

WEKO Baustoffe und Deponien Bern vom 21. Mai 2024

WEKO, 2024-05-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_Baustoffe_und_Deponien_Bern

FR: WEKO Baustoffe und Deponien Bern du 21 mai 2024

IT: WEKO Baustoffe und Deponien Bern del 21 maggio 2024

Erwägungen

E. 42

zur Anerkennung jenes Sachverhalts in Aussicht stellen, der zur Begründung der Massnahmen gegen Heimberg gemäss Dispositivziffer 1 herangezogen werde. Für diese teilweise Sachverhaltsanerkennung beantragte Heimberg eine Sanktionsreduktion von mindestens 10 %.¹⁶⁹ 146. Alluvia anerkannte in ihrer Stellungnahme zum Antrag die Sachverhaltsfeststellungen im Antrag ausdrücklich nicht. Jedoch anerkannte sie darin in Bezug auf konkrete Verhaltensweisen in tatsächlicher Hinsicht spezifisch aufgeführte Sachverhaltspunkte ausdrücklich. Eine Sanktionsreduktion beantragte Alluvia hierfür nicht.¹⁷⁰

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

148. Kästli-Gruppe hielt in ihrer Stellungnahme zum Antrag fest, dass der Abschluss einer EVR ausdrücklich nicht als Schuldeingeständnis zu werten sei und nicht als Einverständnis mit der Sachverhaltsfeststellung (und der rechtlichen Würdigung) im Antrag zu verstehen sei.¹⁷² 149. Marti-Gruppe hielt in ihrer Stellungnahme zum Antrag fest, sie sei mit der Interpretation, Beweiswürdigung und rechtlichen Beurteilung durch das Sekretariat nicht einverstanden. Die Sachverhaltsdarstellung im Antrag werde nur insoweit anerkannt, als dies in ihrer Stellungnahme ausdrücklich gesagt werde.¹⁷³ 150. Vigier äusserte sich in ihrer Stellungnahme zum Antrag nicht ausdrücklich zu einer allfälligen Sachverhaltsanerkennung. Sie hielt aber fest, dass wesentliche Sachverhaltsfeststellungen im Antrag auf unvollständigen und unrichtigen Erhebungen basieren würden.¹⁷⁴ Damit ist klar, dass Vigier die Sachverhaltsfeststellungen im Antrag nicht anerkennt.

B.3.1.12 Eingaben an die WEKO zum per 16. Januar 2024 angepassten Antrag 151. Mit Schreiben vom 6. März 2024 an die WEKO nahm Alluvia unaufgefordert Stellung zu dem per 16. Januar 2024 angepassten, der WEKO unterbreiteten Antrag.¹⁷⁵ Sie nahm Bezug auf Rz 1487 des angepassten Antrags, in dem das Sekretariat das am 28. November 2023 ergangene Urteil des BVGer B-3290/2018 aufnahm und sich kurz dazu äusserte. Alluvia sah ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, da ihr diese Anpassungen nicht vorgängig zur Stellungnahme unterbreitet wurden. Weiter äusserte sie sich in Rz 7–17 ihres Schreibens zu diesem Urteil und dessen Bedeutung für die Beurteilung im vorliegenden Fall. Schliesslich unterbreitete sie der WEKO einen modifizierten Antrag Nr. 1 zur Sache¹⁷⁶:

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

EVR erfassten Verhaltensweisen keine Sanktion auszufällen.

2. Eventualiter seien der Antrag bzw. die Teil-EVR einschliesslich der Vorbemerkungen Bst. d) und f) mit Bezug auf die Tatkomplexe Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im

169 Act. VIII.161, Rz 9 f. sowie Rechtsbegehren 1. 170 Act. VIII.162, Rz 7 f. sowie Rechtsbegehren 1 e contrario. 171 Act. VIII.156, Rz 8. 172 Act. VIII.163, Rz 5 Ziff. 2. 173 Act. VIII.159, Rz 7 f., auch Rz 6. 174 Act. VIII.164, Rz 10. 175 Act. IX.8 zur gesamten Rz. 176 Zum ursprünglichen Antrag Nr. 1 in der Sache siehe Rz 136.

E. 43

KAGA-Gebiet sowie Nichtweitergabe von Preisvorteilen für KAGA-Rohkies im Sinne der vorstehenden Erwägungen zu überarbeiten und Hofstetter und Messerli sei vor der Anhörung durch die WEKO die Gelegenheit zu geben, sich zum dergestalt überarbeiteten Antrag schriftlich zu äussern.

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

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

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

1. Es sei die Teil-EVR vom 27. Oktober 2023 / 3. November 2023 vor der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission in Bezug auf die Vorbemerkungen lit. d) und f) dergestalt zu modifizieren,

- a. Dass das Sekretariat darauf verzichtet, eine Sanktionierung von Kästli zu beantragen;
- b. Eventualiter, dass der vom Sekretariat für Kästli zu beantragende Sanktionsbetrag um mindestens CHF 350'000 reduziert wird.

2. Es sei Kästli vor der Anhörung durch die Wettbewerbskommission eine angemessene Frist von mindestens einem Monat zu gewähren, zum Antrag des Sekretariats in der an die Wettbewerbskommission übersandten Fassung schriftlich Stellung zu nehmen.

153. Im Auftrag der Präsidentin der WEKO wurden die Schreiben der Alluvia und der Kästli-Gruppe am 12. März 2024 beantwortet.¹⁷⁸ In diesen Antwortschreiben wurde

zunächst festgehalten, dass die WEKO am 11. März 2024 beschlossen hat, auf das Geschäft einzutreten, und dass sie keine zusätzlichen Beweismassnahmen beschlossen hat. Weiter wurde festgestellt, dass es sich bei den von Alluvia und Kästli-Gruppe aufgegriffenen Anpassungen im angepassten Antrag umfangmässig und inhaltlich um sehr bescheidene Ergänzungen handle. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlange nicht, dass derart geringfügige Anpassungen zur erneuten Stellungnahme zugestellt werden. Da die Parteien ohnehin die Möglichkeit gehabt hätten, sich dazu zu äussern, sei erst recht keine Verletzung des rechtlichen Gehörs ersichtlich. Sodann wurde festgehalten, dass es den Parteien unbenommen sei, sich an den Anhörungen vor der WEKO auch mündlich zum erwähnten Urteil des BVGer zu äussern. Möglich seien ferner weitere schriftliche Eingaben dazu, was nicht als Verstoss gegen Bst. b der Vorbemerkungen der EVR erachtet werde, da das fragliche Urteil erst nach deren Abschluss ergangen sei. Die Berücksichtigung weiterer schriftlicher Eingaben durch die WEKO könne zugesichert werden, sofern diese bis spätestens 12. April 2024 einträfen. Schliesslich wurde mitgeteilt, dass die WEKO es nicht als Verstoss gegen Bst. f der Vorbemerkungen der EVR erachten würde, falls trotz Einhaltung des in Bst. d der Vorbemerkungen der EVR in Aussicht

177 Act. IX.9 zur gesamten Rz. 178 Act. IX.10 f. zur gesamten Rz.

E. 44

gestellten Sanktionsrahmens eine Beschwerde bezüglich der Sanktionierung erhoben würde, sofern und soweit die diesbezüglichen Argumente in der Beschwerde auf Geschehnissen und Urteilen bauen würden, die erst nach Unterzeichnung der EVR eingetreten resp. ergangen sind (was insbesondere für das erwähnte Urteil des BVGer zutrifft). 154. Das Sekretariat informierte alle Parteien am 12. März 2024 darüber, dass die WEKO beschloss, auf das Geschäft einzutreten und dass sie keine zusätzlichen Beweismassnahmen beschlossen hat. Gleichzeitig liess es allen Parteien die zwei in der vorangehenden Randziffer dargelegten Antwortschreiben zukommen.¹⁷⁹ Nach durchgeführter Geschäftsgeheimnisbereinigung¹⁸⁰ liess das Sekretariat den Parteien am 19. März 2024 zudem die Schreiben der Alluvia resp. der Kästli-Gruppe vom 6. März 2024 zur Kenntnisnahme zukommen.¹⁸¹

B.3.1.13 Anhörung der Parteien und Entscheid der WEKO

155. Am 25. März 2024 hörte die WEKO wie beantragt¹⁸² KAGA, Alluvia, Heimberg, Kästli-Gruppe, Marti-Gruppe und Vigier an. Die jeweils anderen Parteien waren an diesen Anhörungen ebenfalls anwesend. Daepf verzichtete auf eine Anhörung sowie auf eine Teilnahme an den Anhörungen der anderen Parteien.¹⁸³ Keine der anwesenden Parteien stellte anlässlich der Anhörungen Beweisanträge. Da auch die Kommissionsmitglieder keine gestellt haben, wurde das Beweisverfahren geschlossen.¹⁸⁴ Während KAGA, Marti-Gruppe und Vigier an den Anhörungen ihre schriftlich gestellten Anträge¹⁸⁵ unverändert bestätigten,¹⁸⁶ gab es bei Alluvia, Heimberg und Kästli-Gruppe gewisse Änderungen bei den Anträgen: 156. Alluvia führte aus, beim angepassten Antrag vom 16. Januar 2024, bei dem die vorgenommenen Änderungen markiert seien, würde bei den ehemaligen Randziffern nicht die korrekte Nummer angegeben. So werde beispielsweise Rz 1851 des angepassten Antrags als mit Rz 1833 des ursprünglichen Antrags übereinstimmend angegeben, richtig sei jedoch Rz 1835. Alluvia beantragte deshalb neu, das Sekretariat sei anzuweisen, der WEKO eine korrekte Vergleichsversion zukommen zu lassen, die auch den Parteien zuzustellen sei.¹⁸⁷ 157. Gegenüber den Anträgen in ihrer

Stellungnahme änderte Heimberg ihr Rechtsbegehren 1.188 Sie beantragte nunmehr als Rechtsbegehren 1: «Die vom Sekretariat beantragte Sanktion gegen Heimberg sei um mindestens 145'000 Franken zu reduzieren». Die Rechtsbegehren 2 und 3 liess sie unverändert.189 158. Kästli-Gruppe bestätigte ihr Rechtsbegehren 1 und zog ihr Eventualbegehren 2 zurück. Dies ausdrücklich im Vertrauen auf die Zusicherung der WEKO gemäss Ziffer 3 des Schreibens vom 12. März 2024 in Bezug auf Bst. f der Vorbemerkungen der EVR. 190 Neu stellte Kästli-Gruppe den Antrag, es sei eine bestimmte Passage im angepassten Antrag bezüglich der Kästli-Gruppe zu streichen.191 179 Act. IX.12. 180 Act. IX.21, IX.23, IX.24 und IX.26. 181 Act. IX.27. 182 Siehe Rz 135 ff. hiervor. 183 Act. VIII.180. 184 Act. IX.30. Rz 15 f. 185 Rz 135, 140 resp. 141. 186 Siehe Act. IX.30 Beilagen 4, 5 und 6. 187 Act. IX.30 Beilage 1 Rz 3. 188 Zu ihrem ursprünglichen Rechtsbegehren 1 siehe Rz 138. 189 Act. IX.30 Beilage 3 Ziffer 1. 190 Siehe dazu Rz 153. 191 Act. IX.30 Beilage 2 S. 1.

E. 45

159. Den Parteien wurde – gerade auch mit Blick auf das Urteil des BVGer B-3290/2018 vom 28. November 2023 – am 12. März 2024 zugesichert, dass allfällige weitere schriftliche Eingaben, die bis spätestens am 12. April 2024 einträfen, von der WEKO bei ihrer Entscheidung berücksichtigt werden könnten. Mit ihren Schreiben vom 10. April 2024 machten KAGA, Kästli-Gruppe und Vigier von dieser Möglichkeit Gebrauch und äusserten sich insbesondere zum erwähnten Urteil und dessen Bedeutung für den vorliegenden Fall aus ihrer Sicht.192 Alluvia tat dasselbe mit Schreiben vom 11. April 2024.193 Kästli-Gruppe und Vigier hielten dabei unverändert an ihren bisherigen Anträgen fest, während KAGA einen neuen Unter-Antrag 1 bis zum bestehenden Antrag 1 stellte:194

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

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

Anträge zur Sache

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

2. Es seien die beantragten Massnahmen gemäss Dispositivziffer 1.1, 1.2, 1.6, 1.7, 1.8, 1.9 und 1.11 nicht anzuordnen;

3. Es seien den Untersuchungsadressatinnen höchstens die in Dispositivziffer 8.2 (gemäss Antrag vom 27. Juni 2023; act. VIII.7) beantragten Verfahrenskosten aufzuerlegen.

Verfahrensanträge:

- i. Für den Fall, dass Massnahmen gemäss oder ähnlich zu Dispositivziffer 1 angeordnet werden sollten, sei einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht zu entziehen;
- ii. Für den Fall, dass die Wettbewerbskommission die einvernehmliche Regelung vom 26. Oktober 2023 / 2. November 2023 gemäss Antrag 1 oben nicht genehmigen sollte, sei eine neue Frist von mindestens zwei Monaten zur Stellungnahme anzuordnen.

160. Nach mehrfacher Beratung fällt die WEKO am 17. Mai 2024 den vorliegenden Entscheidung.

B.3.1.14 Beurteilung der prozessualen Begehren und Verfahrensanhträge 161. Mehrere Parteien stellten Anträge zum Verfahren bzw. prozessuale Begehren.¹⁹⁶ Es ist angezeigt, dass die WEKO einleitend über diese Anträge befindet:

192 Act. IX.34–36. 193 Act. IX.37. 194 Act. IX.34 Rz 5. 195 Act. IX.37 Rz 14. 196 Siehe zu den ursprünglichen Anträgen Rz 135–141 und zu deren Anpassungen und Ergänzungen Rz 151 f. sowie 156–159.

E. 46

162. Zunächst wird davon Kenntnis genommen, dass Alluvia ihre im Schreiben vom 6. März 2024 gestellten Eventual-, Subeventual- und Sub-Subeventualanträge¹⁹⁷ in ihrer Eingabe vom 11. April 2024, in der sie ihre nach der Anhörung noch aktuellen Anträge konsolidiert festhielt, nicht mehr aufführt.¹⁹⁸ Sie erachtet diese Anträge demnach zumindest implizit als nicht mehr relevant bzw. als erledigt. Diese Anträge sind somit als von Alluvia zurückgezogen zu betrachten, womit es sich erübrigt, darauf weiter einzugehen. 163. Soweit Parteien eine Anhörung durch die WEKO sowie eine Anwesenheit an den Anhörungen anderer Parteien beantragten,¹⁹⁹ kam die WEKO diesen Begehren mit der Durchführung der Anhörungen, an denen die jeweils anderen Parteien zugelassen waren,²⁰⁰ vollumfänglich nach. Diese Anträge haben sich damit erledigt.²⁰¹ 164. Soweit Parteien eine zusätzliche Stellungnahmefrist beantragten, falls die WEKO die abgeschlossenen EVR nicht genehmigen sollte,²⁰² sei auf Dispositivziffer 4 verwiesen, wonach die WEKO die EVR genehmigt. Diese Anträge haben sich dementsprechend erledigt. 165. Soweit Parteien beantragten, es sei darauf zu verzichten, bezüglich einzelner Anordnungen die aufschiebende Wirkung zu entziehen,²⁰³ ist auf die Beurteilung der entsprechenden Massnahmen resp. des Entzugs der aufschiebenden Wirkung zu verweisen.²⁰⁴ Die WEKO befasst sich an jener Stelle ausführlich damit.

166. Vigier beantragte in ihrer einlässlichen Stellungnahme zum Antrag vom 30. November 2023, dem letzten Tag der – inklusive Gerichtsferien – insgesamt fünfmonatigen Stellungnahmefrist,²⁰⁵ der Antrag sei auf ein vernünftiges Mass zu kürzen und ihr nochmals zur Stellungnahme zuzustellen.²⁰⁶ Zur Begründung führte sie aus, die Dauer des Verfahrens und der Umfang des Antrags seien unverhältnismässig. Der Antrag verletze ihr Recht auf rechtliches Gehör und wirksame Verteidigung.²⁰⁷ Das Sekretariat lehnte dieses Begehren implizit ab, indem es den angepassten Antrag ungekürzt der WEKO unterbreitete. Und die WEKO lehnte es implizit ab, den angepassten Antrag zur Kürzung an das Sekretariat zurückzuweisen, indem sie am 11. März 2024 auf das Geschäft eintrat. Mit E-Mail vom 12. März 2024 wurde Vigier mitgeteilt, dass die WEKO auf das Geschäft eintritt und am 25. März 2024 die Anhörungen der Parteien, u.a. von Vigier, durchführen wird.²⁰⁸ Spätestens ab da musste für Vigier klar sein, dass nicht nur das Sekretariat ihrem Kürzungsantrag nicht nachkam, sondern ebenso wenig die WEKO. An

der Anhörung vom 25. März 2024 äusserte sich Vigier wiederum einlässlich zum ungekürzten angepassten Antrag.²⁰⁹ Mit der bereits erfolgten, impliziten Abweisung dieses Begehrens durch das Sekretariat und die WEKO hat es an sich sein Bewenden. Der Vollständigkeit halber sei dennoch Folgendes festgehalten:

197 Rz 151. 198 Rz 159. 199 KAGA (Rechtsbegehren 6); Heimberg (Rechtsbegehren 4), Kästli-Gruppe (Rechtsbegehren 3), Marti-Gruppe (Rechtsbegehren 4) sowie Vigier (Rechtsbegehren 3). 200 Rz 155. 201 So auch Alluvia, die ihre ursprünglichen Verfahrensträge i. und ii. nach Durchführung der Anhörungen nicht mehr aufrecht erhielt (vgl. Rz 136 einerseits und Rz 159 andererseits). 202 KAGA (Rechtsbegehren 4), Kästli-Gruppe (Rechtsbegehren 5) und Alluvia (Verfahrensantrag ii). 203 KAGA (Rechtsbegehren 5), Kästli-Gruppe (Rechtsbegehren 4), Vigier (Rechtsbegehren 4) und Alluvia (Verfahrensantrag i). 204 Rz 2211 ff. 205 Rz 134. 206 Rz 141. 207 Act. VIII.164 Rz 14–16. 208 Act. IX.12. 209 Act. IX.30 Beilage 5.

E. 47

167. Es ist fraglich, ob Vigier jemals ein ernsthaftes, legitimes Interesse mit diesem Begehren verfolgte: So stellte sie dieses Begehren nicht umgehend nach Erhalt des angeblich überlangen Antrags zu Beginn der laufenden Stellungnahmefrist und verlangte dabei, ihr sei diese Frist vorerst abzunehmen, bis ihr Kürzungsantrag beurteilt sei. Vielmehr stellte sie dieses Begehren am letzten Tag der Frist und äusserte sich zugleich einlässlich und umfassend zum Antrag. Mit anderen Worten stellte sie dieses Begehren zu einem Zeitpunkt, in dem es aufgrund der einlässlichen und umfassenden Stellungnahme bereits obsolet war und dessen Gutheissung bloss noch zusätzlichen Aufwand sowohl bei den Behörden als auch bei den Parteien (inklusive Vigier) verursacht hätte. Mit dem von Vigier an den Tag gelegten Verhalten – nicht aber mit diesem Begehren – steht denn auch in Einklang, dass sich Vigier den Anhörungen durch die WEKO ohne vorgängige Antragskürzung nicht widersetzte, sondern sich an ihrer Anhörung erneut umfassend zur Sache äusserte. Abgesehen davon war das Begehren auch inhaltlich unberechtigt: Weshalb sich Vigier nicht soll wirksam verteidigt haben können, begründet sie einzig mit dem Umfang des Antrags. Dass die Begründung unverständlich oder nicht nachvollziehbar wäre, macht sie nicht geltend. Ebenso wenig bezeichnet sie spezifische Passagen im Antrag, die ihres Erachtens redundant sind oder sich nicht auf den entscheidungsentwickelnden Sachverhalt beschränken würden.²¹⁰ Der Umfang des Antrags war zwar in der Tat gross. Der Antrag war aber weder übermässig noch unnötig lang. Es galt, zahlreiche unterschiedliche und dennoch miteinander verwobene Verhaltensweisen mehrerer Parteien auf verschiedenen Märkten zu behandeln, deren Ursprünge teilweise etliche Jahrzehnte zurückreichen. Gerade vorliegend war es besonders wichtig, die sachverhaltsspezifischen Einzelheiten des konkreten Falls minutiös herauszuarbeiten und diese zu würdigen, um zu verhindern, dass der Entscheid unzutreffend als allgemeine «Kriminalisierung» von «Partnerwerken» missverstanden wird.²¹¹ Dem grossen Umfang des Antrags wurde dahingehend Rechnung getragen, dass den Parteien eine entsprechend lange Frist zur Stellungnahme gewährt wurde.²¹² Dadurch war es Vigier – ebenso wie den anderen Parteien²¹³ – ohne Weiteres möglich, sich wirksam zu verteidigen. Vigier hat die gegen sie erhobenen Vorwürfe ausreichend verstanden und konnte sich detailliert dazu äussern. Das belegen sowohl ihre Stellungnahme zum Antrag als auch ihre mündlichen Ausführungen an der Anhörung. Es bedurfte also keiner Kürzung des Antrags, um eine wirksame Verteidigung zu ermöglichen.

168. Vigier beantragte in ihrer Stellungnahme ferner, der Antrag sei ihr nochmals zur Stel-

lungnahme zuzustellen, sofern die WEKO plant, im Rahmen der Verfügung vom beantragten Dispositiv abzuweichen. Sie macht geltend, gemäss Lehre und Rechtsprechung – wofür sie ein Urteil der ehemaligen REKO/WEF von 2005 mit den dortigen Nachweisen anführt – habe sie Anspruch auf eine zweite Stellungnahme, wenn sich das Dispositiv der Verfügung von demjenigen im Antrag unterscheide.²¹⁴ 169. Dies trifft jedenfalls in dieser Absolutheit nicht zu. Nicht jede Abweichung des Dispositivs der Verfügung der WEKO vom im Antrag des Sekretariats beantragten Dispositiv begründet einen Anspruch auf erneute Stellungnahme, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen: Gemäss jüngerer bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung gilt Art. 30 Abs. 2 KG, der spezialgesetzlich ein umfassenderes Recht zur Stellungnahme einräumt als der Anspruch auf rechtliches Gehör es tut, einzig hinsichtlich des Antrags des Sekretariats. Im Verfahren vor der WEKO greife demgegenüber «bloss» der Anspruch auf rechtliches Gehör.²¹⁵ Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlange nicht, dass die Parteien Gelegenheit erhalten, sich zu jedem

210 Dahingehend die Beanstandung im Urteil des BVGer, B-710/2014 vom 16.11.2022 E. 15.2.2, das von Vigier als Argument angeführt wird (siehe Act. VIII.164 Rz 14–16). 211 So aber gleichwohl der Vorwurf von Vigier, siehe Act. VIII.164 Rz 25. 212 Rz 134. 213 Die anderen Parteien haben im Übrigen nicht geltend gemacht, der Umfang des Antrags habe sie an einer wirksamen Verteidigung gehindert. 214 Act. VIII.164 Rz 17, unter Bezugnahme auf REKO/WEF, 27.9.2005, RPW 2005/4, 678 f. E. 4.1, Ticketcorner in Fn 8. 215 BVGer, B-3938/2013 vom 30.10.2019, E. 4.1.1, Dargaud.

E. 48

möglichen Ergebnis zu äussern, und die Behörde habe nicht ihre Begründung den Parteien vorweg zur Stellungnahme zu unterbreiten.²¹⁶ Es genüge vielmehr, wenn sich die Parteien zu den sachlichen und rechtlichen Grundlagen des Entscheids äussern und ihre Standpunkte einbringen können.²¹⁷ Dabei beschränke sich der Gehörsanspruch grundsätzlich auf den rechtserheblichen Sachverhalt. Hinsichtlich der Rechtsanwendung gewähre er nur in bestimmten Situationen eine Äusserungsmöglichkeit, namentlich bei für die Parteien unvorhersehbarer Rechtsanwendung, bei geänderter Rechtslage oder bei einem besonders grossen Ermessensspielraum.²¹⁸ Schliesslich sei zu beachten, dass die WEKO nicht an den Antrag des Sekretariats gebunden sei. Dass ihre Verfügung teilweise davon abweiche, könne (müsse aber nicht) gerade Folge der vorgängigen Anhörung zum Antrag sein – allein die Tatsache einer gewissen Abweichung begründe noch keinen Anspruch darauf, sich erneut dazu äussern zu können.²¹⁹ 170. Diese Rechtsprechung des BVGer überzeugt. Das erweiterte Stellungnahmerecht gemäss Art. 30 Abs. 2 KG betrifft gemäss eindeutiger Gesetzeswortlaut einzig den Antrag des Sekretariats, nicht hingegen die Verfügung der WEKO. Im Einklang damit wird in der Botschaft ausgeführt, in Erweiterung des Anspruchs auf rechtliches Gehör könnten die Parteien schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen.²²⁰ Die Systematik bekräftigt dieses Ergebnis, wird im KG doch deutlich zwischen dem Antrag des Sekretariats zum einen und der Verfügung der WEKO zum anderen unterschieden (siehe etwa Art. 18 Abs. 3, Art. 23 Abs. 1 und Art. 30 Abs. 1 KG), was zeigt, dass die Wortwahl in Art. 30 Abs. 2 KG keineswegs zufällig ist. Auch in teleologischer Hinsicht ist es schlüssig, dass das erweiterte Stellungnahmerecht nach Art. 30 Abs. 2 KG ausschliesslich den Antrag des Sekretariats beschlägt: Die erweiterte Partizipationsmöglichkeit der Parteien dient auch dazu, dass die WEKO als Entscheidbehörde gestützt auf den Antrag des ermittelnden Sekretariats einerseits und den Stellungnahmen

der Parteien andererseits, ähnlich einem Gericht, über die Sache befinden kann. Beide Seiten – das ermittelnde Sekretariat mit seinem Antrag und die Parteien mit ihrer Stellungnahme dazu – sollen sich vor der WEKO schriftlich und umfassend zur Sache äussern können. Bezüglich der Verfügung der urteilenden WEKO ist die Ausgangs- und Sachlage eine andere und es besteht insofern weder Grund noch Bedürfnis, den Anspruch auf rechtliches Gehör zu erweitern. Als Auslegungsergebnis ist daher zusammenfassend festzuhalten, dass das erweiterte Stellungnahmerecht gemäss Art. 30 Abs. 2 KG nur den Antrag des Sekretariats betrifft, hingegen im Verfahren vor der WEKO nicht gilt. Vor der WEKO kommt «nur» der Anspruch auf rechtliches Gehör zum Zuge. 171. Soweit die REKO/WEF im Urteil, das Vigier anführt, etwas anderes entschieden haben sollte,²²¹ ist diese Ansicht durch die jüngere Rechtsprechung des BVGer überholt. Abgesehen davon vermag auch die im fraglichen Urteil angeführte Begründung nicht zu überzeugen: So fällt auf, dass im fraglichen Entscheid nicht klar zwischen dem Anspruch auf rechtliches Gehör und dem erweiterten Stellungnahmerecht nach Art. 30 Abs. 2 KG unterschieden wird. Weiter fehlt es an einer (rechtlichen) Begründung dafür, weshalb Art. 30 Abs. 2 KG auch für die Verfügung der WEKO gelten sollte. Die REKO/WEF äusserte damals die Befürchtung, dass bei einem anderen Verständnis das Sekretariat bloss eine oberflächliche Teiluntersuchung durchführen könnte, zu der sie die Parteien anhört, und anschliessend die WEKO Nachbesserungen anordnet und echte Änderungen vornimmt, wodurch das Äusserungsrecht unterlaufen würde.

216 BVGer, B-3938/2013 vom 30.10.2019, E. 4.1.1 m.H. auf BGE 132 II 257 E. 4.2, Dargaud. 217 BGer, 2A.430/2006 vom 6.2.2007 E. 7.2, Buchpreisbindung II. 218 BGer, 2A.492/2002 vom 17.6.2003 E. 3.2.3, Elektra Baselland; BVGer, B-3938/2013 vom 30.10.2019, E. 4.1.1 m.w.H., Dargaud. 219 BVGer, B-3938/2013 vom 30.10.2019, E. 4.1.1 m.w.H., Dargaud. Ferner, wenn auch bezüglich der ComCom, BGE 132 II 257 E. 4.2. 220 Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, 605 Ziff. 254.24. 221 Siehe dazu und zum Folgenden REKO/WEF, 27.9.2005, RPW 2005/4, 678 f. E. 4.1., Ticketcorner.

E. 49

Diese Befürchtung rechtfertigt aber nicht eine grundsätzliche Erweiterung des Stellungnahme- rechts vor der WEKO, sondern bringt lediglich die Selbstverständlichkeit zum Ausdruck, dass Sekretariat und WEKO die Rechte nach Art. 30 Abs. 2 KG nicht umgehen dürfen. Die Befürchtung erscheint auch inhaltlich unberechtigt: Zunächst setzt diese Befürchtung ein bewusst pflichtwidriges Vorgehen des Sekretariats voraus, dass von der WEKO – ebenfalls pflichtwidrig – gedeckt würde. Für solche Zustände bei den Wettbewerbsbehörden bestehen jedoch keine Anzeichen. Sodann dürfte das befürchtete Vorgehen regelmässig unter anderem Sachverhaltsabklärungen der WEKO bedingen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gilt vor der WEKO uneingeschränkt. Zu (rechtsrelevanten) Sachfragen sind die Parteien infolgedessen ohnehin anzuhören, was ein solches Treiben auch ohne Ausdehnung des erweiterten Stellungnahme- rechts unterbindet. Und falls es schliesslich dennoch einmal zum befürchteten Verhalten kommen sollte, wäre im konkreten Einzelfall auf eine Umgehung von Art. 30 Abs. 2 KG zu erkennen. Abhilfe gegen eine solche Umgehung ist sachgerechterweise dadurch zu schaffen, indem im spezifischen (hypothetischen) Fall auf ein missbräuchliches Vorgehen der Wettbewerbsbehörden erkannt würde und nicht, indem aufgrund (der Befürchtung) eines derartigen Einzelfalls das erweiterte Stellungnahmerecht überschliessend generell auf die Verfügung

der WEKO ausgedehnt wird. Es bleibt demnach beim Auslegungsergebnis, wonach das erweiterte Stellungnahmerecht gemäss Art. 30 Abs. 2 KG vor der WEKO nicht gilt. Vor der WEKO gilt «nur», aber immerhin, der Anspruch auf rechtliches Gehör. 172. Zu prüfen bleibt, ob der Anspruch auf rechtliches Gehör im vorliegenden Fall ein Recht der Parteien begründet, sich vorgängig zur Verfügung der WEKO äussern zu können. Einleitend ist klarzustellen, dass dieses Recht allen betroffenen Parteien gleichermassen zustünde. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist von Amtes wegen zu respektieren, eines Antrags der Parteien bedarf es hierfür nicht. Der entsprechende Antrag von Vigier ist demnach überflüssig, zumal er auch nicht dazu führen kann, dass ihr deshalb eine zusätzliche, nicht vorgesehene Stellungnahmemöglichkeit gewährt wird, den anderen Parteien mangels Antrags hingegen nicht. 173. In der Sache verhält es sich so, dass die WEKO keine zusätzlichen Sachverhaltsabklärungen traf; im Übrigen beantragte auch keine der Parteien weitere Beweismassnahmen.²²² Die einschlägigen kartellrechtlichen Normen waren bekannt und die WEKO wendet keine anderen Normen an (insbesondere solche, mit deren Anwendung die Parteien nicht rechnen konnten). Zu Beidem konnten sich die Parteien in ihren Stellungnahmen zum Antrag sowie an den mündlichen Anhörungen vor der WEKO eingehend äussern. Damit hatten sie die Möglichkeit, sich vorweg zu den Grundlagen des Entscheids, insbesondere zum Sachverhalt und zu den anwendbaren Rechtsnormen, zu äussern. Der Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör betreffend Möglichkeit zur vorgängigen Äusserung ist damit gewahrt.²²³ 174. Daran ändert nichts, dass das Dispositiv der Verfügung der WEKO bezüglich der Dispositivziffern 1 und 5 von den diesbezüglichen Anträgen des Sekretariats abweicht.²²⁴ Diese Abweichungen stützen sich weder auf zusätzliche Sachverhaltsfeststellungen noch auf die Anwendung anderer Rechtsnormen. Vielmehr hat die WEKO dasselbe Verhalten gestützt auf dieselben Rechtsnormen gewürdigt. Sie kam dabei im Übrigen zum selben Ergebnis wie im Antrag, nämlich dass es sich um kartellrechtswidriges Verhalten handelt. Die Abweichungen betreffen einzig die Massnahmen, die nach Art. 30 Abs. 1 KG zu treffen sind, also die angeordneten Rechtsfolgen. Die Abweichungen beruhen einerseits auf einer Berücksichtigung der diesbezüglichen Vorbringen der Parteien und andererseits auf einer vom Antrag abweichenden Einschätzung, welches die besten zu treffenden Massnahmen sind. Diese Abweichungen

²²² Rz 142 und 155 ²²³ Statt anderer etwa BGer, 2C_933/2018 vom 25.3.2019 E. 4.2 m.w.H. ²²⁴ Vgl. Rz 124 Dispositivziffern 1 und 5 mit den Dispositivziffern 1 und 5 der vorliegenden Verfügung.

