

WEKO ktb-werke-2018-12-10 vom 10. Dezember 2018

WEKO, 2018-12-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_ktb-werke-2018-12-10

FR: WEKO ktb-werke-2018-12-10 du 10 décembre 2018

IT: WEKO ktb-werke-2018-12-10 del 10 dicembre 2018

Erwägungen

E. 21

November 2016 betreffend Verfahrenstrennung⁶⁶¹ ebenfalls gegen die operativ tätigen Gesellschaften und deren Muttergesellschaften richteten. 791. Hieraus ergibt sich, dass die Verfügung den folgenden juristischen Personen zu eröffnen ist: ■ Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern für die Alluvia-Gruppe; ■ Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG für die Kästli-Gruppe. C.3 Vorbehaltene Vorschriften 792. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenso wenig fallen Wettbewerbswirkungen unter das Gesetz, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG). Letzteres ist für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes nicht von Bedeutung. 793. Die Parteien bringen vor, der gemeinsame Mengenrabatt habe im Einklang mit den öffentlich-rechtlichen Vorgaben des kantonalen Sachplans ADT gestanden, weil er zu kürzeren Transportwegen geführt habe (dazu vorne Rz 327 ff.). Zudem seien sie an der Ausarbeitung des Sachplans ADT beteiligt gewesen. Sie machen damit sinngemäss einen Vorbehalt gemäss Art. 3 KG geltend. 794. Wie dargelegt, gab es bei der Einführung des Mengenrabattes anfangs 1996 den Sachplan ADT vom 16. September 1998 noch nicht. Auf kantonaler Stufe gab es zuvor keine Sachplanung für Materialabbau und Inertstoffdeponien (dazu vorne Rz 335). Mit dem gemeinsamen Mengenrabatt bezweckten die Verfahrensparteien insbesondere, sich bei der Gewährung von Mengenrabatten für Betonbezüge nicht zu konkurrieren sowie ihre Liefergebiete zu koordinieren (dazu vorne Rz 623 ff.). Zudem bezweckten sie damit, Betonverkäufe von Drittanbietern und Drittanbieterinnen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) zu verhindern oder zumindest zu reduzieren. Art. 3 Abs. 1 KG gelangt daher vorliegend nicht zur Anwendung. 795. Selbst wenn man jedoch davon ausginge, die Parteien hätten angestrebt, aufgrund des Sachplans ADT die Transportstrecken zu verkürzen, würde Art. 3 KG aus den folgenden Gründen nicht zur Anwendung gelangen: - Vorliegend ist nicht streitig, ob eine vorbehaltene Vorschrift vorliegt, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG begründen würde. Es ist einzig zu prüfen, ob der Sachplan ADT eine Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG ist, welche die Alluvia- und die Kästli-Gruppe mit besonderen Rechten zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben ausstattet. - Gemäss Art. 3 Abs. 1 KG vorbehaltene Vorschriften sind grundsätzlich sowohl Gesetze im formellen Sinne als auch – sofern die Grundsätze der Gesetzesdelegation eingehalten wurden – Verordnungen.⁶⁶² Es ist daher zu prüfen, ob der Sachplan ADT ein Gesetz im formellen Sinne oder eine Verordnung ist.

661 Act. V.5.1-2 (22-0440) 662 BGE 141 II 66, 72 E. 2.2.5 (= RPW 2015/1, 133 E. 2.2.5), Hors-Liste Medikamente; PETER MÜNCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 3 Abs. 1 N 10, m. w. H

22-00049/COO.2101.111.7.331387 193

Das Verfahren auf Erlass eines Gesetzes im formellen Sinne unterscheidet sich wesentlich von der Erarbeitung eines Sachplans. Im Kanton Bern unterliegen die im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren vom Grossen Rat erlassenen Gesetze dem fakultativen Referendum (Art. 62 Abs. 1 Bst. a KV/BE663). Sachpläne werden hingegen im Auftrag des Regierungsrats von den Direktionen erarbeitet (Art. 99 Abs. 1 BauG/BE664), wobei eine Mitwirkung der Bürgerinnen und Bürger nicht vorgesehen ist. Daraus ist ersichtlich, dass der Sachplan ADT kein Gesetz im formellen Sinn ist. Sachpläne sind sodann auch keine Verordnungen, welche eine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG sein könnten. Zwar werden Sachpläne gleich wie Verordnungen vom Regierungsrat erlassen beziehungsweise bezeichnet (Art. 88 Abs. 2 KV/BE und Art. 99 Abs. 1 BauG/BE), doch sind sie nur für Behörden verbindlich (Art. 57 Abs. 1 BauG/BE). Sie sind daher keine Rechtssätze bzw. Verordnungen.665 Selbst wenn Sachpläne Verordnungen wären, würden Normen auf Verordnungsstufe nur dann als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG in Betracht fallen, wenn die Grundsätze der Gesetzesdelegation666 eingehalten worden wären, das heisst dem Regierungsrat Rechtsetzungskompetenzen (zum Ausschluss von Wettbewerb) übertragen worden wären. Die gesetzliche Grundlage für die Bezeichnung von Sachplänen (Art. 99 Abs. 1 BauG/BE) erfüllt diese Voraussetzungen nicht. 796. Die Ausführungen zeigen, dass der Sachplan ADT weder mit einem Gesetz im formellen Sinn noch mit einer Verordnung, die den Grundsätzen der Gesetzesdelegation genügt, vergleichbar ist. Folglich sind die Vorgaben im Sachplan ADT keine vorbehaltenen Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 KG. 797. Der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass, selbst wenn man die Vorgaben des Sachplans ADT als Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG qualifizieren würde, die Bestimmung vorliegend nicht zur Anwendung gelangen würde, da der Sachplan ADT aus dem Jahr 1998 den Wettbewerb nicht zugunsten der Parteien ausschliesst. Er räumt den Parteien an keiner Stelle das Recht ein, anhand von Preis- und Gebietsabreden oder unter Missbrauch ihrer Marktposition den Wettbewerb zu beschränken.667 Damit Art. 3 Abs. 1 KG überhaupt zur Anwendung gelangen könnte, müsste der ADT Sachplan 1998 ein wettbewerbswidriges Verhalten der Parteien aber klar anordnen oder zulassen.668 798. Zusammenfassend steht somit fest, dass der Sachplan ADT den Verfahrensparteien keine besonderen, den Wettbewerb einschränkenden Rechte zubilligen. Es liegt kein Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG vor.

