot kennen würden, unter anderem die einfache Gesellschaft, welche durch Aktionärbindungsverträge begründet werden könne (Beschwerde, Rz. 21).

E. 3.2.1

Nachfolgend ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber mit Art. 536 OR (SR 220) 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. 3.2.2

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 [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. 3.2.3

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. 4

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

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass sie, respektive die damalige Frutiger Söhne AG als Rechtsvorgängerin, 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 mit

folgendem Wortlaut geschlossen haben (vgl. Beschwerde, Rz. 5): "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 mit dem 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), 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; zur zeitlichen Gültigkeit der Vereinbarung vgl. sodann hinten, E. 8.3). Dabei handelt es sich einerseits um (Strassen-)Bauunternehmen, andererseits um 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. 4.2

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. 5

Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG)

E. 5.1

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. 5.1.1

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"; Simon Bangerter/Beat Zirlick, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1, Rz. 19): - Verhaltenskoordination (Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise) - Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, - Wettbewerbsbeschränkung, - Bezwecken oder Bewirken.

E. 5.1.2

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"; Simon Bangerter/Beat 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. 5.1.3

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. 5.1.4

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 Abredeteiligen 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. 5.2

Die Beschwerdeführerin ist Partei des unter mehreren Unternehmen abgeschlossenen Gründervertrags, der die vorne (E. 4.1) erwähnte strittige Klausel in Form einer ausdrücklichen, übereinstimmenden und gegenseitigen Willensäußerung (E. 5.1.2) 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. 5.2.1

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 im 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. 5.2.2

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 abredeteiligen Bauunternehmen und Kiesproduzentinnen daran, auf der ihnen vorrespektive 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. 5.2.3

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], Leuthard Gruppe Merenschwand [www.leuthard.ag/tief-strassenbau], Weibel AG Bern [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 abredeteilige 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. 5.2.4

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. 5.2.5

Nachdem feststeht, dass eine (horizontale) Abrede vorliegt, braucht auf das Vorbringen der Beschwerdeführerin, es liege keine abgestimmte Verhaltensweise vor (Beschwerde, Rz. 83 ff.), nicht mehr eingegangen zu werden (Urteil des BVGer B-141/2012 vom 12. Dezember 2022 E. 4.4.3.9.3 "Ascopa"; vgl. auch Vernehmlassung der Vorinstanz, Rz. 48).

E. 5.3

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. 5.3.1

Die Beschwerdeführerin argumentiert, das Konkurrenzverbot habe bereits im Jahr 1976 keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt. Es sei nicht darum gegangen, Konkurrenz zu verhindern, sondern vielmehr darum, zu wirtschaftlich sinnvollen Konditionen gemeinsam ein Belagswerk zu betreiben und damit im Interesse der beteiligten Aktionärinnen und der Kunden des Belagswerks eine effiziente Produktion sicherzustellen (Beschwerde, Rz. 22, 87). Die Vorinstanz entgegnet, die beteiligten Unternehmen hätten mit dem Konkurrenzverbot in Art. 5 des Gründervertrags 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. Schliesslich sei das durch das Konkurrenzverbot vor Neueintritten geschützte Gebiet selbst heute noch ausreichend gross, dass das Verbot geeignet sei, den Wettbewerb zu beeinträchtigen (Verfügung, Rz. 720; Vernehmlassung, Rz. 11 ff., 53 ff.).

E. 5.3.2

Da die Vorinstanz keine Person befragen konnte, die tatsächlich an der Gründung der BERAG im Jahr 1976 beteiligt war (angefochtene Verfügung, Rz. 473) und die Beschwerdeführerin ihre Argumente nicht mit Dokumenten oder Äusserungen untermauerte, aufgrund derer auf ihren damaligen subjektiven Willen geschlossen werden könnte, ist Art. 5 des Gründervertrags 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 Belagswerk Hasle AG [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. 5.4

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

E. 6

Unzulässige Wettbewerbsabrede (Art. 5 Abs. 1 KG)

E. 6.1

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. 6.2

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 erstreckte, 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). Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, die Voraussetzungen einer Gebietsabrede fehlten vorliegend mangels Wirkung und Tauglichkeit des eingesetzten Mittels. Denn den Aktionärinnen sei nicht untersagt gewesen, Lieferungen in das - ihrer Ansicht nach ohnehin viel zu klein - definierte Gebiet zu tätigen. Dadurch sei ein wirksamer Wettbewerb stets aufrechterhalten worden. Das Konkurrenzverbot sei auch nicht geeignet, einen Markt aufzuteilen, da Gegenstand der vertraglichen Verpflichtung nicht die Nachfrager innerhalb eines bestimmten Gebiets, sondern lediglich die Frage des Produktionsortes sei (Beschwerde, Rz. 89 ff.).