E. 50

im Dispositiv allein, die nicht auf einer anderen Gewichtung des bislang erhobenen Sachverhalts fussen,²²⁵ begründen keinen Anspruch auf eine erneute vorgängige Stellungnahmemöglichkeit. Denn der Anspruch auf rechtliches Gehör bezieht sich primär auf die (rechtserheblichen) Sachfragen und verlangt gerade nicht, dass Parteien die Gelegenheit erhalten, sich zu jedem möglichen Ergebnis zu äussern, das von der entscheidenden Behörde ins Auge gefasst wird. Und die Behörde hat in diesem Sinne nicht ihre Begründung vorgängig den Parteien zur Stellungnahme zu unterbreiten.²²⁶ Darauf würde es aber hinauslaufen, wenn den Parteien die Gelegenheit gegeben werden müsste, sich vorweg zu jeglichen Abweichungen des Dispositivs der Verfügung der WEKO im Verhältnis zu den Anträgen des Sekretariats äussern zu können, auch wenn diese Abweichungen – wie hier – nicht auf neuen oder wesentlich anders gewichteten

Sachfragen basieren. Kurzum: Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich vorliegend kein Recht der Parteien, sich vorgängig zu den Abweichungen bezüglich der Dispositivziffern 1 und 5 äussern zu können, weshalb davon abzusehen ist, ihnen hierzu Gelegenheit zu geben. Ergänzend sei erwähnt, dass die Stossrichtung der Anordnungen in Dispositivziffer 1 (und 5) dieser Verfügung dieselbe ist wie diejenige der Dispositivziffer 1 (und 5) des Antrags des Sekretariats, wozu sich die Parteien äussern konnten. Deshalb kann das Ergebnis vorliegend selbst hinsichtlich der hierbei vorgenommenen Ermessensausübung nicht als für die Parteien überraschend oder gar unvorhersehbar bezeichnet werden. Eine erneute Stellungnahmemöglichkeit erübrigt sich auch aus diesem Blickwinkel. Dem ohnehin überflüssigen Antrag von Vigier auf Gewährung einer zusätzlichen Gelegenheit zur Stellungnahme ist daher nicht nachzukommen, da der Anspruch auf rechtliches Gehör dies nicht erheischt. 175. Kästli-Gruppe beantragte in ihrem Schreiben vom 6. März 2024 erstens eine Überarbeitung der Vorbemerkungen Bst. d und f der EVR hinsichtlich des vom Sekretariat beantragten Sanktionsbetrags (Antrag 1) und zweitens die Einräumung einer zusätzlichen Stellungnahmefrist, um zum angepassten Antrag des Sekretariats Stellung nehmen zu können (Antrag 2). Aus Sicht der WEKO haben sich diese beiden Anträge mit ihrem Antwortschreiben vom 12. März 2024 bereits erledigt.²²⁷ In diesem Sinne interpretiert sie auch den Rückzug des Eventualantrags 2 der Stellungnahme von Kästli-Gruppe vom 30. November 2023, den die Kästli-Gruppe anlässlich ihrer Anhörung vornahm.²²⁸ In aller Kürze sei bezüglich der zwei Anträge gleichwohl noch Folgendes festgehalten: Antrag 1 ist in rechtlicher Hinsicht schwierig nachvollziehbar. Für die Aushandlung und Formulierung von EVR ist das Sekretariat zuständig. Die WEKO kann abgeschlossene EVR entweder genehmigen oder nicht genehmigen, sie kann sie jedoch nicht modifizieren. Weiter ist ausschliesslich das Sekretariat für den Antrag zuständig; es entscheidet allein, welche Sanktionsbeträge es darin beantragt. Die WEKO kann dem Sekretariat den Antragsinhalt nicht vorgeben. Die WEKO ist aber auch nicht an die Anträge des Sekretariats gebunden und kann frei über die Sanktionsbeträge entscheiden, die sie verfügt. Antrag 1 liegt somit gleich in mehrfacher Hinsicht ausserhalb der Zuständigkeit der WEKO, weshalb die WEKO nicht darauf eintreten kann. Auf das Anliegen der Kästli-Gruppe, das sie mutmasslich mit Antrag 1 zu verfolgen sucht, wurde bereits im Antwortschreiben vom 12. März 2024 eingegangen, worauf verwiesen sei. Bezüglich Antrag 2 ist festzuhalten, dass die geringfügigen Ergänzungen im angepassten Antrag keinen Anspruch auf eine erneute Möglichkeit zur vorgängigen Stellungnahme hierzu auslösten. Abgesehen davon hatten die Parteien auch ohne formelle Fristansetzung die Gelegenheit, sich dazu zu äussern – etliche Parteien, darunter u.a. Kästli-Gruppe, nutzten diese Möglichkeit, teilweise sogar mehrfach²²⁹.

²²⁵ Siehe zur diesbezüglichen Überlegung BGer, 2C_124/2013 vom 25.11.2013 E. 3.3.2.

²²⁶ BGE 132 II 257 E. 4.2; bestätigt etwa in BGer, 2C_933/2018 vom 25.3.2019 E. 4.2.

²²⁷ Siehe dazu Rz 153. ²²⁸ Rz 158. ²²⁹ So insbesondere die Kästli-Gruppe mit Schreiben vom 6.3.2024 (Act. IX.9), anlässlich der mündlichen Anhörung (Act. IX.30) und nochmals mit Schreiben vom 10.4.2024 (Act. IX.36).

51 176. Alluvia beantragte an der Anhörung, das Sekretariat sei anzuweisen, der WEKO eine korrekte Vergleichsversion des angepassten Antrags zukommen zu lassen, die auch den Parteien zuzustellen sei.²³⁰ Sie machte geltend, im angepassten Antrag vom 16. Januar 2024, bei dem die vorgenommenen Änderungen gegenüber dem an die Parteien versandten Antrag markiert seien, sei bei den ehemaligen Randziffern nicht die korrekte

Nummer angegeben. Die Verweise in den Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats vom 27. Juni 2023 auf bestimmte Randziffern des Antrags verwiesen daher an einen falschen Ort. In der Tat weichen die Randziffern, die im angepassten Antrag vom 16. Januar 2024 als frühere Randziffern angegeben sind, aus nicht nachvollziehbaren Gründen geringfügig von den zutreffenden ehemaligen Randziffern ab: Ab Rz 72 sind sie um eine Ziffer verschoben, ab Rz 105 bis zum Ende des Antrags einheitlich um stets zwei Ziffern. Der WEKO ist es aber problemlos möglich, die jeweils zutreffende ehemalige Randziffer festzustellen, indem sie einfach bei der angegebenen Randziffer zwei Ziffern dazurechnet. Das Verständnis und die Lesbarkeit der Stellungnahmen zum Antrag werden dadurch in keiner Weise geschmälert. Die WEKO kann die Argumente der Parteien auch so ohne Weiteres richtig zuordnen und diese umfassend und ohne Abstriche berücksichtigen. Eine Überarbeitung der Vergleichsversion des angepassten Antrags ist hierfür nicht erforderlich. Zudem scheint Alluvia dieses Begehren gar nicht mehr aufrecht zu halten. In ihrer Eingabe vom 11. April 2024 fasst sie konsolidiert die Rechtsbegehren zusammen, die ihres Erachtens nach der Anhörung noch relevant bzw. unerledigt sind. Dieses Begehren führt sie dort nicht auf, womit sie implizit bekundet, dieses als nicht mehr relevant zu erachten. Hätte Alluvia an diesem Begehren festgehalten, wäre es abzuweisen gewesen.

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

B.3.2 Ermittlungshandlungen und damit verwandte Themen

B.3.2.1 Ermittlungshandlungen 178. Das Sekretariat führte zeitgleich mit den Hausdurchsuchungen sowie im Anschluss an diese eine Serie von insgesamt 21 Einvernahmen durch. Zwischen dem 13. Januar 2015 und dem 12. Mai 2015 wurden Parteieinvernahmen mit Alluvia (Hofstetter und Messerli), Daepf,

230 Rz 156. 231 Rz 158. 232 Vgl. Art. 23 Abs. 1 sowie Art. 30 Abs. 1 KG.

52 Heimberg, KAGA, Kästli und Kiestag²³³, eine Zeugeneinvernahme²³⁴ und zwei Einvernahmen mit mutmasslich von der Untersuchung betroffenen Unternehmen, u.a. Marti,²³⁵ durchgeführt.

179. Von Februar 2015 bis Mai 2016 sichtete das Sekretariat die beschlagnahmten Papiere und wertete die sichergestellten elektronischen Daten aus. Die Parteien wurden vorgängig über ihr Recht informiert, der Sichtung der elektronischen Daten beizuwohnen²³⁶. Kästli,

Alluvia, Heimberg und Kiestag nahmen hieran teil.²³⁷ Die übrigen Parteien verzichteten darauf.²³⁸ 180. Im Mai 2015 leitete das Sekretariat die Bereinigung von Geschäftsgeheimnissen sämtlicher bis zu diesem Zeitpunkt erfolgter Korrespondenz sowie der diversen Einvernahmeprotokolle ein.²³⁹ Die diesbezügliche Geschäftsgeheimnisbereinigung konnte (z.T. nach Fristestreckungen)²⁴⁰ Anfang September 2015 abgeschlossen werden.²⁴¹ 181. Am 15. September 2015 führte das Sekretariat eine weitere Zeugeneinvernahme durch, worüber es die Parteien informierte.²⁴² Vertreter der Alluvia, Daepf, Heimberg und Kiestag nahmen an der Zeugeneinvernahme teil, die übrigen Parteien verzichteten darauf.²⁴³ 182. Mit Vorladung vom 19. resp. 25. August 2015 setzte das Sekretariat für den 14. Oktober 2015 eine Parteieinvernahme der Lehmann Transport AG (nachfolgend: Lehmann), die zu Alluvia gehört,²⁴⁴ an.²⁴⁵ Gleichzeitig informierte es die übrigen Parteien darüber. ²⁴⁶ In der Folge beantragte Alluvia den Ausschluss der übrigen Parteien von der Parteieinvernahme und verlangte im Falle der Ablehnung ihres Antrags den Erlass einer anfechtbaren Zwischenverfügung.²⁴⁷ Nach dem Schriftenwechsel²⁴⁸ erliess das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied der WEKO am 5. Oktober 2015 die bereits erwähnte²⁴⁹ Zwischenverfügung betreffend Teilnahme von Parteien an Parteieinvernahmen gegenüber Alluvia²⁵⁰ und bediente die übrigen Parteien mit einer Kopie.²⁵¹ Alluvia reichte dagegen am 13. Oktober 2015 Beschwerde beim BVGer ein.²⁵² Dieses untersagte dem Sekretariat gleichentags superprovisorisch, die Parteieinvernahme der zu Alluvia gehörenden Lehmann durchzuführen, worüber das Sekretariat die Parteien umgehend informierte.²⁵³ Mit Urteil vom 18. Februar 2016 wies das BVGer die Beschwerde der Alluvia ab.²⁵⁴ Das Urteil des BVGer liess das Sekretariat den übrigen Parteien zur Kenntnis zukommen.²⁵⁵ Mit Schreiben vom 10. März 2016 teilte die Alluvia dem Sekretariat

233 Act. I.19–I.28, I.40 f., I.44–I.47, I.62, I.72, I.75, I.79–I.81 (Vorladungen); Act. III.1–III.12 und III.14–III.19 (Protokolle). 234 Act. I.53 (Vorladung), Act. III.13 (Protokoll). 235 Act. I.99–I.100 (Vorladungen), Act. III.20 f. (Protokolle). 236 Act. I.96, I.102, I.118, I.137, I.174, I.175 und I.367. 237 Act. I.119, I.140, I.160, I.176, I.179 und I.368. 238 Act. I.101, I.107, I.117, I.160 und I.178. 239 Act. I.120–I.136. 240 Act. I.147 f. (Kiestag), I.149, I.151 und I.164 (Alluvia), sowie I.159 und I.161 (Heimberg). 241 Act. I.141–I.146, I.150, I.152–I.158, I.162 f., I.165–I.173, I.177, I.180 f., I.191, I.200 f., I.217, I.221 f., I.240 und I.248. 242 Act. I.182–I.189 und III.22 (Protokoll). Die diesbezügliche Geschäftsgeheimnisbereinigung findet sich in Act. I.249 und I.251. 243 Act. I.202–I.207 und III.22. 244 Siehe Fn 2318. 245 Act. I.182, I.190, I.192 f. 246 Act. I.184–I.189. 247 Act. I.208. 248 Act. I.209–216, I.218 f., I.224 f., I.241–I.243, I.245, I.247, I.250 und I.252 249 Dazu Rz 104 ff. 250 Act. V.2.1. 251 Act. I.253–I.258. 252 Act. V.2.2. 253 Act. V.2.2–V.2.25 und I.262–I.268. 254 Act. V.2.26. 255 Act. I.360–I.366.

53 mit, dass sie auf einen Weiterzug ans Bundesgericht (nachfolgend BGer) verzichte.²⁵⁶ Mit Vorladung vom 23. März 2016 setzte das Sekretariat die Parteieinvernahme der Lehmann neu für den 26. April 2016 an und informierte die übrigen Parteien über die Möglichkeit der Teilnahme an dieser Parteieinvernahme.²⁵⁷ In der Folge nahmen Vertreter der Alluvia selber sowie der Heimberg und Kiestag an der Parteieinvernahme teil; die übrigen Parteien verzichteten darauf.²⁵⁸ Den Parteien wurde das geschäftsgeheimnisbereinigte Protokoll zugestellt.²⁵⁹ 183. Zwischen Mitte Oktober und Anfang November 2015 stellte das Sekretariat der Alluvia, Daepf, Heimberg, KAGA, Kästli und der erwähnten Inhaberin der durchsuchten Büroräumlichkeiten die bei ihnen

beschlagnahmten und aufgrund der elektronischen Sichtungen als zu diesem Zeitpunkt verfahrensrelevant qualifizierten elektronischen Dokumente zu und räumte ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme ein.²⁶⁰ Heimberg, Kästli und die erwähnte Inhaberin der durchsuchten Büroräumlichkeiten beantragten je eine Fristerstreckung, die das Sekretariat gewährte.²⁶¹ Gegen die Aufnahme der als verfahrensrelevant qualifizierten elektronischen Dokumente in die Verfahrensakten erhoben Daepf, Heimberg und KAGA keine Einwände.²⁶² Alluvia, Kästli und die erwähnte Inhaberin der durchsuchten Büroräumlichkeiten beantragten hingegen, dass einzelne Dokumente nicht zu den Verfahrensakten zu nehmen seien, mit der Begründung, dass diese Dokumente entweder nicht von Verfahrensparteien erstellt worden seien, nicht unter den Untersuchungsgegenstand fielen oder dem Anwaltsprivileg unterstünden.²⁶³ Das Sekretariat teilte Alluvia mit Schreiben vom 20. November 2015 mit, dass es kein Beschlagnahmehindernis der fraglichen Dokumente sehe, woraufhin sich Alluvia mit Schreiben vom 2. Dezember 2015 erneut der Aufnahme widersetzte.²⁶⁴ Die Anträge von Kästli und der Inhaberin der Büroräumlichkeiten hiess das Sekretariat teilweise gut.²⁶⁵ Gleichzeitig teilte das Sekretariat Alluvia, Kästli und der Inhaberin der Büroräumlichkeiten mit, dass es ihre Anträge bezüglich der (restlichen) fraglichen Dokumente als Einsprachewerte und setzte ihnen Frist, um die entsprechende Siegelung der Dokumente zu beantragen.²⁶⁶ In der Folge erklärten sich Alluvia, Kästli und die Inhaberin der Büroräumlichkeiten weiterhin nicht mit der Aufnahme der fraglichen Dokumente in die Verfahrensakten einverstanden, verzichteten jedoch zugleich auf deren Siegelung.²⁶⁷ Alluvia und Kästli behielten sich weiter ausdrücklich vor, ihre Einwände gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt erneut geltend zu machen.²⁶⁸ Am 11. November 2015 stellte das Sekretariat einem ehemaligen Mitarbeiter der Alluvia einen Fragebogen zu, den dieser am 17. November 2015 beantwortete.²⁶⁹ Mit Vorladung vom 25. November 2015 lud das Sekretariat diesen ehemaligen Mitarbeiter der Alluvia für den 17. Dezember 2015 für eine Zeugeneinvernahme vor und informierte gleichzeitig die Parteien darüber.²⁷⁰ In der Folge teilten die übrigen Parteien ihre Teilnahme resp. den Verzicht darauf dem Sekretariat mit.²⁷¹ Alluvia stellte mit Eingabe vom 2. Dezember 2015 u.a. das Gesuch, dass die Vorladung an ihren ehemaligen Mitarbeiter korrigiert und die Anfragen an die Parteien zur Teilnahme an dieser Zeugeneinvernahme – mit Ausnahme der Anfrage an Alluvia – zu

256 Act. V.3.9. 257 Act. I.371 (Vorladung), I.372–I.377 (Information an Partei). 258 Act. III.23 und I.388 f., I.391–I.395. 259 Act. I.399, I.417, I.419, I.429 und I.430 f. 260 Act. I.260 f., I.269, I.275 f. und I.280. 261 Act. I.274, I.278 f. und I.282–I.284. 262 Act. I.271 (Daepf), I.277 und I.281 (KAGA), I.285 f. und I.289 (Heimberg). 263 Act. I.287 (Alluvia), I.290 (Kästli), I.291 (Inhaberin der Büroräumlichkeiten). 264 Act. I.288 und I.290. 265 Act. I.332 (Kästli) und I.330 (Inhaberin der Büroräumlichkeiten) 266 Act. I.330–332. 267 Act. I.333 f. (Inhaber der Büroräumlichkeiten), I.335 f., I.346 f., I.357, I.359 und I.369 (Kästli), I.337–I.339, I.348, I.356, I.358 und I.369a (Alluvia). 268 Act. I.369 (Kästli) und I.369a (Alluvia). 269 Act. VI.1 und VI.2. 270 Act. I.292–I.299. 271 Act. I.300 f., I.309, I.312 und I.314 f.

54 annullieren seien. Zudem beantragte sie, dass der Fragebogen vom 11. November 2015 an den ehemaligen Mitarbeiter der Alluvia sowie dessen Antwort dazu aus den Verfahrensakten zu entfernen seien.²⁷² Mit Schreiben vom 3. Dezember 2015 informierte das Sekretariat Alluvia, dass die Wettbewerbsbehörden beabsichtigen, über diese Anträge

im Rahmen einer kostenpflichtigen Zwischenverfügung zu befinden.²⁷³ Mit E-Mail vom 7. Dezember 2015 teilte Alluvia mit, dass sie an ihren Anträgen festhalte.²⁷⁴ Daraufhin erliess das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO am 8. Dezember 2015 die bereits erwähnte²⁷⁵ Zwischenverfügung betreffend Zulässigkeit der Zeugeneinvernahme sowie Entfernung von Dokumenten aus den Akten.²⁷⁶ Dagegen reichte Alluvia am 13. Dezember 2015 Beschwerde beim BVGer ein. Am 15. Dezember 2015 untersagte das BVGer dem Sekretariat superprovisorisch, die Zeugeneinvernahme durchzuführen, worüber das Sekretariat die Parteien umgehend informierte.²⁷⁷ Mit Urteil vom 17. Februar 2016 trat das BVGer nicht auf die Beschwerde ein.²⁷⁸ Das Urteil des BVGer liess das Sekretariat den übrigen Parteien zur Kenntnis zukommen.²⁷⁹ Mit Schreiben vom 10. März 2016 teilte Alluvia dem Sekretariat mit, dass sie auf einen Weiterzug ans BGer verzichte.²⁸⁰ Mit Vorladung vom 23. März 2016 setzte das Sekretariat die Zeugeneinvernahme daraufhin neu für den 28. April 2016 an und informierte gleichzeitig die Parteien über die Möglichkeit der Teilnahme an dieser Zeugeneinvernahme.²⁸¹ In der Folge nahmen Vertreter der Alluvia, Daepf, KAGA, Kästli, Heimberg und Kiestag an der Zeugeneinvernahme teil; Marti verzichtete auf die Teilnahme.²⁸² Das Protokoll der Zeugeneinvernahme stellte das Sekretariat allen Parteien am Folgetag zur Kenntnis zu.²⁸³

185. Mit Vorladungen vom 30. März 2016 setzte das Sekretariat für den 2. und 4. Mai 2016 zwei weitere Zeugeneinvernahmen an, worüber es die Parteien informierte und zur Teilnahme einlud.²⁸⁴ In der Folge nahmen verschiedene Vertreter der Parteien an den Zeugeneinvernahmen teil.²⁸⁵ Im Anschluss an die Zeugeneinvernahmen wurden den Parteien gleichentags die Zeugeneinvernahmeprotokolle zur Einsicht zugestellt.²⁸⁶ 186. Am 12. April 2016 wandte sich das Sekretariat mit einem Auskunftsbegehren betreffend die Marktverhältnisse in der Baustoff- und Deponiebranche im Kanton Bern an die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (JGK), Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR).²⁸⁷ Nach erfolgter Fristerstreckung²⁸⁸ reichte die JGK mit Schreiben vom 18. Mai 2016 eine umfangreiche Beantwortung der ihr gestellten Fragen beim Sekretariat ein.²⁸⁹ 187. Im Mai 2016 stellte das Sekretariat der Kiestag die bei ihr sichergestellten und aufgrund der elektronischen Sichtung als zu diesem Zeitpunkt verfahrensrelevant qualifizierten elektronischen Dokumente zu und räumte ihr Gelegenheit ein, allfällige Beschlagnahmehindernisse

272 Act. I.310. 273 Act. I.311. 274 Act. I.313. 275 Rz 108 ff. 276 Act. V.3.1. 277 Act. V.3.2–V.3.3. 278 Act. V.3.8. 279 Act. I.349–I.355. 280 Act. V.3.9. 281 Act. I.370 (Vorladung), I.371–I.377 (Information an Parteien). 282 Act. III.24 und I.388 f., I.391–I.395. 283 Act. I.400–I.407. 284 Act. I.379 f. (Vorladung), I.381–I.387 (Information an Parteien) 285 Act. III.25 f. und I.389–I.395. 286 Act. I.410 f. und I.413 f. 287 Act. VI.3 und VI.4. 288 Act. I.396 f. 289 Act. VI.5.a–5.d.

55 geltend zu machen und entsprechend Einsprache (Art. 50 Abs. 3 VStrR) gegen die Beschlagnahme dieser als verfahrensrelevant qualifizierten elektronischen Dokumente zu erheben.²⁹⁰ Kiestag verzichtete auf eine Stellungnahme und erhob keine Einwände. 188. Von April 2016 bis August 2017 leitete das Sekretariat die Geschäftsgeheimnisbereinigung der anlässlich der Hausdurchsuchungen bzw. in deren Nachgang beschlagnahmten Papier- und elektronischen Dokumente ein. Dabei nahm es zuvor eine Prüfung allfälliger Geschäftsgeheimnisse in diesen Dokumenten vor. Die Parteien erhielten sodann die Gelegenheit, allfällige zusätzliche Geschäftsgeheimnisse geltend zu machen. Im August

2017 konnte die Geschäftsgeheimnisbereinigung abgeschlossen werden.²⁹¹ 189. Mit Vorladung vom 12. Mai 2016 setzte das Sekretariat für den 8. Juni 2016 eine weitere Zeugeneinvernahme an, worüber es die Parteien informierte und zur Teilnahme einlud.²⁹² In der Folge nahmen verschiedene Vertreter der Parteien an der Zeugeneinvernahme teil.²⁹³ Im Anschluss an die Zeugeneinvernahme wurde den Parteien gleichentags das Zeugeneinvernahmeprotokoll zur Kenntnis zugestellt.²⁹⁴

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

290 Act. I.415. 291 Act. I.398, I.412 und I.418 (KAGA), I.416, I.437–I.439 (Daepf), I.434, I.442 f., I.446, I.453, I.455 f., I.459a–I.459c, I.494, I.497, I.501 f. (Heimberg), I.443, I.447, I.450, I.461.a–461.c, I.483, I.489, I.491, I.499.a–499.i, I.512, I.516, I.520, I.536 (Kiestag), I.444, I.448 f., I.454–I.454.1, I.457, I.472 f., I.563, I.565 f., I.568 f., I.573 (Inhaberin der Büroräumlichkeiten), I.451, I.463, I.513–515, I.542, I.547, I.552, I.556 f., I.559 (Kästli) und I.452, I.462, I.511, I.517 f., I.539, I.543, I.546, I.548–I.551, I.555, I.558, I.560–I.562 (Alluvia), betreffend Alluvia und Kästli siehe ferner Act. I.521 und I.535 (Alluvia) und Act. I.522 f., I.531 f. und I.537 (Kästli). 292 Act. I.420 (Vorladung), I.421 –I.427 (Information an Parteien). 293 Act. I.428 f., I.432 f., I.435 f. 294 Act. I.440 f. 295 Act. VI.6. 296 Act. I.458. 297 Act. I.460. 298 Act. I.464. 299 Act. I.465. 300 Act. I.466–I.471. 301 Act. I.474; I.476 f.; I.480–482. 302 Act. I.478 f. 303 Act. I.486 f. 304 Act. I.492 f.

56 es der Alluvia die Gelegenheit, Geschäftsgeheimnisse im Einvernahmeprotokoll zu bezeichnen.³⁰⁵ Die Alluvia kam dieser Aufforderung mit Schreiben vom 4. November 2016 nach.³⁰⁶

191. Mit Schreiben vom 13. September 2016 wandte sich das Sekretariat betreffend Bereinigung um Amts- und Geschäftsgeheimnisse im Auskunftsbegehren vom 18. April 2016 an das AGR des JGK.³⁰⁷ Mit Schreiben vom 28. September 2016 bezeichnete die JGK die Amts- und Geschäftsgeheimnisse,³⁰⁸ die das Sekretariat teilweise berücksichtigte.³⁰⁹ Mit Schreiben vom 18. Oktober 2016 hielt die JGK an ihrem Antrag fest.³¹⁰ Das Sekretariat machte daraufhin mit Schreiben vom 3. November 2016 einen Vorschlag zur Abdeckung, dem sich die JGK nicht innert Frist widersetzte.³¹¹ 192. Mit Vorladung vom 3. Januar 2017 setzte das Sekretariat für den 14. Februar 2017 eine Parteieinvernahme der KAGA an.³¹² Gleichzeitig informierte es die übrigen Parteien über diese Parteieinvernahme.³¹³ In der Folge teilten die Parteien ihre Teilnahme resp. den

Verzicht auf Teilnahme dem Sekretariat mit.³¹⁴ Im Anschluss an die Parteieinvernahme wurde den Parteien am 15. Februar 2017 das Einvernahmeprotokoll zur Kenntnis zugestellt.³¹⁵

193. Am 22. Februar 2017 stellte das Sekretariat ein Auskunftsbegehren an Marti³¹⁶, welches mit Eingabe vom 17. März 2017 beantwortet wurde³¹⁷. 194. Mit Schreiben vom 29. August 2017 wandte sich das Sekretariat an die Geschäftsprüfungskommission des Grossen Rates des Kantons Bern (GPK) und verlangte die Herausgabe eines Berichts, den die Finanzkontrolle des Kantons Bern im Auftrag der GPK verfasst hatte.³¹⁸ Im Fokus dieses Berichts stehen der Kanton Bern und seine Rolle im Kiesabbau- und Deponiewesen sowie Auswirkungen auf die Preissituation. Die GPK bestätigte den Eingang des Schreibens am 18. September 2017 und teilte mit, dass sie voraussichtlich Ende Oktober 2017 über das Begehren entscheiden werde.³¹⁹ Mit Schreiben vom 26. Oktober 2017 teilte die GPK mit, dass ihr aus übergeordneten staatsrechtlichen Gründen eine Herausgabe des Berichts nicht möglich sei.³²⁰ Am 6. März 2018 trafen sich eine Delegation der GPK sowie des Sekretariats zu einer Besprechung des Ersuchens sowie der abschlägigen Antwort.³²¹ Im Nachgang dazu ersuchte das Sekretariat zumindest um Auskunft bezüglich der beim «interkantonale[n] Vergleich von Angebotspreisen» angewandten Methodik.³²² Aber auch diesbezüglich wurde letztlich jegliche Auskunft seitens der GPK verweigert.³²³

305 Act. I.498. 306 Act. I.505. 307 Act. I.475. 308 Act. I.484. 309 Act. I.490. 310 Act. I.496. 311 Act. I.504. 312 Act. I.524. 313 Act. I.525–530. 314 Act. I.533–534; I.538; I.540 f. 315 Act. I.544 f. 316 Act. IV.9. 317 Act. IV.10. 318 Act. VI. 12. 319 Act. VI.14. 320 Act. VI.20. 321 Act. VI.53. 322 Act. VI.58. 323 Act. VI.59 f., VI.62 f.

57 195. Am 28. September 2017 richtete das Sekretariat ein Auskunftsbegehren an KAGA,³²⁴ das diese nach Fristerstreckung³²⁵ am 10. November 2017 beantwortete.³²⁶ Am 2. November 2017 richtete das Sekretariat ferner Fragen zum Datenabgleich an KAGA,³²⁷ welche diese nach Fristerstreckung³²⁸ am 24. November 2017 beantwortete.³²⁹ 196. Am 13. November 2017 stellte das Sekretariat zwölf Kundinnen von KAGA einen Fragebogen zur Baustoff- und Deponiebranche zu,³³⁰ wobei eine dieser Gesellschaften, die Uhlmann AG, Teil der Kästli-Gruppe ist³³¹. Nach mehrfachen Nachfragen³³² und Fristerstreckungen³³³ verfügte das Sekretariat schliesslich im März 2018 über die Antworten aller zwölf Kundinnen.³³⁴ Am 4. April 2018 stellte das Sekretariat diesen zwölf Kundinnen die seitens des Sekretariats um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Version ihrer Fragebögen zur Stellungnahme zu.³³⁵ Die zur Kästli-Gruppe gehörende Kundin erklärte ausdrücklich ihr Einverständnis mit der vorgeschlagenen Geschäftsgeheimnisbereinigung,³³⁶ während die übrigen Kundinnen dies konkludent durch unbenutzten Ablauf der Antwortfrist taten. 197. Mit Schreiben vom 13. Dezember 2017 stellte das Sekretariat fünf unabhängigen Betreiberinnen von Abbaustellen in der Region einen Fragebogen zur Baustoff- und Deponiebranche zu.³³⁷ Die Antworten gingen nach Fristerstreckungen³³⁸ und Rückfragen³³⁹ bis April 2018 beim Sekretariat ein.³⁴⁰ Im Februar 2022 stellte das Sekretariat diesen fünf Betreiberinnen die seitens des Sekretariats um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Version ihrer Fragebögen zur Stellungnahme zu.³⁴¹ Indem sie die Antwortfrist unbenutzt verstreichen liessen, erklärten sich alle Betreiberinnen, wie im Schreiben des Sekretariats vom Februar 2022 ausgeführt, mit der vorgeschlagenen Geschäftsgeheimnisbereinigung einverstanden. 198. Mit Schreiben vom 25. Mai 2022 ersuchte das Sekretariat drei Parteien um Angaben zu ihren Umsätzen.³⁴² Die Antworten gingen am 9. Juni,³⁴³ 20. Juni³⁴⁴ und 14. Juli 2022³⁴⁵ ein.

B.3.2.2 Unaufgeforderte Parteieingaben 199. Alluvia reichte im Nachgang zu ihren Parteieinvernahmen vom 15. Januar 2015, 17. Februar 2015 und 16. März 2015 jeweils Stellungnahmen mit Korrekturen und Ergänzungen ein.³⁴⁶

324 Act. IV.11. 325 Act. I.581 f. 326 Act. IV.13. 327 Act. IV.12. 328 Act. I.584 f. 329 Act. IV.14. 330 Act. VI.21. 331 Siehe Act. I.588. 332 Siehe etwa Act. VI.28–31, VI.33, VI.39 f. 333 Etwa Act. I.586 f., I.589 f., I.592 f., I.595, I.598–600, I.602–604. 334 Act. VI.22–25; Act. VI. 27; VI.34–36, VI.41 f., VI.44 f., VI.51, IV.15. 335 Act. VI.55. 336 Act. I.613. 337 Act. VI.32. 338 Etwa Act. I.609, I.612. 339 Act. I.611. 340 Act. VI.38, VI.43 und VI.48, VI.52, VI.54 und VI.57. 341 Act. VI.73–77. 342 Act. I.630–I.632. 343 Act. IV.16. 344 Act. IV.17. 345 Act. IV.18 f. 346 Act. IV.1–IV.3.

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

201. Im Nachgang zur Parteieinvernahme vom 14. Februar 2017 reichte KAGA am 24. Februar 2017 das Organisationsreglement der KAGA und Protokolle der Sitzungen der Finanzkommission von KAGA (FIKO) ein.³⁴⁸ Wie anlässlich der Einvernahme zugesagt, informierte KAGA zudem mit Schreiben vom 24. April 2017³⁴⁹ und 4. Juli 2017³⁵⁰ über die künftige Organisation der Finanzen der KAGA.

B.3.2.3 Akteneinsicht

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

203. Ebenfalls im Januar 2015 reichte auch Daepf ein Akteneinsichtsgesuch ein.³⁵³ Das Sekretariat lehnte dieses mit derselben Begründung wie bei der Kiestag ab.³⁵⁴ 204. Im März 2015 reichte Kiestag ein weiteres Gesuch um Akteneinsicht sowie ein Gesuch um Teilnahme an Einvernahmen von nicht am Verfahren beteiligten Unternehmen ein.³⁵⁵ Das Akteneinsichtsgesuch lehnte das Sekretariat mit Bezug auf sein Schreiben vom Januar 2015³⁵⁶ erneut mit einem zeitlichen Aufschub ab. Es werde nach Abschluss der Einvernahme- serie sowie der Geschäftsgeheimnisbereinigung der bislang aufgenommenen Akten allen Parteien ein Aktenverzeichnis zukommen lassen und Akteneinsicht gewähren.

205. Nach Abschluss der Geschäftsgeheimnisbereinigung im September 2015 orientierte das Sekretariat die Parteien am 9. September 2015 über den Stand der Verfahrensakten durch Versand des Aktenverzeichnisses.³⁵⁷ Zudem wurden die digitalisierten Verfahrensakten auf einem gesicherten Server des Bundes zum Download bereitgestellt und den Parteien ein entsprechendes Passwort zum Abrufen der Dateien mitgeteilt, also Akteneinsicht gewährt. 206. In der Folge gewährte das Sekretariat eine weitere Akteneinsicht am 2. Dezember 2015.³⁵⁸ Im Anschluss an die später erfolgten Einvernahmen wurde den Parteien jeweils umgehend die Einvernahmeprotokolle zugesandt.

347 Act. IV.4–IV.5. 348 Act. IV.6. 349 Act. IV.7. 350 Act. IV.8. 351 Act. I.30. 352 Act. I.37. 353 Act. I.34. 354 Act. I.39. 355 Act. I.88. 356 Siehe Rz^o202 resp. Act. I.37. 357 Act. I.226–I.239. 358 Act. I.302–I.308.

59 207. Nach der Geschäftsgeheimnisbereinigung der beschlagnahmten und als verfahrensrelevante qualifizierten Papier- und elektronischen Dokumente gewährte das Sekretariat den Parteien am 2. Oktober 2017 Akteneinsicht in sämtliche Beweismittel durch Versand des Aktenverzeichnisses und Bereitstellung der digitalisierten Akten zum Download.³⁵⁹ 208. Auf Nachfrage von Kiestag am 28. Februar 2019 sandte das Sekretariat ihr im März 2019 ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zu und teilte gleichzeitig mit, dass die Geschäftsgeheimnisbereinigung noch nicht bei allen neu aufgenommenen Dokumenten durchgeführt worden sei.³⁶⁰ Auf Nachfrage von Heimberg sandte das Sekretariat ihr im Juli 2019 ebenfalls ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zu und teilte gleichzeitig mit, dass die Geschäftsgeheimnisbereinigung noch nicht bei allen neu aufgenommenen Dokumenten durchgeführt worden sei.³⁶¹ 209. Nachdem insbesondere die Antworten der angefragten Unternehmen auf die Fragebogen geschäftsgeheimnisbereinigt waren,³⁶² stellte das Sekretariat den Parteien mit Schreiben vom 25. Mai 2022 wiederum das Aktenverzeichnis zu und stellte die neu aufgenommenen, digitalisierten Akten zum Download bereit.³⁶³ Auf Ersuchen einer Partei stellte das Sekretariat dieser die vollständigen Verfahrensakten erneut zum Download bereit.³⁶⁴ 210. Mit dem Antrag stellte das Sekretariat den Parteien mit Schreiben vom 28. Juni 2023 wiederum die neu aufgenommenen, digitalisierten Akten zum Download bereit.³⁶⁵ Es wies zugleich darauf hin, dass die vom Kanton Bern eingereichten Controlling-Daten aufgrund der enthaltenen Amts- und Geschäftsgeheimnisse nur geschwärzt zugestellt werden könnten. Unter Einhaltung bestimmter Regeln könne jedoch in den Räumlichkeiten des Sekretariats Einblick in die ungeschwärzten Controlling-Daten genommen werden. Die Parteien wurden gebeten, sich an das Sekretariat zu wenden, sollten sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wollen.³⁶⁶ Keine der Parteien teilte innert Frist – oder auch nach deren Ablauf im Rahmen der Stellungnahmen zum Antrag³⁶⁷ – mit, Einsicht in die ungeschwärzten Controlling-Daten des Kantons Bern nehmen zu wollen. 211. Den per 16. Januar 2024 angepassten Antrag stellte das Sekretariat den Parteien, wie im Schreiben vom 31. Januar 2024 angekündigt,³⁶⁸ am 2. Januar 2024 zu. Gleichzeitig stellte es ihnen wiederum die neu aufgenommenen, digitalisierten Akten mit Stand 23. Januar 2024 zum Download bereit.³⁶⁹ 212. Die Eingaben von Alluvia und Kästli-Gruppe vom 6. März 2024,³⁷⁰ die Antwortschreiben darauf vom 12. März 2024³⁷¹ sowie die weiteren schriftlichen Eingaben von KAGA, Kästli-Gruppe und Vigier vom 10. April 2024 und von Alluvia vom 11. April 2024³⁷² wurden allen

359 Act. I.574–I.580. 360 Act. I.614 f. 361 Act. I.616. 362 Siehe hierzu Rz 196 f. 363 Act. I.629–I.640. 364 Act. I.641–I.644, I.646, I.648–650. 365 Act. VIII.12. 366 Act. VIII.3–VIII.9, jeweils Ziff. 4 und Beilage 3. 367 Act. VIII.156 (KAGA), VIII.157 (Daepf), VIII.159 (Marti), VIII.161 (Heimberg), VIII.162 (Alluvia), VIII.163 (Kästli), VIII.164 (Vigier) e contrario. 368 Act. IX.1. 369 Act. IX.2. 370 Siehe Rz 151 f. 371 Siehe Rz 153 f. 372 Siehe Rz 159.