663 Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV/BE, BSG 101.1) 664 Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG/BE, BSG 721.0) 665 Vgl. z.B. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2016, Rz 958 666 Eine Gesetzesdelegation ist zulässig, sofern sie nicht von der Verfassung ausgeschlossen ist, die Delegationsnorm ein Gesetz im formellen Sinne ist und die Delegation sich auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränkt. Die wichtigsten Regelungen der delegierten Materie müssen zudem bereits im Gesetz im formellen Sinne geregelt sein. Vgl. dazu BGE 128 I 113, 122 E. 3c.; Urteil des BVGer A-5627/2014 vom E. 4.2, A./Eidgenössisches Zollverwaltung EVZ 667 Der Sachplan ADT aus dem Jahr 2012 hält sogar explizit fest, dass der Kanton sich wettbewerbsneutral benimmt und die Eintrittsschranken für neue Anbieter im Markt so niedrig als möglich hält und die

Entwicklungen der Preise, Leistungen und des Wettbewerbs prüft und gegebenenfalls die Wettbewerbskommission oder den Preisüberwacher bezieht; vgl. den Kantonalen Sachplan Abbau, Deponie, Transporte, Sachplan ADT, 2012, Grundsatz 18, S. 19, abrufbar unter: https://www.jgk.be.ch/jgk/de/index/raumplanung/raumplanung/kantonale_raumplanung/ver_r_und_entsorgung/adt.assetref/dam/documents/JGK/AGR/de/Raumplanung/Ver-%20und%20Entsorgung/agr_kantonale_raumplanung_sachplan_adt_2012_de.pdf. 668 BGE 141 II 66, 72 E. 2.2.3; BGE 129 II 497, 516 E. 3.3.3

22-00049/COO.2101.111.7.331387 194

C.4 Beachtung von Verfahrensvorschriften C.4.1 Antrag auf Erlass einer Zwischenverfügung 799. Mit Schreiben vom 28. Dezember 2017, vom 30. Januar 2018 und 9. Mai 2018 beantragte die Kästli-Gruppe den Erlass einer Zwischenverfügung. Der Verfahrensablauf wurde oben unter Titel A.4.7, Rz 41 ff. dargestellt. C.4.1.1 Vorbringen der Kästli-Gruppe 800. Am 28. Dezember 2017 stellte die Kästli-Gruppe den folgenden Antrag: «Da die Frage, wie weit die Pflicht zur Vertraulichkeit gemäss dieser Ziffer 10 greift, für die Ausübung der Verteidigungsrechte der Verfahrensparteien von zentraler Bedeutung ist [...], ersuchen wir das Sekretariat um den Erlass einer anfechtbaren Zwischenverfügung zu diesem Punkt.»⁶⁶⁹ Mit Schreiben vom 30. Januar 2018 hielt die Kästli-Gruppe fest, sie halte «am Gesuch einer Feststellungsverfügung gemäss [...] Schreiben vom 28. Dezember 2017 fest» und begründete ihren Antrag damit, bei den Rahmenbedingungen handle es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG.⁶⁷⁰ Sie wiederholte ihren Antrag um Erlass einer Zwischenverfügung mit Schreiben vom 9. Mai 2018 und stellte sich darin auf den Standpunkt, es sei «von fundamentaler Bedeutung», ihre verfassungsrechtlichen Verfahrensrechte im Verfahren vollumfänglich wahrnehmen zu können. Dazu gehöre es in ihrer Stellungnahme zum Antrag die Verhaltensweisen der Behörde im Verfahren auf Einhaltung der Grundrechte der Parteien hin zu hinterfragen und gegebenenfalls überprüfen zu lassen. Sie müsse sich auf Kommunikationsinhalte im Rahmen der Verhandlung der einvernehmlichen Regelung beziehen können. Diese Frage will die Kästli-Gruppe vor Versand des Antrages des Sekretariats rechtskräftig geregelt haben.⁶⁷¹ 801. Das Sekretariat beschloss aus den folgenden Gründen auf den Erlass einer getrennten Zwischenverfügung zu verzichten. C.4.1.2 Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung 802. Gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG ist dem Begehren um eine Feststellungsverfügung zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist. Mithin ist bei der Feststellungsverfügung der praktische Nutzen nachzuweisen.⁶⁷² C.4.1.3 Würdigung des Antrags 803. Der Antrag der Kästli-Gruppe auf Erlass einer Zwischenverfügung basiert auf der Prämisse, dass die Rahmenbedingungen eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellen und über den Inhalt dieser verfügt werden kann. Es ist fraglich, ob dies zutrifft. Auf die Beantwortung dieser Frage wird aber vorliegend verzichtet, da auf den Antrag zum Erlass einer Feststellungsverfügung ohnehin nicht eingetreten werden könnte. Denn diesfalls müsste die Kästli ein schutzwürdiges Interesse (Art. 25 Abs. 2 VwVG) am Erlass einer Feststellungsverfügung geltend machen können. Es wäre mithin der praktische Nutzen am Verfügungserlass

669 Act. I.66 670 Act. I.80 671 Act. I.100 672 Urteil des BVGer A-6820/2009 vom 23. März 2010, E. 5.1., Stadt Dietikon et al./SBB et al.

22-00049/COO.2101.111.7.331387 195

nachzuweisen.⁶⁷³ Ein praktischer Nutzen an der Feststellung des sachlichen Umfangs der Ziffer 10 der Rahmenbedingungen besteht aus den folgenden Gründen nicht: - Die Kästli-Gruppe geht davon aus, dass die Rahmenbedingungen eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellen. Sie hätte somit diese Verfügung anfechten und deren ganze oder teilweise Aufhebung beantragen sollen. Dies hat sie nicht innert Rechtsmittelfrist getan. Der vorliegende Antrag auf Erlass einer Feststellungsverfügung ist subsidiär zu dieser Anfechtungsmöglichkeit.⁶⁷⁴ - Die Kästli-Gruppe kann unabhängig davon, welche Bedeutung die Wettbewerbsbehörden dem Inhalt der Ziffer 10 der Rahmenbedingungen zumessen, sämtliche faktischen, verfahrensrechtlichen und materiell-rechtlichen Argumente im Rahmen ihrer schriftlichen und allenfalls mündlichen Anhörung im Rahmen von Art. 30 Abs. 2 KG vorbringen. Ferner kann sie die Endverfügung aus denselben Gründen uneingeschränkt anfechten. ⁸⁰⁴. Die Kästli-Gruppe hat somit keinen praktischen Nutzen am Erlass einer Feststellungsverfügung. Es fehlt ihr somit am schutzwürdigen Interesse im Sinne von Art. 25 Abs. 2 VwVG. Auf Ihren Antrag kann aus diesen Gründen nicht eingetreten werden. C.4.2 Beweisanträge ⁸⁰⁵. Mit Schreiben vom 27. September 2017 beantragte die Kästli-Gruppe eine Reihe von Beweismassnahmen. Der Verfahrensablauf wurde oben unter Titel A.4.8, Rz 44 f. geschildert. C.4.2.1 Anträge der Kästli-Gruppe ⁸⁰⁶. Am 27. September 2017 beantragte die Kästli-Gruppe die Einvernahme folgender Personen als Zeugen: - [S.____], Präsident des kantonalen Kies- und Betonverbandes KSE Bern zu den Themen «Preise, Transportwege und –kosten, Konkurrenz, Markteintritte und Marktvolumen im Kies-, Beton- und Deponienmarkt im Kanton Bern»; - [T.____], Geschäftsführer des Verbandes der Kies- und Betonproduzenten Aargau (VKB Aargau) zu den Themen «Preise, Transportwege und –kosten, Konkurrenz, Markteintritte und Marktvolumen im Kies-, Beton- und Deponienmarkt im Kanton Bern»; - [U.____], ehemaliger Präsident des BVRB zu den Themen «Kies- und Betonbatzen, Preisgestaltung/Preiserhöhung und Kies- und Betonmarkt im Raum Bern»; - [V.____], Leiter Hochbau Bern und Biel, Frutiger AG, Bern und Biel - [I.____], [Funktionsbezeichnung], Büchi AG, Bern - [W.____], Technischer Leiter, Bill AG, Wabern ⁸⁰⁷. Ferner sei eine «Sachverständigenaussage» beim Schweizerischen Nutzfahrzeugverband ASTAG einzuholen «zur Frage wie Transportkosten im Kies- und Betongewerbe üblicherweise kalkuliert werden und inwiefern sich Transportkosten für Kies- und Betonlieferungen von Unternehmen zu Unternehmen unterscheiden können». ⁸⁰⁸. Schliesslich sei ein Sachverständigengutachten einzuholen zu den Fragen - Definition des relevanten Markts für Beton- und Kieslieferungen,