E. 6.3

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. 6.4

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, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (Beschwerde, Rz. 18) 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. 6.5

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 Abredebeteiligten 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. 6.5.1

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 erstrecke 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. 6.5.2

Die BERAG kann aufgrund des Konkurrenzverbots exklusiv (abgesehen von der Konkurrenz nicht abredebeteiligter Dritter) in einem abgegrenzten Gebiet rund um ihren Standort (vgl. E. 6.4) Asphalt produzieren, während die abredebeteiligten 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 abredebeteiligten Unternehmen und anderen Herstellern von Asphaltmischgut als Anbieter.

E. 6.5.3

Soweit die Beschwerdeführerin einwendet, es sei den Aktionärinnen jederzeit möglich gewesen, Asphaltmischgut in das abgegrenzte Gebiet zu liefern, und es sei dadurch wirksamer Wettbewerb aufrechterhalten worden, 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 (Vernehmlassung, Rz. 50; Verfügung, Rz. 509 ff., 721). Eine

solche Eignung ist dem vorliegend strittigen Konkurrenzverbot zuzusprechen, stehen doch die Nachfrager von Asphaltmischgut 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, N 1481; Stoffel, Wettbewerbsabreden, in: Ducrey/Zimmerli, SIWR V/2, Kartellrecht, 2. Aufl. Basel 2023 [nachfolgend: Stoffel, Wettbewerbsabreden], Rz. 305 f.). Zudem ist die von der Beschwerdeführerin angerufene Liefermöglichkeit zu relativieren. 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; 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). Es liegt somit eine Wettbewerbsabrede über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG) vor.

E. 6.6

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. 6.7

Zwar beseitigt die vorliegende Abrede nach dem Gesagten den Wettbewerb nicht (E. 6.6), beeinträchtigt ihn aber grundsätzlich erheblich. Denn nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (E. 6.1 hievon) 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 kursorisch 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. 6.8

Daher bleibt zu prüfen, ob sich die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt (Art. 5 Abs. 2 KG).

E. 6.8.1

Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie: a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 KG). Grundsätzlich ist eine Abrede dann gerechtfertigt, wenn das

Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und wirksamer Wettbewerb nicht beseitigt wird. Ziel der Effizienzprüfung bildet, die "positiven" Abreden von solchen zu unterscheiden, die hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dienen (BGE 147 II 72 E. 7.2 "Pfizer"; 143 II 297 E. 7.1 "Gaba"; Urteil des BVGer B-710/2014 E. 13.3 "Abreden im Bereich Luftfracht"; Zäch/Heizmann, Kartellrecht, Rz. 466). So können etwa im Zusammenhang mit dem erstgenannten Tatbestandsmerkmal (Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten) Rationalisierungskooperationen zwischen kleinen und mittleren Unternehmen effizient sein, da auf diese Weise die Kostenvorteile grosser Unternehmen erreicht werden können (Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 468 ff., 558; Krauskopf/Schaller, BSK-KG, Art. 5 Rz. 310; Zäch/Heizmann, Kartellrecht, Rz. 468). Die Effizienzvorteile dürfen nicht bloss den beteiligten Unternehmen zukommen, sondern die anderen Marktteilnehmer müssen ebenso vom Effizienzvorteil z.B. durch günstigere Preise profitieren (Urteil des BVGer B-4003/2016 vom 10. Mai 2022 E. 9.2.8.2.6, 9.3.5.3 "Sport im Pay-TV"; Weber/Volz, a.a.O., Rz. 2.332; Andreas D. Blattmann, Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, Zürich 2012, S. 35). Zur Rechtfertigung einer Abrede müssen die in Art. 5 Abs. 2 KG statuierten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, wobei es genügt, wenn ein einzelner der in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG genannten Effizienzgründe vorliegt. Das in dieser Bestimmung erwähnte Erfordernis der Notwendigkeit ist im Sinne der Verhältnismässigkeit auszulegen (zum Ganzen BGE 147 II 72 E. 7.2 "Pfizer"; 143 II 297 E. 7.1 "Gaba"; 129 II 18 E. 10.4 "Buchpreisbindung"). Die Notwendigkeit der Absprache muss in zeitlicher, örtlicher, persönlicher und sachlicher Hinsicht gegeben sein (BGE 144 II 246 E. 13.5.1 "Altimum"; Urteil des BVGer B-7756/2015 E. 10.4 "Autohandel"; Krauskopf/Schaller, BSK-KG, Art. 5, Rz. 343 ff.).