60 Parteien jeweils zeitnah, gegebenenfalls nach vorgängiger Bereinigung allfälliger Geschäftsgeheimnisse, per E-Mail zugestellt.³⁷³ Ebenfalls per E-Mail wurden die Parteien mit dem Rahmenprotokoll der Anhörungen inkl. Beilagen bedient.³⁷⁴

B.3.2.4 Teilnahmen an Einvernahmen 213. Zusammen mit ihrem Gesuch um Akteneinsicht reichte die Kiestag im März 2015 ein Gesuch um Teilnahme an Einvernahmen ein.³⁷⁵ Das Sekretariat teilte der Kiestag mit, dass es ihr Gesuch um Teilnahme an Einvernahmen grundsätzlich gutheisst, jedoch aufgrund der Wahrung wesentlicher öffentlicher oder privater Interessen nicht ausschliessen kann, dass Einvernahmen in Abwesenheit der Parteien erfolgen und die Einsicht in die Einvernahmeprotokolle vorerst verweigert wird.³⁷⁶ 214. Anlässlich der für den 15. September 2015 angesetzten Zeugeneinvernahme sowie der für den 14. Oktober 2015 angesetzten Parteieinvernahme sowie für alle folgenden Zeugen- und Parteieinvernahmen bestanden keine Gründe für den Ausschluss der Parteien mehr, so dass das Sekretariat die Parteien jeweils vorgängig über die Einvernahmen informierte.³⁷⁷ In der Folge machten die Parteien teilweise von ihrem Anwesenheitsrechts Gebrauch.³⁷⁸

B.3.2.5 Rückgabe der beschlagnahmten Original-Papierdokumente aus den Hausdurchsuchungen 215. Anlässlich der Hausdurchsuchungen wurden bei den durchsuchten Gesellschaften diverse Papierdokumente beschlagnahmt sowie elektronische Daten kopiert und gespiegelt.³⁷⁹ 216. Von einem Grossteil der beschlagnahmten Original-Papierdokumente wurden von Februar bis Mai 2015 Kopien erstellt und die Originale in der Folge den Parteien retourniert.³⁸⁰ Die für die Untersuchung relevanten Papierdokumente wurden in Kopie in die Akten übernommen. 217. Die restlichen Original-Papierdokumente sowie die Datenträger mit den gespiegelten Daten befinden sich nach wie vor im Besitz der Wettbewerbsbehörden.

C Sachverhalt

C.1 Überblick über den Teil «C. Sachverhalt» / Orientierungshilfe 218. Die Sachverhaltsfeststellungen fallen mit nahezu 400 Seiten umfangreich aus und sind sehr detailliert. Um die Lektüre zu erleichtern, wird an dieser Stelle einleitend der Aufbau des Teils «Sachverhalt» erläutert. In Ergänzung zu den teilweise selbsterklärenden Kapiteltiteln wird hier überblicksartig gezeigt, welches die Kernthemen der Kapitel sind. Dabei wird auch erwähnt, für welche kartellrechtlichen Prüfpunkte diese Sachverhaltsfeststellungen wichtig sind. Die dargestellten Verbindungen zwischen Sachverhaltsfeststellungen und Rechtlichem bzw. Subsumtion dienen bloss dem einfacheren Verständnis. Sie sind weder ab- noch ausschliessend. D.h., Sachverhaltsfeststellungen in einem Kapitel können ohne Weiteres auch für weitere, in dieser Orientierungshilfe nicht erwähnte kartellrechtliche Prüfpunkte bedeutsam

373 Act. IX.12, IX.27 und IX.44. 374 Act. IX.31. 375 Act. I.88. 376 Act. I.89. 377 Vgl. ausführlich Rz 182 f. 378 Act. III.22–III.30. 379 Siehe Rz 92. 380 Act. I.70 f. (Heimberg), I.68, I.73 f. (Kästli), I.84, I.89 f., I.94 (KAGA), I.91–I.93, I.97 (Alluvia), I.102– I.104, I.109 (Inhaberin der Büroräumlichkeiten) und I.105 f. (Daepf).

61 sein. Und da die Marktgegebenheiten ineinandergreifen, etliche Interdependenzen bestehen und die Geschehnisse zuweilen miteinander verwoben sind, können Sachverhaltsfeststellung in einem Kapitel freilich auch für mehrere kartellrechtliche Prüfpunkt zugleich relevant sein. 219. Im Kapitel C.2 werden einleitend die rechtlichen Grundlagen hinsichtlich der Feststellung des Sachverhalts dargelegt.

220. Kapitel C.3 umfasst im Wesentlichen zwei Themen, die beide für das grundsätzliche Verständnis der Kies- und Deponiebranchen und der dortigen Marktgegebenheiten wesentlich sind. Zum einen (Unterkapitel C.3.3, auch C.3.2) werden die in dieser

Untersuchung interes- sierenden Produkte näher betrachtet, wobei unter anderem die in diesem Dokument verwen- deten Begriffe geklärt werden. Erörtert wird in diesen Unterkapiteln, aus welchen Quellen im Kanton Bern Rohkies gewonnen wird und wer diesen nachfragt. Das enge Zusammenspiel mit der nachfolgenden Marktstufe der Kiesveredelung sowie die Bedeutung der Transportkosten in diesem Bereich (wie auch in der Deponiebranche) kommen ebenfalls zur Sprache. Betrach- tet werden ferner die Abbaurechte, die erforderlich sind, um Kies in Kiesgruben abbauen zu können, sowie die Anforderungen, die Grundstücke erfüllen müssen, um für eine Kiesgewin- nung überhaupt in Frage zu kommen. Schliesslich werden die unterschiedlichen Deponiearten sowie deren Anbieterinnen und Nachfragerinnen vorgestellt. Zum anderen (Unterkapitel C.3.4) werden die raumplanungsrechtlichen Rahmenbedingungen dargestellt, die vor allem Kiesgru- ben und Deponien betreffen und wesentliche Hürden sind, um in diesen Bereichen tätig zu werden. Kapitel C.3 ist vor allem für das Grundverständnis der Kies- und Deponiebranchen und der Zusammenhänge zwischen diesen zentral. Dieses Grundverständnis erleichtert es, die später näher betrachteten Verhaltensweisen in ihrer gesamten Tragweite zu erfassen und einzuordnen. Bedeutung hat das Kapitel sodann für die Markt- abgrenzungen, die Charakteri- sierung der Märkte und Produkte, die Marktstellung (insbesondere mit Blick auf die Marktzu- trittsschranken), die vorbehaltenen Vorschriften sowie die erforderlichen Massnahmen. 221. Im Kapitel C.4 geht es vor allem um die Abbaustellen und Deponien von KAGA, von ihren Aktionärinnen und von Dritten im Umfeld von KAGA. Näher betrachtet werden insbeson- dere die Standorte und Grössen dieser Abbaustellen und Deponien. Dieses Kapitel ist vor allem für die Einschätzung der Marktstellung der Verfahrensparteien und insbesondere die Beurteilung einer allenfalls marktbeherrschenden Stellung der KAGA von Bedeutung. 222. Im Kapitel C.5 werden die Ursprünge der KAGA, deren Grösse und Organisation vorge- stellt. Ein besonderes Augenmerk gilt dabei dem VR von KAGA. Dieses Kapitel vermittelt ein Grundverständnis für die KAGA und den Beziehungen zwischen ihr und ihren Aktionärinnen. Besondere Bedeutung hat es für den Informationsaustausch, der im VR von KAGA erfolgt. 223. Im Kapitel C.6 werden die Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA behandelt. Dieses Kapitel bildet das Kernstück der Sachverhaltsfeststellungen hinsicht- lich der koordinierten Verhaltensweisen der Parteien, also der unter Art. 5 KG zu würdigenden Verhaltensweisen. Aufgezeigt werden im Detail die drei Gegenstände der Zusammenarbeit der Aktionärinnen im Rahmen der KAGA, die sich – jedenfalls teilweise – in KAGA selbst ver- körpern, wie sich diese im Laufe der Jahre entwickelt haben und wie sie gelebt wurden. Un- terkapitel C.6.3.5 ist der Nucleus dieser Sachverhaltsfeststellungen. Erörtert wird in diesem Kapitel ausserdem, dass und weshalb Äusserungen eines VR-Mitglieds im VR von KAGA nicht nur KAGA, sondern zugleich auch der Aktionärin zugeordnet werden können, die dieses VR- Mitglied entsandt hat (Unterkapitel C.6.3.1). Dieses Kapitel ist von besonderer Bedeutung für die rechtliche Würdigung der Abmachungen über die Zusammenarbeit im Rahmen der KAGA sowie die insofern erforderlichen Massnahmen. Aber auch für die weiteren beurteilten Verhal- tensweisen ist dieses Kapitel von grosser Bedeutung, insbesondere für das Konkurrenzverbot zu Lasten der Aktionärinnen im KAGA-Gebiet und die Koordination der Angebote für die Über- nahme von [U01], die nicht zusätzlich noch in separaten Kapiteln aufgegriffen werden, sowie den Informationsaustausch, der im VR von KAGA erfolgt (dazu auch Kapitel C.5).

62 224. Im Kapitel 0 werden die mannigfaltigen Vorzugskonditionen behandelt, die KAGA ihren Aktionärinnen, nicht aber Dritten, insbesondere im Kiesbereich zukommen liess.

Besondere Bedeutung hat dieses Kapitel vor allem für Beurteilung, ob hierin eine missbräuchliche Verhaltensweise von KAGA zu erblicken ist. Ferner ist es für den mit dem Preissystem von KAGA zusammenhängenden Ausschluss der Arbitragemöglichkeit bei den Kiespreisen und die Untertagung, mengenrabattreduzierte Kiespreise weiterzugeben, bedeutend. 225. Im Kapitel C.8 wird erörtert, inwiefern KAGA von ihren Kundinnen verlangte, bei der Deponierung von unverschmutztem Aushub im Gegenzug Kies zu beziehen oder künftiges Deponievolumen abzutreten. Genauer betrachtet wird dabei insbesondere, welche Kundinnen dadurch in ihrem Verhaltensspielraum effektiv beschränkt wurden und wie KAGA auf die Nichteinhaltung der Bezugspflicht reagierte. Dieses Kapitel ist vor allem für die Beurteilung bedeutend, ob hierin eine missbräuchliche Verhaltensweise von KAGA zu erblicken ist sowie für die diesbezüglich erforderlichen Massnahmen. 226. Im Kapitel C.9 wird erörtert, inwiefern KAGA das Gebiet einschränkte, aus dem sie unverschmutzten Aushub zur Deponierung entgegennahm. Dieses Kapitel ist für die Beurteilung bedeutend, ob hierin eine missbräuchliche Verhaltensweise von KAGA zu erblicken ist.

C.2 Rechtliche Grundlagen hinsichtlich der Feststellung des Sachverhalts

C.2.1 Freie Beweiswürdigung 227. Im Kartellverwaltungsanktionsverfahren, das als strafrechtsähnliches Verfahren zu qualifizieren ist,³⁸¹ gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP). Feste Beweisregeln bestehen nicht.³⁸² Mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung nicht zu vereinbaren ist insbesondere, wenn einem gesetzlich vorgesehenen, objektiv tauglichen Beweismittel zum Vornherein ein fester Beweiswert zugemessen wird, etwa indem ihm jeder Beweiswert abgesprochen wird.³⁸³ Unzulässig ist deshalb etwa, der Aussage einer Selbstanzeigerin bereits zum Voraus die Tauglichkeit abzuspochen, den rechtsgenügenden Beweis erbringen zu können³⁸⁴ – angezeigt ist vielmehr stets, die im konkreten Einzelfall vorliegenden Beweismittel zu prüfen und zu würdigen.³⁸⁵ Aus dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung ergibt sich ferner die Selbstverständlichkeit, dass eine Tatsache auch durch Indizien nachgewiesen werden kann.³⁸⁶

³⁸¹ BGE 139 I 72 E. 2.2.2, Publigroupe. ³⁸² BVGer, B-829/2012 vom 26.6.2018 E. 7.4.2, Granella Holding AG und Aarvia Bau AG. ³⁸³ Deutlich, wenn auch zum Zivilprozessrecht, BGE 143 I 297 E. 9.3.2 S. 333. ³⁸⁴ Mit der Aufstellung einer solchen festen Beweisregel den Grundsatz der freien Beweiswürdigung verletzend BVGer, B-8430/2010 vom 23.9.2014 E. 5.4.34, Baubeschläge/Koch AG. Dieses Urteil wurde jedoch durch BGer, 2C_1017/2014 vom 7.10.2017 aufgehoben, da das BVGer den rechtsrelevanten Sachverhalt nicht festgestellt hat. Das BVGer hat diese feste Beweisregel jüngst erneut erwähnt, wobei es deren Charakter als feste Beweisregel zu verkennen scheint (siehe BVGer, B-4596/2019 vom 6.6.2023, Leasing – CA Auto Finance: einerseits E. 3.2.4.4 f., in der diese feste Beweisregel aufgeführt wird, andererseits E. 3.2.1.2, in welcher der Grundsatz der freien Beweiswürdigung festgehalten wird). Selbstverständlich richtig ist, dass sich weder am Beweismass noch am Untersuchungsgrundsatz etwas ändert, ob nun die Aussage einer Selbstanzeigerin vorliegt oder nicht (BVGer, B-4596/2019 vom 6.6.2023 E. 3.2.4.4, Leasing – CA Auto Finance). ³⁸⁵ So deutlich jüngst BVGer, B-5172/2019 vom 26.10.2023 E. 6.7.1.13–20, Engadin II. Zutreffend bereits BVGer, B-829/2012 vom 26.6.2018, Granella Holding AG und Aarvia Bau AG, in dem die in der vorangehenden Fn aufgeführte Rechtsprechung des BVGer in E. 7.5.5.1 ff. aufgegriffen und im Ergebnis in E. 7.5.5.4 – mit zurückhaltenden Worten – zurechtgerückt wurde. Unklar BVGer, B-

761/2014 vom 16.11.2022 E. 9.2.3, SAS, wo in derselben Erwägung beide Rechtsprechungslinien wiedergegeben werden, ohne den inhärenten Widerspruch zu thematisieren. 386 BVerfGE, B-829/2012 vom 26.6.2018 E. 7.4.3.6, Granella Holding AG und Aarvia Bau AG.

63 C.2.2 Für die Beweiserbringung erforderliches Beweismass 228. Der Beweis einer Tatsache ist im Allgemeinen erbracht, wenn die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von deren Verwirklichung überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit (also ohne jeden Zweifel) festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.³⁸⁷ Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann.³⁸⁸ Es muss sich vielmehr um erhebliche und unüberwindliche Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.³⁸⁹ Dieses Beweis- mass wird auch «Regelbeweismass», «Vollbeweis», «Beweismass des vollen Beweises», «ordentlicher Beweis» und «Überzeugungsbeweis» genannt. 229. Ausnahmsweise ist von diesem «Regelbeweismass» abzuweichen, d.h., es reicht ein geringeres Ausmass an Überzeugung aus, damit eine Tatsache als erwiesen gilt. Diese Ausnahmen ergeben sich entweder aus dem Gesetz oder wurden durch die Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet.³⁹⁰ Für Kartellverwaltungsanktionsverfahren erkannte die Rechtsprechung, dass hinsichtlich bestimmter Tatsachen, namentlich komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte, keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen sind. Vielmehr schliesst die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, eine strikte Beweisführung regelmässig aus. Das BVerfGE hält daher fest: «Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen».³⁹¹ Gemäss BVerfGE ist das etwa der Fall, wenn es um den Nachweis der Marktstellung geht, da eine Feststellung u.a. der Marktverhältnisse sowie der Substituierbarkeit von Gütern kaum je exakt möglich sei.³⁹² Auch bezüglich Kausalität,³⁹³ Marktabgrenzung³⁹⁴ und Effizienzgründen³⁹⁵ kommt gemäss BVerfGE dieses relativierte Beweismass zur Anwendung. Gemäss BVerfGE ist das ferner der Fall, wenn es um mögliche Auswirkungen von Abreden auf den Wettbewerb geht.³⁹⁶ 230. Nur wenn das jeweils erforderliche Mass der Überzeugung erreicht ist, sind die entsprechenden Tatsachen einem Kartellverwaltungsanktionsentscheid als Fundament zu Grunde zu legen. Andernfalls sind diese Gegebenheiten nicht erstellt; es liegt insofern Beweislosigkeit vor. Diesfalls kommen die Regeln über die Verteilung der (objektiven) Beweislast zum Zuge.

387 BVerfGE, B-829/2012 vom 26.6.2018 E. 7.4.3.1, Granella Holding AG und Aarvia Bau AG m.w.H.; BVerfGE, B-654/2018 vom 18.4.2024 E. 6.3, Engadin III Zindel. 388 BGE 144 IV 345 E. 2.2.1. 389 Vgl. etwa BGE 124 IV 86 E. 2a; 144 IV 345 E. 2.2.1. 390 BGE 140 III 610 E. 4.1. 391 BGE 139 I 72 E. 8.3.2, Publigroupe. 392 BGE 139 I 72 E. 8.3.2, Publigroupe. 393 BVerfGE, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 10.4.3.1, Sport im Pay-TV. Unter Bezugnahme auf die zivilrechtliche Rechtsprechung zum Beweismass hinsichtlich der Kausalität bezeichnet das BVerfGE das anwendbare Beweismass in diesem Urteil als dasjenige der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. 394 BGE 139 I 72 E. 9.2.3.4, Publigroupe; BVerfGE, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 8.2.3, Supermédia. 395 BVerfGE, 2A.430/2006 vom 6.2.2007 E. 10.4. Dieses Urteil betraf zwar einen Sachverhalt, der sich noch vor Einführung der kartellverwaltungsrechtlichen Sanktionen ereignete. Da Effizienzgründe aber die

beschuldigten Unternehmen entlasten, ist von vornherein kein Grund ersichtlich, weshalb insofern nach Einführung der Sanktionsmöglichkeit etwas Anderes gelten sollte. 396 BVGer, B-829/2012 vom 26.6.2018 E. 7.4.3.5 in fine, Granella Holding AG und Aarvia Bau AG; BVGer, B-5685/2012 vom 17.12.2015 E. 4.5.3.2, Altimum/WEKO.

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

C.2.3.1 Beweisführungslast

231. Verstösse gegen das Kartellgesetz sind gemäss dem auch im Kartellverwaltungsanktionsverfahren anwendbaren Untersuchungsgrundsatz grundsätzlich durch die Behörden zu untersuchen (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG). Diese haben den rechtserheblichen Sachverhalt aus eigener Initiative richtig und vollständig abzuklären – und zwar losgelöst davon, wer die (objektive) Beweislast bezüglich eines bestimmten Sachumstandes trägt. Von der Behörde zu untersuchen sind also sowohl belastende als auch entlastende Tatsachen. Dazu sind alle rechtserheblichen Aspekte zu ermitteln, sämtliche notwendigen Unterlagen zu beschaffen und die erforderlichen Beweise abzunehmen. Aufgrund dieser Pflicht zur richtigen und vollständigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts liegt die Beweisführungslast im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren bei den Wettbewerbsbehörden.³⁹⁷ 232. Der Untersuchungsgrundsatz wird allerdings durch die Mitwirkungspflicht der Parteien ergänzt, die in Art. 13 VwVG statuiert ist resp. sich aus dem verfassungsmässigen Grundsatz von Treu und Glauben ableitet. Der strafrechtsähnliche Charakter von Kartellverwaltungsanktionsverfahren und die sich daraus ergebenden Garantien verdrängen diese Mitwirkungspflicht nicht vollständig. Insbesondere Rechtfertigungsgründe haben die Behörden nur insoweit von sich aus zu untersuchen, als dass sich aufgrund der konkreten Sachlage die Möglichkeit des Vorliegens bestimmter Rechtfertigungsgründe aufdrängt. Bezüglich nichtoffensichtlicher Aspekte, die zur Rechtfertigung dienen könnten, obliegt es hingegen den sachnäheren Parteien, diese substantiiert vorzutragen,³⁹⁸ um so dahingehende Ermittlungen der Wettbewerbsbehörden anzustossen und zu unterstützen.

C.2.3.2 (Objektive) Beweislast 233. Die Verteilung der (objektiven) Beweislast regelt, zu wessen Lasten es sich auswirkt, wenn eine Tatsache nach durchgeführtem Beweisverfahren unbewiesen geblieben ist. Sie kommt somit zum Zuge, wenn das Vorhandensein einer Tatsache oder ihr Gegenstück, das Nichtvorhandensein einer Tatsache, nicht mit der gemäss einschlägigem Beweismass erforderlichen Sicherheit festgestellt werden kann. Liegt hingegen ein Beweisergebnis vor, stellt sich die Frage der objektiven Beweislast gar nicht erst.³⁹⁹ 234. Die Verteilung der (objektiven) Beweislast ergibt sich aus den materiellen Normen des KG, namentlich aus Art. 5 und 7 KG. Im Allgemeinen hat derjenige das Vorhandensein einer Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (vgl. Art. 8 ZGB). Für rechtsbegründende Tatsachen trägt demnach derjenige die (objektive) Beweislast, der dieses Recht geltend macht, für rechtshindernde oder -vernichtende Tatsachen sein Gegenüber. In einem Kartellverwaltungsanktionsverfahren geht es insbesondere darum, ob die Voraussetzungen für die Sanktionierung eines Unternehmens erfüllt sind. Die (objektive) Beweislast für diejenigen Tatsachen, die eine solche Sanktionierung auslösen, tragen die Wettbewerbsbehörden.

³⁹⁷ Allgemein ebenso zu Verwaltungsverfahren, wenn auch nicht spezifisch zu kartellrechtlichen Sanktionsverfahren, BGer, 2C_58/2017 vom 23.6.2017 E. 2.2.1 m.w.H.
³⁹⁸ Vgl. BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 Rz 570 m.w.H., Preispolitik Swisscom

ADSL. 399 BGE 134 II 235 E. 4.3.4; 130 III 591 E. 5.4.

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

C.3.1 Gegenstand dieses Kapitels

235. Dieses Kapitel dient primär dazu, ein grundsätzliches Verständnis für die Kies- und Deponiebranchen zu etablieren, bevor die wettbewerbsrechtlich relevanten Ereignisse und die konkreten Marktgegebenheiten im Umfeld von KAGA festgestellt werden. Vorab erfolgt deshalb ein Überblick über die Wertschöpfungsketten (Unterkapitel C.3.2). Anschliessend werden im Unterkapitel C.3.3 die in dieser Untersuchung interessierenden Produkte und Dienstleistungen näher betrachtet, wobei unter anderem die in diesem Dokument verwendeten Begriffe geklärt werden. Erörtert wird in diesem Unterkapitel, aus welchen Quellen im Kanton Bern Rohkies gewonnen wird und wer diesen nachfragt. Das enge Zusammenspiel mit der nachfolgenden Marktstufe der Kiesveredelung sowie die Bedeutung der Transportkosten in diesem Bereich (wie auch im Bereich Deponie) kommen ebenfalls zur Sprache. Betrachtet werden anschliessend die Abbaurechte, die erforderlich sind, um Kies in Kiesgruben abzubauen zu können, sowie die Anforderungen, die Grundstücke erfüllen müssen, um für eine Kiesgewinnung überhaupt in Frage zu kommen. Sodann werden die unterschiedlichen Deponiearten sowie deren Anbieterinnen und Nachfragerinnen vorgestellt. Schliesslich werden im Unterkapitel C.3.4 die raumplanungsrechtlichen Rahmenbedingungen dargestellt, die vor allem Kiesgruben und Deponien betreffen und Hürden sind, um in diesen Bereichen tätig zu werden. 236. Wie im Überblick ausgeführt, ist dieses Kapitel vor allem für das Grundverständnis der Kies- und Deponiebranchen und der Zusammenhänge zwischen diesen zentral. Dieses Grundverständnis erleichtert es, die später näher betrachteten Verhaltensweisen in ihrer gesamten Tragweite erfassen und einordnen zu können. Bedeutung hat das Kapitel sodann für die Marktabgrenzungen, die Charakterisierung der Märkte und Produkte, die Marktstellung (insbesondere mit Blick auf die Marktzutrittsschranken und damit die potenzielle Konkurrenz), die vorbehaltenen Vorschriften sowie für die erforderlichen Massnahmen.

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

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

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

Grundstücke verfügen. 239. Beiden Bereichen ist gemein, dass die einzelnen Schritte ortsgebunden sind: Rohkies wird an einer bestimmten Abbaustelle gewonnen, die Veredelung erfolgt am Standort eines Kieswerks, Beton wird am Standort eines Betonwerks produziert, Belag am Standort eines

400 RZ 220.

66 Belagswerks, und eingesetzt werden die Produkte schliesslich am Ort der jeweiligen Baustelle. Am Ort der jeweiligen Baustelle fällt auch der Abfall an, der (ausser bei einer Wiederverwendung vor Ort) entweder am Standort einer Deponie abgelagert oder am Standort einer Aufbereitungsanlage recycelt wird. Das Material muss also jeweils von einem Ort zum nächsten gelangen, weshalb Transporte in all diesen Bereichen eine wesentliche Rolle spielen. Die Transportkosten sind relativ zu den Materialkosten resp. Deponiegebühren hoch. 240. Bei der Kies- sowie bei der Deponiebranche handelt es sich um zwei unterschiedliche Branchen mit je eigenen Wertschöpfungsketten, die mehrere Produkte und Dienstleistungen umfassen. Allerdings besteht – zumindest im Kanton Bern – ein sehr enger Zusammenhang zwischen diesen beiden Branchen, was sich bereits daran zeigt, dass für sie ein gemeinsamer kantonaler Sachplan «Abbau Deponie Transporte» erlassen wurde. Denn bei der im Kanton Bern mit Abstand wichtigsten Art der Rohkiesgewinnung, namentlich dem Abbau in Kiesgruben, entsteht durch den Abbau eben eine Grube, ein «Loch». Dieses «Loch» wiederum bietet sich dafür an, mit Aushub gefüllt und so als Ablagerungsstätte verwendet zu werden, zumal Kiesgrubenbetreiber verpflichtet sind, die Grube wieder aufzufüllen. Kiesabbau in Gruben geht daher regelmässig Hand in Hand mit der Entgegennahme von Aushub zur Auffüllung der durch den Abbau entstandenen Gruben. Evident ist, dass die Möglichkeit zur Auffüllung voraussetzt, dass zuvor Kies abgebaut und damit eben «Loch» geschaffen worden ist. Die umgekehrte Reihenfolge – auf einem Stück Land zunächst Aushub abzulagern und erst danach den nunmehr zusätzlich unter dem Aushub begrabenen Kies abzubauen – wäre unsinnig. Eine Kiesgrube besteht zuweilen aus mehreren Sektoren, die etappenweise bewirtschaftet werden – in einem Sektor wird Rohkies abgebaut, während in einem anderen, bereits abgebauten Sektor die Auffüllung vorgenommen wird. Deponien «auf grüner Wiese», d.h. ausserhalb eines solchen «Lochs», sind im Kanton Bern demgegenüber die seltene Ausnahme; derzeit besteht bloss eine derartige Deponie. 241. Die Wertschöpfungsketten in den Bereichen Kies und Deponie lassen sich vereinfacht grafisch wie folgt darstellen:

Abbildung 2: Wertschöpfungsketten in den Bereichen Kies und Deponie.

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

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

C.3.3 Die hier interessierenden Produkte und Dienstleistungen im Einzelnen 243.

Nachfolgend werden die Produkte und Dienstleistungen dargestellt, die in der vorliegenden Untersuchung von Interesse sind. Es handelt sich dabei um Folgende: - Rohkies, siehe C.3.3.1 - Abbaurechte, siehe C.3.3.2 - Veredelter Kies / Kiesaufbereitung, siehe C.3.3.3 - Entsorgung von bestimmten Bauabfällen (Deponie), siehe C.3.3.4

C.3.3.1 Rohkies

C.3.3.1.1 Begriffe 244. Unter Rohkies werden im Rahmen dieser Untersuchung natürliche, ungebrochene Primär-Gesteinskörnungen verstanden. Bei natürlichen Gesteinskörnungen handelt es sich um solche, die aus mineralischen Vorkommen gewonnen werden und ausschliesslich mit mechanischen Prozessen aufbereitet werden. Dies im Gegensatz zu künstlichen Gesteinskörnungen, die industriell hergestellt werden oder als industrielles Nebenerzeugnis anfallen. Da künstliche Gesteinskörnungen (z.B. Hüttensand und Steinkohlenflugasche) hier nicht weiter interessieren, wird nachfolgend auf das Adjektiv «natürlich» verzichtet. Weil Rohkies in seiner ursprünglichen (gerundeten) Form belassen wird, handelt es sich dabei um eine ungebrochene Gesteinskörnung. Die Bezeichnung Primär-Gesteinskörnungen dient spezifisch zur Abgrenzung gegenüber Sekundär-Gesteinskörnungen, die aus recyklierten Materialien bestehen.⁴⁰¹ 245.

Abzugrenzen ist Rohkies gegenüber (natürlichen) gebrochenen Primär-Gesteinskörnungen. Ausgangsmaterial sind auch bei diesen Gesteine aus der Natur, z.B. aus einem Steinbruch. Allerdings haben diese Gesteinskörnungen nicht mehr ihre ursprüngliche Form, da sie eben aus einem Steinbruch gelöst werden. Anschliessend werden sie regelmässig durch den Einsatz von Brechanlagen in einem mechanischen Prozess noch weiter gebrochen und aufbereitet. Je nach Grösse der gebrochenen Gesteinskörnungen werden sie als Schotter, Splitt oder Brechsand bezeichnet. Gebrochene Gesteinskörnungen weisen im Vergleich zu ungebrochenen Gesteinskörnungen, also insbesondere Rohkies, andere Kornformen und

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

68 -rundungen auf.⁴⁰² Dies wirkt sich auf ihre Eigenschaften aus, übt doch etwa der Bruchflächenanteil einen wesentlichen Einfluss auf die Packungsdichte (Hohlraumgehalt) aus.⁴⁰³

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

C.3.3.1.2 Gewinnung von Rohkies 247. Wie Rohkies gewonnen wird, hängt unter anderem von den geologischen Gegebenheiten in einem Gebiet ab, insbesondere davon, wo entsprechende Rohkiesvorkommen vorhanden sind und ob deren Abbau wirtschaftlich ist. Im Kanton Bern hat die Gewinnung von Rohkies aus Kiesgruben die grösste Bedeutung. Die zweitwichtigste Abbauf orm ist – mit deutlichem Abstand – die Rohkiesgewinnung aus Gewässern. Erfolgt der Abbau in Kiesgruben, wird der so gewonnene Rohkies auch als Wandkies bezeichnet. Einmal gewonnen, unterscheidet sich Wandkies aber nicht von Rohkies, der aus Gewässern gewonnen worden ist. Aus Steinbrüchen wiederum wird nicht Rohkies gewonnen, sondern Fels und Gesteine, aus denen durch Zerkleinerung gebrochene Gesteinskörnungen hergestellt werden. 248. Die verschiedenen Abbaugebiete von Rohkies unterscheiden sich sowohl durch die Grösse und Qualität der Vorkommen als auch durch die Zusammensetzung des Materials, d.h., durch die Anteile der verschiedenen Korngrössen, die dort vorhanden sind.⁴⁰⁴ Selbst innerhalb einer Abbaustelle kann die Qualität und Zusammensetzung des Materials je nach Ablagerungsschicht unterschiedlich und daher schwankend sein.⁴⁰⁵ 249. Je nach Region sind Aushübe im Rahmen von Bauarbeiten eine weitere Quelle von Rohkies. Dies ist dort der Fall, wo der auszuhebende

Boden stark rohkieshaltig ist. Bei dieser Quelle kann allerdings nicht von einer eigentlichen Rohkiesgewinnung gesprochen werden. Denn der Aushub wird nicht vorgenommen, um an das Rohkies zu gelangen, sondern um das an diesem Ort geplante Bauprojekt zu realisieren. Dass der Aushub Rohkies enthält, der weiterverwendet werden kann, ist zwar willkommen, aber nicht Ziel und Zweck der Vornahme des Aushubs; vielmehr fällt das Rohkies beiläufig an. Entsprechend ist diese Quelle von Rohkies auch nicht stetig, sondern abhängig von der Bau- resp. Aushubtätigkeit und der dabei ange- troffenen Zusammensetzung des auszuhebenden Bodens.

402 Vgl. etwa S. 40 des Fachbericht Sand und Kies des Rohstoffsicherungskonzept Hessen, abrufbar unter www.hlnug.de > Themen > Geologie > Rohstoffe und Geoenergien > Rohstoffsicherungskon- zept Hessen (zuletzt besucht am 13.6.2023). 403 CONRAD SCHINDLER/RAINER KÜNDIG/WERNER STALDER, 5.5 Kies und Sand: Eigenschaften und An- forderungen, in: Die mineralischen Rohstoffe der Schweiz. Schweizerische Geotechnische Kom- mission, Kündig/Mumenthaler/Eckardt/Keusen/Schindler/Hofmann/Vogler/Guntli (Hrsg.), 1997, S.159 ff., insbesondere S. 161. 404 MARKUS SAURER, Studie zu den Markt- und Wettbewerbsverhältnissen in der Berner Kies- und De- poniebranche, 6; abrufbar unter www.ksebern.ch > Medien > Publikationen (zuletzt besucht am 13.6.2023). Vgl. ferner CONRAD SCHINDLER/RAINER KÜNDIG/DIDIER AEBY/PIERRE BLANC/Franz HOFMANN/RIET RAGETH, 5.2 Rohstoffsituation und Entnahmestellen in den Kantonen, in: Die mine- ralischen Rohstoffe der Schweiz. Schweizerische Geotechnische Kommission, Kündig/Mumentha- ler/Eckardt/Keusen/Schindler/Hofmann/Vogler/Guntli (Hrsg.), 1997, 112 ff. Ebenso Act. VI.54 und 57, jeweils Antwort auf Frage 7. 405 So im Ergebnis auch etwa EV von [...] vom 13.1.2015 Rz 97-99, Act. III.4, wonach die Qualität des Rohkieses von KAGA nicht immer dieselbe ist, sondern schwankt.