⁶⁷³ Urteil des BVGer A-6820/2009 vom 23. März 2010, E. 5.1. Stadt Dietikon et al./SBB et al. ⁶⁷⁴ BGE 132 V 257 E. 1; BGE 129 V 289 E. 2.1

22-00049/COO.2101.111.7.331387 196

- Relevante Marktakteure und aktuelle und potenzielle Konkurrenz, - Regulatorische Einflüsse in Bezug auf die effektiven Marktwirkungen, - Vorliegen einer schädlichen Verhaltensweise und Schaden (Preise, Mengen, Qualitäten, Innovation) sowie Geschädigte.⁶⁷⁵ C.4.2.2 Beweismassnahmen des Sekretariats ⁸⁰⁹. Das Sekretariat führte daraufhin vier Befragungen durch. Zur Ergänzung der Selbstanzeigen der Alluvia-Gruppe und der Kästli-Gruppe vernahm es am 14. November 2017 [F.____], [Mitarbeiter] der Alluvia-Gruppe⁶⁷⁶ bzw. am 20. November 2017 [G.____], [Funktionsbezeichnung] und [Organ] der Kästli Beteiligungen AG und der Kästli Bau AG.⁶⁷⁷ Schliesslich befragte es am 27. November 2017 [H.____]⁶⁷⁸, [Funktionsbezeichnung], Implenia Schweiz AG,

und am 29. November 2017 [I._____]679, [Mitarbeiter] (seit 1. Januar 2018 [Funktionsbezeichnung]) der Büchi AG, als Zeugen. Folgende Themen waren Gegenstand der Befragung: - der Einkauf von Beton und Kies (u.a. Prozess, Auswahl des Lieferanten und der Produkte) - die Art und Weise der Festlegung von Preisen für Kies und Beton, - die im Raum Bern präsenten Anbieter von Beton und Kies (Konkurrenzsituation), - die Baustellenanlagen und Trockenbeton, - die Eigenproduktion von Beton und Kies, - die Kapazitäten der Betonwerke, - die Transportwege und Kosten, - die Qualitätsunterschiede von Kies und Beton, - die Produktionskosten von Kies und Beton, - die Arten von Mörtel, - der Einkauf von Mörtel, - die Anbieter von Nassmörtel, - das Recyclingmaterial, - die gelieferten Daten. 810. Aus der obigen Auflistung ist ersichtlich, dass das Sekretariat die von der Kästli-Gruppe für die Zeugeneinvernahmen und die «Sachverständigenaussage» beantragten Beweisthemen erfragt hat. Insoweit wurde das Gesuch implizit gutgeheissen. Einzig zum Thema Kies- und Betonbatzen führte es keine erneute Befragung durch. Zudem gab es kein Sachverständigengutachten zu den genannten Themen in Auftrag. Die Kästli-Gruppe wiederholte mit

675 Act. I.40 676 Act. VIII.A.49 (24-0113) 677 Act. VIII.B.45 (24-0114) 678 Act. III.2 679 Act. III.3

22-00049/COO.2101.111.7.331387 197

Schreiben vom 28. Dezember 2017 ihre Beweisanträge bezüglich der Zeugeneinvernahmen von [S._____, T._____, U._____], der genannten «Sachverständigenaussage» und dem Sachverständigengutachten.680 An den übrigen Anträgen hält die Kästli-Gruppe anscheinend nicht fest. Es werden daher einzig die am 28. Dezember 2018 wiederholten Anträge abgehandelt. C.4.2.3 Ablehnung und Nichteintreten weitergehender Beweisanträge C.4.2.3.1 Die Rechtsgrundlagen 811. Gemäss Art. 33 Abs. 1 VwVG haben die Wettbewerbsbehörden ihr angebotene Beweise abzunehmen, sofern diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Ist die Abnahme mit verhältnismässig hohen Kosten verbunden, kann sie einen Kostenvorschuss von der Partei verlangen (Art. 33 Abs. 2 VwVG). Aus dem Beweisantrag muss zudem hervorgehen, welche rechtserheblichen Tatsachen der Betroffene zu beweisen gedenkt bzw. in Bezug auf welche Tatsachen er den Gegenbeweis zu erbringen gedenkt.681 Insofern hat der Beweisantrag analog zu Art. 52 Abs. 1 VwVG eine Begründung zu enthalten.682 812. Bei der Beurteilung der Beweistauglichkeit ist massgeblich, ob ein Beweismittel geeignet ist, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen.683 Angebotene Beweise müssen nicht abgenommen werden, wenn sie eine für die rechtliche Beurteilung unerhebliche Frage betreffen.684 Es liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, wenn die Behörden auf die Abnahme von (weiteren) Beweismitteln verzichten, weil sie aufgrund abgenommener Beweise ihre Überzeugung bereits gebildet hat und ohne Willkür annehmen konnte, ihre Auffassung würde durch weitere Beweiserhebung nicht geändert (antizipierte Beweiswürdigung).685 Ferner kann die Behörde einen Beweisantrag ablehnen, wenn sie den Sachverhalt aufgrund eigener Sachkenntnisse ausreichend würdigen kann.686 C.4.2.3.2 Würdigung der Beweisanträge Beantragte Zeugeneinvernahmen von S._____, T._____, 813. Die Kästli-Gruppe beantragte, S._____ und T._____ zu den Themen «Preise, Transportwege und -kosten, Konkurrenz, Markteintritte und Marktvolumen im Kies-, Beton- und Deponienmarkt im Kanton Bern» einzuvernehmen. Sie begründet in ihrem Schreiben vom 28. Dezember 2017, es sei für eine ergebnisoffene und vollständige Ermittlung des Sachverhalts vonnöten. Dies hätten die vorgenannten Einvernahmen

gezeigt. Die Behörde habe fast drei Jahre nach Untersuchungseröffnung «elementare Aspekte des Sachverhalts wie Marktdefinition, Marktabgrenzung und Marktstellung der Verfahrensparteien nicht geklärt,

680 Act. I.40 681 Urteil des BGer 1P.452/2003 vom 18.11.2003 E.2.2.3 682 BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2016, Art. 33 N 10 683 Urteil des BGer 2A.267/2000 vom 10.11.200 E.2c/aa; BVGE 2012/23 E.6.2.2; WALDMANN/BICKEL (Fn 682), in: in: Praxiskommentar VwVG, Art. 33 N 14 684 Urteil des BGer 2C_1019/2013, 2C_1027/2013 und EC_1051/2013 vom 2.6. 2014 E.4.1; Urteil des BGer 2C_63/2011 vom 20.10.211 E.3.2.1; WALDMANN/BICKEL (Fn 682), in: Praxiskommentar VwVG, Art. 33 N 14 685 BGE 136 I 229, E.5.3; BGE 134 I 140, E.5.3; Urteil des BGer 1C_231/2010 vom 24. August 2010 E. 2.3.1 mit Hinweisen; Urteile des BVGer A-227/2016 vom 7. Februar 2017 E.3A-1251/2012 vom 15. Januar 2014 E. 8.2 686 PATRICK SUTTER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 33 N 2 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Urteil des BVGer B-2213/2006 vom 2. Juli 2007, E.4.2.2., Höhere Fachprüfung für Steuerexperten