E. 6.8.2

Die Vorinstanz hält dafür, das Konkurrenzverbot sei für die Existenz und den Betrieb der BERAG nicht erforderlich gewesen. Die Errichtung und der Betrieb eines Belagswerks setzten keine Beteiligung von derart vielen Unternehmen wie im vorliegenden Fall voraus. Die Beispiele des Belagswerkes der Weibel AG in Oberwangen, desjenigen der Frutiger-Gruppe in Sundlauenen und desjenigen der Marti-Gruppe in Walliswil zeigten, dass Belagswerke auch alleine betrieben werden könnten. Auch die vorliegende Dauer des Konkurrenzverbots von vierzig Jahren sei übermässig gewesen; ein befristetes Konkurrenzverbot hätte genügt. Das vorliegende Konkurrenzverbot lasse sich somit nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen (Verfügung, Rz. 739 ff.; Vernehmlassung, Rz. 57 ff.). Die Beschwerdeführerin argumentiert, mit der Errichtung des BERAG-Werks sei es möglich geworden, Belag in einem grösseren Werk in grösseren Mengen als bisher herstellen zu können. Durch die gute Auslastung des Werks seien die Herstellungskosten tiefer ausgefallen (Beschwerde, Rz. 22).

E. 6.8.3

Mit dem Argument, die Anlage der BERAG habe eine leistungsstärkere Produktion von Belag ermöglicht, kann sich die Beschwerdeführerin auf den Effizienzgrund der "Senkung von Herstellungs- und Vertriebskosten" berufen. Fraglich ist indessen, ob 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 notwendig war. 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 Abredeteiligen 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). In persönlicher Hinsicht zeigt die Vorinstanz anhand von Beispielen auf, dass Belagswerke auch von einem einzelnen (vertikal integrierten) Unternehmen betrieben werden können. Bei solchen Belagswerken wird sich indessen die Frage der Absicherung durch ein Konkurrenzverbot unter den Aktionären höchstens dann stellen, wenn neben der Muttergesellschaft noch eine andere Gesellschaft an einem ansonsten in einen Konzern integrierten Belagswerk beteiligt ist. Daran ändert aber nichts, dass der Kreis der Abredeteiligen im vorliegenden Fall gross war; 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 Abredeteiligen 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 Abredeteiligen mit der Dauer, respektive bereits die Dauer alleine, als unverhältnismässig. Andere Effizienzgründe werden nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich.

E. 6.8.4

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. 6.9

Bei diesem Ergebnis kann das von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Argument, der vor 44 Jahren abgeschlossene Gründervertrag wäre wegen Bindungsübermasses (Art. 27 Abs. 2 ZGB) seit 2006 nicht mehr gültig (Beschwerde, Rz. 6, 23 ff.), offengelassen werden. Denn eine unzulässige Abrede ist ohnehin gestützt auf Art. 20 OR als von Anfang an ("ex tunc") nichtig zu qualifizieren (BGE 134 III 438 E. 2.2; 97 II 108 E. 4; Walter A. Stoffel, Wettbewerbsabreden, Rz. 134, 137; Zäch/Heizmann, Kartellrecht, Rz. 1134; Ruth Arnet, DIKE-KG, Art. 13, Rz. 16; Patrik Ducrey, in: Marbach/Ducrey/Wild, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. Bern 2017, Rz. 1593 f.; Reto Jacobs/Gion Giger, BSK-KG, Vor Art. 12-15, Rz. 31, 38). Bei einer von Anfang an nichtigen Abrede stellt sich die Frage der übermässigen Bindung nach Art. 27 Abs. 2 ZGB gar nicht, wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat (Verfügung, Rz. 508; Vernehmlassung, Rz. 19 ff.). Hingegen erübrigt es sich nicht, die Dauer des unzulässigen Verhaltens festzustellen (Art. 49a Abs. 1 KG) und ist es, entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (Eingabe vom 14. Juli 2022, S. 1), kein Widerspruch, zu diesem kartellrechtlichen Zweck auf obligationenrechtliche Grundsätze abzustellen.