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

250. Gemäss kantonalem Sachplan «Abbau Deponie Transporte» von 2012 (nachfolgend: Sachplan ADT 12) ist der Kanton für die Sammlung und Auswertung von Daten verantwortlich, die für die Raum- und Umweltplanung relevant sind. Er erhebt die abgebauten und abgelager- ten Materialmengen und veröffentlicht periodisch einen Controllingbericht.⁴⁰⁶ Das Sekretariat hat deshalb beim Kanton Bern unter anderem diese Controlling-Daten einverlangt⁴⁰⁷ und sie für die Jahre 2001–2015 erhalten (mit Ausnahme des Jahres 2011, in dem systembedingt keine Daten erhoben wurden).⁴⁰⁸ 251. Im Controllingbericht 2017⁴⁰⁹ wird seitens des Kantons zu diesen Daten festgehalten, dass das Amt für Wasser und Abfall (AWA) sie jährlich mittels Fragebogen an Unternehmen erhebt und die gemeldeten Daten anschliessend plausibilisiert. Klargestellt wird im Control- lingbericht 2017 gleichzeitig aber auch, dass die Qualität der Rückmeldungen unterschiedlich und eine vollständige Überprüfung nicht möglich sei. Zudem würden Daten teilweise auf Schät- zungen der Unternehmen beruhen, weshalb sie mit Unsicherheiten behaftet seien.⁴¹⁰ Schliess- lich seien die Rückmeldungen zuweilen auch unvollständig.⁴¹¹ Ein Datenabgleich zwischen internen Zahlen der KAGA mit den sie betreffenden Controlling-Daten zeigte denn auch Un- terschiede. KAGA erläuterte, dass im Deponiebereich Unterschiede zwischen ihren internen Mengenangaben und denjenigen, die sie gegenüber dem Kanton Bern gemacht hat, vor allem in Differenzen zwischen dem angenommenen Volumen und dem abgelagerten Volumen lie- gen dürften, da an einigen

Stellen dieses, an anderen Stellen jenes Volumen angegeben sei. Weitere Abweichungen könnten zudem mit unterschiedlichen Umrechnungsfaktoren (Kubik in Tonne oder Volumen lose und fest) zusammenhängen. KAGA stellt aber auch klar, dass ihre gegenüber dem Kanton Bern gemeldeten Mengen massgebend seien.⁴¹² 252. Nach dem Gesagten sind die Controlling-Daten des Kantons Bern mit gewissen Unsicherheiten behaftet und erscheinen nicht in jedem Detail exakt. Entscheidend für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung sind jedoch nicht die auf die letzte Stelle exakten Zahlen eines bestimmten Jahres, sondern die Grössenordnung der Abbau- und Deponievolumina sowie die ungefähren Grössenverhältnisse der einzelnen Abbaustellen, Deponien und Akteure im Kanton Bern. Und dafür sind die Controlling-Daten, die auf Angaben der Unternehmen beruhen, welche zudem vom AWA als Fachbehörde plausibilisiert worden sind, eine zuverlässige und solide Grundlage, die diese Verhältnisse hinreichend und mit der erforderlichen Überzeugungskraft abzubilden vermögen, zumal diese – wie sich zeigen wird – eine eindeutige Sprache sprechen. Es wird daher im Folgenden auf diese Zahlen abgestellt.⁴¹³

406 Sachplan ADT 12, S. 27, abrufbar unter www.raumplanung.dij.be.ch > Raumplanungsthemen > Wirtschaft und Energie > Abbau, Deponie und Transport > Sachplan ADT (zuletzt besucht am 13.6.2023). 407 Act. VI.3. 408 Act. VI.5 und VI.11 (die mit Act. VI.11 eingereichten Controlling-Daten, namentlich Beilage 1 [Act. VI.11.a] sind diejenigen, auf denen die hiernach dargestellten Auswertungen basieren). 409 Abrufbar unter: www.gr.be.ch > Sessionen > Sessionen nach Jahren > Novembersession 2017 > Sessionsunterlagen komplett, darin ab S. 431 (zuletzt besucht am 13.6.2023). 410 Controllingbericht 2017 (Fn. 409), S. 6. 411 Controllingbericht 2017 (Fn. 409), S. 32. 412 Act. IV.14. 413 Kommt hinzu, dass die nachträgliche Erhebung noch genauerer Daten unmöglich erscheint, jedenfalls aber unverhältnismässig aufwändig wäre. Die Wettbewerbsbehörden wären dafür nämlich ebenfalls über weiteste Strecken auf Angaben der Unternehmen angewiesen, wobei nicht ersichtlich ist, weshalb und inwiefern die von den Wettbewerbsbehörden so ermittelten Daten zuverlässiger sein sollten als die vom AWA zeitnah erhobenen. Der den Daten zugrundeliegende Zeitraum liegt mehrere Jahre in der Vergangenheit. Unternehmen müssten sich für ihre Datenangaben auf

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

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

- vier dieser Regionen stimmen je mit einer Regionalkonferenz überein (Oberaargau, Emmental, Bern-Mittelland, Oberland Ost), - eine Regionalkonferenz (Biel/Bienne-Seeland-Jura bernois) besteht aus zwei Regionen (Biel-Seeland und Jura bernois) und - eine Regionalkonferenz (Thun-Oberland West) setzt sich aus drei Regionen (Entwicklungsraum Thun, Kandertal und Obersimmental-Saanenland) zusammen. Die

Richtplanung Thun-Oberland West erfolgt je einzeln durch die drei Regionen in entsprechenden Teil-Richtplänen. Der Einfachheit halber wird nachfolgend auch diese Planungsregion als Regionalkonferenz bezeichnet. 255. Die erhobenen Controlling-Daten lassen sich daher ohne Weiteres den einzelnen Regionalkonferenzen zuordnen.

die bei ihnen noch vorhandenen Unterlagen von damals stützen, deren nachträgliche Vervollständigung oder Verifizierung im heutigen Zeitpunkt nur noch schwer, wenn überhaupt, möglich ist und jedenfalls mit einem ausgesprochen grossen Aufwand verbunden wäre. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung ist schliesslich davon auszugehen, dass solch nachträgliche Datenangaben ungenauer oder bestenfalls gleich genau sein dürften wie die in der Vergangenheit zeitnah gemachten, jährlichen Meldungen an das AWA. 414 Controllingbericht 2017 (Fn. 409), S. 6. 415 Ausführlicher dazu Rz 330 ff.

71 Abbildung 4: Die sechs Regionalkonferenzen im Kanton Bern (Quelle: Geoportal des Kantons Bern⁴¹⁶).

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

Abbildung 5: Teilregionen der Regionalkonferenz TOW (Quelle: Geoportal des Kantons Bern⁴¹⁷).

257. Im Kanton Bern wird Rohkies primär aus Kiesgruben gewonnen, in vergleichsweise bescheidenem Ausmass auch aus Gewässern. Die Gewinnung von Rohkies in Steinbrüchen aus Nagelfluh ist derart unbedeutend, dass diese Möglichkeit der Rohkiesgewinnung im Controllingbericht 2017 gar nicht erst erwähnt wird.⁴¹⁸ Die jährliche Gesamtmenge von im Kanton Bern gewonnenem Rohkies beträgt um die 3 Mio. m³. Die Gesamtmenge schwankt dabei von Jahr zu Jahr, wobei diese Schwankungen eher bescheiden sind. Die grösste Schwankung ist

416 Abrufbar unter <www.agi.dij.be.ch> Geoportal > Karten > Angebot an Karten > Administrative Einteilungen > Karte anzeigen, Häkchen bei Regionalkonferenzen (zuletzt besucht am 13.6.2023). 417 Abrufbar unter <www.agi.dij.be.ch> Geoportal > Karten > Angebot an Karten > Administrative Einteilungen > Karte anzeigen, Häkchen bei Regionalkonferenzen und Raumplanungsregionen (zuletzt besucht am 13.6.2023). 418 Controllingbericht 2017 (Fn. 409), S. 7.

72 zwischen 2010 und 2012 auszumachen, wobei zu berücksichtigen ist, dass mangels Datenerhebung im Jahr 2011 eine einjährige Lücke dazwischen besteht und, wie ausgeführt, die Erhebungsmethodik ab dem Jahr 2012 umgestellt worden ist.⁴¹⁹ Die gewonnene Gesamtmenge kann trotz der jährlichen Schwankungen über den betrachteten Zeitraum hinweg als durchaus konstant⁴²⁰ und die Schwankungen entsprechend als unbedeutend bezeichnet werden.

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

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

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

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

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

260. Diese Daten zeigen, dass nur in zwei Regionalkonferenzen (Thun-Oberland West und Oberland-Ost) Rohkies aus Gewässern gewonnen wird. Ausserdem ist festzustellen, dass die Rohkiesgewinnung aus Gewässern nur einen bescheidenen Teil ([...]) zum gesamten im Kanton Bern gewonnenen Rohkiesvolumen beiträgt.⁴²¹ 261. Nachfolgend wird für jede der sechs Regionalkonferenzen der prozentuale Anteil an der gesamthaft im Kanton Bern gewonnen Rohkiesmenge angegeben, jeweils für die drei in Rz 253 genannten Zeiträume. Die kantonale Gesamtmenge (Gewinnung aus Kiesgruben und aus Gewässern) stellen dabei in jedem der drei Zeiträume 100 % dar.

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

421 Vgl. dazu auch die Abbildung bei Rz 258.

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

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

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

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

422 Siehe Rz 245.

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

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

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

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

Weitere Quellen von Primär-Gesteinskörnungen 267. Nebst der Rohstoffgewinnung im Kanton Bern kommt als weitere Quelle von Primär- Gesteinskörnungen der Import aus anderen Kantonen oder gar dem Ausland in Frage. Der Kanton Bern hat im Rahmen seines Controllings von 2001 bis 2010 auch dazu Daten erfasst. Dabei differenzierte er nicht zwischen den einzelnen Materialien, sondern erfasste das impor- tierte Volumen für Kies, Fels und Ton gesamthaft. Das jährlich im Durchschnitt in den Kanton Bern importierte Volumen dieser Materialien im Zeitraum 2001–2010 belief sich auf [65'000– 70'000] m³. Die primären Herkunftskantone waren dabei Solothurn, Freiburg und Neuen- burg.⁴²³ Selbst bei Unterstellung der extremsten Variante, nämlich dass das gesamte impor- tierte Material ausschliesslich Rohkies gewesen ist, würden diese Importe im Median der Jahre 2001–2010 bloss [$<2,5$] % der im Kanton Bern gewonnenen Rohkiesmenge ausmachen, mit einem Höchstwert von [3–4] % im Jahr 2005 und einem Tiefstwert von [<1] % zwei Jahre zuvor im Jahr 2003. Die tatsächlichen Werte dürften freilich tiefer sein, da es unrealistisch ist, dass sich die Importe ausschliesslich auf ein einziges Material, und dies erst noch ausschliesslich in seiner unveredelten Form, beschränkt haben. Viel wahrscheinlicher ist, dass auch andere Materialien und veredelter Kies importiert worden sind. Die Berechnung der Extremvariante zeigt jedoch, dass die Menge von importiertem Material im Verhältnis zur im Kanton Bern ge- wonnenen Menge derart gering ist, dass die Importe die Marktverhältnisse im Kanton Bern nicht merklich zu beeinflussen vermochten. Für die Zwecke dieser Untersuchung erübrigt sich daher, vertiefter auf die importierten Materialien einzugehen – sie sind vernachlässigbar. 268. Dass Importe von Primär-Gesteinskörnungen aus anderen Kantonen keine grössere Be- deutung haben, erstaunt nicht. Denn wie noch dargelegt wird,⁴²⁴ machen die Transportkosten – gerade bei Rohkies – einen wesentlichen Teil der Gesamtkosten aus, da die Gesamtkosten für ein bestimmtes Volumen Rohkies mit zunehmender Transportdistanz und -zeit zunehmen. In Anbetracht dessen erscheint es nicht nur naheliegend, dass das in den Kanton Bern impor- tierte Rohkiesvolumen gering ist, sondern auch, dass die dennoch erfolgten Importe aus ande- ren Kantonen in erster Linie in jene Berner Regionen gelangten, die an andere Kantone an- grenzen und nicht in weiter entfernte Gebiete im «Kantonsinneren». Die Kiesabbaustellen von KAGA liegen nicht in der Nähe von Kantonsgrenzen.⁴²⁵ Nebst dem ohnehin geringen Volumen ist dies ein weiterer Grund, weshalb Rohkiesimporte aus anderen Kantonen keinen bedeutsa- men Einfluss auf das Marktverhalten von KAGA haben können. 269. Wie bereits ausgeführt,⁴²⁶ kann Rohkies auch aus kiesigen Aushüben stammen, die im Rahmen von Bauarbeiten anfallen. Vor allem im Raum Thun sind Aushübe sehr stark rohkies- haltig.⁴²⁷ Den Kiesanteil bei einem Aushub in diesem Gebiet schätzt eine Partei auf 80 bis 90 %, wobei sie diesen ausgesprochen hohen Kiesanteil als Besonderheit des Raums Thun bezeichnet.⁴²⁸ In anderen Regionen des Kantons Bern enthalten Aushübe zwar ebenfalls Roh-

423 Vgl. Act. VI.5.a, Antwort auf Frage 7. 424 Vgl. Rz 274 ff. 425 Siehe Rz 362. 426 Rz 249. 427 In dem Sinn EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 490-492, Act. III.7; EV von [...] vom 21.1.2015 Rz 93- 96 und 299 f., Act. III.9; Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016 Rz

131, Act. III.26. 428 EV von [...] vom 21.1.2015 Rz 299 f. und 93 f., Act. III.9.

77 kies, jedoch in deutlich geringerem Ausmass. So rechnete etwa die verantwortliche Unternehmung im Zusammenhang mit dem grossen Aushub im Wankdorf bei der Stadt Bern mit einem verwertbaren Kiesanteil von circa 12,5 %.⁴²⁹ 270. Rohkies, der bei Aushüben anfällt, wird von den beteiligten Unternehmen soweit möglich im Rahmen ihrer Tätigkeit selber weiterverwendet. Dadurch reduziert sich ihre Nachfrage nach Rohkies im selben Ausmass, in dem sie bei Aushüben auf Rohkies stossen – sie versorgen sich insofern gleich selbst. Die Nachfrage nach Rohkies ist deshalb insbesondere bei im Raum Thun tätigen Unternehmen entsprechend reduziert.⁴³⁰ Soweit die beteiligten Unternehmen das bei Aushüben vorgefundene Rohkies nicht selbst verwenden können, verkaufen sie dieses in der Regel an Kieswerke zur Veredelung weiter.⁴³¹ 271. Wie viel Rohkies in der Vergangenheit bei Aushüben angefallen ist, wird vom Kanton Bern im Controlling nicht erhoben. Das mag allenfalls dazu führen, dass der gestützt auf die erhobenen Daten ermittelte Rohstoff-Bedarf etwas zu gering eingeschätzt wird.⁴³² Für die vorliegende Untersuchung bleibt das Volumen des bei Aushüben anfallenden Rohkieses ohne Belang (vgl. sogleich), weshalb weitergehende Abklärungen dazu unterbleiben können.⁴³³ 272. Ob bei Aushüben Rohkies anfällt, hängt ausschliesslich von der Bautätigkeit und der Zusammensetzung des auszuhebenden Bodens ab. Ziel und Zweck dieser Tätigkeit ist nicht, an diesen Rohkies zu gelangen, sondern zu einem bestimmten Zeitpunkt ein Bauprojekt an einem bestimmten Ort zu realisieren, der vom Bauherrn aufgrund anderer Faktoren als dem dort möglicherweise im Boden liegenden Rohkies ausgewählt wurde. Dieser Rohkies fällt also beiläufig zur Bautätigkeit an und wird nicht gezielt gewonnen. Anders als die Rohkiesgewinnung in Kiesgruben und aus Gewässern ist diese Quelle von Rohkies daher unberechenbar und nicht längerfristig vorausseh- und planbar. Die Quelle ist nicht stetig, sondern schwankend und abhängig von Dritten, nämlich den Bauherrn, die sich für oder gegen die Realisierung eines Bauprojekts an einem bestimmten Ort zu einem bestimmten Zeitpunkt entscheiden. Es sind denn auch nicht im Bereich der Kiesgewinnung tätige Unternehmen, die diese Quelle von Rohkies «erschliessen», sondern andere, nicht auf Kies spezialisierte Unternehmen wie Aushub- und Bauunternehmen sowie allenfalls Landschaftsgärtner, die den Aushub vornehmen

⁴²⁹ Vgl. die Berechnungen in Act. II.C.X.66. 430 EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 490-492, Act. III.7; EV von [...] vom 21.1.2015 Rz 92-96, Act. III.9; Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016, Rz 130-132, Act. III.26. Zum Eigengebrauch vgl. ferner Act. II.C.X.66. 431 EV von [...] vom 14.1.2015 Rz 291-293, Act. III.6; EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 429 f., Act. III.7; EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 159 f., Act. III.2. Ferner etwa Act. VI.52, Antwort auf Frage 17 und Act. VI.57, Antwort auf Frage 7. ⁴³² Dahingehend die (teilweise identischen) Stellungnahmen der Gemeinde Oberbalm, der Kiesabbau Urtenen-Schönbühl KSU, der Hofstetter und der Messerli, der KRD Bern Mittelland sowie der SVP Bern-Mittelland und der SVP Stadt Bern gemäss Mitwirkungsbericht ADT der Regionalkonferenz Bern-Mittelland, S. 8, 47, 48, 66, 88 resp. 107 f., abrufbar unter <www.bernmittelland.ch> Themen > Raumplanung > Projekte > Abbau, Deponie, Transporte (ADT) > Mitwirkungsbericht (Detailauswertung) (zuletzt besucht am 13.6.2023). ⁴³³ Abgesehen davon wären Abklärungen, die hierzu zuverlässige Resultate liefern würden, kaum möglich, jedenfalls aber unverhältnismässig aufwändig. Befragt werden müssten alle Unternehmen, die im Kanton Bern Aushübe vorgenommen haben, was nebst Aushubunternehmen auch etwa Bauunternehmen und Landschaftsgärtner sind.

Dass diese den Rohkies, der bei Aushüben angefallen ist, vor der Weiterverwendung gewogen bzw. das Volumen schriftlich in auswertbarer Form erfasst hätten, gestützt worauf nunmehr die historischen Volumina eruiert werden könnten, erscheint wenig realistisch. Die an Kieswerke verkauften Mengen zu rekonstruieren, erscheint gestützt auf Buchhaltungsunterlagen der Kieswerke zwar möglich, jedoch ungenügend, wäre das Ergebnis doch trotz des damit verbundenen grossen Aufwands bloss bruchstückhaft, da das Volumen des von den beteiligten Unternehmen selber verwendeten Rohkieses nach wie vor unbekannt wäre. Das fällt umso mehr ins Gewicht, weil ein Verkauf an Kieswerke erst erfolgt, soweit der Rohkies nicht selber weiterverwendet werden kann; der Verkauf betrifft bloss den «Überschuss».

78 und so nebenbei diesen Rohkies freilegen. Sie tun dies nicht, um als Akteure auf dem Rohkiesmarkt aufzutreten und im dortigen Spiel von Angebot und Nachfrage mitzumischen, sondern um ihrer primären Aufgabe nachzukommen. Die von ihnen zu einem bestimmten Zeitpunkt in Aushüben freigelegte Rohkiesmenge können sie nicht steuern, auf die Nachfrage nach Rohkies und deren Veränderungen können sie also nicht reagieren. Vielmehr fällt zu einer bestimmten Zeit bei einer bestimmten Baustelle einfach der Rohkies aus Aushüben an, der gerade anfällt. Zudem sind die «Anbieter» von rohkiesshaltigen Aushüben zugleich «Nachfrager» von Deponieleistungen. Ihnen geht es vor allem darum, diese (rohkiesshaltigen) Aushübe irgendwo ablagern resp. deponieren zu können, soweit sie sie nicht selber verwenden können.⁴³⁴ Ist eine eigene Verwendung der (rohkiesshaltigen) Aushübe nicht möglich, sind sie mit anderen Worten darauf angewiesen, diese «loszuwerden»; ihr Angebot von (rohkiesshaltigen) Aushüben ist gleichzeitig ihre Nachfrage nach Deponievolumen. Abhängig von der konkreten Angebots- und Nachfragesituation in diesen beiden Bereichen bezahlen die «Anbieter» von rohkiesshaltigen Aushüben letztlich sogar für ihr «Angebot».⁴³⁵ Aufgrund dieser Gegebenheiten vermag diese Quelle von Rohkies (resp. vermögen diese Rohkies-«Anbieter») keine, jedenfalls keine nennenswerte, disziplinierende Wirkung auf die Akteure im Rohkiesmarkt zu entfalten. Dass bei Grossbauprojekten vor allem im Raum Thun (z.B. Stockhorn Arena/Stadion) zuweilen grössere Volumen an Rohkies aus Aushüben anfallen können,⁴³⁶ die im entsprechenden Jahr auch von den im Bereich Kiesgewinnung tätigen Unternehmen in ihrer Planung berücksichtigt werden,⁴³⁷ ändert hieran ebenso wenig wie die Tatsache, dass Kieswerke auch Rohkies aus Aushüben zur Veredelung ankaufen.

C.3.3.1.4 Nachfrage nach Rohkies Die Nachfrager

273. Der grösste Teil Rohkies wird von Kieswerken nachgefragt, die den Rohkies aufbereiten, d.h. veredeln.⁴³⁸ Oder mit den Worten einer Partei, die dies wie folgt treffend auf den Punkt gebracht hat: «(...) eine Kiesgrube errichten und zu betreiben nützt noch nichts, wenn man das Kies nicht verarbeiten kann. (...) Das Kies aus der Grube ist das Wandkies. Dieses braucht man nur wenig. Im Richtplan ist man angehalten, das Kies auch zu verarbeiten. Also sollte hintendran auch ein Kieswerk sein».⁴³⁹ Bloss zu einem sehr kleinen Teil⁴⁴⁰ findet Rohkies aus Kiesgruben direkt auf Baustellen Verwendung, z.B. im Strassen- und Gartenbau.⁴⁴¹ Als Nachfrager treten diesfalls insbesondere (Strassen)Bauunternehmen und Landschaftsgärtner auf.

434 Rz 270. 435 So verlangt etwa Heimberg für die Deponierung von «kiesige[m] Aushub» CHF 5.– pro Tonne (siehe <www.kwheimberg.ch/images/content/KH_Preisliste_2023.pdf> Artikel Nr. 1000 unter «Deponie» auf S. 24 [zuletzt besucht am 13.6.2023]). 436 So das an der Einvernahme von [...] vom 21.1.2015 Rz 289 f., Act. III.9, erwähnte Grossbauprojekt

Stadion Thun, bei dem gemäss Angabe von ihm 180'000 m³ Rohkies aus Aushüben angefallen sind. Beim Grossbauprojekt Stadion Wankdorf in der Stadt Bern wurde mit einem Rohkiesvolumen von 50'000 m³ gerechnet (Act. II.C.X.66). 437 VR-Protokoll der KAGA vom 2.12.2009 T. 2.4, Act. II.A.X.161, bezüglich Stadion Thun. 438 Vgl. etwa SAURER (Fn 404), 6. In dem Sinn auch EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 472 f. und 506 f., Act. III.7. 439 EV von [...] vom 22.1.2015 Rz 93-98, Act. III.10. 440 So hielt eine Partei im Mitwirkungsverfahren zum regionalen Richtplan der Regionalkonferenz Bern- Mittelland fest, «Der Markt wird praktisch ausschliesslich mit aufbereiteten Kieskomponenten bedient (...)» (Hervorhebung durch Wettbewerbsbehörde), vgl. Mitwirkungsbericht Regionaler Richtplan ADT (Fn 432), S. 48, ferner S. 87. 441 Im Sachplan ADT 98 (Fn 635), S. 13, wurde sogar ein diesbezüglicher Grundsatz 12 festgehalten, in dem u.a. ausgeführt ist: «Die direkte Endverwendung von Kies ab Wand für den allgemeinen Strassen- und Tiefbau widerspricht dem Gebot der haushälterischen Nutzung von Baurohstoffen und ist, ausgenommen bei Seitenentnahmen im Güterwegebau, zu vermeiden».

79 Soweit solche Unternehmen ihren Rohkiesbedarf bereits mit kiesigen Aushüben decken können, wie dies vor allem im Raum Thun der Fall ist,⁴⁴² reduziert sich ihr ohnehin sehr kleiner Nachfrageanteil noch weiter. Mit den Worten einer Partei: «Für den Bezug von Kies ab Wand [bei den Abbaustellen von KAGA] ist kein Bedürfnis am Markt da, sondern nur für die Kieswerke. (...) Daher existiert im Raum Thun gar kein Bedürfnis für den Bezug von Kies ab Wand [durch andere Unternehmen als Kieswerke]».⁴⁴³ Dass nur ein sehr kleiner Anteil am gewonnenen Rohkies an Nicht-Kieswerke geht, bestätigen auch die Angaben von vier angefragten, unabhängigen Unternehmen, die im Raum Bern Kiesgruben und -werke betreiben.⁴⁴⁴ Deren zwei gaben an, den gesamten Rohkies für ihren Eigenbedarf zu verwenden, d.h. zur Veredlung in ihrem Kieswerk,⁴⁴⁵ während die zwei anderen den Anteil Rohkiesverkauf an Kundinnen auf 10 % schätzten, ihren Eigenbedarf zur Veredelung in ihrem Kieswerk auf 90 %.⁴⁴⁶

Ort der Nachfrage und Transportkosten 274. Rohkies kann grundsätzlich überall hin transportiert werden. Allerdings zeichnet sich Rohkies durch einen im Vergleich zu seinem Gewicht und seinem Volumen geringen Preis aus.⁴⁴⁷ Bei KAGA etwa kostet gemäss Preisliste 2023 eine Tonne ungewaschener und unsortierter Rohkies ab Wand ohne MwSt und ohne Rabatte CHF 6.30 (Bümburg) resp. CHF 9.20 (Bergacher).⁴⁴⁸ Ein Kubikmeter dieses Rohkieses wiegt nahezu zwei Tonnen⁴⁴⁹ und kostet somit ca. CHF 12.30 (Bümburg) resp. CHF 17.95 (Bergacher). Transportiert wird Rohkies regelmässig auf dem Landweg von Lastwagen. Die Kosten des Transports dieses schweren und in der Regel in grossen Volumen nachgefragten Materials sind im Verhältnis zum Materialpreis hoch und steigen mit zunehmender Transportzeit und -distanz. Dabei steigen einige Kostenfaktoren eher proportional zur Fahrzeit (Lohnkosten), andere eher zur Fahrdistanz (Treibstoffkosten; Schwerverkehrsabgabe), wobei Fahrzeit und -distanz in der Regel stark korrelieren.⁴⁵⁰ Das führt dazu, dass die Transportkosten bei zunehmender Fahrzeit und -distanz einen immer grösseren Anteil an den Gesamtkosten eines Rohkiesbezugs ausmachen. 275. Transportkosten lassen sich optimieren, indem Leerfahrten minimiert werden, also sowohl auf der Hin- als auch auf der Rückfahrt Material transportiert wird (in beide Richtungen beladene Transporte werden nachfolgend auch als Retourfahren bezeichnet). Die Kosten für eine Hin- und Rückfahrt können so auf zwei Materialtransporte aufgeteilt werden, anstatt dass diese Kosten vollumfänglich auf einen einzigen

Materialtransport entfallen. Salopp ausgedrückt werden so zwei Fliegen auf einen Streich geschlagen. Entsprechend gross ist das Interesse von mit dem Transport befassten Unternehmen, Leerfahrten zu vermeiden.⁴⁵¹ Die Möglichkeit, Retourfahrten machen zu können, spielt bei ihren Überlegungen und Berechnungen, ob nun dieser oder jener Anbieter von Materialien oder Deponieleistungen angefahren werden soll, daher eine wesentliche Rolle.⁴⁵² Wenn beispielsweise Aushübe deponiert und

442 Hiervor Rz 269 ff. 443 EV von [...] vom 21.1.2015 Rz 92-96, auch 99 («Es ist einfach kein Verlangen danach da»), Act. III.9. In dem Sinn auch die Feststellung einer anderen Partei «Wir [Daepf] verkaufen fast kein Kies ab Wand selber», EV von [...] vom 19.3.2015 Rz 102, Act. III.19. 444 Act. VI.38, 52, 54 und 57, jeweils Antwort auf Frage 6. Act. VI.48 ist insofern nicht aufschlussreich, da bei diesem Unternehmen das Rohkies-Abbauvolumen seit 2016/2017 erschöpft ist, mithin die Rohkiesgewinnung und das Kieswerk ab da eingestellt worden sind (vgl. Act. VI.48, Antworten auf die Fragen 5, 25b und 30). 445 Act. VI.52 und 54, jeweils Antwort auf Frage 6. 446 Act. VI.38 und 57, jeweils Antwort auf Frage 6. 447 In dem Sinn auch SAURER (Fn 404), 23. 448 Abrufbar unter <www.kaga.ch> Preisliste (zuletzt besucht am 13.6.2023). 449 Ein Kubikmeter Rohkies wiegt etwa 1,95 Tonnen, vgl. die Berechnungen eines KAGA-Mitarbeiters bezüglich des Transportkostenausgleichs, Act. II.D.X.154 S. 6 «Schüttgewicht in t / m³». 450 RPW 2020/1, 99 Rz 100, KTB-Werke. 451 EV von [...] vom 26.4.2016 Rz 115 f., 131, 235 f., Act. III.23. Ferner etwa Act. VI.34 und 42, jeweils Antworten auf Fragen 14 und 18. 452 In dem Sinn EV von [...] vom 26.4.2016 Rz 210-213 und 234-237, Act. III.23.

80 Kieskomponenten bezogen werden sollen, setzen sich die Gesamtkosten aus dem Deponiepreis, dem Preis für die Kieskomponenten und den Transportkosten für den jeweiligen Hin- und Rückweg zusammen.⁴⁵³ Bietet nun etwa eine Deponiestelle keine Kieskomponenten an, bedeutet dies, dass eine dortige Deponierung mit einer leeren Rückfahrt verbunden ist und die Kieskomponenten anderweitig beschafft werden müssen, wodurch weitere Transportkosten anfallen. Bietet die Deponiestelle hingegen Kieskomponenten an, können diese auf der Rückfahrt von der Deponierung transportiert werden. Diesen Gedanken hat eine auf den Transport spezialisierte Person an ihrer Einvernahme wie folgt auf den Punkt gebracht: «Es ist nicht korrekt, dass es teurer wird, je weiter man fährt. Es kommt darauf an, ob man Material wieder mit zurück nehmen kann. So kann eine Fahrt von 20 km nach Bern teurer sein, als wenn man 30 km hin und zurück fährt».⁴⁵⁴

276. Für die Nachfrager sind nun die Gesamtkosten, d.h. die Material- und die Transportkosten zusammen, entscheidend.⁴⁵⁵ Entsprechend kommen für sie nur Abbaustellen in Frage, die in einer «sinnvollen Distanz» zum Verwendungsort des Kieses, d.h. zu ihrem Kieswerk resp. zu ihrer Baustelle, liegen.⁴⁵⁶ Der Standort der Abbaustelle ist also wichtig.⁴⁵⁷ Denn je weiter ein Verwendungsort von einem bestimmten Abbauort entfernt ist, desto wahrscheinlicher ist es, dass ein anderer Abbauort näher liegt, der alsdann aufgrund der kürzeren Distanz zum konkreten Verwendungsort preislich konkurrenzfähiger ist.⁴⁵⁸ Für die Höhe der Gesamtkosten spielt dabei, wie ausgeführt,⁴⁵⁹ auch die Möglichkeit von Retourfahrten mit einer Rolle; dies insbesondere für Transportunternehmen, die anstreben, ihre Fahrten zu optimieren.⁴⁶⁰ 277. Die vorangehenden Ausführungen betreffend Transportkosten gelten mutatis mutandis auch für andere schwere Baumaterialien⁴⁶¹ wie etwa für veredelten Kies und für die Deponierung von Aushüben.⁴⁶² Zu beachten ist, dass Transportkosten verhältnismässig einen umso

geringeren Anteil an den Gesamtkosten ausmachen, je grösser die Materialkosten resp. die Deponiekosten sind.⁴⁶³ Oder anders gewendet: die Transportkosten von A nach B fallen hinsichtlich der Gesamtkosten verhältnismässig weniger ins Gewicht, wenn bei vergleichbarem spezifischem Gewicht ein teureres Material transportiert wird.⁴⁶⁴ Da ein Kubikmeter Rohkies

453 EV von [...] vom 26.4.2016 Rz 239-242, Act. III.23. 454 EV von [...] vom 26.4.2016 Rz 296-298, auch 301 f., Act. III.23. Ebenso Act. VI.34, Antwort auf Frage 18. 455 Vgl. statt anderer etwa Zeugeneinvernahme von [...] vom 4.5.2016 Rz 142 f., Act. III.26; hinsichtlich Deponieleistungen Zeugeneinvernahme von [...] vom 2.5.2016 Rz 142-144 und 147-149, Act. III.25. 456 Vgl. EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 432-435, Act. III.7, wonach Alluvia wegen der Distanz ihrer Kieswerke zu den Kiesgruben von KAGA ohne Transportkostenausgleich nie einen Kubikmeter Rohkies von dort beziehen würde. Dies würden nur Aktionärinnen machen, die in einer sinnvollen Distanz zu KAGA seien. Als sinnvolle Distanz zum Bezug von Rohkies aus Aushüben bezeichnet er «maximal 25 km» (EV von [...] vom 15.1.2015 Rz 429 f., Act. III.7). 457 Zeugeneinvernahme von [...] vom 5.2.2015 Rz 203, Act. III.13. 458 In dem Sinn Zeugeneinvernahme von [...] vom 5.2.2015 Rz 120 ff., Act. III.13. 459 Siehe die vorangehende Rz, ferner etwa EV von [...] vom 26.4.2016 Rz 593-600, Act. III.23, wonach (Kies)Werke bei ihren Auslieferungen leere Rückfahrten hätten, während Transportunternehmen diese vermeiden würden. 460 EV von [...] vom 26.4.2016 Rz 593-600, Act. III.23 – dies gemäss seinen Angaben im Unterschied zu Auslieferungen, die von Kies- oder Betonwerken vorgenommen werden, da dort regelmässig eine leere Rückfahrt erfolgt. 461 In Bezug auf Beton siehe etwa Einvernahme von [...] vom 26.3.2015 Rz 277-280, 284-286, Act. III.20. 462 In Bezug auf die Deponie siehe etwa Zeugeneinvernahme von [...] vom 2.5.2016 Rz 138-149 und 247-251, Act. III.25. 463 Vgl. etwa RPW 2020/1, 96 f. Rz 85, KTB-Werke, wonach der Transport beim Beton für rund 15 % des Gesamtpreises verantwortlich ist, während dieser Anteil bei Kies doppelt so hoch ist, wobei an jener Stelle nicht weiter zwischen Rohkies und veredeltem Kies unterschieden worden ist (vgl. RPW 2020/1, 97 Rz 91, KTB-Werke). 464 Illustrativ die Verhältnisangaben bei SAURER (Fn 404), 22.