22-00049/COO.2101.111.7.331387 198

obwohl bereits früher und nota bene vor Initiierung der Verhandlung über eine einvernehmliche Regelung [...] Anlass dazu bestanden hätte». 687 814. Dazu ist folgendes Festzuhalten: - Die Kästli-Gruppe selbst hatte mit Schreiben vom 27. September 2017 beantragt, Zeu- geneinvernahmen zur «Marktdefinition, Marktabgrenzung und Marktstellung der Verfah- rensparteien» durchzuführen. Nachdem dies die Behörden im November 2017 getan haben, wirft sie ihnen vor, sie hätten «elementare Aspekte des Sachverhalts» nicht vor- her geprüft. Diese Argumentationsweise widerspricht Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) und entspricht nicht den Tatsachen. Zu denselben Themen hatte das Sekretariat bereits Einvernahmen abgehalten, zudem lagen ausreichend Beweise vor, um im Früh- jahr 2017 ein vorläufiges Beweisergebnis erstellen zu können (vgl. dazu z.B. die Akten- verweise im Sachverhalt, B.4.4.6, Rz 141 ff., B.4.3.7, Rz 84 ff., B.4.4.5, Rz 120 ff.). Zu- dem begründet Kästli-Gruppe damit nicht, weshalb weitere Einvernahmen notwendig gewesen sein sollten. Solche Gründe sind auch nicht ersichtlich. - Zuletzt liegen die Aussagen der Kästli-Gruppe selbst ([G.____]), von [F.____], [H.____] und [I.____] vom November 2017 vor. Inwiefern die Zeugeneinvernahmen von [S.____] und [T.____] zu denselben Themen noch neue Erkenntnisse hätte liefern können, begründet die Kästli-Gruppe nicht. Solche sind auch nicht ersichtlich. 815. Aus heutiger Sicht und in Übereinstimmung mit der Bundesrechtsprechung nehmen die Wettbewerbsbehörden ohne Willkür an, ihre Auffassung im Bereich «Preise, Transportwege und –kosten, Konkurrenz, Markteintritte und Marktvolumen im Kies-, Beton- und Deponien- markt im Kanton Bern» würden durch weitere Beweiserhebung nicht geändert. Die Beweisan- träge werden daher abgelehnt, soweit darauf eingetreten wird. Beantragte Zeugeneinvernahme von [U.____] 816. Die Kästli-Gruppe beantragte eine Zeugeneinvernahme mit [U.____], dem ehemaligen Präsidenten des BVRB zu den Themen «Kies- und Betonbatzen, Preisgestal- tung/Preiserhöhung und Kies- und Betonmarkt im Raum Bern». 817. Bezüglich der Themen der Preisgestaltung und dem Kies- und Betonmarkt kann auf das soeben Gesagte verwiesen werden. Was den Betonbatzen betrifft, sei auf die betreffenden Ausführungen und Verweise im Sachverhalt verwiesen (dazu vorne die Verweise und Ausfüh- rungen in

B.5.5, Rz 628 ff.). Die Kästli-Gruppe begründet nicht, weshalb die Einvernahme von [U._____] zusätzlich notwendig gewesen wäre. Solche Gründe sind auch nicht ersichtlich. Der Beweisantrag wird daher abgelehnt, soweit darauf eingetreten wird. Beantragte «Sachverständigenaussage» 818. Die Kästli-Gruppe beantragt weiter, es sei eine «Sachverständigenaussage» beim ASTAG einzuholen «zur Frage wie Transportkosten im Kies- und Betongewerbe üblicherweise kalkuliert werden und inwiefern sich Transportkosten für Kies- und Betonlieferungen von Unternehmen zu Unternehmen unterscheiden können». 819. Die Kästli-Gruppe begründet nicht, inwiefern solche Beweismassnahmen notwendig sind und die vom Sekretariat getroffenen Beweismassnahmen nicht ausreichen. Weitere notwendige Beweismassnahmen sind auch nicht erkennbar. Auf den Antrag wird nicht eingetreten. Beantragtes Sachverständigengutachten

687 Act. I-66, Rz 3

22-00049/COO.2101.111.7.331387 199

820. Schliesslich beantragt die Kästli-Gruppe, es sei ein Sachverständigengutachten einzuholen zu den Fragen: - Definition des relevanten Markts für Beton- und Kieslieferungen, - Relevante Marktakteure und aktuelle und potenzielle Konkurrenz, - Regulatorische Einflüsse in Bezug auf die effektiven Marktwirkungen, - Vorliegen einer schädlichen Verhaltensweise und Schaden (Preise, Mengen, Qualitäten, Innovation) sowie Geschädigte.688 821. Was die Definition des relevanten Markts für Beton- und Kieslieferung, die relevanten Marktakteure, sowie die aktuelle und potenzielle Konkurrenz betrifft, sei auf die diesbezüglichen Ausführungen und Verweise verwiesen. Inwiefern darüberhinausgehende Beweise zu erheben sind, begründet die Kästli-Gruppe nicht. Gründe dazu sind auch nicht ersichtlich. 822. Die Anträge zu den regulatorischen Einflüssen in Bezug auf die effektive Marktwirkung sowie das Vorliegen einer schädlichen Verhaltensweise und den Schaden betreffen für die rechtliche Beurteilung unerhebliche Fragen. Gemäss Bundesgericht schützen Art. 5 Abs. 1 KG und Art. 5 Abs. 3 und 4 KG auch den potenziellen Wettbewerb. Es genügt somit, dass Abreden den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen, um als volkswirtschaftlich oder sozial schädlich im Sinne des Kartellgesetzes zu gelten.689 Die effektive Marktwirkung und den konkreten Schaden brauchen die Behörden nicht nachzuweisen. Die Beweisanträge betreffen daher einen nicht zu beweisenden Sachverhalt, sie sind daher nicht tauglich im Sinne von Art. 33 Abs. 1 VwVG. Zugleich begründet die Kästli-Gruppe ihre Anträge nicht. Die Anträge sind abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. C.4.3 Behauptete Voreingenommenheit C.4.3.1 Vorbringen der Kästli-Gruppe 823. Mit Schreiben vom 28. Dezember 2017 machte die Kästli-Gruppe geltend, das Verhalten des Sekretariats in der vorliegenden Untersuchung sei objektiv geeignet, den Anschein einer Voreingenommenheit der mit der Untersuchung betreuten Personen gegenüber der Kästli-Gruppe zu erwecken. Sie machte Ausstandsgründe aufgrund von mündlichen Einschätzungen von Sekretariatsmitarbeitern ausserhalb und im Rahmen der Verhandlung der einvernehmlichen Regelung geltend. Sinngemäss sieht sie auch im Abbruch der Verhandlungen über die einvernehmliche Regelung einen Ausstandsgrund.690 824. Das Sekretariat nahm die Vorbringen der Kästli-Gruppe als Ausstandsgesuch entgegen und forderte sie schriftlich auf, bis am 30. Januar 2018 klarzustellen, ob sie an ihrem Gesuch festhalte und gegebenenfalls ihr Gesuch in Bezug auf jede Person einzeln zu begründen.691 Mit Eingabe vom 30. Januar 2018 verzichtete die Kästli-Gruppe «zum jetzigen Zeitpunkt» auf

die Einreichung eines Ausstandsgesuchs gegen «einzelne Mitarbeiter des Sekretariats».692 Aufgrund des offen formulierten Schreibens der Kästli-Gruppe prüften die Behörden das Vorliegen von Ausstandsgründen von Amtes wegen, verneinten dies jedoch.