E. 6.10

Ohnehin könnte die Beschwerdeführerin aus Art. 27 Abs. 2 ZGB, wonach sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken kann, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Denn geht es um die Freiheit in der wirtschaftlichen Betätigung, ist das Bundesgericht zurückhaltend in der Annahme eines Verstosses gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB (BGE 143 III 480 E. 5.4, mit Verweis auf BGE 88 II 172 E. 2a bezüglich eines Aktionärbindungsvertrags). Eine vertragliche Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit wird nur dann als übermässig angesehen, wenn sie den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind (BGE 143 III 480 E. 5.4; 123 III 337 E. 5; 114 II 159 E. 2a). Der vorliegende Aktionärbindungsvertrag wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Es war jedoch jederzeit möglich, aus dem Vertrag auszusteigen, indem die eigenen Aktien den anderen Aktionären zum Kauf angeboten werden (vgl. Art. 5 Abs. 2 Gründervertrag). Zudem ist nicht davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin durch den Vertrag in den Grundlagen ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet war (BGE 143 III 480 E. 5.6.1). Denn nachdem diejenigen Aktionärinnen, die vor Abschluss des Vertrags ein eigenes Belagswerk betrieben hatten, ihrer Stilllegungspflicht nachgekommen waren, waren sie auf benachbarten Märkten (Strassenbau, Kiesabbau) tätig. Zudem waren bereits im Gründervertrag Vorzugskonditionen für Aktionäre vorgesehen (Art. 7 des Gründervertrags). Angesichts dieser kompensatorischen Faktoren ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht davon auszugehen, dass der vorliegende Aktionärbindungsvertrag sie trotz der langen Dauer übermässig band (vgl. BGE 114 II 159 E. 2a; Christophe Peter Reitze, in: Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], BSK-ZGB I, 7. Aufl. 2022, Art. 27 Abs. 2, Rz. 15; Monika Hintz-Bühler, Aktionärbindungsverträge, Bern 2001, S. 151; Barbara Meise/Claire Huguenin, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], BSK-OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 19/20, Rz. 45).

E. 6.11

Schliesslich zweifelt die Beschwerdeführerin an der Unzulässigkeit der Abrede mit dem Argument, das Eingehen eines Konkurrenzverbots sei zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Aktionärbindungsvertrags im Jahr 1976 üblich und zulässig gewesen. Zudem sähen noch heute die Bestimmungen zur einfachen Gesellschaft ein gesetzliches Konkurrenzverbot vor (Beschwerde, Rz. 20 f.). Die Vorinstanz entgegnet, da der Gründervertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden sei, sei nicht von Bedeutung, dass Konkurrenzverbote wie dasjenige in Art. 5 des Gründervertrags 1976 üblich und zulässig gewesen seien. Zumindest seit dem Inkrafttreten des aktuellen Kartellgesetzes verstosse das Konkurrenzverbot gegen das Kartellgesetz.

E. 6.11.1

Soweit das Verhalten zwischen 1976 und 1996 unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten zulässig war, wie die Beschwerdeführerin vorbringt (Beschwerde, Rz. 20 f.), kann sie nichts zu ihren Gunsten ableiten: Wie das Bundesgericht entschieden hat, sind bereits bestehende Abreden am neuen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 zu messen, soweit sie seit dessen Inkrafttreten (1996) nach wie vor wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zeitigen (BGE 143 II 297 E. 9.6.2 "Gaba"; 124 III 495 E. 1; Markus Stadlin, Vom Umgang mit "altrechtlichen" vertraglichen Kaufsrechten an Grundstücken im Lichte der auf den 1. Januar 1994 revidierten gesetzlichen Bestimmungen, in: AJP 10/2000 1303 ff., 1304). Dies

entspricht dem Prinzip der unechten Rückwirkung von neuem Recht auf zeitlich offene Dauersachverhalte (vgl. BGE 148 I 233 E. 4.4.1; 148 II 1 E. 5.1; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 279 ff.). Wie noch zu zeigen sein wird (E. 8.3), galt das Konkurrenzverbot auch nach dem Inkrafttreten des KG, weshalb der Verweis auf die frühere Rechtslage ins Leere stösst.