81 beispielsweise nur rund die Hälfte eines Kubikmeters veredelten Kieses kostet, ist der Transportkostenanteil beim Ersten im Verhältnis deutlich höher als beim Zweiten.⁴⁶⁵

278. Kieswerke, die mit weitem Abstand bedeutendsten Nachfrager von Rohkies, sind stationäre Bauwerke. Da die Transportkosten von Rohkies ein wesentlicher Kostenpunkt sind, kann und wird die Entfernung eines Kieswerks zu Abbaustellen selbstverständlich bereits bei seiner Erstellung berücksichtigt. Um die Transportkosten möglichst gering zu halten, werden Kieswerke regelmässig in Kiesgruben selbst oder in unmittelbarer Nähe dazu gebaut,⁴⁶⁶ wodurch der Rohkies in der Regel mittels Förderbänder zu ihnen transportiert werden kann.⁴⁶⁷ Ergänzend ist auf die Ausführungen an anderer Stelle verwiesen, wo näher auf den Zusammenhang zwischen Kiesgruben und Kieswerken eingegangen wird.⁴⁶⁸ 279. Anders verhält es sich, wenn Rohkies für einmal direkt auf Baustellen verwendet wird, denn deren Standort wird freilich nicht in Abhängigkeit von ihrer Entfernung zu Abbaustellen festgelegt. Die befragten Transportunternehmen nannten als Distanz, die in der Regel zwischen den Abbaustellen und den Verwendungsorten (d.h. den Baustellen) liegt, grossmehrheitlich maximal 20 km.⁴⁶⁹ Die Hälfte von ihnen gab an, jeweils die nächstgelegene Kiesgrube auszuwählen und anzufahren,⁴⁷⁰ während bei zwei weiteren die Möglichkeit für Retourfahrten für die Wahl der Abbaustelle entscheidend

war.⁴⁷¹ Nach Angaben des [U14]⁴⁷² soll die durchschnittliche Transportdistanz für Kies im Normalfall bei rund 10 km liegen,⁴⁷³ wobei nicht näher präzisiert wird, ob dies für Rohkies, veredelten Kies oder beides zutreffen soll. Ein Vertreter von Kiestag hielt kurz und bündig fest: «Alles was mehr als 15 bis 20 km weit weg ist, ist nicht mehr rentabel».⁴⁷⁴ In Bezug auf die sechs Kieswerke von Kästli-Gruppe und Alluvia stellte die WEKO durch Auswertung der Lieferscheindaten fest, dass 86 % des Kieses⁴⁷⁵ innerhalb eines Radius von einer Fahrzeit von 20 Minuten verkauft wird.⁴⁷⁶

C.3.3.2 Abbaurechte 280. Die Gewinnung von Rohkies in Kiesgruben setzt voraus, dass der Kiesgrubenbetreiber über die erforderlichen privatrechtlichen Rechte an den betroffenen Grundstücken verfügt. Entweder ist er selber Eigentümer der Grundstücke oder er verfügt über beschränkte dingliche Rechte an diesen, namentlich Grunddienstbarkeiten, die ihn zum Abbau von Bodenbestand-

465 RPW 2020/1, 105 Rz 114, KTB-Werke. 466 RPW 2020/1, 94 Rz 69, KTB-Werke. 467 Siehe etwa <[...]>; <www.kaestligruppe.ch> Baustoffe > Herstellung (beide zuletzt besucht am 13.6.2023). 468 Rz 286. 469 Act. VI.22-25, 34-36, 41, 42 und 44: 20 km wurden viermal genannt (Act. VI.25, 36, 42 und 44), einmal 5-10 km (Act. VI.22), einmal 10 km (Act. VI.35), einmal 10-15 km Luftlinie (Act. VI.34), einmal 10-20 km (Act. VI.41), einmal 25 km (Act. VI.24) und einmal 30-40 km (Act. VI.23). 470 Act. VI.22, 25, 35, 41 und 44, jeweils Antwort auf Frage 18. 471 Act. VI.34 und 42, jeweils Antwort auf Frage 18. Ein weiteres Transportunternehmen, nämlich dasjenige, welches als Regeldistanz zwischen Abbaustelle und Verwendungsort den mit Abstand höchsten Wert von 30-40 km nannte, gab an, nicht den am nächsten gelegenen Abbauort anzufahren, da die Wandkiespreise in der Region Bern zu teuer seien (Act. VI.23, Antwort auf Frage 18). Für ein anderes Transportunternehmen sind «Preis, Qualität, Distanz zum Einsatzort, Vermeidung von Leerfahrten» entscheidend (Act. VI.36, Antwort auf Frage 18). Ein Transportunternehmen bezieht ausschliesslich bei seiner «Partnerfirma» Rohkies (Act. VI.24, Antwort auf Frage 18). 472 [...] (vgl. dazu <[...]>, zuletzt besucht am 13.6.2023). 473 So rapportiert von SAURER (Fn 404), 21. 474 EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 215 f., Act. III.1. 475 Mit Kies sind dort sowohl Rohkies als auch veredelter Kies gemeint (vgl. RPW 2020/1, 97 Rz 91, KTB-Werke), wobei diese Angabe aufgrund der geringen Nachfrage nach Rohkies durch Nicht-Kieswerke primär veredelten Kies betrifft. 476 RPW 2020/1, 99 ff. Rz 106 und insbesondere Abbildung 6, KTB-Werke).

82 teilen, insbesondere Rohkies, berechtigen (sogenannte Ausbeutungsrechte). Zu ihrer Errichtung bedürfen all diese dinglichen Rechte einer Eintragung im Grundbuch.⁴⁷⁷ Der Einräumung dieser Rechte an Grundstücken liegen entsprechende Verträge, namentlich Kauf- oder Dienstbarkeitsverträge, zu Grunde, die – sofern es sich um ein landwirtschaftliches Grundstück handelt – einer Bewilligung des Erwerbs nach BGBB⁴⁷⁸ bedürfen.⁴⁷⁹ Der Umfang der dinglichen Berechtigung ergibt sich bei Dienstbarkeitsverträgen aus dem Grundbucheintrag, hilfsweise aus den diesem zu Grunde liegenden privatrechtlichen Verträgen sowie den öffentlich-rechtlichen Bewilligungen.⁴⁸⁰ Mit den Abbaurechten gehen in der Regel korrespondierende Wiederauffüllungs- und Rekultivierungsrechte einher, zumal die öffentlich-rechtlichen Bewilligungen regelmässig dahingehende Verpflichtungen vorsehen.⁴⁸¹ 281. Die privatrechtlichen Verträge werden zwischen den Grundeigentümern als Anbietern und den an einer Ausbeutung (d.h. Abbau und Wiederauffüllung) interessierten Unternehmen als Nachfragern abgeschlossen. Für die Einräumung der Rechte erhalten die Grundstückseigentümer regelmässig ein Entgelt.⁴⁸²

Dieses kann bei Dienstbarkeitsverträgen entweder ein periodisch fixer Betrag, ein nach abgebauten/wiederaufgefüllten Kubikmetern bestimmter Betrag oder eine Kombination davon sein.⁴⁸³ Die Höhe des vereinbarten Entgelts ist Ergebnis der Verhandlung zwischen den Grundeigentümern und den an einer Ausbeutung interessierten Unternehmen, wobei Erstere an einem hohen, Zweitere an einem tiefen Preis interessiert sind. Bei diesen Verhandlungen weisen Grundeigentümer gerne auf bessere Angebote hin, die sie von anderen Interessierten erhalten haben, um so einen für sie vorteilhafteren Vertrag auszuhandeln.⁴⁸⁴ Diese Verträge werden in der Regel abgeschlossen, lange bevor der Abbau beginnt resp. überhaupt feststeht, ob dieser zulässig sein wird. Denn dafür sind öffentlich-rechtliche Bewilligungen erforderlich, wobei die Unternehmen im Rahmen der Richtplanung – also zu einem frühen Zeitpunkt – gehalten sind, bei ihren Standorteingaben für sogenannte «Festsetzungen»⁴⁸⁵ die privatrechtliche Sicherung der Abbau- und Deponiegebiete mittels entsprechender Verträge darzutun.⁴⁸⁶ Dieses zeitliche Auseinanderfallen ebenso wie die lange Abbau- und Wiederauffüllungsdauer führen dazu, dass die vertraglichen Konditionen weit im Voraus für die Zukunft vereinbart werden, wenn bezüglich der künftigen Nachfrage- und Preisentwicklung höchstens Erwartungen und Schätzungen, nicht aber gesicherte Informationen bestehen. ²⁸². Freilich kommen nicht jedwelche Grundstücke für den Abschluss solcher Verträge in Frage. Vielmehr muss eine Kiesgewinnung am entsprechenden Ort überhaupt erst zulässig sein und als sinnvoll und realistisch erscheinen. Das hängt von verschiedenen Faktoren ab, die das Angebot tauglicher Grundstücke wesentlich einschränken.⁴⁸⁷

477 Für den Erwerb von Grundeigentum Art. 656 Abs. 1 (die Ausnahmefälle von Abs. 2 dieser Bestimmung sind in vorliegendem Zusammenhang nicht von Bedeutung) des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10.12.1907 (ZGB; SR 210), für Grunddienstbarkeiten Art. 731 Abs. 1 ZGB und für Personaldienstbarkeiten Art. 781 Abs. 3 i.V.m. Art. 731 Abs. 1 ZGB. 478 Bundesgesetz vom 4.10.1991 über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB; SR 211.412.11). 479 Art. 61 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 64 Abs. 1 Bst. c BGBB und dazu BGer, 2C_157/2017 vom 12.9.2017 E. 4.3. 480 BGE 137 III 444 E. 2.2 E. 4.2.1 und Regeste. 481 Vgl. zur Auslegung eines «Kiesausbeutungsrechts» BGE 137 III 444, insbesondere E. 4.1.2 zu den regelmässig in den öffentlich-rechtlichen Bewilligungen anzutreffenden Verpflichtungen. 482 Zeugeneinvernahme von [...] vom 2.5.2016 Rz 337 f., 343-345, Act. III.25. 483 Auf die ersten beiden Möglichkeiten hinweisend etwa Act. VI.54, Antwort auf Frage 9. 484 Zeugeneinvernahme von [...] vom 2.5.2016 Rz 352 f., 373 ff., Act. III.25. 485 Eine «Festsetzung» ist ein planungsrechtliches Instrument, das für eine bestimmte Fläche behördenverbindlich festlegt, dass dort in Zukunft Kies abgebaut werden kann (siehe dazu insb. unten, Rz 341). 486 Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 30; Zeugeneinvernahme von [...] vom 2.5.2016 Rz 329-331, Act. III.25. 487 Zeugeneinvernahme von [...] vom 2.5.2016 Rz 389 ff., Act. III.25.

83 - Erforderlich ist zunächst einmal, dass das Grundstück überhaupt über Rohstoffe verfügt, die dort gewonnen werden können. Wo und in welchem Ausmass Rohstoffvorkommen vorhanden sind, hängt von der Geologie der Gebiete ab. Die Rohstoffvorkommen sind über Jahrtausende entstanden und natürlich beschränkt. Zentren hochwertiger Vorkommen sind im Kanton Bern die Hügelzone des Jurasüdfusses vom Neuenburgersee bis in den Oberaargau sowie die Region Bern mit dem Aaretal bis Uttigen bzw. bis zum Kanderdelta im Thunersee.⁴⁸⁸ Um zu ermitteln, wie es sich mit der Rohstoffsituation auf einem Grundstück verhält, werden regelmässig geologische

Abklärungen durchgeführt. - Die Rohkiesgewinnung muss faktisch möglich sein. Ist ein Grundstück z.B. bereits mit einer Strasse oder Bahnlinie bebaut, lässt sich darunter nicht mehr Rohkies gewinnen. - Weiter muss ein Rohstoffabbau aus rechtlicher Sicht am betreffenden Ort zulässig sein. Einschränkungen bestehen in mehrfacher Hinsicht. Raumplanungsrechtlich⁴⁸⁹ ist die Errichtung oder Erweiterung einer Kiesabbaustelle etwa unzulässig, wenn das Grundstück in einer Bauzone eingezont ist oder in einem Naturschutzgebiet oder -objekt liegt.⁴⁹⁰ In archäologischen Schutzgebieten ist eine Kiesgewinnung zwar nicht generell ausgeschlossen, jedoch nur unter gesteigerten Voraussetzungen zulässig.⁴⁹¹ In Grundwasser- schutz zonen und -arealen⁴⁹² ist eine Rohkiesgewinnung unzulässig.⁴⁹³ Aus dem Gewässerschutz ergeben sich noch anderweitige Einschränkungen. So muss bei der Ausbeutung von «Kies, Sand und anderem Material» in Gewässerschutzbereichen Au, die zum Schutz unterirdischer nutzbarer Gewässer dienen⁴⁹⁴ und im Kanton Bern weitflächig vorhanden sind,⁴⁹⁵ eine Materialschicht von mindestens 2 Metern über dem Grundwasserhöchstspiegel belassen werden und die Ausbeutungsfläche so begrenzt sein, dass die natürliche Grundwasserneubildung gewährleistet ist.⁴⁹⁶ Weitere rechtliche Einschränkungen können sich etwa aus dem Natur- und Heimatschutz,⁴⁹⁷ dem Landschaftsschutz⁴⁹⁸ oder dem Schutz des Waldes⁴⁹⁹ ergeben. - Sodann muss eine Rohstoffgewinnung am fraglichen Ort auch aus ökonomischer Sicht Sinn machen. Dies hängt wiederum von mehreren Faktoren ab. Wesentlich ist etwa die Grösse des dortigen Rohstoffvorkommens. Da die Transportkosten ein zentraler Kostepunkt sind,⁵⁰⁰ spielt auch etwa die verkehrstechnische Anbindung des Grundstücks

488 SCHINDLER/KÜNDIG/AEBY/BLANC/HOFMANN/RAGETH (Fn 404), S. 112. 489 Einschlägig sind insbesondere das RPG und die Raumplanungsverordnung vom 28.6.2000 (RPV; SR 700.1) auf Bundesebene, das Baugesetz vom 9.6.1985 (BauG; BSG 721.0) und die Bauverordnung vom 6.3.1985 (BauV; BSG 721.1) auf kantonaler Ebene und die diesbezüglichen kommunalen Erlasse sowie die jeweils umsetzenden Pläne wie etwa Richt- und Nutzungspläne. 490 Art. 30 Abs. 1 BauV. 491 Art. 30 Abs. 2 BauV. 492 Art. 20 f. des Bundesgesetzes vom 24.1.1991 über den Schutz von Gewässern (Gewässerschutzgesetz, GSchG; SR 814.20). 493 Vgl. insbesondere Anhang 4 Ziff. 221 Abs. 1 Bst. d, Ziff. 221bis Abs. 1 Bst. d, Ziff. 221ter Abs. 1, Ziff. 222 Abs. 1, Ziff. 223 sowie Ziff. 23 Abs. 1 der Gewässerschutzverordnung vom 28.10.1998 (GSchV; SR 814.201); BGE 119 Ib 174 E. 3. 494 Art. 19 GSchG i.V.m. Art. 29 Abs. 1 Bst. a GSchV. 495 Vgl. die Gewässerschutzkarte des Kantons Bern, abrufbar unter <www.agi.dij.be.ch> Geoportal > Karten > Angebot an Karten > Gewässerschutzkarte (zuletzt besucht am 13.6.2023). 496 Anhang 4 Ziff. 221 Abs. 3 Bst. a und b GSchV. 497 Siehe etwa Art. 18a und 23b des Bundesgesetzes vom 1.7.1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451); ferner Art. 29 der Verordnung vom 16.1.1991 über den Natur- und Heimatschutz (NHV; SR 451.1). 498 Siehe etwa das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler (BLN), das u.a. die Aarelandschaft zwischen Thun und Bern als grossräumige Erholungslandschaft führt. 499 Vgl. etwa Art. 5 des Bundesgesetzes vom 4.10.1991 über den Wald (Waldgesetz, WaG; SR 921.0), wonach Rodungen einer Ausnahmebewilligung bedürfen und grundsätzlich eine Wiederaufforstung erforderlich ist (Art. 7 WaG). 500 Rz 274 ff.

84 eine Rolle sowie die Angebots- und Nachfragesituation in einem gewissen Umkreis zur möglichen Abbaustelle.⁵⁰¹ - Selbst wenn alle erforderlichen Faktoren gegeben sind, das

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

C.3.3.3 Veredelter Kies / Kiesaufbereitung

C.3.3.3.1 Aufbereitung von Primär-Gesteinskörnungen Veredelte, ungebrochene Gesteinskörnungen 283. Der grösste Anteil an Rohkies wird von Kieswerken nachgefragt,⁵⁰² die ihn aufbereiten, d.h. veredeln. Diese Aufbereitung ist notwendig, da die natürlichen Rohkiesvorkommen in ihrer Zusammensetzung und Reinheit normalerweise nicht den Anforderungen für eine weitere Verwendung genügen.⁵⁰³ Die Aufbereitung beginnt regelmässig mit dem Waschen, bei dem der Rohkies von abschlämmbaren (z.B. Lehm) und verunreinigenden Teilen (z.B. Holz) separiert wird. Alsdann wird der Rohkies durch Sieben nach Korngrössen in verschiedene Korngruppen sortiert (sogenannte Klassierung), wobei sich die Bandbreiten der ausgesiebten Korngrössen⁵⁰⁴ insbesondere nach den für Gesteinskörnungen gültigen SN-EN-Normen⁵⁰⁵ orientieren. Grössere Gesteinskörner werden oftmals mit Brechanlagen zerkleinert – es werden daraus also gebrochene Gesteinskörnungen,⁵⁰⁶ namentlich Splitt und Brechsand, von einer geringeren Korngrösse hergestellt. Abhängig vom Verwendungszweck werden die zuvor sortierten und klassierten Gesteinskörnungen schliesslich nach bestimmten Rezepten in einem vorgegebenen Verhältnis zusammengemischt.⁵⁰⁷ 284. Die Anforderungen, denen veredelter Kies genügen muss, sind für zentrale Verwendungszwecke durch Normen vorgegeben. So bestehen etwa Vorgaben für Gesteinskörnungen für Beton, für Asphalt oder für den Ingenieur- und Strassenbau.⁵⁰⁸ Ein Kieswerk kann sich durch ein Zertifizierungsunternehmen, z.B. den [U12]⁵⁰⁹ oder die [U13]⁵¹⁰, zertifizieren lassen, um nachzuweisen, dass der von ihm veredelte Kies diesen Normen entspricht. Aufgrund dieser Normen sind die veredelten Kiesprodukte, die Kieswerke anbieten, in wesentlichen Bereichen qualitativ vereinheitlicht.⁵¹¹ Auch wenn klassierte Gesteinskörnungen in einem bestimmten Verhältnis nach einem «kundenspezifischen» Rezept gemischt werden, resultiert ein qualitativ weitestgehend einheitliches Kiesprodukt, losgelöst davon, ob nun dieses oder jenes Kieswerk die Mischung vornimmt, da die Einheitlichkeit durch die Klassierung und das Rezept sichergestellt wird. Es handelt sich also um homogene Güter.

501 Siehe hierzu etwa Zeugeneinvernahme von [...] vom 2.5.2016 Rz 324-328, Act. III.25. 502 Dazu Rz 273. 503 Siehe etwa <www.daepfbeton.ch> Produkte > Kies/Sand > Aufbereitung (zuletzt besucht am 13.6.2023). In dem Sinne auch etwa EV von [...] vom 22.1.2015 Rz 93-98, Act. III.10. 504 Z.B. eine Bandbreite von Korngrössen zwischen 0 und 4 mm (diese Korngrösse wird als Sand bezeichnet) oder eine solche von 8 und 16 mm. 505 Für einen Überblick über die gültigen SN-EN-Normen siehe <www.sugb.ch> Infos > Aktuelle Normen (zuletzt besucht am 13.6.2023). 506 Zum Begrifflichen siehe Rz 245. 507 Zu diesen Abläufen siehe etwa <www.daepfbeton.ch> Produkte > Kies/Sand > Aufbereitung (zuletzt besucht am 13.6.2023). 508 Siehe Fn 505. 509 [...]. 510 [...]. 511 In dem Sinn auch Act. VI.34, Antwort auf Frage 14.

85 285. Damit ein Kieswerk die einzelnen Komponenten den Normen und Rezepten entsprechend mischen kann, bedarf es der dafür verlangten Ausgangsmaterialien. Diese erhält es vor allem durch die eigene Aufbereitung von Rohkies. Wie sich der Rohkies zusammensetzt, ist allerdings von Abbaustelle zu Abbaustelle unterschiedlich und kann

selbst innerhalb einer Ab- baustelle je nach Schicht variieren.⁵¹² Infolgedessen kann es sein, dass ein Kieswerk zu einer bestimmten Zeit von einer bestimmten Komponente zu wenig hat und von einer anderen mehr als es benötigt. Diesfalls ist es darauf angewiesen, zusätzlich entweder anders zusammenge- setzten Rohkies aus einer anderen Quelle (andere Kiesgrube, Aushübe) zu beziehen und auf- zubereiten oder die bei ihm in zu geringem Ausmass vorhandenen Komponenten von einem anderen Kieswerk zu erwerben.⁵¹³ So ist es einem Kieswerk möglich, die ganze «Palette» an möglichen Mischungen herzustellen und anzubieten. Dass je nach Zusammensetzung des Rohkieses Komponenten ergänzt werden müssen, liegt in der Natur der Sache. Dass es bei der Beschaffung von ergänzenden Komponenten durch Kieswerke zu Schwierigkeiten gekom- men wäre, wurde den Wettbewerbsbehörden nicht zugetragen. Rohkies aus verschiedenen Kiesgruben ist daher, obwohl er sich womöglich unterschiedlich zusammensetzt und Quali- tätsunterschiede auch Einfluss auf die Produktionskosten haben mögen,⁵¹⁴ für Kieswerke im Hinblick auf ihre Veredelungstätigkeit als grundsätzlich austauschbar zu bezeichnen.

286. Ebenso wie eine Kiesgrube darauf angewiesen ist, dass ein Kieswerk den gewonnenen Rohkies abnimmt,⁵¹⁵ ist ein Kieswerk darauf angewiesen, dass es von einer Kiesgrube Roh- kies zur Veredelung beziehen kann. Kurzum: Kiesgrube und Kieswerk gehen Hand in Hand⁵¹⁶ – wer eine Kiesgrube betreibt, betreibt zugleich auch ein Kieswerk und vice versa.⁵¹⁷ In der Praxis kommt zuweilen vor, dass derselbe Betreiber mehrere Kiesgruben und -werke betreibt, aber nicht in jeder Kiesgrube ein Kieswerk steht.⁵¹⁸ Hintergrund dafür dürfte regelmässig sein, dass die Kosten für eine Verdoppelung der Infrastruktur «Kieswerk» grösser sind als die Trans- portkosten, die entstehen, wenn der Rohkies aus der Kiesgrube ohne Kieswerk in die Kies- grube mit Kieswerk desselben Betreibers transportiert wird (was eine räumliche Nähe von Kiesgruben und -werk voraussetzt). Auch bei dieser Konstellation ist sichergestellt, dass der gewonnene Rohkies durch Kieswerke desselben Betreibers abgenommen und veredelt wird resp., dass die Kieswerke durch Rohkies aus Kiesgruben desselben Betreibers versorgt wer- den. Im Ergebnis das Gleiche gilt für den Fall, dass derselbe Betreiber Kiesgruben und -werke betreibt, jedoch nicht bei jedem Kieswerk eine (noch abbaubare) Kiesgrube vorhanden ist.⁵¹⁹

512 Rz 248. 513 EV von [...] vom 22.1.2015 Rz 94-96, Act. III.10; EV von [...] vom 26.4.2016 Rz 434 f., 512-515, Act. III.23; Zeugeneinvernahme von [...] vom 5.2.2015 Rz 151 ff., Act. III.13; ferner Act. VI.38, Ant- wort auf Frage 17, vgl. auch Antwort auf Frage 11; Act. VI.57, Antworten auf Fragen 7 und 15-17. 514 Vgl. etwa Act. VI. 54, Antwort auf Frage 7. 515 Siehe Rz 273. 516 Das zeigt sich auch etwa darin, dass die Nomenklatur NOGA 2008 (abrufbar unter <[www.bfs.ad- min.ch](http://www.bfs.admin.ch)> Statistiken finden > Industrie, Dienstleistungen beim Untertitel «Grundlagen und Erhebun- gen» > Nomenklaturen > Allgemeine Systematik der Wirtschaftszweige > Publikationen NOGA 2008 > Erläuterungen [zuletzt besucht am 13.6.2023]) das «Brechen und Mahlen von Kies» noch als Teil der Kiesgewinnung selbst auffasst und dieser Klasse (0812) zuordnet. Die Aufbereitung von Erzen und anderen Mineralen wird bewusst nicht von deren Gewinnung separiert und dem verarbeitenden Gewerbe (Kapitel C) zugeteilt, sondern dem Bergbau und der Gewinnung von Stei- nen und Erden (Kapitel B) zugeordnet (vgl. NOGA 2008, S. 24). 517 SAURER (Fn 404), 25, nennt in seiner Studie als Marktakteure denn auch einzig «Kiesunternehmer». Er unterscheidet also nicht zwischen Betreibern von Kiesgruben einerseits und Betreibern von Kies- werken andererseits, sondern fasst diese als einen einzigen Marktakteur zusammen. Mit anderen Worten geht er ohne Weiteres – zu Recht –

davon aus, dass jeweils ein und dieselbe Person sowohl Kiesgruben als auch Kieswerke betreibt. 518 So beispielsweise die Ausgangslage bei Act. VI.52, Antwort auf Frage 5. 519 So etwa die Ausgangslage bei Alluvia. Vgl. dazu auch RPW 2020/1, 107 Rz 124, KTB-Werke.

86 287. Echte Ausnahmen vom Grundsatz, wonach jemand, der ein Kieswerk betreibt, auch über eine Kiesgrube verfügt, sind nur selten zu beobachten⁵²⁰ und gehen auf besondere Entwicklungen zurück. So können etwa Kieswerke, deren vor Ort liegende Rohkiesvorräte erschöpft sind oder aus anderen Gründen nicht mehr abgebaut werden dürfen, unter Umständen dennoch weiterbetrieben werden. Dies, weil sich der Weiterbetrieb eines bereits erstellten und genutzten Kieswerks mit gekauftem Rohkies anderer Kiesgruben oder stark rohkieshaltiger Aushübe gleichwohl noch rechnen kann, da die Erstellungskosten für das Kieswerk schon angefallen sind und dessen Wiederverkaufswert gering sein dürfte.⁵²¹

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

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

Veredelte gebrochene Gesteinskörnung 290. Wie ausgeführt, werden aus Rohkies auch gebrochene Gesteinskörnungen hergestellt, indem grössere Gesteinskörner mittels Brechern zerkleinert werden.⁵²² Rohkies ist daher ein geeignetes Ausgangsmaterial, um sowohl veredelte ungebrochene Gesteinskörnungen herzustellen als auch gebrochene. 291. Zum anderen werden gebrochene Gesteinskörnungen aus Stein und Fels hergestellt, die in Steinbrüchen abgebaut werden. Je nach den geologischen Gegebenheiten werden in Steinbrüchen auch andere Materialien wie etwa Marmor, Sandstein oder Gips abgebaut, die ganz anderen Verwendungszwecken dienen und andere Nachfrager bedienen – derartige aus Steinbrüchen stammende Materialien interessieren hier nicht weiter. Da Nagelfluh, wie ausgeführt,⁵²³ seit längerem nicht mehr von praktischer Bedeutung ist, werden in Steinbrüchen keine ungebrochenen Gesteinskörnungen (mehr) gewonnen, sondern ausschliesslich gebrochene Gesteinskörnungen. Wenn das Ausgangsmaterial in Steinbrüchen gewonnen wird, erfolgt die Herstellung gebrochener Gesteinskörnungen in Aufbereitungsanlagen, bei denen ebenfalls Brecher zum Einsatz gelangen. Und auch hier erfolgt danach eine Sortierung und Klassierung. 292. Das Verhältnis zwischen Steinbrüchen einerseits und Aufbereitungsanlagen andererseits ist jedenfalls für die hier näher interessierenden Materialien ein ähnliches wie dasjenige zwischen Kiesgruben und Kieswerken. Es kann daher auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen werden.⁵²⁴

520 Vgl. auch RPW 2020/1, 107 Rz 124 Fn 172, KTB-Werke, wonach zwei befragte Personen spontan keine solchen Kieswerke nennen konnten. 521 So beispielsweise die Ausgangslage bei Act. VI.57, Antwort auf Fragen 15-17 und bei Heimberg (vgl. EV von [...] vom 14.1.2015, Rz 103–106, Act. III.6). Anders hingegen die Ausgangslage bei Act. VI.48, Antwort auf Fragen 5, 18, 25b und 30, wo nach Erschöpfung der Rohkiesvorräte

auch der Betrieb des vorhandenen Kieswerks eingestellt worden ist. 522 Rz 283. 523 Rz 257. 524 Hiervor Rz 286.

87 C.3.3.3.2 Herstellung von Sekundär-Gesteinskörnungen 293. Die Herstellung von Sekundär-Gesteinskörnungen, d.h. von Gesteinskörnungen aus re- cycliertem Baumaterial, beginnt mit der Trennung der verschiedenen Materialien, z.B. in Be- ton- oder Mischabbruch. Das kann auf der Baustelle selbst oder im Recyclingbetrieb erfolgen. Das sortierte Material wird vom Recyclingbetrieb alsdann gebrochen und Fremdkörper werden entfernt. Allenfalls wird das Material sodann gewaschen. Die resultierenden Gesteinskörner werden anschliessend – ebenso wie dies bei den primären Gesteinskörnern der Fall ist – nach ihrer Korngrösse gesiebt und klassiert.⁵²⁵

294. Ähnlich wie bei der Kiesveredelung bestehen auch bei Sekundär-Gesteinskörnungen diverse Vorgaben und Qualitätsanforderungen.⁵²⁶ Ebenfalls vergleichbar ist die Möglichkeit zur Zertifizierung, um nachzuweisen, dass der Recyclingbetrieb resp. die von ihm hergestellten Sekundär-Gesteinskörnungen diesen Vorgaben entsprechen. Aufgrund dessen sind auch Se- kundär-Gesteinskörnungen in wesentlichen Bereichen bezüglich Qualität vereinheitlicht. 295. Die Herstellungskosten von Sekundär-Gesteinskörnungen sind höher als diejenigen für die Aufbereitung von Primär-Gesteinskörnungen.⁵²⁷ Hingegen ist das Ausgangsmaterial güns- tiger: Während bei Kieswerken die Beschaffung des Ausgangsmaterials, d.h. der Primär-Ge- steinskörnungen, ein Kostenpunkt darstellt, können Recyclingbetriebe mit der Beschaffung resp. Annahme des Ausgangsmaterials, d.h. von Abfällen, Einnahmen generieren. Dadurch werden die höheren Herstellungskosten von Sekundär-Gesteinskörnungen letztlich wieder in etwa wettgemacht.⁵²⁸ 296. Die Verwertung von Abfällen, d.h., dass diese recycelt anstatt deponiert werden, hat in den vergangenen Jahren stetig zugenommen. Im Kanton Bern stieg die Verwertungsquote von 57 % im Jahre 2005 auf 73 % im Jahr 2014 an;⁵²⁹ im November 2017 lag die Recyclingrate bei mineralischen Rückbaustoffen bei über 80 %.⁵³⁰ Bei der Verwertungsquote von 80 % belief sich der Anteil von Sekundär-Gesteinskörnungen am Gesamtbedarf von Gesteinskörnungen (also aller gebrochener und ungebrochener Gesteinskörnungen zusammen) laut Herausge- berschaft der Verwendungsempfehlungen mineralischer Recycling-Baustoffe für die Kantone Bern und Solothurn auf ungefähr 20 %.⁵³¹ Zuvor war dieser Anteil noch deutlich geringer ge- wesen.⁵³² So schätzte etwa der [U14] im Jahr 2015 das Verhältnis von Recyclingmaterialien zu Kiesprodukten «ab Werk» auf 1:9, also auf 10 %, wobei er präzisierte, dass damit der Anteil

525 Siehe zu diesem Ablauf etwa Act. VI.5a, Antwort auf die Frage 15. 526 Für eine Übersicht siehe etwa ARV, Aushub-, Rückbau- und Recycling-Verband Schweiz, Regle- ment ARV-Gütesicherung für rezyklierte Gesteinskörnungen und RC-Kiesgemische, 2012, Kap. A und B; ferner etwa Bundesamt für Umwelt BAFU, Richtlinie für die Verwertung mineralischer Bau- abfälle, 2. Aufl. 2006, Kap. 5, beide abrufbar unter <www.arv.ch> Fachthemen > Merkblätter und Richtlinien > Recycling-Baustoffe > Reglement ARV-Gütesicherung resp. Richtlinie für die Verwer- tung mineralischer Baustoffe (zuletzt besucht am 13.6.2023). 527 Die Aufbereitungskosten für Primär-Gesteinskörnungen (zur anschliessenden Betonherstellung) betragen «ca. 5.– CHF/t» (vgl. AURELIA KUSTER/LUKAS GUYER/PASCAL ARPAGAU, Förderung von mineralischen Recyclingbaustoffen und Wiederverwendung in der Schweiz – Häuser aus Häusern bauen, Falldossier zur Lehrveranstaltung Umweltproblemlösen 2016/2017 der ETH, 31 (abrufbar unter

<ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/usys/tldlab/docs/education/upl/upl-falldossier-2018.pdf>, zuletzt besucht am 13.6.2023). 528 Zum Ganzen KUSTER/ GUYER/ ARPAGAUS (Fn 527), 30, auch 26; Act. VI.5a, Antwort auf Frage 15. 529 Act. VI.5a, Antwort auf Fragen 8 und 11. 530 BVE BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION DES KANTONS BERN/BJD BAU- UND JUSTIZDEPARTEMENT DES KANTONS SOLOTHURN/KSE BERN/SKS SOLOTHURNISCHER VERBAND KIES STEINE ERDEN, Mineralische Recycling-Baustoffe – Verwendungsempfehlungen für die Kantone Bern und Solothurn, 2. Aufl. 2018, 4, abrufbar unter <www.bvd.be.ch> Themen > Umwelt > Abfall > Merkblätter Bauabfälle und Recyclingbaustoffe > Mineralische Recycling-Baustoffe – Verwendungsempfehlungen für den Kanton Bern (zuletzt besucht am 13.6.2023). 531 BVE/BJD/KSE BERN/SKS (Fn 530), 4. 532 Vgl. auch RPW 2020/1, 93 Rz 67, KTB-Werke.