688 Act. I.40 689 BGE 143 II 297, 323 f. E.5.4.2., 325, E.5.6 690 Act. I.66 691 Act. I.69 692 Act. I.80

22-00049/COO.2101.111.7.331387 200

C.4.3.2 Würdigung der Vorbringen 825. In formeller Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Ausstandsgesuch sofort geltend gemacht werden muss, das heisst, sobald der Betroffene vom angeblichen Ausstandsgrund Kenntnis hat. Die allfällige verspätete Geltendmachung von Ausstandsgründen würde gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen. Wer den Ausstandsgrund nicht unverzüglich geltend macht, verwirkt den Anspruch auf eine spätere Anrufung.693 Die von der Kästli-Gruppe mit Schreiben vom 28. Dezember 2017 geltend gemachten

Ausstandsgründe sind daher verwirkt. C.4.4 Antrag auf Entfernung eines Aktenstückes aus den Akten 826. Die Kästli-Gruppe beantragt mit Schreiben vom 10. Dezember 2018 die Entfernung des Berichts der Polynomics AG vom 13. August 2018 aus den Akten. Sie begründet dies damit, dass der Bericht ein parteiinternes Dokument sei, welches ohne gesetzliche Grundlage und ohne Zustimmung der Partei in die Akten aufgenommen worden sei. 827. Der Antrag wird abgelehnt. Die Behörden trifft eine Aktenführungspflicht, welche notwendige Voraussetzung für Akteneinsichtsrecht der Parteien ist (Art. 26 VwVG, Art. 29 BV).694 Nach der Rechtsprechung haben die Behörden alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört und entscheidungswesentlich sein kann.695 Der genannte Bericht ist ein überprüfbares Beweismittel und gehört daher in die Akten. Die Behörden können die Einsicht in die Akten nur unter den in Art. 27 Abs. 1 VwVG genannten Gründen einschränken. Keiner dieser Gründe liegt vorliegend vor. Insbesondere enthält das Dokument keine Geschäftsgeheimnisse, was die Kästli-Gruppe auch nicht geltend macht. Da in diesem Bericht ohnehin die Daten der Alluvia-Gruppe ausgewertet wurden, welche der Einsicht in ihre Daten einwilligte696, wäre ein solches Vorbringen seitens der Kästli-Gruppe auch nicht nachvollziehbar. Die Behörden entscheiden von Amtes wegen über die Aufnahme eines Aktenstückes in die Akten. Die Behauptung der fehlenden Zustimmung verstösst zudem gegen Treu und Glauben, da die Kästli-Gruppe der Aufnahme des Bericht in die Akten schriftlich zugestimmt hat.697 C.5 Unzulässige

Wettbewerbsabrede C.5.1 Einleitung 828. Aufgrund der Systematik des Kartellgesetzes muss die kartellrechtliche Zulässigkeit eines Sachverhalts in vier Schritten überprüft werden. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen (dazu hinten C.5.2, Rz 829 ff.). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese Abreden einem Abredetyp im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a oder c KG (horizontale Preis- und Gebietsabreden) entsprechen (dazu hinten C.5.3.1, Rz 844 ff.). In einem dritten und vierten Schritt ist zu untersuchen, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden kann (dazu hinten C.5.4, Rz 852 ff.) und ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt (dazu hinten C.5.6, Rz 873 ff.). Schliesslich ist das Vorliegen allfälliger Rechtfertigungsgründe (dazu hinten C.5.8, Rz 877 ff.) zu prüfen.

693 BGE 140 I 240, 244 E. 2.4.; 136 I 207, 211, E. 3.4 694 BGE 138 V 218, 223 E. 8.1.2 695 Urteil des BGer 9C_784/2011 vom 30.01.2012, E.1.3.; BGE 130 II 473, 477, E. 4.1 696 Act. I.126 697 Act. I.118; Act. I.124, Rz 8

C.5.2 Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG 829. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,⁶⁹⁸ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden⁶⁹⁹. 830. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben.⁷⁰⁰ Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen. C.5.2.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 831. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen, wie bereits erwähnt, Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen. Eine Vereinbarung liegt vor, wenn ein Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen über die Art und Weise der wettbewerbswidrigen Zusammenarbeit vorliegt. Bei Verträgen im Sinne des Obligationenrechts kommt ein solcher Konsens durch übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien zustande (Art. 1 Abs. 1 OR⁷⁰¹), wobei die entsprechenden Erklärungen entweder ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) oder durch konkludentes Verhalten erfolgen können (Art. 1 Abs. 2 OR). Ob Willenserklärungen von Unternehmen vorliegen und ob diese zu einem tatsächlichen Konsens (auch: natürlichen Konsens) der Unternehmen geführt haben, ist eine Tatfrage.⁷⁰² 832. Vorliegend ist bewiesen, dass zwischen der Alluvia- und der Kästli-Gruppe tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen über die Zusammenarbeit in den Bereichen Kies und Beton im Raum Bern (Stadt und Umgebung) vorlagen (natürlicher Konsens). Namentlich beinhaltete der natürliche Konsens zwischen den Verfahrensparteien, a) zwischen 1976 bis 1997 ihre Preislisten zu koordinieren und sich zwischen 1997 bis 2013 gegenseitig über ihre jeweiligen künftigen Preisänderungen in ihren Listenpreisen zu informieren und Bandbreiten über die Listenpreiserhöhungen festzulegen (dazu vorne Rz 212); b) zwischen 1976 bis 2013 ihren Bezüglern und Bezüglern von Betonprodukten einen einheitlichen und gemeinsamen Mengenrabatt zu gewähren (dazu vorne Rz 320); c) zwischen 1976 bis 2013 die Liefergebiete ihrer Kies- und Betonwerke im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) zu koordinieren; indem sie das KTB-Gebiet gegen aussen von Drittkonkurrenzunternehmen schützten und innerhalb des KTB-Gebietes nicht

⁶⁹⁸ Siehe dazu zuletzt RPW 2017/1, 98 Rz 30, Eflare; RPW 2016/3, 731 Rz 76, Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör; s. a. RPW 2009/3, 204 Rz 49, Elektroinstallationsbetriebe Bern; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81 ⁶⁹⁹ RPW 2018/1, 106 Rz 114, Verzinkung; RPW 2017/3, 445 Rz 194, Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 698), Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und N 81 ⁷⁰⁰ So etwa auch das Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3, Paul Koch AG/WEKO 701 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911 (OR); SR 220 ⁷⁰² Vgl. etwa Urteil des BGer 5A_127/2013 vom 1.7.2013, E. 4.1; BGE 116 II 695, 696 E. 2., RPW 2017/3, 445 Rz 197, Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal

ohne gegenseitiges Einverständnis in die gegenseitigen Liefergebiete eindringen, um sich zu konkurrieren (dazu vorne Rz 623); d) von 1976 bis 2011 zugunsten des BVRB und seinen Mitgliedern einen Kies- und Betonbatzen auszuzahlen auf diese Weise die Mitglieder des BVRB indirekt als Abnehmer und Abnehmerinnen von Kies und Beton an die KTB-Werke zu binden und so Kies- und Betonverkäufe von Drittanbietern im Raum Bern (Stadt und Agglomeration Bern) zu verhindern oder zumindest zu reduzieren (dazu vorne Rz 638); e) zwischen dem 11. Mai 1981 bis zum 20. Juni 2014 das Inkasso gemeinsam zu führen, Zahlungs- und Verzugszinskonditionen gemeinsam zu vereinheitlichen, die Debitorenverluste gemeinsam zu tragen sowie gemeinsam Liefersperren gegenüber Kunden und Kundinnen zu verhängen. Ferner deckte der natürliche Konsens den Austausch folgender Rechnungsdaten: Datum der Rechnungsstellung, Nummer des Lieferscheins, Artikelbezeichnung, gelieferte Menge, Preis je Einheit, Rabatt und Rechnungsbetrag (dazu vorne Rz 725). 833. Damit ist das Tatbestandselement der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG für alle beschriebenen Sachverhalte erfüllt. C.5.2.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung 834. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken». Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt. 703 Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen. 704 Wie aus dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG folgt, müssen die Tatbestandsmerkmale «bezwecken» resp. «bewirken» nicht kumulativ, sondern alternativ vorliegen. 705 835. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteilnehmer «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben». 706 Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, ist an sich nicht erforderlich. 707 836. Die Vereinbarungen zwischen den Verfahrensparteien umfassten Folgendes: a) jeweils Ende Jahr gemeinsam die Anpassungen ihrer Preislisten bezüglich Kies- und Betonprodukte inklusive Transport für das darauffolgende Jahr im Rahmen von engen Bandbreiten festzulegen (Koordination der Listenpreise), indem sie einander anlässlich von gemeinsamen Treffen mit dem BVRB die beabsichtigten und bevorstehenden Bandbreiten und den Zeitpunkt für Änderungen der Listenpreise mitteilten. Ein Anteil der Kästli- und Alluvia-Kunden bezahlten diesen Preis als Endverkaufspreis. Zwischen

703 RPW 2013/4, 560 Rz 178, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich 704 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, Gebro/WEKO 705 Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, BMW 706 RPW 2013/4, 560 Rz 180, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich 707 BGE 144 II 246, 253 E. 6.4.2; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, Gebro/WEKO

2007–2013 erzielte die Kästli-Gruppe mit solchen Verkäufen [0-15] % ihres Umsatzes bzw. [0-10] Mio. Fr., die Alluvia-Gruppe [10-25] % ihres Umsatzes bzw. [40-55] Mio. Fr. Die Vereinbarung über Bruttopreise ist objektiv geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Einem Teil der Kunden verrechneten die Verfahrensparteien den Bruttopreis als Verkaufspreis (vgl. B.4.4.6(ii), Rz 142). Die Bruttopreise dienten sowohl den Bauunternehmen als auch den Verfahrensparteien als Grundlage zur Erstellung von Offerten. Die Bruttopreise, von denen Rabatte abgezogen wurden, dienten vielfach als Ausgangspunkt für die Endpreisberechnung. Obwohl nicht notwendig, ist vorliegend bewiesen, dass die Abredeteilnehmer mit der Koordination der Listenpreise tatsächlich bezweckten, den Preiswettbewerb einzuschränken (vgl. Rz 229); b) den Bezüglern und Bezüglern von Betonprodukten einen einheitlichen und gemeinsamen Mengenrabatt zu gewähren. Die Verfahrensparteien beabsichtigten dadurch, Konkurrenten vom KTB-Liefergebiet fern zu halten. Gemäss Verfahrensparteien bezweckten sie mit dem gemeinsamen Mengenrabatt, die Lieferdistanzen zu verkürzen. Diese Vereinbarung ist objektiv geeignet, Wettbewerber am Eindringen in das gemeinsame KTB-Liefergebiet zu hindern und dadurch den Aussenwettbewerb zu verringern. Der gemeinsame Mengenrabatt war gleichzeitig geeignet, den Wettbewerb zwischen den Unternehmen einzuschränken, da die Parteien diesen Preisbestandteil gemeinsam und nicht selbständig festlegten. Sie verzichteten darauf, sich mit Bezug auf diesen Preisbestandteil zu konkurrieren. Über die blosser Eignung hinaus ist – obwohl dies nicht notwendig ist – bewiesen, dass die Verfahrensparteien tatsächlich bezweckten, sich bei der Gewährung von Rabatten für Betonbezüge – also im Preiswettbewerb – nicht zu konkurrieren und Betonverkäufe von Drittanbietern im gemeinsamen KTB-Liefergebiet zu verhindern bzw. zu reduzieren (vgl. Rz. 345); c) die Koordination der Liefergebiete ihrer Kies- und Betonwerke im Raum Bern. Die Parteien beabsichtigten, die exklusive Belieferung ihres Gebietes zu übernehmen und dadurch den Konkurrenzkampf untereinander weitgehend auszuschliessen. Das Preisniveau sollte möglichst hochgehalten werden und die Marktanteile sollten sich stabilisieren. Diese Vereinbarung ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Im Übrigen ist – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Parteien mit der Koordination der Liefergebiete tatsächlich bezweckten, sich bei der Akquisition von Aufträgen für Kies- und Betonlieferungen im Raum Bern nicht zu konkurrieren (vgl. Rz 481); d) die Auszahlung eines Kies- und Betonbatzens, wenn die BVRB-Mitglieder ausschliesslich bei den KTB-Werken Kies und Beton bezogen. Indem der Kies- und Betonbatzen darauf zielte, die BVRB-Mitglieder an sich zu binden und sie davon abzuhalten, bei Drittanbietern einzukaufen, war er objektiv geeignet, den Wettbewerb zu beschränken. Durch die gemeinsame Bezahlung des Kies- und Betonbatzens verzichteten die Parteien zudem darauf, einander diesbezüglich zu konkurrieren. Darüber hinaus ist – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Parteien mit der Auszahlung des Kies- und Betonbatzens tatsächlich bezweckten, den Preiswettbewerb untereinander einzuschränken und Dritten den Markteintritt zu erschweren oder zu verunmöglichen (vgl. Rz 649); e) die gemeinsame Inkassostelle.⁷⁰⁸ Die gemeinsame Inkassostelle, diente dazu, gemeinsam zwischen Konkurrenten festgelegte Mengenrabatte und Vergütungen (Kies- und Betonbatzen) durchzusetzen und Rechnungsdaten (Datum der

⁷⁰⁸ Das Beauftragen einer unternehmensunabhängigen Inkassostelle ist nicht grundsätzlich zu beanstanden. Diesfalls findet kein Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen zwischen den Konkurrenzunternehmen statt.