E. 6.11.2

Auch die implizite Rüge, die vorliegend strittige Klausel gehe nicht über das hinaus, was das Gesetz im Zusammenhang mit einfachen Gesellschaften ohnehin vorsehe (Beschwerde, Rz. 21), verfängt nicht: 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. 3.2.3), 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. 6.11.3

Die von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Rügen ändern somit nichts an der Ungültigkeit des Konkurrenzverbots, an welchem die Beschwerdeführerin mitgewirkt hat.

E. 7

Massnahme Im vorliegenden Fall verfügte die Vorinstanz gegenüber der Beschwerdeführerin nicht nur eine Sanktion (nachfolgende E. 8 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. 7.1

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. 7.2

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. 8

Sanktion

E. 8.1

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. 8.1.1

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. 8.1.2

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. 8.3.4 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. 8.2

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 "Publigruppe" [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. 8.3

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

E. 8.3.1

Die Beschwerdeführerin erklärt, die Parteien des Gründervertrags hätten entweder keine Kenntnis vom Konkurrenzverbot gehabt oder seien davon ausgegangen, es habe seit mehreren Jahren keine Gültigkeit mehr. Eine gleichlautende Bestimmung sei bereits 1995 aus den Statuten der BERAG gestrichen worden. Die Vereinbarung müsse aber spätestens im Jahr 2011/13 mit dem Eintritt weiterer Aktionäre, die den Gründungsvertrag und damit das Konkurrenzverbot nicht unterzeichnet hätten, als konkludent aufgehoben gelten. Die von der Vorinstanz gewürdigten Dokumente aus den Jahren 2002 (Geschäftsfall E. _____ SA), 2007 (Strategiediskussionen "Zukunft BERAG"), 2012 (Erneuerung Baurechtsvertrag) und 2013 (revidierter Jahresabschluss 2013) belegten keine Weitergeltung des Konkurrenzverbots über das Jahr 2002 hinweg (vgl. Beschwerde, Rz. 34 ff.). Die Vorinstanz hält ihr entgegen, aus der Statutenänderung könne keine Aufhebung des Gründervertrags abgeleitet werden. Im Zuge der Aufnahme neuer Aktionärinnen 2011 und 2013 seien weder der Gründervertrag noch das Konkurrenzverbot im Spezifischen thematisiert worden. Angesichts von über 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. Vielmehr sei die Frage, ob die neuen Aktionärinnen den Gründervertrag unterzeichnen sollten, schlicht untergegangen. Jedoch könne unbewusstes Schweigen keine Aufhebungserklärung bilden. Bei den Gelegenheiten, in denen der Gründervertrag oder spezifisch das Konkurrenzverbot zur Sprache gekommen sei, sei die Gültigkeit des Gründervertrags an sich respektive das Konkurrenzverbot unverändert bestätigt worden (Verfügung, Rz. 479 ff.; Vernehmlassung, Rz. 25 ff.).

E. 8.3.2

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. 4.1). 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, a.a.O., 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. 8.3.3

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 Zürich"; 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. 8.3.4

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. 8.3.5

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. 8.3.6

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. 8.3.4), kann nicht der Schluss gezogen werden, dass die Unterzeichnerinnen den Gründervertrag zum damaligen Zeitpunkt als nicht mehr gültig betrachteten.

E. 8.3.7

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 Aktionärbindungsvertrag aufzuheben.

E. 8.3.8

Anfangs der 2010er Jahre stiessen sodann vier weitere Aktionärinnen zur BERAG, ohne den Gründervertrag 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 vier neuen Aktionärinnen zwei Klassen von Aktionärinnen geschaffen wurden: Aktionärinnen, die den Verpflichtungen des Gründervertrags 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 Gründervertrag bereits in den Jahren 2011/2013 keinen Bestand mehr hatte. So könnte die fehlende Überbindung des Gründervertrags 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), 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 Gründervertrag mitunterzeichnen zu lassen. Abgesehen davon waren bereits 1995 mit dem Eintritt der BLH ins Aktionariat der BERAG zwei Klassen von Aktionärinnen geschaffen worden. Da offenbar schon früher zwei Klassen von Aktionärinnen akzeptiert waren, kann bereits aus diesem Grund die fehlende Überbindung des Gründervertrags (vgl. Art. 9 des Gründervertrags) nicht mit der Verletzung des Gründervertrags durch Nichtbeachtung des Konkurrenzverbots gleichgesetzt werden. Hinzu kommt, dass zu jener Zeit der erneuerte Baurechtsvertrag zwischen der BERAG und der F._____ AG vom 24. April 2012 / 27. Februar 2014 den Gründervertrag 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 Gründervertrags aus Ziffer IV.10 des Baurechtsvertrags angeregt. Somit kann entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht geschlossen werden, das im Gründervertrag verankerte Konkurrenzverbot habe in den Jahren 2011/2013 keine Bedeutung mehr gehabt.