88 Recyclingmaterial unterschätzt werden dürfte, da die von Bauunternehmen selbst aufbereiteten Recyclingmaterialien unberücksichtigt blieben.⁵³³ Ein Jahr zuvor, im Jahr 2014, schätzte die BVE gemeinsam mit dem KSE Bern den Anteil «aktuell auf ca. 15 %».⁵³⁴ Im Einklang mit diesen Zahlen steht auch die Schätzung des Bundesamtes für Topografie, das den Recyclinganteil an «Sand, Kies, Schotter» im Jahr 2014 mit «ca. 10-15 %» benennt,⁵³⁵ sowie die Schätzung von «ca. 10 %» auf der Homepage einer Partei.⁵³⁶ Im Jahr 2014 hat der Anteil Recyclingmaterial demnach zwischen etwa 10 % und 15 % ausgemacht. Dass dieser Anteil im November 2017 auf 20 % und damit mindestens 5 % höher geschätzt wird, zeigt die rasche Entwicklung in diesem Bereich. Unter Zugrundelegung eines eher steilen Anstiegs ist entsprechend davon auszugehen, dass der Anteil Recyclingmaterial zu Beginn des relevanten Zeitraums im Jahr 2004 noch im tiefen einstelligen Prozentbereich lag.

C.3.3.3.3 Nachfrager 297. Veredelter Kies, veredelte gebrochene Gesteinskörnungen und Sekundär-Gesteinskörnungen werden einerseits zur Produktion von Beton, Belag (Asphaltmischgut) und Mörtel in entsprechenden Werken verwendet und andererseits direkt auf Baustellen eingesetzt. Nachfrager sind dementsprechend einerseits Betonwerke (deren Anlagen auch für die Produktion von Mörtel verwendet werden können)⁵³⁷ und Belagswerke, andererseits Bauunternehmen. Gemäss Schätzung des [U14] macht die Nachfrage der Betonwerke rund 40 % aus, diejenige von Belagswerken rund 10 %, während 50 % in den Direkt- oder Einzelverkauf gehen.⁵³⁸ Die Nachfrage dieser Akteure leitet sich letztlich von der Nachfrage der Bauherren nach Bauwerken ab, für deren Erstellung diese Materialien verwendet werden. 298. Da die 40 % der Nachfrage der Betonwerke auf wenige, dafür eher grosse und konstant beziehende Kundinnen entfällt (im Gegensatz zu den 50 % des Direkt- und Einzelverkaufs), sind die Betonwerke die wichtigsten Abnehmerinnen.⁵³⁹ Wertmässig ist zwar Zement der bedeutendste Ausgangsstoff von Beton.⁵⁴⁰ Mit Blick auf das Gewicht entfällt bei Beton aber rund 80–85 % der festen Ausgangsstoffe auf die Gesteinskörnung, während Zement bloss ca. 13 % davon ausmacht. Aufgrund der erwähnten Transportkosten⁵⁴¹ sind Betonwerke oft in unmittelbarer Nähe von Kieswerken angesiedelt, von denen sie gewichtsmässig am meisten Material beziehen.⁵⁴² Beton wiederum wird sowohl im Hoch- als auch im Tiefbau vielseitig eingesetzt und ist dort der mit Abstand wichtigste Baustoff.⁵⁴³ Je nach Verwendungszweck und Art und Weise der Einbringung muss der Beton unterschiedliche Eigenschaften aufweisen, die insbesondere von den verwendeten Ausgangsstoffen (z.B.

der Korngrösse der Gesteinskörnung), deren Mischverhältnissen und allfälligen beigefügten Zusatzstoffen und -mitteln abhängen. Diese Eigenschaften sowie die zu ihrer Überprüfung vorgesehenen Methoden sind normiert,⁵⁴⁴ wobei – wie bereits bei veredeltem Kies⁵⁴⁵ – Konformitäts-Zertifizierungen für Betonwerke

533 Die Schätzung wird wiedergegeben bei SAURER (Fn 404), 27, Fn. 24. 534 BVE/KSE BERN, Mineralische Recycling-Baustoffe – Verwendungsempfehlung für den Kanton Bern, 1. Aufl. 2014, 4. 535 BUNDESAMT FÜR LANDESTOPOGRAFIE, Bericht über die Versorgung der Schweiz mit nichtenergetischen mineralischen Rohstoffen, 2017, 10, abrufbar unter <www.swisstopo.admin.ch> Über swisstopo > Dokumente von swisstopo, Suchbegriff «Bericht mineralische Rohstoffe» (zuletzt besucht am 13.6.2023). 536 Abrufbar unter <www.daepfbeton.ch> Produkte > Recycling Beton (zuletzt besucht am 13.6.2023). 537 RPW 2020/1, 95 Rz 79, KTB-Werke. 538 Die Schätzung wird wiedergegeben bei SAURER (Fn 404), 27. 539 So bereits RPW 2020/1, 94 Rz 74, KTB-Werke. Vgl. auch SAURER (Fn 404), 27. 540 BUNDESKARTELLAMT, Sektoruntersuchung Zement und Transportbeton, 2017, Rz 64 und 77. 541 Rz 277. 542 RPW 2020/1, 94 Rz 74, KTB-Werke. In dem Sinne auch SAURER (Fn 404), 27. 543 BUNDESAMT FÜR LANDESTOPOGRAFIE (Fn 535), 13. 544 Vgl. <www.sugb.ch> Infos > Aktuelle Normen (zuletzt besucht am 13.6.2023) unter dem Titel Beton. 545 Siehe Rz 284.

89 resp. deren Produkte erhältlich sind. Diese Normierung führt dazu, dass eine bestimmte Betonsorte stets dieselben wesentlichen Eigenschaften aufweist, unabhängig davon, welches Betonwerk sie hergestellt hat. Betonwerke sind in der Lage, verschiedenste Betonsorten herzustellen. Es handelt sich um homogene Güter. 299. Bei Belagswerken verhält es sich in mehrfacher Hinsicht ähnlich, auch wenn die Ausgangsstoffe von Belag nicht identisch sind mit denjenigen von Beton. Es handelt sich hier um ein Gemisch von Gesteinskörnungen und Bitumen. Belagswerke finden sich ebenfalls häufig in der Nähe von Kieswerken.⁵⁴⁶ Und auch Belag ist normiert, wofür wiederum Konformitäts-Zertifizierungen erhältlich oder gar erforderlich sind. Belag ist also ebenfalls qualitativ vereinheitlicht und die Belagswerke können verschiedenste Belagssorten herstellen. 300. Die Verwendung des in den Direkt- oder Einzelverkauf gelangenden veredelten Kieses oder der gebrochenen Gesteinskörnungen resp. der Sekundär-Gesteinskörnungen ist mannigfaltig, etwa für Hinterfüllungen oder für Foundationsschichten bei einer Strassenkoffierung. Welche Mischung bzw. welches Material geeignet ist, hängt vom konkreten Verwendungszweck ab. Eingesetzt wird das im Direkt- oder Einzelverkauf bezogene Material am Ort der jeweiligen Baustelle. Das Sekretariat forderte unabhängige Betreiber von Kieswerken, die einen Standort in der Regionalkonferenz Bern Mittelland oder Thun-Oberland West haben, auf, die Distanz zwischen Kieswerk und Einsatzort des veredelten Kieses zu schätzen. Der Anteil des bei ihnen bezogenen veredelten Kieses, der innerhalb eines Radius von 10 Kilometern verwendet wird, wird von diesen zwischen 40 % und 70 % geschätzt, innerhalb eines Radius von 20 Kilometern auf 75 % bis 97 % und bei einem Radius von 30 Kilometern auf 90 % bis 100 %.⁵⁴⁷ Die befragten Transportunternehmen nannten als Distanz, die in der Regel zwischen Kieswerk und Baustelle liegt, grossmehrheitlich 20 Kilometer oder weniger, wobei 20 Kilometer zugleich der Median ist.⁵⁴⁸ Rund die Hälfte von ihnen gab an, jeweils das nächstgelegene Kieswerk anzufahren,⁵⁴⁹ während für ein Unternehmen die Möglichkeit von Retourfahrten für die Wahl des Kieswerks entscheidend ist.⁵⁵⁰ In Bezug auf die sechs Kieswerke von Kästli-

Gruppe und Alluvia stellte die WEKO durch Auswertung der Lieferscheindaten fest, dass 86 % des Kieses⁵⁵¹ innerhalb eines Radius von einer Fahrzeit von 20 Minuten verkauft wird.⁵⁵² 301. Ungebrochene Gesteinskörnungen unterscheiden sich bezüglich einzelner Eigenschaft- ten von gebrochenen Gesteinskörnungen,⁵⁵³ z.B. hinsichtlich ihrer Oberfläche (glatt resp. rau). Für einzelne Verwendungszwecke sind daher ungebrochene Gesteinskörnungen geeigneter

546 Vgl. etwa die Karte bei SAURER (Fn 404), 22. 547 Siehe Act. VI.38, VI.52, VI.54 und VI.57, jeweils Antworten auf Frage 18. 548 Act. IV.15, VI.22-25, 34-36, 41, 42 und 44, jeweils Antworten auf Frage 23: 20 km wurden viermal genannt (Act. VI.25, 36, 42 und 44), einmal 5-10 km (Act. VI.22), einmal 10 km (Act. VI.35), einmal 10-15 km Luftlinie (Act. VI.34), einmal 10-20 km (Act. VI.41), einmal 25 km (Act. VI.24), einmal 15- 30 km (Act. IV.15) und einmal 30-60 km (Act. VI.23). 549 Act. IV.15, VI.22, 25, 35, 41 und 44, jeweils Antwort auf Frage 24. 550 Act. VI.34, Antwort auf Frage 24. Das Transportunternehmen, welches als Regeldistanz zwischen Kieswerk und Baustelle den mit Abstand höchsten Wert (30–60 km) nannte, gab an, nicht das am nächsten gelegene Kieswerk anzufahren, da die Preise in der Region Bern zu teuer seien (Act. VI.23, Antwort auf Frage 24). Für ein anderes Transportunternehmen sind «Preis, Qualität, Distanz zum Einsatzort, Vermeidung von Leerfahrten» entscheidend (Act. VI.36, Antwort auf Frage 24). Ein Transportunternehmen bezieht veredelten Kies ausschliesslich bei seiner «Partnerfirma» (Act. VI.24, Antwort auf Frage 24). 551 Mit Kies sind dort sowohl Rohkies als auch veredelter Kies gemeint (vgl. RPW 2020/1, 97 Rz 91, KTB-Werke), wobei diese Angabe aufgrund der geringen Nachfrage nach Rohkies durch Nicht- Kieswerke primär veredelten Kies betrifft. 552 RPW 2020/1, 99 ff. Rz 106 und insbesondere Abbildung 6, KTB-Werke). 553 Siehe Rz 245 in fine.

90 als gebrochene und vice versa.⁵⁵⁴ Bei Beton lassen sich z.B. ungebrochene Gesteinskörnun- gen leichter verarbeiten als gebrochene und benötigen weniger Zement,⁵⁵⁵ der wie ausge- führt⁵⁵⁶ teuer ist. Deshalb sind sie insbesondere für Konstruktionsbeton geeigneter.⁵⁵⁷ Gebro- chene Gesteinskörnungen verbessern demgegenüber die Zug-, Druck- und Abriebfestigkeit,⁵⁵⁸ was im Strassenbau gefragt ist, weshalb sie insbesondere bei der Belagsproduktion zum Ein- satz kommen.⁵⁵⁹ Je nach Verwendungszweck bevorzugen die Nachfrager daher entweder un- gebrochene Gesteinskörnungen oder gebrochene. Die jeweils andere Gesteinskörnung kann zwar – quasi ersatzweise – meist ebenfalls verwendet werden, ist also «gebrauchstauglich»; sie weist jedoch Nachteile auf und die Nachfrager müssen damit verbundene Abstriche hin- nehmen: Werden etwa gebrochene Gesteinskörnungen für Konstruktionsbeton gebraucht, entstehen wegen dem zusätzlichen Zementbedarf Mehrkosten bei der Herstellung und der Beton ist schwieriger zu verarbeiten. Für einzelne Verwendungszwecke kann die jeweils an- dere Gesteinskörnung als Ersatz allerdings auch ungeeignet sein – so etwa der Bahnschotter bei Gleisanlagen, der aus gebrochenen Gesteinskörnungen bestehen muss⁵⁶⁰ und bestimmte Steine und Felsen als verarbeitetes Rohmaterial aufweist. Zusammengefasst handelt es sich für die Nachfrager also – je nach Verwendungszweck – meist um grundsätzlich an sich aus- tauschbare, jedoch nicht gleichwertige Güter. M.a.W. besteht eine Substitutionsbeziehung zwi- schen den beiden Arten von Gesteinskörnungen, gleichwertig sind sie allerdings nicht. Für einzelne, spezifische Verwendungszwecke fehlt es gänzlich an einer Substitutionsbeziehung. 302. Sekundär-Gesteinskörnungen weisen im Vergleich zu Primär-Gesteinskörnungen wie veredeltem Kies zum Teil andere

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

554 So sieht etwa Kästli – im Einklang mit den im Absatz nachfolgenden Feststellungen – in ihrer Preisliste «natürliche Gesteinskörnungen» für Beton ungebrochene Gesteinskörnungen vor, für Asphalt hingegen gebrochene (abrufbar unter www.kaestligruppe.ch Baustoffe > Angebot + Preise > Natürliche-Gesteinskörnung Preisliste 2023 [zuletzt besucht am 13.6.2023]). 555 Siehe Ziff. 1.3.4 auf www.holcimpartner.ch Downloads > Betonpraxis > 1.3 Gesteinskörnungen für Beton (zuletzt besucht am 13.6.2023). 556 Rz 298. 557 Vgl. www.fbb.ch Tätigkeitsfelder > Kies > Kieskomponenten rund (zuletzt besucht am 13.6.2023); ferner die in Fn 555 angegebene Quelle. 558 Ziff. 1.3.4 der in Fn 555 angegebenen Quelle. 559 Vgl. www.fbb.ch Tätigkeitsfelder > Kies > Kieskomponenten gebrochen (zuletzt besucht am 13.6.2023); ferner etwa www.gpl-ag.ch Prüfungen > Gesteinskörnungen für Beton und Beläge > Belag > Mehr dazu (zuletzt besucht am 13.6.2023). 560 Vgl. etwa die Gleisaushubrichtlinie des BAV, in der auf S. 17 Schotter als das «für die Gleisbettung eingesetzte gebrochene Gestein bezeichnet» wird (abrufbar unter: www.bav.admin.ch > Rechtliches > Richtlinien > Gleisaushubrichtlinie, zuletzt besucht am 13.6.2023). 561 Anschaulich EMPA EIDG. MATERIALPRÜFUNGS- UND FORSCHUNGSANSTALT, Arbeiten mit Recyclingbeton, abrufbar unter www.empa.ch/documents/55996/231904/Recyclingbeton.pdf/9862a49b-84eb-4b83-ac4d-c4a6ea8fbfff (zuletzt besucht am 13.6.2023). 562 Siehe die Übersicht bei KUSTER/GUYER/ARPAGAU (Fn 527), 52; Act. VI.5a, Antwort auf Frage 14. 563 Act. VI.5a, Antwort auf Frage 14.

91 303. Nebst diesen bautechnischen Einschränkungen ist festzustellen, dass über lange Zeit generell und insbesondere seitens der Bauherrschaft eine erhebliche Skepsis und Ablehnung gegenüber RC-Baustoffen bestanden hat.⁵⁶⁴ Ein Grund dafür dürften unter anderem fehlende Erfahrungswerte gewesen sein.⁵⁶⁵ In den letzten Jahren hat diesbezüglich ein Wandel und Umdenken eingesetzt und wird – gerade von öffentlich-rechtlichen Bauherrschaften – die Verwendung von RC-Baustoffen nicht mehr eingeschränkt, sondern nunmehr gar angestrebt.⁵⁶⁶ Diese Entwicklung zeigt sich exemplarisch beim Tiefbauamt des Kantons Bern als bedeutendem Bauherrn im hier interessierenden Gebiet: 2014 gab der Kanton Bern erstmals eine Verwendungsempfehlung für mineralische Recycling-Baustoffe heraus,⁵⁶⁷ 2015 führte das Tiefbauamt diesbezügliche jährliche interne und externe Erfahrungsaustausche ein, 2016

widmete es sich in mehreren Publikationen dem Thema und 2017 erschien die 2. Auflage der Verwendungsempfehlung.⁵⁶⁸ Zuvor fristete dieses Thema beim Tiefbauamt hingegen, abgesehen von vereinzelt Pilotprojekten, eher ein Mauerblümchendasein. Kurzum: RC-Baustoffe und damit auch Sekundär-Gesteinskörnungen sind unter anderem von den Entscheidträgern, den Bauherrschaften, über lange Zeit nicht als (gleichwertiger) Ersatz von Primär-Baustoffen und damit auch Primär-Gesteinskörnungen wahrgenommen worden. Ein befragtes Unternehmen brachte dies wie folgt auf den Punkt: «Die Bauherrschaften (insbesondere die öffentliche Hand) sind nicht bereit Sekundärmaterialien zu verwenden resp. den Primärmaterialien gleich zu stellen, wo der Einsatz zugelassen ist».⁵⁶⁹ Erst seit wenigen Jahren änderte sich dies nach und nach. Diese veränderte Wahrnehmung steht denn auch in Einklang mit dem in den letzten Jahren wachsenden Anteil von Sekundär-Gesteinskörnungen am Gesamtbedarf von Gesteinskörnungen.⁵⁷⁰ Damit steht umgekehrt fest, dass Bauherrschaften RC-Baustoffe und Sekundär-Gesteinskörnungen während einem Grossteil des Untersuchungszeitraums nicht als tauglichen Ersatz für Primär-Rohstoffe und Primär-Gesteinskörnungen betrachteten.⁵⁷¹

C.3.3.4 Entsorgung von bestimmten Bauabfällen (Deponie)

C.3.3.4.1 Einleitende Bemerkungen 304. Es gibt eine Vielzahl verschiedener Abfälle, deren Entsorgung oder Wiederverwertung den jeweiligen Gegebenheiten und Anforderungen entsprechend unterschiedlich geregelt ist.

⁵⁶⁴ Exemplarisch etwa Folie 4 der Präsentation von STEFAN STUDER, Der Kanton als Bauherr im Tiefbau, 2018, abrufbar unter <www.ksebern.ch> Medien > Referate > Referate Baustoffrecycling Biel (zuletzt besucht am 13.6.2023). ⁵⁶⁵ Illustrativ in Bezug auf RC-Beton aus Mischgranulat etwa der Bericht von SENTA VAN DE WEETERING vom 8.4.2019 über die diesbezüglichen Versuche an der Hochschule Luzern, abrufbar unter <<https://news.hslu.ch/ein-zweites-leben-fuer-den-beton/>> (zuletzt besucht am 13.6.2023). Die Wichtigkeit vom Sammeln von Erfahrungswerten in Pilotprojekten zeigen auch etwa die Ausführungen von STEFAN STUDER (Fn 564), Folie 11. ⁵⁶⁶ Bezeichnend etwa STUDER (Fn 564), Folien 10, 12, 15 und 29; ferner auch etwa die diesbezüglich im Sachplan Abfall 2017 des Kantons Bern (abrufbar unter <www.bvd.be.ch> Themen > Umwelt > Abfall > Sachplan 2017, zuletzt besucht am 13.6.2023) auf S. 31 formulierten Ziele und Massnahmen im Vergleich zur diesbezüglichen Empfehlung auf S. 19 im Sachplan Abfall 2009 (abrufbar unter <www.yumpu.com/de/document/read/8964824/sachplan-abfall-2009-bau-verkehrs-kanton-bern>, zuletzt besucht am 13.6.2023). ⁵⁶⁷ Vgl. Fn 534. ⁵⁶⁸ STUDER (Fn 564), Folien 7, 8, 9. ⁵⁶⁹ Act. VI.34 in fine als zusätzliche Bemerkung. ⁵⁷⁰ Siehe dazu Rz 296. ⁵⁷¹ Zwar von 1998, und damit noch vor dem Untersuchungszeitraum, ist die Feststellung im Sachplan ADT 98 (Fn 635), S. 5, dennoch illustrativ: Theoretisch wäre es zwar möglich, im Umfang von schätzungsweise einem Drittel Rohkies durch gebrochene Gesteinskörnungen und Sekundär-Gesteinskörnungen zu ersetzen. Dafür müssten aber Voraussetzungen erfüllt sein und derzeit werde solches Ersatzmaterial erst in ungenügender Masse produziert, nachgefragt und verwendet, wobei häufig strenge Normen einer Verwendung entgegenstehen würden. Vgl. demgegenüber die Ausführungen im Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 12.

⁹² Infolgedessen stehen für die verschiedenen Arten von Abfällen jeweils andere Entsorgungswege, Abfallanlagen und Deponien zur Verfügung. In rechtlicher Hinsicht existieren sowohl auf Ebene Bund als auch auf Ebene Kanton abfallbezogene Normen, die

ineinandergreifen und sich ergänzen. Auf bundesrechtlicher Ebene galt bis Ende 2015 die Technische Verordnung über Abfälle (TVA)⁵⁷², die per 1. Januar 2016 durch die Verordnung über die Vermeidung und Entsorgung von Abfällen (VVEA)⁵⁷³ ersetzt wurde. Auf kantonaler Ebene gelten das Gesetz über die Abfälle⁵⁷⁴ und die Abfallverordnung⁵⁷⁵. Der Wechsel von der TVA zur VVEA brachte unter anderem auch Anpassungen und Änderungen in begrifflicher Hinsicht mit sich, wobei auffällt, dass der fachtechnische Sprachgebrauch zuweilen vom alltäglichen Sprachgebrauch abweicht⁵⁷⁶ und nicht immer intuitiv ist.⁵⁷⁷ Das erschwert teilweise die Verständlichkeit. 305. Ausgehend vom Untersuchungsgegenstand und vom Tätigkeitsbereich der Parteien interessieren hier nicht jedwelle Abfälle und deren Entsorgung. Nachfolgend werden zunächst die näher zu betrachtenden Arten von Abfall auf- und die hier verwendeten Begriffe eingeführt (C.3.3.4.2). Anschliessend werden die unterschiedlichen Typen von Deponien dargestellt, die für solche Abfälle zur Verfügung stehen (C.3.3.4.3). Danach werden die Entsorgungswege genauer betrachtet (C.3.3.4.4), bevor die Nachfragerinnen (C.3.3.4.5) und Anbieterinnen (C.3.3.4.6) dieser Entsorgungsleistungen vorgestellt werden. Abgeschlossen wird dieser Tour d'Horizon mit den Ablagerungsvolumina im Kanton Bern und deren Entwicklung (C.3.3.4.7).

C.3.3.4.2 Näher interessierende Abfallarten 306. Es gibt eine Vielzahl von Abfallarten. Diese reichen etwa von Klärschlamm über asbesthaltige Abfälle bis hin zu kontaminationsgefährlichen medizinischen Abfällen.⁵⁷⁸ Näher interessieren hier bestimmte Unterarten der Bauabfälle. Damit sind Abfälle gemeint, die bei Bau- oder Abbrucharbeiten anfallen. Sowohl alt- als auch neuerechtlich ist vorgeschrieben, dass Bauabfälle zu trennen sind (Art. 9 TVA resp. Art. 17 VVEA). Art. 9 TVA unterscheidet zwischen - Sonderabfällen, - unverschmutztem Aushub-, Abraum- und Ausbruchmaterial, - ohne weitere Behandlung auf Inertstoffdeponien ablagerungsfähigen Abfällen, - brennbaren Abfällen sowie - übrigen Abfällen.⁵⁷⁹ 307. Die Unterscheidung in Art. 17 VVEA ist differenzierter und in sprachlicher Hinsicht präziser, wobei es für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung nicht erforderlich ist, in die abfallrechtlichen Details zu gehen.

308. Vorliegend ist vor allem eine Unterkategorie der Bauabfälle relevant, das unverschmutzte Aushubmaterial. Zwei weitere Unterkategorien spielen aufgrund der Zusammenhänge ebenfalls eine Rolle und werden daher auch kurz vorgestellt: - Unverschmutztes Aushubmaterial (nachfolgend auch unverschmutzter Aushub oder sauberes Aushubmaterial) liegt vor, wenn Aushub-, Abraum- und Ausbruchmaterial die

572 TVA; SR 814.600. 573 Abfallverordnung, VVEA; SR 814.600. 574 Abfallgesetz, AbfG; BSG 822.1. 575 AbfV; BSG 822.111. 576 Rz 309 und 312. 577 Vgl. Rz 311. 578 Illustrativ Anhang 1 VVEA. 579 Vgl. auch Art. 13 AbfV.

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

Abfälle im Einzelnen hierzu gehören, ist in Anhang 1 Ziff. 1 TVA resp. Anhang 5 Ziff. 2 VVEA geregelt.

C.3.3.4.3 Näher interessierende Deponietypen

309. Sowohl in der TVA als auch in der VVEA werden verschiedene Typen von Deponien unterschieden. Der jeweilige Deponietyp ergibt sich aus den zur Ablagerung vorgesehenen Abfällen.⁵⁸⁰ Während die TVA drei Deponietypen kannte, sind es in der VVEA nunmehr fünf (Typen A–E), wobei die Bezeichnungen änderten. Daneben gibt es noch Ablagerungsstellen wie Aushubdeponien oder Deponien «auf grüner Wiese», die nicht als Deponien im Sinne der Abfallgesetzgebung gelten, die aber – aus Sicht der entsorgenden Unternehmen – denselben Zweck erfüllen und ebenso der Deponierung von Abfällen dienen. Dem allgemeinen Sprachgebrauch folgend werden hier auch solche Ablagerungsstellen als Deponien bezeichnet. In Anbetracht der relevanten Unterkategorien von Bauabfällen spielen die folgenden vier Deponietypen⁵⁸¹ in der vorliegenden Untersuchung eine Rolle: 310. Deponien vom Typ B: Auf diesen können Abfälle gemäss Anhang 5 Ziff. 2 VVEA deponiert werden,⁵⁸² insbesondere Inertstoffe. Dieser Deponietyp wurde in der TVA als Inertstoffdeponie bezeichnet⁵⁸³ und die dort deponierbaren Abfälle in Anhang 1 Ziff. 11–13 TVA geregelt. Im Kanton Bern entsprechen den Deponien vom Typ B die altrechtliche Bezeichnung als Inertstoffdeponie mit umfassender Stoffliste (ISD).⁵⁸⁴ 311. Deponien vom Typ A: Auf diesen können Abfälle gemäss Anhang 5 Ziff. 1 VVEA deponiert werden.⁵⁸⁵ Im Wesentlichen handelt es sich dabei um unverschmutzten Aushub. Den

⁵⁸⁰ Art. 22 TVA und Art. 35 VVEA. ⁵⁸¹ Auf höher klassifizierten Deponien (heute Typen C, D und E; früher Reststoff- und Reaktordeponien) dürften an sich teilweise auch Abfälle abgelagert werden, die auf den nachfolgend behandelten Deponien abgelagert werden können. Jedoch müssen solch höher klassifizierte Deponien im Vergleich zu Deponien vom Typ B (und erst recht den weiteren behandelten Deponietypen) etlichen zusätzlichen und mit Kosten verbundenen Anforderungen genügen (vgl. etwa Anhang 2 Ziff. 1 Abs. 5bis, Ziff. 22 und Ziff. 24 TVA resp. Anhang 2 Ziff. 1.2.2, 2.2.1, 2.3.2, 2.4.4 und 2.4.10 VVEA). Entsprechend wenige dieser höher klassifizierten Deponien gibt es im Kanton Bern (eine einzige Reststoffdeponie und vier Reaktordeponien; vgl. S. 61 Sachplan Abfall 17 [Fn 566]). Vor allem aber ist eine dortige Ablagerung der hier interessierenden Bauabfälle wegen des beschränkten Ablagerungsvolumens weder erwünscht noch für die entsorgenden Unternehmen preislich interessant, betragen doch alleine die bei einer Deponierung auf Deponien vom Typ C, D oder E geschuldeten VASA-Gebühren CHF 16.– pro Tonne (Art. 3 Abs. 1 Bst. b der Verordnung vom 26.9.2008 über die Abgabe von Sanierungen für Altlasten [VASA; SR 814.681]). Diese Deponietypen interessieren daher hier nicht weiter. ⁵⁸² Art. 35 Abs. 1 Bst. b VVEA. ⁵⁸³ Art. 22 Abs. 1 Bst. a TVA. ⁵⁸⁴ Zur Entsprechung mit dem Deponietyp B vgl. Act. VI.5a, Antwort auf Frage 16 sowie Art. 35 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Anhang 5 Ziff. 2 VVEA. ⁵⁸⁵ Art. 35 Abs. 1 Bst. a VVEA.

⁹⁴ Deponien vom Typ A entsprachen altrechtlich im Kanton Bern die Inertstoffdeponien mit beschränkter Stoffliste (ISD-BS)⁵⁸⁶, wobei diese Bezeichnung etwas verwirrend erscheint, da Inertstoffe auf diesen Deponien gerade nicht deponiert werden durften. ³¹². Aushubdeponien und Deponien «auf grüner Wiese»: Bei diesen beiden Deponietypen handelt es sich nicht um Deponien im abfallrechtlichen Sinne, da die dortige Materialablagung nicht als Entsorgung, sondern als Verwertung betrachtet wird. Infolgedessen besteht für diese beiden Deponietypen – anders als für Deponien vom Typ B oder A⁵⁸⁷ –

auch keine Errichtungs- und Betriebsbewilligungspflicht als Abfallanlage.⁵⁸⁸ Bei Aushubdeponien geht es darum, eine Materialabbaustelle wie beispielsweise eine Kiesgrube mit unverschmutztem Aushub wiederaufzufüllen.⁵⁸⁹ Bei einer Deponie «auf grüner Wiese» handelt es sich um eine «bewilligte Terrainveränderung», die durch Verwendung von unverschmutztem Aushub erfolgt.⁵⁹⁰

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

C.3.3.4.4 Mögliche Verwertungs- resp. Entsorgungswege für die hier interessierenden Bauabfälle 314. Unverschmutztes Aushubmaterial kann allenfalls – je nach Bedarf beim konkreten Projekt – in einem gewissen Umfang auf der Baustelle selbst wiederverwendet werden, etwa zur Hinterfüllung. Ist der Aushub stark rohkieshaltig, kann das zuständige Unternehmen diesen, sofern es für seine Tätigkeit zuweilen Rohkies benötigt, bei sich zwischenlagern und zu gegebener Zeit brauchen. Hat es keine Verwendung für Rohkies, kann es stark rohkieshaltigen Aushub an Kieswerke verkaufen.⁵⁹¹ Steht keine der vorgenannten, situativ bedingten Möglichkeiten offen, muss der Aushub abgelagert⁵⁹² werden, was die Regel sein dürfte. Dafür stehen rechtlich folgende Deponien zur Verfügung: Aushubdeponien, Deponien «auf grüner Wiese», Deponien Typ A (ISD-BS) sowie Deponien Typ B (ISD). Praktisch hängt der gewählte Deponietyp insbesondere vom Preis ab, wobei das Ablagern auf einer Deponie Typ B schon nur aufgrund der VASA-Abgabe regelmässig teurer ist als auf den anderen Deponietypen.⁵⁹³ 315. Bei verschmutztem Aushubmaterial ist der Grad der Verschmutzung für den weiteren Weg entscheidend. Wenig verschmutztes Aushubmaterial soll grundsätzlich – nach einer entsprechenden Behandlung – wie von Anfang an unverschmutztes Aushubmaterial verwertet werden. Falls eine entsprechende Behandlung nicht möglich ist, ist es in einer Deponie Typ B (ISD) abzulagern. Aushubdeponien, Deponien «auf grüner Wiese» oder Deponien Typ A (ISD-

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

95 BS) stehen dafür aus rechtlichen Gründen nicht zur Verfügung.⁵⁹⁴ Ist die Verschmutzung stärker, muss das Material entweder in einer «höher» klassifizierten Deponie abgelagert werden oder ist gar als Sonderabfall zu behandeln, was hier nicht weiter

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

C.3.3.4.5 Die Nachfrage von Entsorgungsleistungen für Bauabfälle

Die Nachfrager 317. Bauabfälle fallen auf Baustellen an. Zu Aushub kommt es vor allem bei Grabarbeiten, etwa bei der Erstellung einer Baugrube für einen Hausbau. Andere Bauabfälle wie mineralische oder brennbare Bauabfälle entstehen insbesondere beim Rückbau bestehender Bauwerke oder Teilen davon. Bei den auf solche Arbeiten ausgerichteten Unternehmen handelt es sich insbesondere um Bauunternehmen, um auf Aushub und Rückbau spezialisierte Unternehmen oder – in bescheidenerem Ausmass – auch um Landschaftsgärtner. Sie werden vom Bauherrn regelmässig zugleich auch mit der Entsorgung dieses Materials beauftragt. Diesen Auftrag üben sie entweder selber aus oder sie beauftragen damit wiederum andere Unternehmen, z.B. Transportunternehmen. Für die Entsorgung stehen abhängig von den konkreten Gegebenheiten sowie den betroffenen Materialien unterschiedliche Wege offen, wobei hier auf die Entsorgung von unverschmutztem Aushub fokussiert wird. Ort der Nachfrage und Transportkosten 318. Zu deponierendes Material kann ebenso wie Rohkies grundsätzlich überall hin transportiert werden. Gleich wie bei jenem steigen aber auch hier die Transportkosten mit zunehmender Transportzeit und -distanz fortlaufend an, wobei für die Nachfrager die Gesamtkosten (Deponiekosten plus Transportkosten) entscheidend sind. Die Situation ist hier also vergleichbar mit derjenigen bei Rohkies, weshalb auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann.⁵⁹⁶ Diese treffen hier mutatis mutandis ebenfalls zu, insbesondere die Ausführungen zur Möglichkeit der Reduktion der Gesamtkosten durch entsprechende Material-Rücktransporte. 319. Bauabfälle fallen jeweils auf Baustellen an. Diesen Ort können die Nachfrager nach Deponieleistungen nicht steuern. Sie können lediglich wählen, bei welchen zur Verfügung stehenden Deponien sie alsdann deponieren wollen. Gefragt nach den Gründen für die Wahl einer bestimmten Deponie nannten die schriftlich befragten Transportunternehmen vor allem die Distanz und den Preis,⁵⁹⁷ gefolgt von der Möglichkeit von Retourfahrten.⁵⁹⁸ Mehrmals genannt wurde auch, dass überhaupt Deponievolumen vorhanden sein muss.⁵⁹⁹ Dass die Dis-

594 Anhang 1 Ziff. 12 Abs. 2 i.V.m. Ziff. 11 Abs. 2 TVA. 595 Vgl. auch Art. 19 f. VVEA. 596 Rz 274–277. 597 So auch eine mündlich befragte, in diesem Bereich tätige Person, siehe Zeugeneinvernahme von [...] vom 2.5.2016 Rz 138-144, Act. III.25. 598 Act. IV.15, VI.22-25, 34-36, 41, 42 und 44, jeweils Antworten auf Frage 26, wobei in Act. VI.41 Angaben zu dieser Frage fehlen: die Distanz wurde von neun der zehn diese Frage beantwortenden Unternehmen genannt (Act. IV.15, VI.22-24, 34-36, 42 und 44), der Preis von deren acht (Act. IV.15, VI.22-25, 34, 36 und 44). Leerfahrten nannten noch fünf Unternehmen (Act. IV.15, VI.25, 34, 36 und 44). 599 Act. VI.23, 35 und 44.