Rechnungsstellung, Nummer des Lieferscheins, Artikelbezeichnung, gelieferte Menge, Preis je Einheit, Rabatt und Rechnungsbetrag) auszutauschen. Zudem war der Geschäftsführer der Inkassostelle zugleich Geschäftsführer einer Konkurrentin. Dieser Einblick in die Preis- und Rabattpolitik der Konkurrenten ermöglichte es, die Rabatte und Preise einander anzupassen und die Einhaltung der entsprechenden Vereinbarungen zu überprüfen. Alleine die gemeinsame Festlegung der Verzugszinsen im Rahmen der gemeinsamen Inkassostelle bedeutete, dass die Verfahrensparteien den Preis für eine Dienstleistung festlegten. Die Umsetzung der gemeinsamen Mengenrabatte und des Kies- und Betonbatzens, die gemeinsamen Verzugszinsen, übrigen Zahlungskonditionen, das gemeinsame Tragen der Debitorenverluste sowie der systematische Austausch von Rechnungsdaten (Datum der Rechnungsstellung, Nummer des Lieferscheins, Artikelbezeichnung, gelieferte Menge, Preis je Einheit, Rabatt und Rechnungsbetrag) sind in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Darüber hinaus ist – obwohl dies nicht erforderlich ist – erwiesen, dass die Parteien damit tatsächlich bezweckten, sich mit Bezug auf Zahlungs- und Verzugszins- konditionen (Preis) im Raum Bern nicht zu konkurrieren und einander zu ermöglichen, die Rabatte und Preise einander anzupassen (vgl. Rz 743). 837. Es steht somit fest, dass die aufgeführten Vereinbarungen das Tatbestandsmerkmal des „Bezweckens“ gemäss Art. 4 Abs. 1 KG erfüllen. Insgesamt sind die genannten Vereinbarungen demnach als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren. C.5.2.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufen 838. Die Verfahrensparteien waren während der Untersuchungsperiode auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrentinnen beim Angebot von Kies- und Transport- bzw. Frischbeton im Raum Bern. Die Abrede zwischen der Alluvia- und der Kästli-Gruppe ist damit eine horizontale Abrede. C.5.2.4 Fazit: Vorliegen von Abreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG 839. Zusammenfassend steht fest, dass die Alluvia- und die Kästli-Gruppe durch die Vereinbarung über die Listenpreise, den gemeinsamen Mengrenrabbatt, die Liefergebiete, den Kies- und Betonbatzen sowie die gemeinsame Inkassostelle und damit einhergehenden gemeinsamen Zahlungskonditionen (Zahlungsfrist, gemeinsame Verzugszinsen in der Höhe von 8 %), dem gemeinsamen Erstellen von Sperrlisten, dem gemeinsamen Tragen von Debitorenverlusten und den Austausch von Rechnungsangaben (Datum der Rechnungsstellung, Nummer des Lieferscheins, Artikelbezeichnung, gelieferte Menge, Preis je Einheit, Rabatt und Rechnungsbetrag) im Zeitraum zwischen 1976 bis 2013 Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben. C.5.2.5 Qualifikation als Gesamtabrede 840. Wie bewiesen, sind die verschiedenen einzelnen über Jahre dauernden Vereinbarungen als Ausfluss einer übereinstimmenden Willenserklärung zu betrachten, die Wettbewerbs- verhältnisse in den Bereichen Kies- und Betonverkäufe im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) umfassend zu regeln (dazu vorne Rz 778). Es besteht also ein einheitlicher und fortdauernder Zweck. 841. Die WEKO hat Abreden, welche über eine längere Zeit bestanden und wirkten, als Dauerabrede bzw. Gesamtabrede qualifiziert, auch wenn es einzelner Umsetzungsakte be-

durfte.709 Dies wurde von der Rechtsprechung bestätigt.710 Für das Vorliegen eines Dauerver- stosses ist es danach erforderlich, dass hinsichtlich der einzelnen Elemente der Zusammen- arbeit ein einheitlicher und fortdauernder Zweck bestand. Ist dies der Fall, so

ist ein Dauerverstoss anzunehmen, denn es wäre «gekünstelt», ein durch ein einziges Ziel gekennzeichnetes kontinuierliches Verhalten quasi zu zerlegen und darin mehrere selbstständige Zu- widerhandlungen zu sehen.⁷¹¹ 842. Vorliegend verfolgten die Verfahrensparteien fortdauernd den gemeinsamen Zweck, den Preiswettbewerb untereinander einzuschränken (dazu vorne Rz 836 a, b, d, e), den Markt vor Drittkonkurrenten zu schützen (dazu Rz 836 b, d) und die gegenseitigen Liefergebiete zu respektieren (Rz 836 c). Durch die gemeinsame Inkassostelle KTB AG erhielten sämtliche dargelegten Vereinbarungen einen institutionellen Rahmen. Die KTB AG setzte sie um. Es wäre «gekünstelt», das im Rahmen der KTB AG kontinuierlich und langandauernde Verhalten in einzelne Zuwiderhandlungen zu zerlegen. Zwischen den Parteien bestand zudem seit 1976 bis 2013 ein andauernder, einheitlicher Wille zur Zusammenarbeit. An dieser Qualifikation ändert auch der Umstand nichts, dass der Kies- und Betonbatzen ab 2012 nicht mehr ausbezahlt wurde. Denn die Parteien führten sowohl die Abreden bezüglich der Preislisten, der Mengen- rabatte, der Liefergebiete als auch das gemeinsame Inkasso mitsamt den damit einhergehen- den Verhalten bis 2013 fort. 843. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Gesamtabrede und die einzelnen Abredeteile Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig sind. C.5.3 Qualifikation der Abreden C.5.3.1 Vorliegen von horizontalen Preis- und Gebietsabreden C.5.3.1.1 Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG 844. Es ist zu prüfen, ob ein Teil der vorgenannten Wettbewerbsabreden Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstellen. Aus dem Wortlaut der Norm folgt, dass das direkte oder indirekte Festsetzen von Preisen eine Preisabrede darstellt. Der Begriff der Preisabrede wird von den Wettbewerbsbehörden und den Gerichten weit ausgelegt. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preisen, Preiselementen⁷¹² und Preiskompo- nenten. Preisabreden können folglich den gesamten Preis eines Produktes oder einer Dienstleistung betreffen oder bloss Teile davon.⁷¹³ Unter den Vermutungstatbestand fällt demnach nicht nur die Abrede von Preisen an sich, sondern auch die gemeinsame Festlegung von Preisspannen, Margen, Rabatten, Vergünstigungen, Preisbestandteilen oder Preiskalkulationen.⁷¹⁴ Zudem stellen auch das Festsetzen von Bruttopreisen bzw.

709 RPW 2018/1, RPW 2004/3, 739 Rz 41, Markt für Schlachtschweine – Teil B; RPW 2008/1, 95 Rz 81 ff., Strassenbeläge Tessin; RPW 2013/2, 154 Rz 75, Abrede im Speditionsbereich; RPW 2015/2, 225 Rz 193 ff., Tunnelreinigung 710 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, Strassenbeläge Tessin 711 RPW 2015/2, 225 Rz 193, Tunnelreinigung 712 RPW 1997/3, 341, Sammelrevers für Musiknoten 713 JUHANI KOSTKA, Harte Kartelle, 2010, 443 Rz 1298; ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF/MARIO STREBEL, Aufbau und Nutzung von Marktposition, in: Handbücher für Rechtsanwälte, Schweizerisches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), 2005, 273 N 8.14 714 Vgl. auch RPW 2012/3, 642, Rz 257 ff., Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen; RPW 2016/3, 667 Rz 106, Flügel und Klaviere; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: KG Kommentar, Zäch/Arnet et al. (Hrsg.), 2018, Art. 5 N 400; ANDREAS HEINEMANN, Bruttopreisabsprachen, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz (Hrsg.), 2017, 133; FRANZ HOFFET, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 5 N 117