E. 8.3.9

Die Vorinstanz hielt es dagegen für beweismässig erstellt, dass das Konkurrenzverbot im Jahr 2016 konkludent aufgehoben worden sei. Damals hätten sich die Beschwerdeführerin 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 Beschwerdeführerin 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 Beschwerdeführerin 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 Gründervertrag. Durch die 2016 erfolgte Beteiligung an einem Belagswerk innerhalb des Einzugsgebietes setzten sich die Beschwerdeführerin und die Marti AG Bern 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 Beschwerdeführerin, der Marti AG Bern sowie der H._____ AG zu je 1/3 an G._____ AG anlässlich der Verwaltungsratssitzung 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]). Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, sie hätte das Projekt des Beteiligungserwerbs gar nicht erst initiiert, wenn das Konkurrenzverbot noch Gültigkeit gehabt hätte (Beschwerde, Rz. 79), ist ihr entgegenzuhalten, dass es nicht reicht, von ihrem eigenen fehlenden Bewusstsein über das Konkurrenzverbot auf eine vorherige Vertragsauflösung zu schliessen. Einerseits bedarf es auch für eine konkludente Vertragsauflösung aller Vertragsparteien. Andererseits bedeutet der Umstand, dass die Beschwerdeführerin ein Art. 5 Abs. 1 des Gründervertrags zuwiderlaufendes Projekt initiiert hat, nicht, dass die Konkurrenzklausel nicht umgesetzt wurde. Denn für die Beschwerdeführerin hätte die Möglichkeit bestanden, aus der BERAG auszuscheiden und sich damit vertragskonform zu verhalten (Art. 5 Abs. 2 des Gründervertrags). Insofern erübrigt sich die von der Beschwerdeführerin beantragte Parteibefragung (Verfahrensantrag Ziff. 3).

E. 8.3.10

Der Beschwerdeführerin ist darin Recht zu geben, dass sich aus dem von der Vorinstanz erwähnten Vermerk (vgl. Verfügung, Rz. 501) im Jahresabschluss 2013 "Es besteht ein Aktionärsbindungsvertrag" (act. III.A.214) für den vorliegenden Fall keine relevante Information ableiten lässt (Beschwerde, Rz. 59). Der Hinweis befindet sich an wenig prominenter Stelle auf Seite 4 des Jahresabschlusses unter der Rubrik "Eigenkapitalnachweis". Zudem wird nicht spezifiziert, um welchen Aktionärsbindungsvertrag es sich handelt. Damit vermochten die für den Jahresabschluss der BERAG verantwortlichen Personen keinen Bindungswillen der Gründeraktionäre zu belegen respektive aufrechtzuerhalten.

E. 8.3.11

Soweit die Beschwerdeführerin die Unwissenheit einzelner Exponenten darüber, welcher Kreis für die räumliche Bestimmung des Konkurrenzverbots massgebend ist, als Indiz für die Aufhebung des Vertrags wertet (Beschwerde, Rz. 18, 40), ist mit der Vorinstanz dafür zu halten, dass eine Aufhebung des Konkurrenzverbots anders hätte zum Ausdruck gebracht werden müssen (Vernehmlassung, Rz. 9).

E. 8.3.12

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

E. 8.3.13

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. 8.4

Das unzulässige Verhalten endete demnach 2016, während die Vorinstanz ihre Untersuchung am 5. März 2019 eröffnete. Die Frist für die Sanktionierbarkeit ist damit entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (Beschwerde, Rz. 98 ff.) gewahrt.