96 tanz ein ausschlaggebendes Kriterium ist, zeigt sich auch daran, dass die Transportunternehmen mehrheitlich angeben, jeweils die nächstgelegene Deponie anzufahren.⁶⁰⁰ Als Distanz, die in der Regel zwischen Abholort des Deponiematerials und

Deponie liegt, nannten sie grossmehrheitlich 20 Kilometer oder weniger.⁶⁰¹ Nur ein einziges befragtes Unternehmen nannte unter anderem auch die Qualität als Kriterium für die Wahl einer bestimmten Deponie, ohne aber näher zu erläutern, was es unter Qualität versteht.⁶⁰² Ein anderes Unternehmen hielt im Gegensatz dazu ausdrücklich fest, durch die Vorgaben spiele die Qualität keine Rolle.⁶⁰³ Letzteres ist einleuchtend und überzeugt: Die Leistung, nämlich Platz für die Depo- nierung von unverschmutztem Aushub zur Verfügung zu stellen, ist inhaltlich stets dieselbe – in diesem Kernbereich lässt sich die Leistung nicht differenzieren. Nur, aber immerhin, im Ab- lauf und der Abwicklung der Entgegennahme von unverschmutztem Aushub sind gewisse Un- terschiede denkbar, wobei allerdings auch hier wesensbedingt Gemeinsamkeiten bestehen (z.B. Erfassung der Menge deponierten unverschmutzten Aushubs). Die möglichen Unter- schiede sind entsprechend geringer Natur (z.B. etwas «einfacherer» Ablauf, Freundlichkeit des Personals) und, wie die Antworten der befragten Unternehmen zeigen, letztlich für den Entscheid, welche Deponie angefahren wird, nicht entscheidend. 320. Aus den Antworten ergibt sich, dass für die Transportunternehmen die entstehenden Gesamtkosten entscheidend für ihre Wahl sind. Diese werden vor allem durch die Fahrkosten (Distanz und Zeit) und den Deponiepreis bestimmt und lassen sich durch Retourfahren redu- zieren.⁶⁰⁴ Grundvoraussetzung für die Wahl einer Deponie ist freilich, dass diese zur gegeb- enen Zeit überhaupt abzulagerndes Material annimmt. Anderweitige Unterschiede zwischen Deponien, die für die Annahme eines bestimmten Materials in Frage kommen, mögen zwar bestehen (z.B. Organisation der Annahme), sind für die Deponiewahl aber nicht entscheidend.

C.3.3.4.6 Anbieter von Entsorgungsleistungen für Bauabfälle 321. Aushubdeponien werden naturgemäss von Betreibern von Abbaustellen angeboten, also von Betreibern von Kiesgruben oder von Felsbrüchen, da es bei Aushubdeponien ja um die Wiederauffüllung von Abbaustellen geht. Evident ist: Je grösser die Abbaustelle, desto grösser ist auch das entstehende «Loch» und damit die Aushubdeponie. Die bedeutendsten Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten stimmen daher mit den bedeutendsten Anbieterin- nen von Aushubdeponien überein.⁶⁰⁵ Wie Primär-Gesteinskörnungen abgebaut werden, ist, wie ausgeführt,⁶⁰⁶ in den verschiedenen Regionalkonferenzen unterschiedlich. Übereinstim- mend damit unterscheiden sich auch die jeweiligen Betreiber von Aushubdeponien, d.h., ob es eher Kiesgruben oder Felsbrüche sind. Betreiber von Abbaustellen, namentlich Kiesgruben, betreiben in der Regel zugleich auch Kieswerke.⁶⁰⁷ Platz in Aushubdeponien bieten also

600 Act. IV.15, VI.22-25, 34-36, 41, 42 und 44, jeweils Antworten auf Frage 28. Bejaht wurde diese Frage in sechs Fällen (Act. VI.24, 25, 35, 41, 42 und 44), in einem weiteren Fall nuanciert (Act. IV.15, grundsätzlich ja, wobei der weitere Wagenverlauf berücksichtigt werde). Nach zwei wei- teren Antworten sind die (Gesamt)Kosten entscheidend (Act. VI.23 und 34 [Berücksichtigung Leer- fahrten]). In diesem Sinne auch die mündliche Auskunft anlässlich der Zeugeneinvernahme von [...] vom 2.5.2016 Rz 145-149, Act. III.25. Wenig aufschlussreich Act. VI.22 und 36. 601 Act. IV.15, VI.22-25, 34-36, 41, 42 und 44, jeweils Antworten auf Frage 27: 20 km wurden viermal genannt (Act. VI.25, 36, 42 und 44), einmal 10-15 km Luftlinie (Act. VI.34), einmal 10-20 km (Act. VI.22), einmal 15 km (Act. VI.35), einmal 15-20 km (Act. VI.41), einmal 15-30 km (Act. IV.15), einmal 25-35 km (Act. VI.24) und einmal 30-60 km mit der Begründung, die Preise seien in der Region Bern zu hoch (Act. VI.23). Vgl. auch die Aussage eines Deponiebetreibers: «Es sind im Normalfall ca. 15-20 km, aber das ist relativ» (Einvernahme von [...] vom 26.3.2015, Rz

107 f., Act. III.20). 602 Act. VI.36. 603 Act. VI.34. 604 Siehe dazu Rz 275. 605 Vgl. Rz 365 f. einerseits und Rz 442 f. andererseits. 606 Rz 247 ff. 607 Rz 286.

97 grundsätzlich dieselben Unternehmen an, die auch stark rohkieshaltige Aushübe zur Herstellung von veredeltem Kies entgegennehmen.

322. Im Kanton Bern existiert aktuell eine Deponie «auf grüner Wiese». Diese wurde gegen Ende 2017 letztinstanzlich bewilligt⁶⁰⁸ und befindet sich in Thierachern in der unmittelbaren Nähe von Thun. Sie wird von einem auf Aushub und Rückbau spezialisierten Unternehmen betrieben. 323. Die Anzahl Deponien Typ A (ISD-BS) im gesamten Kanton Bern ist bescheiden und beläuft sich auf weniger als 20 Stück.⁶⁰⁹ Sie befinden sich vorwiegend abgelegen in gebirgigen Regionen.⁶¹⁰ Betrieben werden Deponien Typ A (ISD-BS) von unterschiedlichsten Unternehmen, von Kraftwerken über Entsorgungs- und Transportunternehmen bis hin zu Schwellenkorporationen.⁶¹¹ Gemäss Antwort des Kantons Bern vom November 2016 handelte es sich damals nur bei einem Betreiber einer Deponie Typ A um einen Betreiber einer Abbaustelle.⁶¹² 324. Deponien Typ B (ISD) werden überwiegend von Betreibern von (ehemaligen, nunmehr erschöpften) (Kies)Abbaustellen betrieben.⁶¹³ Deponien Typ B sind also oftmals als eigene Kompartimente in Abbaustellen angesiedelt. Ferner treten mehrere Gemeinden als Anbieterinnen von Deponien Typ B auf. Der Betrieb einer Abbaustelle und derjenige einer Deponie vom Typ B kann zusammengehen, muss dies aber keineswegs. Um eine von der Natur der Sache her nahezu «vorbestimmte» Kombination handelt es sich hierbei – anders als bei Aushubdeponien – nicht. Volumenmässig wurden von 2001 bis 2015 deutlich weniger Inertstoffe (13 %) deponiert als unverschmutzter Aushub (87 %),⁶¹⁴ weshalb nicht überrascht, dass es wesentlich weniger Deponien Typ B als Deponien gibt, auf denen nur unverschmutzter Aushub abgelagert werden darf (Aushubdeponien, Deponien «auf grüner Wiese», Deponien Typ A).⁶¹⁵ 325. Recyclingbetriebe werden von unterschiedlichen Unternehmen betrieben, von denen die meisten zugleich auch im Bauhaupt- oder Baustoffgewerbe oder eng damit zusammenhängenden Bereichen tätig sind. Im Kanton Bern sind als Betreiber von Recyclingbetrieben nebst hierauf spezialisierten Unternehmen vor allem Betreiber von Rohstoffabbaustellen, Transportunternehmen, Aushub- und Rückbauunternehmen sowie Bauunternehmen aktiv.⁶¹⁶ Mehrere Parteien, namentlich KAGA, Kästli, Marti, Messerli und Vigier, sind als bewilligte Unternehmen aufgeführt, die ebenfalls Bauschuttzubereitung vornehmen.

608 Act. VI.5.a, Antwort auf die Fragen 23-25. Siehe weiterführend zu diesem Ausnahmefall Rz 359. 609 Der Kanton Bern nennt in seiner Antwort vom November 2016 16 ISD-BS (Act. VI.11.c). Stand 13.6.2023 ergibt eine Suche in der Datenbank des UVEK mit den Kriterien «Bern» als «zuständigem Kanton» und «Deponietyp A» als «Abfallanlagentyp» 17 Treffer, siehe www.uvek.egov.swiss/de/standort-betriebsnummern/standort-suchen-formular (zuletzt besucht am 13.6.2023). 610 Vgl. die Ergebnisse einer Suche in der Datenbank des UVEK (Fn 609): Nebst der Deponie «auf grüner Wiese» in Thierachern befinden sich die Deponien Typ A in Därligen, Gstaad, Gündlischwand, Guttannen, Hasliberg, Innertkirchen, Iseltwald, Kandersteg, Lauenen, Leuzigen, Schatthalb, Stechelberg, Wilderswil und Zweisimmen. 611 Vgl. die Ergebnisse einer Suche in der Datenbank des UVEK (Fn 609). 612 Vgl. Act. VI.11.c. 613 Act. VI.11.d. 614 Rz 326 f. 615 Rz 421. 616 Vgl. die Auflistung bei www.abfall.ch Akteure > Abfallanlagen bei Verwendung von «Bauschuttzubereitung» als Anlagentyp und Einschränkung auf den Kanton Bern (zuletzt

besucht am 13.6.2023).

98 C.3.3.4.7 Ablagerungsvolumina im Kanton Bern 326. Die Controlling-Daten⁶¹⁷ zeigen die jährlichen Volumina der im Kanton Bern von 2001 bis 2015 abgelagerten Bauabfälle, aufgeteilt in unverschmutzten Aushub einerseits, Inertstoffe und mineralische Bauabfälle⁶¹⁸ andererseits. Grafisch präsentiert sich dies wie folgt:

Unverschmutzter Aushub 3'500'000 3'000'000 2'500'000 2'000'000 1'500'000 1'000'000
500'000 0

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

Inertstoffe und mineralische Bauabfälle 3'500'000 3'000'000 2'500'000 2'000'000 1'500'000
1'000'000 500'000 0

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

Ablagerung Kanton Bern gesamt 4'000'000 3'000'000 2'000'000 1'000'000 0

Inertstoffe und mineralische Bauabfälle Unverschmutzter Aushub

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

617 Zu diesen Rz 250 ff. 618 In den Controlling-Daten des Kantons Bern wird die Bezeichnung «Inertstoffe und Bauschutt» verwendet. «Bauschutt» wird dabei als Synonym für «mineralische Bauabfälle» verwendet (vgl. Art. 13 Bst. b AbfV). Hier werden diese Abfallarten unter dem Begriff Inertstoffe zusammengefasst.

99 327. Ersichtlich ist, dass ein Grossteil des Ablagerungsvolumens unverschmutzten Aushub betrifft, der im Durchschnitt der Jahre 87 % des gesamten Ablagerungsvolumens ausmacht. Weiter ist ersichtlich, dass die jährlichen Ablagerungsvolumina von 2001 bis 2007 mit Ausnahme eines zweijährigen Einbruchs 2002 und 2003 relativ stabil und gleichbleibend waren. Von 2008 bis 2013 stiegen sie stetig an und erreichten 2013 nahezu das doppelte Ausmass von 2002. Nach diesem Höchststand sanken die Ablagerungsvolumina 2014 wieder auf ein Niveau zwischen 2008 und 2009, wobei 2015 erneut ein Anstieg folgte. 328. Das Volumen an deponiertem unverschmutztem Aushub unterscheidet sich dabei je nach Regionalkonferenz erheblich. In absoluten Zahlen verteilt sich das Volumen von deponiertem unverschmutztem Aushub wie folgt auf die einzelnen Regionalkonferenzen.

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

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

329. Diese Auswertungen zeigen, wie sich der im Kanton Bern in den Jahren 2001 bis 2015 deponierte unverschmutzte Aushub auf die Planungsregionen verteilt und wie sich diese Anteile entwickelten. Am meisten unverschmutzter Aushub wurde in der Regionalkonferenz Biel-Seeland/Jura ([...]) deponiert, wobei während der Jahre 2009 bis

2013/19 ein deutlicher Anstieg zu beobachten ist. Im «Spitzenjahr» 2013 betrug das in dieser Regionalkonferenz deponierte Volumen mehr als dreimal so viel wie im «Tiefjahr» 2003. Am zweitmeisten unverschmutzter Aushub wurde in der Regionalkonferenz Oberaargau deponiert ([...]). Es folgen die Regionalkonferenzen Bern-Mittelland ([...]) und Thun-Oberland West ([...]). Bei diesen ist eine gegenläufige Tendenz ab 2005 zu beobachten. Diese dürfte Grossteils darauf zurückzuführen sein, dass die während dieser Jahre volumenmässig bedeutendste Deponie von KAGA

619 Da der Anstieg in den Jahren 2009 und 2010 begann und sich in den Jahren 2012 und 2013 fortsetzte, ist er nicht auf die ab 2012 geänderte Erhebungsmethodik zurückzuführen.

100 bei den Controlling-Daten und deren Auswertung der Regionalkonferenz Thun-Oberland West zugeordnet wurde, auch wenn sie faktisch für die Entsorgung in beiden Regionalkonferenzen eine wesentliche Rolle spielt.⁶²⁰ Wird dies angemessen berücksichtigt, ebnen sich beide Tendenzen etwas aus. Aber auch so ist der Anteil an deponiertem unverschmutzter Aushub, der auf die Regionalkonferenz Bern-Mittelland entfällt, in Anbetracht der dortigen Einwohnerzahl und gerade auch im Vergleich zur Regionalkonferenz Biel-Seeland/Jura erstaunlich gering. Wie an anderer Stelle zu zeigen sein wird, bestanden in diesen Jahren Deponieengpässe in der Region Bern.⁶²¹ Auffällig ist schliesslich der sprunghafte Anstieg im Jahr 2015 in der Regionalkonferenz Bern-Mittelland. Dieser ist zumindest teilweise auf eine Deponie von Alluvia in Oberwangen zurückzuführen, die in diesem Jahr erstmals wieder in wesentlichem Umfang unverschmutzten Aushub zur Deponierung annehmen konnte.⁶²² Über die Jahre sehr stabil war das in der Regionalkonferenz Emmental deponierte Volumen ([...]), während dasjenige in der Regionalkonferenz Oberland-Ost einen Anstieg verzeichnet, über die gesamten Jahre hinweg betrachtet aber deutlich am geringsten bleibt ([...]).

C.3.4 Raumplanungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Errichtung von Kiesgruben, Kieswerken und Deponien 330. Bei der Raumplanung geht es darum, die raumwirksamen Tätigkeiten zu erfassen und zu ordnen, wobei sich Bund, Kantone und Gemeinden aufeinander abstimmen.⁶²³ Die Raumplanung erfolgt stufenweise von der Richt- zur Nutzungsplanung hin zu den Baubewilligungs- und allfälligen Ausnahmebewilligungsverfahren, wobei sie ein Ganzes bildet und jeder Teil eine spezifische Funktion erfüllt.⁶²⁴ Bei der Raumplanung spielen zahlreiche Erlasse verschiedener Ebenen zusammen. Durch die stufenweise Planung wird von einer Grobbetrachtung immer mehr zu einer Feinbeurteilung geschritten. Die raumplanungsrechtlichen Vorschriften beeinflussen den Wettbewerb und das Marktgeschehen bei den hier näher betrachteten Tätigkeitsbereichen, da diese aufgrund ihres Raumbedarfs in den raumplanungsrechtlich abgesteckten Rahmen eingebettet sind. Soweit für die vorliegende Untersuchung relevant, werden nachfolgend die raumplanungsrechtlichen Rahmenbedingungen dargestellt.

C.3.4.1 Kiesgruben

C.3.4.1.1 Bundesrechtliche Planungspflicht 331. 1980 trat das RPG⁶²⁵ als raumplanungsrechtliches Rahmengesetz des Bundes in Kraft. Dieses sieht unter anderem vor, dass in (von den Kantonen bis spätestens 1988 zu erstellen den)⁶²⁶ Nutzungsplänen die zulässige Nutzung des Bodens geordnet wird, wobei vor allem Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen zu unterscheiden sind. In der Bauzone dürfen, jedenfalls im Kanton Bern, Kiesgruben weder errichtet noch erweitert werden.⁶²⁷ In der Landwirtschaftszone

wiederum sind sie nicht zonenkonform.⁶²⁸ Um nicht zonenkonforme Vorhaben gleichwohl realisieren zu können, stehen abhängig vom Gewicht des Vorhabens unterschiedliche Wege zur Verfügung – entweder eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG oder eine Planung, bei der die erforderliche Zone ausgeschieden wird. Gemäss bundesgerichtlicher

620 Ausführlicher dazu Rz 451. 621 Siehe Rz 425 ff. 622 Siehe hierzu Rz 453 erstes Lemma. 623 Vgl. Art. 2 Abs. 1 RPG. 624 BGE 120 Ib 207 E. 5. 625 Bundesgesetz vom 22.6.1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700). 626 Vgl. Art. 35 Abs. 1 Bst. b RPG. 627 Art. 30 Abs. 1 BauV. 628 So bereits im Oktober 1982 BGE 108 Ib 364 E. 5.b bezüglich einer Lehmgrube.

101 Rechtsprechung sind insbesondere grössere Abbau- und Deponievorhaben⁶²⁹ derart gewichtig, dass für sie eine Planungspflicht besteht; sie können also nicht mittels Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG erlaubt werden.⁶³⁰ Im Rahmen einer solchen Planung ist eine umfassende Beurteilung sämtlicher raum- und umweltschutzrelevanter Gesichtspunkte vorzunehmen und Anliegen des Umweltschutzes sind vorsorglich mitzuberücksichtigen.⁶³¹ Von den Kantonen sind hierbei auch die Vorgaben aus anderen Bundeserlassen wie etwa dem GSchG zu beachten, die einem Vorhaben an einem bestimmten Ort im Wege stehen können.⁶³² 332. Damit (grössere) Kiesgruben überhaupt errichtet werden können, müssen solche Vorhaben gemäss RPG in einer Planung vorgesehen werden – ohne entsprechende Planung ist dies nicht möglich. 333. Im Kanton Bern bestanden nach Ablauf der Umsetzungsfrist für den Erlass von Nutzungsplänen im Jahr 1988 während etlicher Jahre Planungsdefizite. Noch zehn Jahre später, im Jahr 1998, verfügten erst zwölf der damals 18 Planungsregionen im Kanton Bern über Richtpläne bezüglich Abbaus und Deponie. Und fünf der damals bestehenden Pläne waren aus Sicht des Kantons Bern ungenügend oder überholt.⁶³³ Die bedeutendsten Lücken bestanden insbesondere in der Region Bern und im Jura.⁶³⁴ In den Regionen ohne ausreichende Planung war es während dieser Zeit nicht möglich, (grössere) Kiesgruben zu errichten. Unterdessen liegen für alle Regionen entsprechende Richtpläne vor.

C.3.4.1.2 Den Sachplan ADT umsetzende Richtpläne als erste Stufe 334. Auf Ebene des Kantons Bern setzt insbesondere das BauG die Vorgaben des RPG um und enthält hierfür notwendige Bestimmungen, so etwa zum Planungsrecht. 1998 wurde ein erster kantonaler Sachplan Abbau Deponie Transporte (nachfolgend: Sachplan ADT 98)⁶³⁵ erlassen. Zur neunköpfigen Projektgruppe, die diesen Sachplan erstellte, gehörten unter anderem zwei Vertreter der [U15], die eng mit dem [U14] und der Branche verbunden ist⁶³⁶ – es waren dies [...] (Alluvia/Messerli) und [...] (Alluvia/Hofstetter).⁶³⁷ Der Sachplan ADT 98 wurde 2012 durch den Sachplan ADT 12638 ersetzt, wobei sich die Projektgruppe diesmal aus fünf Personen zusammensetzte und keine Branchenvertreter mehr enthielt.⁶³⁹ Diese Sachpläne

629 BGE 119 Ib 174 betraf eine Grube von ca. 5,1 Hektar Fläche mit einer Entnahmemenge von 270'000 Kubikmetern, wobei das Material während etwa drei Jahren abgebaut worden wäre und eine vorübergehende Zufahrt von ungefähr 170 Metern erfordert hätte. 630 BGE 120 Ib 207 E. 5 m.w.H. In BGE 116 Ib 50 E. 6 gestattete das BGer nur noch aus intertemporalrechtlichen Gründen eine Zulassung über eine Ausnahmegewilligung. Vor 1988, als die Frist für die Kantone zur Schaffung von Nutzungsplänen ablief, war eine Genehmigung über eine Ausnahmegewilligung noch möglich (vgl. etwa BGE 111 Ib 85 E. 2). 631 BGE 120 Ib 207 E. 6 m.w.H. 632 Siehe ausführlicher zu möglicherweise entgegenstehenden Normen Rz 282 drittes Lemma. 633 Illustrativ die Übersicht im Sachplan ADT 98 Fn 635),

S.34. 634 Sachplan ADT 98 Fn 635), S.1 und insbesondere S. 5 sowie S. 35 betreffend die revisionsbedürftigen Pläne. 635 Abrufbar unter <www.yumpu.com/de/document/read/8657227/kantonale-sachplan-abbau-deponie-transporte-sachplan-adt>, zuletzt besucht am 13.6.2023. 636 Ein Blick auf die Homepage <[...]> (zuletzt besucht am 13.6.2023) zeigt dies mit aller Deutlichkeit: Das Logo des [U14] wird neben dem eigenen Logo aufgeführt, die 57 Mitglieder sind identisch und die meisten Mitglieder des Stiftungsrats sind zugleich auch im Vorstand des [U14]. 637 Vgl. Sachplan ADT 98 (Fn 635), Impressum. 638 Sachplan ADT 12 (Fn 406). 639 Vgl. Sachplan ADT 12 (Fn 406), Impressum.

102 sind nach Art. 57 Abs. 1 BauG (ebenso Art. 9 Abs. 1 RPG) behördenverbindlich⁶⁴⁰ und enthalten Grundsätze, die von den Planungsträgern bei der Erarbeitung insbesondere der Richt-⁶⁴¹ und Nutzungspläne zu beachten sind. 335. Die Sachpläne ADT sehen das Prinzip der regionalen Selbstversorgung vor. D.h., die Regionen (im Sachplan ADT 98 waren es deren 18, im Sachplan ADT 12 noch sechs)⁶⁴² planen soweit möglich so, dass sie ihren Bedarf an Material und Deponie im eigenen Gebiet decken können.⁶⁴³ Die Sachpläne ADT geben hierfür den einzelnen Regionen Richtmengen vor, auf die sie ihre Planung auszurichten haben.⁶⁴⁴ Von diesen Richtmengen waren unter dem Sachplan ADT 98 die bereits gesicherten Reserven abzuziehen; Festsetzungen⁶⁴⁵ waren höchstens im verbleibenden Umfang möglich.⁶⁴⁶ Der Sachplan ADT 12 weicht dieses rigide, zu Ungunsten neuer Festsetzungen ausfallende System etwas auf. Er sieht vor, dass die Reserven eines neuen Standorts, der zu bestehenden Standorten in Konkurrenz tritt, im Verhältnis zu den Reserven der bestehenden Standorte stehen (welche also nicht mehr vorab abzuziehen sind), wobei die Regionalkonferenzen frei über dieses Verhältnis befinden.⁶⁴⁷ Im Sachplan ADT 12 wird dabei hervorgehoben, dass sich die Regionalkonferenzen neutral gegenüber etablierten und neuen Marktteilnehmern verhalten sollen.⁶⁴⁸ Gleichzeitig sind aber die bereits gesicherten Reserven in der Planung auszuweisen und bestehende Standorte sollen systematisch und vollständig abgebaut werden.⁶⁴⁹ Dass hierin ein gewisser Widerspruch besteht, zeigt auch der Erläuterungsbericht zum regionalen Richtplan der Regionalkonferenz Bern-Mittelland. Dort werden noch zusätzliche Gründe aufgezählt, die für bereits bestehende Kiesgruben sprechen, dann aber festgehalten, diese würden trotzdem nicht prioritär gegenüber neuen Standorten behandelt – bei Pattsituationen könnten sie aber den Ausschlag zu Gunsten der bereits bestehenden Gruben geben.⁶⁵⁰ 336. Der gemäss Sachpläne ADT bei der Materialversorgung zur Anwendung gelangende Planungshorizont ist ein langer: Es ist die Ver- und Entsorgung der jeweiligen Region für mindestens die nächsten 30 Jahre aufzuzeigen, wobei an anderer Stelle eine Bandbreite von 30 bis 45 Jahren genannt wird.⁶⁵¹ Bei den Festsetzungen einzelner Standorte ist in der Regel von einer Bedarfsdeckung für 35 Jahre auszugehen.⁶⁵² Die Richtmengen sind auf diese Planungshorizonte ausgerichtet. 337. KAGA, Alluvia, Kästli-Gruppe und auch Vigier berufen sich in ihren Stellungnahmen zum Antrag und anderswo auf die Sachpläne ADT.⁶⁵³ Sie bringen insbesondere vor, in diesen werde die Erwartung an die Unternehmen geäußert, dass sie sich daran halten, obwohl er für sie nicht verbindlich ist. Unter anderem werde im Sachplan ADT 98 festgehalten, dass die

⁶⁴⁰ Worauf auch in den Sachplänen selbst ausdrücklich hingewiesen wird. ⁶⁴¹ Die Sachpläne ADT selbst sind noch keine Richtpläne, vgl. in Bezug auf den Sachplan ADT 98 BGer, 1P.45/1999 vom 14.4.2000 E. 5. ⁶⁴² Vgl. Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 40, für eine

Gegenüberstellung der Gebiete. 643 Sachplan ADT 98 (Fn 635), S. 15 f.; Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 15, 22 und 29. 644 Sachplan ADT 98 (Fn 635), S. 15 f. und 39; Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 23 f. 645 Dieser Begriff wird in Rz 341 erörtert. 646 Sachplan ADT 98 (Fn 635), S. 27. 647 Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 23. 648 Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 31. 649 Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 30. 650 Vgl. S. 31 des Erläuterungsberichts zum regionalen Richtplan der Regionalkonferenz Bern-Mittelland, abrufbar unter <www.bernmittelland.ch> Themen > Raumplanung > Projekte > Abbau, Deponie, Transporte (ADT) > Erläuterungsbericht (zuletzt besucht am 13.6.2023). 651 Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 22 resp. S. 12. Im Sachplan ADT 98 (Fn 635), S. 15, werden als Horizont für die Planung der Materialreserven 45 Jahre genannt. 652 Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 22; im Sachplan ADT 98 (Fn 635), S. 27 sollten Festsetzungen den Bedarf von mindestens 30 und maximal 45 Jahren decken. 653 Act. VIII.156 Rz 83–95, Act. VIII.162 Rz 18–22, auch Rz 139, Act. VIII. 163 Rz 38–44 und Act. VIII.164 Rz 58, Act. IX.30 Beilage 5 Rz 13 f.

103 Unternehmen die Zusammenarbeit mit den Regionen erleichtern würden, wenn sie sich zu Interessengemeinschaften zusammenschliessen, und es werde die besondere Verantwortung der Unternehmen für Natur, Mensch und Umwelt betont und zur Reduktion von Transportleistungen angehalten.⁶⁵⁴ Im Wesentlichen gelte dasselbe unter dem Sachplan ADT 12 ebenfalls, auch wenn dort der Zusammenschluss zu Interessengemeinschaften nicht mehr erwähnt werde.⁶⁵⁵ Ähnlich argumentiert auch Heimberg, wenn sie geltend macht, die Bewilligungspraxis mache «eine Bündelung in Form von Gemeinschaftsunternehmen erforderlich».⁶⁵⁶ Zutreffend an diesen Vorbringen ist, dass in den Sachplänen ADT in der Tat die Erwartung geäussert wird, dass sich die Unternehmen daran halten, obwohl sie für diese gerade nicht verbindlich sind. In welchen Bereichen welche Erwartungen an die Unternehmen bestehen, wird in den Sachplänen ADT näher festgehalten.⁶⁵⁷ Die aufgeführten Erwartungen sind allesamt grundsätzlicher Natur (z.B. einschlägige Normen wie NHG, WaG und TVA respektieren, Transportdistanzen und Leerfahrten minimieren resp. vermeiden oder die Ressourcen schonen) und halten generell wünschenswertes Verhalten fest. Konkrete, kontrollierbare Vorgaben oder gar Einschränkungen an die Unternehmen finden sich darin nicht – solche existieren nur insoweit, als dass in einschlägigen Gesetzen entsprechende Vorschriften bestehen (wie eben etwa dem WaG). Das von KAGA, Alluvia und Kästli-Gruppe betonte, im Sachplan ADT 98 erwähnte Zusammenschliessen zu Interessengemeinschaften bezieht sich auf die Zusammenarbeit mit den Regionen bezüglich des Planungsprozesses und dort insbesondere auf das zur Verfügung stellen von erforderlichen Informationen. Es geht also um die fachkundige Unterstützung beim Planungsprozess, die wohl einfacher ist, wenn sie koordiniert erfolgt. Eine irgendwie geartete Vorgabe, Erwartung oder auch nur dahingehende Äusserung, dass Unternehmen in den Bereichen Kies und Deponie aus Sicht des Kantons vorzugsweise gemeinsam wirtschaftlich tätig wären und eine diesbezügliche Koordination zwischen ihnen wünschenswert wäre, lässt sich dem Sachplan ADT 98 insgesamt und spezifisch dieser Passage nicht entnehmen (erst recht nicht dem Sachplan ADT 12). ³³⁹. Der Sachplan ADT enthält, wie ausgeführt, Grundsätze, die bei der anschliessenden Richt- und Nutzungsplanung durch die Behörden zu beachten sind. Zuständig für den Erlass der Richtpläne im Bereich Abbau und Deponie sind die sechs Regionalkonferenzen⁶⁵⁸ bzw. früher die 18 Planungsregionen (Art. 98 Abs. 3 BauG). Die Richtpläne bedürfen einer Genehmigung durch den Kanton (Art. 61 Abs. 1 BauG). Diejenigen Abbaustandorte, bei denen ein übergeordneter Koordinierungsbedarf besteht,

d.h., solche, die Bundesinteressen oder Interessen von Nachbarkantonen betreffen, werden alsdann im kantonalen Richtplan aufgenommen, um die entsprechende Koordination sicherzustellen. Der kantonale Richtplan wiederum ist vom Bundesrat zu genehmigen (Art. 11 Abs. 1 RPG). Ebenso wie die Sachpläne sind die Richtpläne gemäss Art. 57 Abs. 1 BauG behördenverbindlich. Zu überarbeiten sind diese Richtpläne gemäss Sachplan ADT 12 alle 15–20 Jahre.⁶⁵⁹ 340. Bei der (erstmaligen oder zu überarbeitenden) Richtplanung erfolgt eine öffentliche Ausschreibung für Standorteingaben. In dieser Phase, die mindestens ein Jahr dauern soll, reichen die Unternehmen ihre Begehren zur Festsetzung von Standorten ein. Hierfür müssen sie diverse Vorstudien und Nachweise erarbeiten und einreichen. So haben sie insbesondere aufzuzeigen, für welche Grundstücke sie Abbau- und Deponierechte gesichert haben⁶⁶⁰ und wie es sich damit in geologischer und hydrogeologischer Hinsicht (z.B. betreffend Rohstoff- und

654 Sachplan ADT 98 (Fn 635), S. 32 f. 655 Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 35 f. 656 Act. VIII.161 Rz 26. 657 Sachplan ADT 98 (Fn 635), S. 32 f. und Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 35 f. 658 Siehe Rz 254. 659 Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 22; im Anhang auf S. 40 ist ersichtlich, wann die Richtpläne das nächste Mal zu überarbeiten waren resp. sind. 660 Siehe dazu auch Rz 281.

104 Grundwasservorkommen sowie Stabilität) verhält. Bei Vorhaben im Wald ist zudem die Standortgebundenheit ausdrücklich nachzuweisen.⁶⁶¹ In einer nächsten Phase werden diese Standorteingaben von den Regionalkonferenzen evaluiert. Potenzielle Standorte, für die kein Unternehmen rechtzeitig eine Standorteingabe machte, bleiben somit schon nur aus verfahrensrechtlichen Gründen bei der Planung ausser Betracht.⁶⁶² Hinsichtlich der Standorteingaben, welche die Eignungskriterien erfüllen, erfolgt eine Interessenabwägung. Gestützt hierauf wird schliesslich der Richtplan erstellt, der vom (kantonalen) AGR vorzuprüfen, von der Regionalkonferenz zu beschliessen und schliesslich vom AGR zu genehmigen ist.⁶⁶³

341. In den Richtplänen werden den Standorten unterschiedliche Koordinationsstände zugeordnet: - Festsetzungen sind die höchste Stufe. Diese Standorte dienen der Bedarfsdeckung in den nächsten 35 Jahren. Es handelt sich dabei einerseits um Standorte, für die bereits früher eine Festsetzung erfolgte, andererseits um neue Standorte. Bei den neuen Standorten sind die entsprechenden planungs- und bewilligungsrechtlichen Massnahmen so rasch wie möglich umzusetzen. - Zwischenergebnisse, die der längerfristigen Reservesicherung (ab 35 Jahren) dienen. Zwischenergebnisse können zum einen Standorte sein, bei denen noch gewisse ungeklärte Fragen bestehen, zum anderen solche, die zwar alle Voraussetzungen erfüllen, die aber wegen den Mengenbeschränkungen, die von den Richtmengen ausgehen, nicht berücksichtigt werden konnten. Zwischenergebnisse müssen zuerst in Festsetzungen umgewandelt werden, bevor sie in die Nutzungsplanung überführt werden. Immerhin zur Deckung von Vorsorgelücken können Reservestandorte, die als Zwischenergebnisse festgehalten sind, bei Bedarf schon in der aktuellen Richtplanperiode aktiviert werden; wofür aber die planungs- und bewilligungsrechtlichen Massnahmen zu durchlaufen sind. - Vororientierungen sind Voranmeldungen, welche von den Behörden in dem Sinne zu berücksichtigen sind, als dass sie nichts unternehmen sollen, was deren spätere Realisierung erschwert oder gar verunmöglicht.⁶⁶⁴ 342. Sowohl die bereits früher erfolgten als auch die neuen Festsetzungen, die Zwischenergebnisse und die Vororientierungen werden in den Richtplänen auf Karten eingezeichnet und die jeweiligen Betreiberinnen werden genannt. Aufgeführt sind ferner die Abbau- und Depo-

wobei unterschieden wird zwischen den bereits grundeigentümergebunden (d.h. in Nutzungsplänen) gesicherten Mengen und den behördengebunden (d.h. im Richtplan) gesicherten Mengen. Letztere sind weiter unterteilt nach den Koordinationsständen, d.h. Festsetzungen, Zwischenergebnisse resp. Vororientierungen.⁶⁶⁵ 343. Die nachfolgende Abbildung eines Koordinationsblattes aus dem regionalen Richtplan der Regionalkonferenz Bern-Mittelland soll dies illustrieren:

661 Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 30. 662 Vgl. auch Erläuterungsbericht zum regionalen Richtplan der Regionalkonferenz Bern-Mittelland (Fn 650), S. 33. 663 Siehe zu diesem Abschnitt AGR, Handbuch zum kantonalen Sachplan Abbau Deponie Transporte, 2012, S. 12 ff. 664 Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 24 f.; ferner Regionalkonferenz Bern-Mittelland, Regionaler Richtplan Abbau Deponie Transporte ADT, Juni 2017, S. 8 f. und 12, abrufbar unter <www.bernmittelland.ch> Themen > Raumplanung > Projekte > Abbau, Deponie, Transporte (ADT) > Behördengebundene Festlegungen mit Koordinationsblättern (Richtplantext) (zuletzt besucht am 13.6.2023). 665 Illustrativ die einzelnen standortbezogenen Koordinationsblätter im regionalen Richtplan der Regionalkonferenz Bern-Mittelland (Fn 664).

105 106 Abbildung 17: Koordinationsblatt «Bodenweid» aus dem regionalen Richtplan der Regionalkonferenz Bern-Mittelland (Fn 664).

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

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

107 Schätzung dürfte etwas zu optimistisch sein, dauerte es doch für die Erstellung des aktuellen Richtplans der Regionalkonferenz Bern-Mittelland fünf Jahre,⁶⁶⁸ für diejenige des Teilrichtplans Entwicklungsraum Thun als Teil der Planungsregion Thun-Oberland West fünfeinhalb.⁶⁶⁹

C.3.4.1.3 Nutzungspläne und Baubewilligungen als zweite Stufe 345. Festsetzungen neuer Standorte bedürfen anschliessend einer Umsetzung in parzellengenauen Nutzungsplänen. Erst diese sind grundeigentümergebunden (Art. 57 Abs. 2 BauG; auch Art. 21 Abs. 1 RPG). Zudem ist eine Baubewilligung erforderlich, wobei diese bei einem Abbauvolumen von mehr als 300'000 Kubikmetern eine Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) voraussetzt.⁶⁷⁰ Indem das Bauvorhaben im Nutzungsplan bereits mit der Genauigkeit einer Baubewilligung festgelegt wird, ist es möglich, das Nutzungsplan- und Baubewilligungsverfahren zu kombinieren – der Nutzungsplan, genauer die Überbauungsordnung, gilt diesfalls zugleich als Baubewilligung (Art. 88 Abs. 6 BauG). Dadurch entfällt die Notwendigkeit eines separaten, anschliessenden Baubewilligungsverfahrens, doch dürfte dafür das Planungsverfahren mehr Zeit in Anspruch nehmen.⁶⁷¹

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

347. Für den Erlass von Überbauungsordnungen sind die Stimmberechtigten zuständig (Art. 66 Abs. 2 BauG). Bei Gemeinden mit einem Gemeindeparlament kann diese Zuständigkeit unter gewissen Voraussetzungen resp. Bedingungen dem Parlament übertragen werden

(Art. 66 Abs. 4 BauG). Anschliessend bedürfen solche Überbauungsordnungen der Genehmigung durch das AGR (Art. 16 BauG). Mit der Festsetzung eines Standorts in einem Richtplan ist daher aufgrund des anschliessend erfolgenden, politischen Prozesses noch nicht gewährleistet, dass ein Standort auch tatsächlich umgesetzt werden kann. Im Nutzungsplanungsverfahren kann es vielmehr zu Verzögerungen kommen oder das Vorhaben kann auch gänzlich scheitern.⁶⁷³ Immerhin haben die Regionalkonferenzen und der Kanton die Möglichkeit, mittels Erlasses einer regionalen resp. kantonalen Überbauungsordnung einzugreifen, sofern dies zur Wahrung regionaler resp. kantonalen Interessen erforderlich sein sollte (Art. 98b resp. 102 BauG).⁶⁷⁴ Da gegen den Erlass von Nutzungsplänen resp. diesbezügliche Genehmigungsentscheide Rechtsmittel ergriffen können, kann dies zu zusätzlichen Verzögerungen führen. 348. Die JGK schätzte die Dauer für die Erarbeitung der Nutzungsplanung sowie das Planerlassverfahren auf in der Regel zwei Jahre, falls keine Einsprachen erfolgen. In anspruchsvollen Fällen, vor allem bei Rechtsmittelverfahren, könne die Planung deutlich mehr Zeit in Anspruch

668 Siehe <www.bernmittelland.ch> Themen > Raumplanung > Projekte > Abbau, Deponie, Transporte (ADT) unter dem Titel Richtplan 2017 genehmigt (zuletzt besucht am 13.6.2023). 669 Von der Standortausschreibung Mitte März 2014 bis zur Genehmigung Anfangs November 2019, vgl. Erläuterungsbericht regionaler Richtplan ADT Thun-Oberland West, S. 11, abrufbar unter <entwicklungraum-thun.ch> Landschaft Siedlung Verkehr > Abbau und Deponie > Reg. Richtplan ADT TOW Erläuterungsbericht (zuletzt besucht am 13.6.2023) sowie die einleitende Bemerkung auf dieser Homepage. 670 Anhang Ziff. 80.3 der Verordnung vom 19.10.1988 über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPV; SR 814.011). 671 Ein solch kombiniertes Vorgehen wird empfohlen, vgl. Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 32. 672 Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 22. Im Sachplan ADT 98 (Fn 635), S. 31, war vorgesehen, dass die Sicherung in der Regel 15 Jahre beträgt, sich bei bedeutenden Investitionen aber auf bis maximal 30 Jahre belaufen könne. 673 Vgl. S. 12 und 16 des regionalen Richtplans der Regionalkonferenz Bern-Mittelland (Fn 664). 674 Siehe auch Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 25. Eine kantonale Überbauungsordnung wurde erlassen im Fall, der dem Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern 100.2016.1U vom 16.12.2016 zu Grunde lag.

108 nehmen und mehr als zehn Jahre dauern.⁶⁷⁵ Dass keine einzige Einsprache erfolgt, dürfte in der Praxis die Ausnahme darstellen, auf die sich ein Interessent bei seiner Planung vernünftigerweise nicht einstellen kann – vielmehr muss er als Regelfall mit einer längeren Dauer als zwei Jahren für die Nutzungsplanung rechnen. Das entspricht auch der Einschätzung eines Betreibers von Kiesgruben und Deponien: «Dann benötigt es noch auf kommunaler Ebene die Nutzungsplanung, diese kann zwischen 3 und 10 Jahren Zeit in Anspruch nehmen».⁶⁷⁶

C.3.4.1.4 Auswirkungen dieser raumplanungsrechtlichen Rahmenbedingungen auf das Wettbewerbsgeschehen

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

Hinsichtlich möglicher Markteintritte 350. Eine neue Kiesgrube kann nicht ohne Weiteres eröffnet werden, im Gegenteil. Ein neuer Standort muss zunächst im Richtplan als Festsetzung berücksichtigt und anschliessend im Nutzungsplan mit Baubewilligung

gesichert werden. Da Richtpläne bloss etwa alle 15 bis 20 Jahre überarbeitet werden, ist eine neue Festsetzung und damit ein «Einstieg» nur in grossen zeitlichen Abständen überhaupt möglich. Kommt hinzu, dass die Planerlassverfahren selbst ebenfalls lange Zeit in Anspruch nehmen. Beschliesst ein Unternehmen heute, eine Kiesgrube eröffnen zu wollen, wird es dies in zeitlicher Hinsicht selbst im Idealfall frühestens in etwas weniger als in zehn Jahren tun können,⁶⁷⁷ in der Regel – je nach Zeitpunkt der Revision des bestehenden Richtplans – aber erst deutlich später.⁶⁷⁸ Mit anderen Worten: Die aktuell beste- hende Konkurrenzsituation ist über Jahre hinweg zementiert; ein rascher Markteintritt ist ein Ding der Unmöglichkeit. Den Marktteilnehmern ist dies selbstverständlich bekannt, sie müssen nicht mit dem kurz- oder mittelfristigen Eintritt einer neuen Konkurrenz-Kiesgrube rechnen. ³⁵¹. Ferner ist aufgrund der Standorteangaben zu Beginn des Richtplanungsverfahrens allge- mein bekannt, wer wo und in welchem Umfang die Errichtung einer neuen Kiesgrube beab- sichtigt. Markteintritte erfolgen also nicht nur zeitlich verzögert, sondern auch ohne jeglichen Überraschungseffekt. Die Marktteilnehmer wissen schon lange im Voraus über die Pläne für

675 Act. VI.5, Antwort auf Frage 4. Illustrativ der dem Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern 100.2016.1U vom 16.12.2016 zu Grunde liegende Fall: Die Festsetzung einer ISD-BS im regiona- len Teilrichtplan Thun/InnertPort erfolgte am 22.6.2006. Die kommunale Überbauungsordnung, also die Umsetzung im Nutzungsplan, wurde von den Stimmbürgern am 23.9.2012 abgelehnt. Die JGK erliess am 23.4.2015 eine kantonale Überbauungsordnung und wies dabei die eingegangenen Einsprachen ab. Nachdem der Regierungsrat die Beschwerde dagegen Ende 2015 abwies, wies auch das Verwaltungsgericht des Kantons die Beschwerde im Dezember 2016 – 10,5 Jahre nach der Festsetzung im regionalen Teilrichtplan – ab. Das Urteil des BGer in dieser Sache erging schliesslich am 3.10.2017 (Urteil 1C_23/2017). ⁶⁷⁶ Zeugeneinvernahme von [...] vom 2.5.2016 Rz 314 f., Act. III.25. ⁶⁷⁷ «Es wäre sportlich nur 10 Jahre auf eine Bewilligung zu hoffen», hält denn auch ein Befragter fest, vgl. EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 451 f., Act. III.8. ⁶⁷⁸ Das stimmt mit der Einschätzung eines Branchenkenner überein, der festhält: «Aufgrund der star- ken Regulierung dauert die Erlangung einer Abbau- und Deponiebewilligung zwischen 10 und 20 Jahren für das gesamte Verfahren», vgl. Zeugeneinvernahme von [...] vom 2.5.2016 Rz 319 f., Act. III.25. Vgl. auch EV von [...] vom 13.1.2015, Rz 344–346, Act. III.2, gemäss welchem «die Ver- fahrenszeit für ein Kiesabbauprojekt rund 10 bis 15 Jahre dauert. Die Planungshorizonte sind rund 15 Jahre» und EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 208–210, Act. III.8, der von einem langen Prozess von 10 bis 25 Jahren – je nach Gemeinde – spricht. Siehe auch EV von [...] vom 9.2.2015, Rz 585– 587, Act. III.14, hinsichtlich der Erhöhung bereits bestehender Deponien: «Im Raumplanungsbe- reich dauert es Jahre, wenn nicht sogar Jahrzehnte, bis neue Rechte für Deponien bewilligt wer- den». Siehe auch VR-Protokoll der KAGA vom 9.9.2014, T. 4.2, Act. II.A.X.528: «Da der zeitliche Ablauf ab Unterzeichnung des Vertrages bis zum Kiesabbau mit anschliessender Auffüllung über 30 Jahre dauern kann (...)».

¹⁰⁹ einen Markteintritt Bescheid und können sich darauf einstellen (und diese gar mit Hilfe von Rechtsmitteln⁶⁷⁹ zu verzögern oder zu verhindern versuchen).

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

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

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

⁶⁸⁰ Siehe Rz 334. ⁶⁸¹ Diesen Zusammenhang bestätigend auch EV von [...] vom 20.1.2015, Rz 446–450, Act. III.8. ⁶⁸² Zwischenergebnisse, welche die Voraussetzungen für Festsetzungen an sich erfüllen, aufgrund der Mengenbeschränkung aber noch nicht als solche berücksichtigt werden, sondern eben nur, aber immerhin, als Zwischenergebnisse, führen dies deutlich vor Augen. ⁶⁸³ Vgl. in diesem Zusammenhang auch Act. II.B.X.456: Im Hinblick auf die Revision des Sachplans ADT von 2012 erstellte MARKUS SAURER wohl 2009 für den Kanton Bern einen «Kurzbericht zum Thema Wettbewerb». Zur damaligen Situation hielt er unter anderem fest: «Die etablierten Anbieter sind Mitspieler und Schiedsrichter zugleich, indem sie in der regionalen Planung eingebunden sind (und mit grösster Wahrscheinlichkeit auch von ihrem grossen Informationsvorsprung profitieren). In den Akteursgesprächen ist offen von „Vetterliwirtschaft“ die Rede» (S. 10

des Kurzberichts). 684 Act. II.G.X.15, Bst. b und h.

110 geeignet ist, Einnahmen erstmals Jahre, wenn nicht gar Jahrzehnte später erzielt werden können und bis zum erfolgreichen Abschluss der Planungsverfahren ungewiss bleibt, ob an diesem Standort überhaupt je Einnahmen generiert werden können.⁶⁸⁵ - In einer «Branchen-Analyse Kies- und Deponiegeschäft» von 2002 führte eine von KAGA beigezogene Beratungsgesellschaft bezüglich «Eintrittsbarrieren für neue Kies- förderer» denn auch «Hohe Planinvestitionen», «UVB» [recte wohl: UVP, Abkürzung für Umweltverträglichkeitsprüfung], «Raumplanung Gemeinde und Kanton» sowie «Nutzungskonflikte» auf.⁶⁸⁶ Dies steht im Einklang mit den vorangehenden Feststellungen. Hinsichtlich der Expansion bereits bestehender Konkurrentinnen 353. Für die Erweiterung bereits bestehender Kiesgruben gilt das hiervor Ausgeführte grundsätzlichen ebenfalls, wenn auch in abgeschwächter Form. Da auch für Erweiterungen eine Planungspflicht besteht, sind sie ebenfalls nicht kurz- oder mittelfristig möglich. Immerhin können geringfügige Perimeteranpassungen im Richtplan ohne öffentliche Mitwirkung – und damit rascher – vorgenommen werden.⁶⁸⁷ Durch Erweiterungen können Betreiber bestehender Kiesgruben die von ihnen angebotene Menge also nicht kurz- oder mittelfristig erhöhen. Sie können jedoch im Rahmen des bisher Bewilligten in einem gewissen Masse den Abbau beschleunigen oder verlangsamen und so die von ihnen zu einem bestimmten Zeitpunkt angebotene Menge steuern. Da die Ressourcen an einem bestimmten Standort beschränkt sind, wirkt sich dies allerdings auf die künftig von ihnen anbietbare Menge aus. So sagte beispielsweise Kästli aus, dass sie während einer gewissen Zeit versuchte, die Kiesreserven ihrer Abbaustellen in Rubigen zu schonen.⁶⁸⁸ Den Betreibern sind in der Beschleunigung resp. Verlangsamung des Abbaus zudem durch die notwendige etappenweise Bewirtschaftung Grenzen gesetzt. 354. Die Regionalkonferenzen sollen sich unter dem Sachplan ADT 12 neutral bezüglich Erweiterungen und neuen Standorten verhalten. Ungeachtet dessen dürften Erweiterungen gegenüber neuen Standorten faktisch Vorteile aufweisen, die einen Unterschied ausmachen können: Die Interessenabwägung im früheren Richtplanverfahren fiel bezüglich der bereits bestehenden Abbaustelle schon positiv aus; der Standort hat sich als geeignet erwiesen. Es kann daher eher mit einer positiven Interessenabwägung auch zu Gunsten einer Erweiterung gerechnet werden als bezüglich eines bisher nicht evaluierten Standorts. Die Verkehrssituation am fraglichen Ort dürfte bereits «geregelt» sein und ein Eingriff ins Landschaftsbild ist an diesem Ort unabhängig der Erweiterung schon erfolgt. Hinzu kommt, dass sich betroffene Personen wie etwa Anwohner mit der damit einhergehenden Belastung mittlerweile abgefunden haben könnten, während von einem neuen Standort betroffene Personen noch nicht wissen, was sie erwartet, was den Widerstand tendenziell vergrössern dürfte. Der Erläuterungsbericht zum regionalen Richtplan der Regionalkonferenz Bern-Mittelland führt sodann weitere Vorteile auf, die für einen bereits bestehenden Standort sprechen können.⁶⁸⁹ Die Aufzählung dieser Vorteile ist eine rein faktische Feststellung und nicht als «Vorwurf» an irgendeine Stelle zu verstehen. Diese Vorteile führen allerdings dazu, dass Erweiterungen einfacher möglich sind als neue Standorte, was sich zu Gunsten bereits etablierter Unternehmen auswirkt. Hinsichtlich der bestehenden Konkurrenzsituation 355. Aufgrund der Richtplanung ist die Grössenordnung der bei den einzelnen Kiesgruben im Zeitpunkt der Richtplanung vorhandenen Abbaureserven allgemein bekannt.⁶⁹⁰ Bekannt ist

685 In gleichem Sinn wohl SAURER (Fn 404), 20. 686 Act. II.G.X.12 S. 4. 687 Handbuch ADT 12 (Fn 663), S. 19; Regionaler Richtplan der Regionalkonferenz Bern-Mittelland (Fn 664), S. 15. 688 Zeugeneinvernahme von [...] vom 5.2.2015, Rz 139–142, Act. III.13. 689 Erläuterungsbericht zum regionalen Richtplan der Regionalkonferenz Bern-Mittelland (Fn 650), S. 31. 690 Siehe exemplarisch Rz 343.

111 auch der Koordinationsstatus dieser Abbauvolumina, namentlich ob und in welchem Umfang sie schon grundeigentümergebunden gesichert sind resp. – bei einer behördenverbindlichen Sicherung – in welchem Stadium sie sich befinden (Festsetzung, Zwischenergebnis, Vororientierung). Es besteht also – zumindest im Zeitpunkt der jeweiligen Richtplanung – Transparenz über die bei den Konkurrentinnen vorhandenen und eingegebenen Volumina. Ebenfalls ersichtlich ist, wo und in welchem Umfang bei bestehenden Kiesgruben eine Erweiterung geplant ist, was Aufschluss über die beabsichtigte künftige Entwicklung gibt. 356. Bis 2012 dürfte diese Transparenz – zumindest für einige Marktakteure – noch deutlich grösser gewesen sein. Denn unter dem Sachplan ADT 98 (d.h. bis ins Jahr 2012) erfolgte die Datenerhebung für das Controlling nicht alleine durch kantonale Behörden, sondern von diesen zusammen mit dem [U14].⁶⁹¹ Aus diesen Jahreserhebungen konnte die Entwicklung der abgebauten und abgelagerten Materialien beobachtet und ausgewertet werden.⁶⁹² Wer beim [U14] und dessen Mitgliedern von den erhobenen Zahlen Kenntnis hatte, ist zwar nicht im Einzelnen bekannt. Zumindest die beiden Exponenten, die den [U14] bei der Verfassung des Controllingberichts 2008 vertraten, dürften aber schon nur aufgrund dieser Funktion entsprechende Kenntnisse verfügt haben – es waren dies [...] (Kästli) und [...] (Alluvia/Messerli).⁶⁹³

C.3.4.2 Kieswerke

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

C.3.4.3 Deponien 358. Bezüglich der Deponien ist die raumplanungsrechtliche Rahmensituation weitestgehend dieselbe wie bezüglich der Kiesgruben, weshalb auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann.⁶⁹⁵ Der grösste Unterschied besteht darin, dass bei Deponien die vorgegebene Richtmenge schematisch nach der Anzahl Einwohner bestimmt wird, nicht nach den historischen Abbaumengen.⁶⁹⁶ Für die Bemessung des Perimeters wird alsdann aber auch bei Deponien soweit möglich auf die historische Menge abgestellt.⁶⁹⁷ Die unterschiedliche Bemessung der Richtmenge hat nicht zur Folge, dass sich die raumplanungsrechtlichen Rahmenbedingungen hier wesentlich anders auf das Wettbewerbsgeschehen auswirken würden als dort, zumal ebenfalls eine Mengenbeschränkung besteht. Die hinsichtlich Kiesgruben ausgeführten Auswirkungen⁶⁹⁸ treffen also mutatis mutandis auch im Bereich Deponien zu. 359. Ein faktischer Unterschied besteht darin, dass Deponien an sich nicht vom Vorhandensein eines natürlichen Rohstoffvorkommens abhängig sind. Es wird nicht ein Rohstoff abgebaut, sondern Material abgelagert, was «bloss» geeigneten Platz für diese Ablagerung erfordert. Eine Deponie «auf grüner Wiese» ist grundsätzlich möglich; die bei einer solchen

691 Controllingbericht 2017 (Fn. 409), S. 6. 692 Vgl. Controllingbericht 2008, S. 7 (abrufbar unter <docplayer.org/188341209-Vollzug-kantonaler-sachplan-abbau-deponie-transporte.html> [zuletzt besucht am 13.6.2023]). 693 Vgl. Controllingbericht 2008 (Fn 692), S. 2. 694 Rz 286. 695 Rz 331 ff. 696 Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 23 f. 697 Sachplan ADT 12 (Fn 406), S. 23. 698 Rz 349 ff.

112 Standorteingabe beizubringenden Nachweise⁶⁹⁹ sind inhaltlich entsprechend anders (z.B. entfallen Nachweise zu den Rohstoffvorkommen). Mit anderen Worten müssen Deponien nicht zwangsläufig in Abbaustellen errichtet werden. Diese sind dafür aber besonders geeignet, zumal Betreiber von Abbaustellen verpflichtet sind, diese wieder aufzufüllen und das frühere Erscheinungsbild wieder herzustellen. Im Gegensatz zu Abbaustellen, die wieder aufzufüllen sind, verändern Deponien «auf grüner Wiese» das Landschaftsbild dauerhaft und nicht nur für die Zeit vom Abbau bis zur Wiederauffüllung. Es ist denn auch festzustellen, dass es im Zeitraum von 2005 bis 2015 im Kanton Bern keine Deponien «auf grüner Wiese» gab.⁷⁰⁰ Gemäss den dem Kanton Bern zur Verfügung stehenden Informationen wurde in diesem Zeitraum bloss ein einziges Gesuch um Errichtung einer Deponie «auf grüner Wiese» gestellt.⁷⁰¹ Die diesbezügliche kommunale Überbauungsordnung wurde allerdings von den Stimmbürgern der betroffenen Gemeinde abgelehnt, was zeigt, dass politischer Widerstand gegen – bislang im Kanton Bern nicht erprobte – Deponien «auf grüner Wiese» droht. Erst der Erlass einer kantonalen Überbauungsordnung, die Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens bis vor BGer wurde, schuf gegen Ende 2017 die Grundlage für eine Realisierung dieser Deponie.⁷⁰²

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

C.4.1 Gegenstand dieses Kapitels

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

C.4.2 Rohkiesgewinnung

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

C.4.2.1 Die Kiesabbaustellen von KAGA und ihren Aktionärinnen im Kanton Bern 362. Die nachfolgende Tabelle zeigt die Kiesabbaustellen, aus denen die Verfahrensbeteiligten gemäss Controlling-Daten des Kantons Bern von 2004 bis 2015 im Kanton Bern Rohkies 699 Siehe dazu Rz 340. 700 Act. VI.5.a, Antwort auf Frage 23. 701 Act. VI.5.a, Antwort auf Frage 25. 702 Siehe zu diesem Ablauf BGer, 1C_23/2017 vom 3.10.2017 Bst. A. 703 Siehe dazu Rz 250 ff. 704 Rz 221.

113 gewonnen haben (bei Vigier werden zusätzlich die zwei Steinbrüche aufgeführt). Zu erwähnen ist, dass innerhalb eines Unternehmens teilweise unterschiedliche Gesellschaften als Betreiberinnen der jeweiligen Kiesabbaustellen auftraten. Da letztlich nicht von Belang ist, welche Gesellschaft innerhalb eines Unternehmens als Betreiberin in Erscheinung trat, wird nachfolgend der besseren Lesbarkeit halber das jeweilige Unternehmen als Betreiberin aufgeführt.⁷⁰⁵ Die Abbaustelle Ried wird in den Controlling-Daten bei der KAGA geführt – da diese Abbaustelle der Daepf gehört und sie es ist, die dort Rohkies gewinnt, wird diese Abbaustelle beim Rohkiesabbau der Daepf zugeordnet. Aktive Jahre im Zeitraum 2004-2015 Art Betreiber Name Abbaustelle Ort Planungsregion (ohne 2011) Türliacher / Bergacher Kirchdorf Bern-Mittelland 2004-2015 Grube Bern-Mittelland / KAGA Bümberg Kiesen Grube Thun-Oberland West 2005-2015 Säget / Weid Kiesgrube Uttigen Thun-Oberland West 2008-2010 Grube Kiesgrube Silbersbode Mattstetten Bern-Mittelland 2004-2015 Grube Abbaustelle Oberwangenhubel + Oberwangen Bern-Mittelland 2004-2015 Grube KWO Alluvia Christenhof/Oberberken 2006-2009; 2012- Berken Oberaargau Grube Kieswerk 2013; 2015 Wolfgrubenacher 2004-2007; 2009- Heimenhausen Oberaargau Grube Kiesgrube Heimenhausen 2010; 2013-2014 Schönibühl/Bergacher Oppligen Bern-Mittelland 2004; 2006-2010 Grube Daepf Kiesgrube Abbaustelle Ried Kirchdorf Bern-Mittelland 2004-2015 Grube Kästli Schwarzbach Rubigen Bern-Mittelland 2004-2015 Grube Marti Hinterfeld Walliswil Walliswil b.N. Oberaargau 2004-2015 Grube Pfaffenboden Grünenmatt Emmental 2004-2013; 2015 Grube Bärnerschachen Attiswil Oberaargau 2004-2015 Grube Kiesgrube 2005; 2007-2008; Gesigen Kiesgrube Spiez Thun-Oberland West Grube 2010-2015 Abbaustelle Steinigand Wimmis Thun-Oberland West 2004-2015 Grube Kienberg / Kienbergwald Wimmis Thun-Oberland West 2015 Grube Kiesgrube Vigier Abbaustelle Chrützwald Lyss Biel-Seeland/Jura 2004-2015 Grube Kieswerke Oberfeld Finsterhennen Biel-Seeland/Jura 2004-2010 Grube Abbaustelle Oberfeld Treiten Biel-Seeland/Jura 2012-2015 Grube Gryfenberg/Chugelwald Safnern Biel-Seeland/Jura 2004-2015 Grube Kiesgrube Kanderdelta Spiez Thun-Oberland West 2006-2007 Gewässer Schwandwald Steinbruch Reutigen Thun-Oberland West 2012-2015 Steinbruch Steinbruch bim Tanzbode Kandergrund Thun-Oberland West 2004-2012; 2015 Steinbruch Tabelle 1: Abbaustellen der Aktionärs-Unternehmen und von KAGA im Kanton Bern zwischen 2004 und 2015 (Quelle Eigene Auswertung der Controlling-Daten [Fn 408]).

⁷⁰⁵ Nicht aufgeführt ist eine – im Übrigen ausgesprochen kleine (<0,1 %) – Abbaustelle, bei der eine Verfahrensbeteiligte erst im Laufe des Jahres 2014 die Mehrheitsbeteiligung übernahm.

114 363. Die angeführten Jahre zeigen, dass etwa die Hälfte der Abbaustellen während der gesamten Zeit aktiv waren. Sowohl KAGA als auch ihre Aktionärinnen (ohne Heimberg) hatten alle mindestens eine Abbaustelle, in der sie während den Jahren 2004 bis 2015 ohne Unterbruch Rohkies gewannen. Weiter ist festzustellen, dass Abbaustellen desselben Betreibers, die in unmittelbarer Nähe zueinander liegen, oftmals turnusmässig betrieben

wurden resp. sich ablösen,706 so dass dort letztlich ebenfalls eine ununterbrochene Rohkiesgewinnung vorlag. Bei wenigen Abbaustellen gab es hingegen Unterbrüche, also Jahre, in denen kein Rohkies gewonnen wurde, später aber die Rohkiesgewinnung wieder aufgenommen wurde.707 Dies (ebenso wie im Übrigen der turnusmässige Betrieb nahegelegener Abbaustellen) dürfte auf die etappenweise Bewirtschaftung zurückzuführen sein.708 Bei einer Abbaustelle endete die Rohkiesgewinnung 2010,709 doch dürfte diese wieder aufgenommen werden,710 während bei zwei anderen die Rohkiesgewinnung erst im Laufe der Periode 2004 bis 2015 begonnen hat.711 Summa summarum ist festzuhalten, dass KAGA und ihre Aktionärinnen (ohne Heimberg) je- weils während der gesamten Zeit ununterbrochen Rohkies gewonnen haben.

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

C.4.2.2 Betreiberinnen von Kiesabbaustellen im gesamten Kanton Bern 365. Die nachfolgende Übersicht zeigt, welchen prozentualen Anteil die einzelnen Betreibe- rinnen von Kiesabbaustellen im Kanton Bern an der Gesamtmenge des in den Jahren 2004 bis 2015 im Kanton Bern gewonnenen Rohkieses erreicht haben. Betreiberinnen mit einem Anteil von mindestens 1,5 % werden namentlich aufgeführt. Die Betreiberinnen werden in drei Kategorien gruppiert: 1) KAGA, 2) die Aktionärinnen von KAGA und 3) unabhängige Dritte.

Betreiberin %-Anteil an kantonaler Gesamtmenge 04-15 KAGA [12–13]
KAGA-Aktionärinnen [45–50] - Vigier [22,5–25] - Alluvia [11–12] - Marti-Gruppe [6,5–7]
- Kästli-Gruppe [4,5–4,75] - Daepf [3–3,25] Fortsetzung der Tabelle auf der nächsten Seite.

706 So etwa die Kiesgruben von Alluvia in Berken und Heimenhausen oder diejenigen von Vigier in Finsterhennen und Treiten. Dasselbe gilt im Übrigen auch für die Kiesgruben von KAGA. Im Teil- richtplan ADT des Entwicklungsraums Thun wird dieser Betrieb im Wechsel zwischen den Stand- orten Säget und Bümberg sogar ausdrücklich erwähnt. 707 So die Kiesgruben von Vigier in Grünenmatt und Spiez sowie ihr Steinbruch in Kandergrund. 708 Siehe Rz 240, ferner SAURER (Fn 404), 7. 709 Die Kiesgrube von Daepf in Oppligen. 710 Vgl. das Koordinationsblatt zu diesem Standort (Nr. 124 «Schönibühl») im Richtplan ADT der Re- gionalkonferenz Bern-Mittelland. 711 Die Kiesgrube von Vigier Kienberg in Wimmis und ihr Steinbruch in Reutigen. 712 So etwa Act. VIII.158 Rz 12.

115 Unabhängige Dritte [35–40] - [U05]: [U08]713 und [U06]714 [17–18] - [U07]715 [3,5–3,75] - [U17]716 [2,75-3] - [U01]717 [1,5–1,75] - [U18]718 [1,5–1,75] - Zahlreiche Klein- und Kleinstabbau- Anteil je weniger als 1.5; stellen alle zusammen [<12] Total Kanton Bern 100 Tabelle 2: Prozentuale Anteile der Betreiberinnen an der im Kanton Bern zwischen 2004 und 2015 gewon- nenen Rohkiesmenge (Quelle Eigene Auswertungen der Controlling-Daten [Fn 408]).

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

Grösse Betreiberin 1 Vigier (KAGA-Aktionärin) 2 [U05] 3 KAGA 4 Alluvia (KAGA-Aktionärin) 5 Marti-Gruppe (KAGA-Aktionärin) 6 Kästli-Gruppe (KAGA-Aktionärin) 7 [U07] 8 Daepf (KAGA-Aktionärin) 9 [U17] 10 [U01] [U18] 719 12-x Zahlreiche Klein- und Kleinstabbaustellen Tabelle 3: Betreiberinnen, geordnet anhand des prozentualen Anteils an der im Kanton Bern zwischen 2004 und 2015 gewonnenen Rohkiesmenge (Quelle Eigene Auswertungen der Controlling-Daten [Fn 408]).

713 Die vollständige Firma lautet [U08] (nachfolgend [U08]). [U08] wurde 1997 von der [U16] übernommen, die zu [U05] gehört (vgl. <[...]> über uns > Alle Standorte > Standort wählen bei [U08] [zuletzt besucht am 13.6.2023]). 714 Die vollständige Firma lautet [U06] (nachfolgend [U06]). [U06] wurde 1993 von der [U16] übernommen, die zu [U05] gehört (vgl. <[...]> über uns > Alle Standorte > Standort wählen bei [U06] [zuletzt besucht am 13.6.2023]). 715 Die vollständige Firma lautet [U07] (nachfolgend [U07]). 716 Zur [U17] gehören unter anderem die [U17], die [U17], die [U17] und die [U17] (vgl. <[...]> [zuletzt besucht am 13.6.2023]), die nachfolgend als [U17] bezeichnet werden. 717 Die vollständige Firma lautet [U01] (nachfolgend [U01]). In Zitate ist teilweise auch von der [U01] die Rede. 718 Die vollständige Firma lautet [U18] (nachfolgend [U18]). Die Kiesabbaustelle und Deponie für un- verschmutzten Aushub der [U18] wird durch die Kästli-Gruppe betrieben (vgl. <[...]> Aktuell > In- foblatt Kiesgrube Gumpersmühle, zuletzt besucht am 13.6.2023). Entsprechend ist fraglich, ob [U18] überhaupt als eine Konkurrentin gegenüber KAGA und deren Aktionärinnen, insbesondere der Kästli-Gruppe, betrachtet werden kann. Da dieser Punkt letztlich nicht entscheidend ist, kann er offen bleiben. 719 Siehe zu dieser allerdings auch Fn 718.

116 367. Diese beiden Tabellen zeigen, dass sowohl KAGA als auch ihre Aktionärinnen (mit Ausnahme der Heimberg, die in der Kiesgewinnung nicht aktiv ist) zu den bedeutendsten Betreiberinnen von Kiesgewinnungsstätten im Kanton Bern zählen. Gemeinsam zeichnen sie sich für etwa 60 % des gesamten im Kanton Bern gewonnenen Rohkieses verantwortlich. Nur eine einzige Dritte, [U05], hat ein grösseres Volumen an Rohkies gewonnen als KAGA. Die vier nächstgrössten Dritten ([U07], [U17], [U01], [U18]) erreichen demgegenüber sogar zusammen gerechnet nicht das Volumen von KAGA alleine, sondern bloss rund [...] davon. Das Volumen der Grössten von ihnen ([U07]) erreicht knapp [...] des Volumens von KAGA, während es bei den Kleineren ([U17], [U01]) je weniger als [...] ist. Und nur gerade die Grösste dieser vier Dritten ([U07]) hat ein etwas grösseres Volumen als die Kleinste der KAGA-Aktionärinnen (Daepf); die übrigen KAGA-Aktionärinnen weisen ein (teilweise bedeutend) grösseres Volumen auf. Festzustellen ist sodann, dass etliche Klein- und Kleinstabbaustellen mit einem Anteil von je weniger als 1,5 % bestehen, wobei diese über 40 Klein- und Kleinstabbaustellen zusammen einen Anteil von gerade ei

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