E. 8.5

Die Vorinstanz erwog in Bezug auf den Basisbetrag, einen Umsatz auf dem relevanten Markt hätten nur Abredebeteiligte mit einem eigenen Werk ausserhalb des örtlichen Geltungsbereichs des Konkurrenzverbots generiert, die von dort Belagsprodukte in den relevanten Markt geliefert hätten. Viele Abredebeteiligte 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 gehöre einem grossen, schweizweit tätigen Baukonzern an. Sie betreibe ein eigenes Belagswerk und sei eine bedeutende Nachfragerin auf dem relevanten Markt. Daraus fliesse ein potentielles Interesse ein eigenes Belagswerk zu errichten oder durch eine Beteiligung die Errichtung eines Konkurrenzwerks der BERAG zu begünstigen. Der Basisbetrag werde für die Beschwerdeführerin und die anderen Abredebeteiligten der Kategorie A auf Fr. 50'000.- (pauschal) festgesetzt (Verfügung, Rz. 828 ff.). Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung, eventualiter die Reduktion der Sanktion (Beschwerde, Rz. 105).

E. 8.5.1

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

E. 8.5.1.1

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. 8.5.1.2

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 (Picht, 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. 8.5.1.3

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 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 A zu. In dieser Kategorie 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 Burkhart AG 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 A 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. 8.5.1.4

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der für die Beschwerdeführerin bestimmte pauschale Basisbetrag (Fr. 50'000.-) auf einer gesetzlichen Grundlage beruht (Art. 49a Abs. 1 KG) und nicht willkürlich ist.

E. 8.6

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 E. 8.3.5, "Publigruppe"; 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. 8.3). 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 Strafbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl. Zürich 2021, Vor Art. 97, Rz. 1, mit Verweis auf BBl 2012 9258).

E. 8.7

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. 10'000.-; Verfügung, Rz. 839 ff.). Die Beschwerdeführerin hält dagegen, sie habe eine höhere Sanktion als andere Aktionäre erhalten, obwohl sie es gewesen sei, die mit der Beteiligung an einem Konkurrenzwerk im Jahr 2016 zur Aufhebung des Konkurrenzverbots beigetragen habe. Es sei unangemessen, für sie dieselbe Sanktionsmilderung von 10 % zu berücksichtigen wie für die anderen Aktionärinnen (Beschwerde, Rz. 105). Es trifft zu, dass die Beschwerdeführerin (zusammen mit der Marti-Gruppe) mit der Beteiligung an einem Konkurrenzwerk den Anlass gesetzt hat, der letztlich zur konkludenten Auflösung des Konkurrenzverbots geführt hat. Dabei übersieht sie indessen, dass es zur Vertragsauflösung auch der anderen Vertragsparteien bedurfte. Des Weiteren weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass sich die Beschwerdeführerin weder ausdrücklich vom Konkurrenzverbot distanziert noch gezielt auf die Beendigung der unzulässigen Verhaltensweise hingewirkt habe (Vernehmlassung, Rz. 62; vgl. auch Urteil des BGer 2C_64/2023 vom 26. November 2024 E. 8.4.1 "Abreden im Bereich Luftfracht"). Insofern wäre es nicht sachgerecht, die Beschwerdeführerin mit einer zusätzlichen Sanktionsmilderung zu belohnen.

E. 8.8

Insgesamt errechnete die Vorinstanz für die Beschwerdeführerin einen Sanktionsbetrag von Fr. 90'000.- (Verfügung, Rz. 853, Tabelle 23). Er setzt sich nach den vorstehenden Ausführungen wie folgt zusammen: Basisbetrag (pauschal) Fr. 50'000.- Dauerzuschlag (100 %) Fr. 50'000.- Zwischensumme Fr. 100'000.- Reduktion (10 %) aufgrund mildernder Umstände (Art. 6 Abs. 1 SVKG) Fr. 10'000.- Total Fr. 90'000.-

E. 8.9

Mit dem vorliegenden Sanktionsbetrag von Fr. 90'000.- 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. 90'000.- ist nach dem Gesagten verhältnismässig und zulässig.

E. 9

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. 90'000.- zu belasten.

E. 10

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. 50'000.- und Fr. 100'000.- eine Gerichtsgebühr zwischen Fr. 1'500.- und Fr. 7'000.- vor. Angesichts des ausgewiesenen Vermögensinteresses der vorliegenden Streitigkeit (des Sanktionsbetrags von Fr. 90'000.-) ist die Gerichtsgebühr (inkl. Kosten für die öffentliche Verhandlung vom 21. November 2022) streitwertabhängig auf Fr. 6'000.- 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 13. April 2022 von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 6'000.- 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.