22-00049/COO.2101.111.7.331387 206

Preislisten⁷¹⁵, Preisnachlässen,⁷¹⁶ Preisrelationen zwischen verschiedenen Produkten, Teuerungszuschlägen, Skonti und Verrechnungs- oder Provisionsmodellen Preisabreden dar.⁷¹⁷ Preisabreden bestehen folglich auch, wenn den Abredeteilnehmern ein gewisser Preisgestaltungsspielraum verbleibt.⁷¹⁸ 845. Die Parteien erblicken in BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, E. 10.2.3. einen Beleg dafür, dass die vorliegend erwiesenen Sachverhalte nicht unter die Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG zu subsumieren sind. Damit ein Sachverhalt unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG subsumiert werden könne, sei die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend. Nur Abreden über den Endpreis seien als Preisabreden zu qualifizieren.⁷¹⁹ Diese Sichtweise beruht auf einer fehlerhaften Lektüre des genannten Urteils und missachtet nebst der zitierten Schweizer Praxis und Literatur (vgl. Fn 714, 715, 716) auch die europäische Rechtsprechung, an welche sich die Schweizer Praxis anlehnt und die zur Auslegung von Art. 5 Abs. 3 KG heranzuziehen ist⁷²⁰: Zur Fehlerhaften Lektüre von BVGer Urteil B-807/2012 vom 25. Juni 2018, E. 10.2.3. 846. Erwägung 10.2.3 des Bundesverwaltungsgerichtsurteils B-807/2012 zur Wirkung von Preisfestsetzungen lautet folgendermassen: Eine Qualifizierung des [...] als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG würde gemäss dem klaren Wortlaut des Gesetzes bedingen, dass im nachgewiesenen Verhalten eine «direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen» erblickt werden kann. Eine solche Preisfestsetzung wäre zwar bei jeder direkten oder indirekten Festlegung von Preiselementen oder Preiskomponenten zu bejahen, wobei unter die gesetzliche Vermutung neben der Fixierung von Preisen an sich auch die gemeinsame Festlegung von Preisspannen, Margen, Rabatten, Vergünstigungen, Preisbestandteilen oder Preiskalkulationen fallen. Entscheidend für die Unterstellung unter den Vermutungstatbestand ist jedoch in jedem Fall «die Wirkung der Preisfestsetzung» (vgl. Botschaft KG 1995, 567; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014 E. 6.4.11, Baubeschläge Koch; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 5.4.22, Baubeschläge Siegenia-Aubi; je m.w.H.).⁷²¹

715 Vgl. auch RPW 2012/3, 642, Rz 257 ff., Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen; RPW 2016/3, 667 Rz 106, Flügel und Klaviere; BANGERTER/ZIRLICK (Fn 714), Art. 5 N 402; HEINEMANN (Fn 714), 133, HOFFET (Fn 714), Art. 5 N 117. Vgl. für die EU: EuG, Urteil vom 16. Juni 2015, ECLI:EU:T:2015:383, T-655/11, FSL Holdings et al./Kommission, Rz 5, 433 bestätigt durch EuGH, Urteil vom 27. April 2017, ECLI:EU:C:2017:308, C-469/15 P 716 JÜRIG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetzbuch, 3. Aufl. 2011, Art. 5 N 34; PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 410; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, N. 2.191 717 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 716), Art. 5 N 409 ff 718 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 716), Art. 5 KG N 401 ff 719 Act. VI.30, S. 114, erster Bindestrich und insbesondere Fussnote 249 720 Bei der Schaffung des Kartellgesetzes wurde vom Gesetzgeber Wert auf dessen Europarechtsverträglichkeit gelegt; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl. 1995, 495: «Dem Vorentwurf wurde in zahlreichen Vernehmlassungen attestiert, dass das Postulat der Europaverträglichkeit weitgehend verwirklicht werden konnte.» Das Bundesgericht übersah dies in seinem Urteil 2C_343/2010 und 2C_344/2010 vom 11. April 2011, E.4.3.2., wonach in der Botschaft «in den grundsätzlichen Bemerkungen zum Gesetzesentwurf [...] das Ziel der EU-Kompatibilität nicht genannt» werde. Das genannte Zitat zur Europaverträglichkeit befindet sich zwei Seiten vor den «grundsätzlichen Bemerkungen», die vom Bundesgericht

zitiert werden; RPW 2011/4, 586, Rz 410 und Fn 394, ASCOPA 721 BVGer Urteil B-807/2012 vom 25. Juni 2018, E. 10.2.3, ERNE Holding AG et al./WEKO

22-00049/COO.2101.111.7.331387 207

847. Dazu ist Folgendes klarzustellen: Die Parteiinterpretation der zitierten Rechtsprechung ist aus zwei Gründen unrichtig. Erstens beachtet sie den faktischen Hintergrund der Rechtsprechung nicht und zweitens missdeutet sie den Begriff der «Wirkung». - Der von der Beschwerdeführerin zitierte Ausschnitt aus der Rechtsprechung stammt aus dem Bereich der Submissionsabreden. Er bezieht sich auf eine nicht bewiesene Zuteilung eines einzelnen Bauprojekts (Fall 35) zwischen verschiedenen Bauunternehmen. Die Unternehmen hatten nicht vereinbart, «wer die Arbeit erhält». Das Bundesverwaltungsgericht sah einzig einen Informationsaustausch⁷²² im Rahmen von Gesprächen über ein nicht abgesprochenes Projekts als erwiesen.⁷²³ Da nur der Informationsaustausch im Rahmen der Gespräche über das Bauprojekt 35 nachgewiesen war, aber keine Zuteilung des Projektes 35, qualifizierte das Bundesverwaltungsgericht den Informationsaustausch nicht als Preisabrede. Es war nicht bewiesen, dass der Informationsaustausch zu einer Zuteilung des betreffenden Bauprojekts an eine Austauschpartei geführt hätte. Dieser Sachverhalt ist nicht vergleichbar mit den vorliegend zu beurteilenden Abreden über Preise, Preiselemente und Liefergebiete sowie dem Missbrauch einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung (dazu sogleich C.6, Rz 886–916) über mehrere Jahre hinweg, an deren Umsetzung keine Zweifel bestehen. - Selbst wenn man den Kontext, in welchem das Bundesverwaltungsgericht seine rechtliche Würdigung gemacht hat, ausser Acht lässt, sind die Parteivorbringen nicht haltbar. Sie erklären nicht, was sie unter der Bewirkung einer Preisfestsetzung verstehen. Gleichzeitig verlangen sie aber implizit, die Vorinstanz habe diese Wirkung zu beweisen. Soweit sie damit meinen, die WEKO habe die volkswirtschaftliche Auswirkung der bewiesenen abgesprochenen, Preise und Preiselemente darzulegen, stimmt dies nicht mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts überein. Laut Bundesgericht sind bei der Beurteilung von Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG die Wirkung auf den Wettbewerb und nicht die volkswirtschaftliche Bedeutung einer Beeinträchtigung darzulegen⁷²⁴. Ferner reicht es gemäss Bundesgericht für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG aus, wenn ein «Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen» wird, das «volkswirtschaftlich oder sozial schädlich für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs» ist. «Es genügt somit, dass Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können»⁷²⁵. Dies ergibt sich auch aus der Botschaft zum KG von 1995. Der Gesetzgeber geht nämlich davon aus, dass «jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten» den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfüllt und somit eine

⁷²² Generelle Offertabsichten, das Interesse von G9 am Zuschlag, Kapazitätsauslastungen, Preise und Preisbestandteile, vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-829/2012 vom 29. Juni 2018 E.7.7.7.1, S. 253 ⁷²³ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-829/2012 vom 29. Juni 2018 E.7.7.7.1, S. 253 ⁷²⁴ BGE 143 II 297, 315 E. 5.1.4 ⁷²⁵ BGE 143 II 297,324 E. 5.4.2

22-00049/COO.2101.111.7.331387 208

Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt.⁷²⁶ Die tatsächlichen Auswirkungen dieser Festsetzungen sind nicht zu beweisen.⁷²⁷ Die europäische Rechtsprechung und Praxis:

848. Die Praxis der Kommission und die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV beweist, dass nicht nur Abreden über Endpreise, sondern insbesondere auch Abreden über Bruttopreise bzw. Preisbestandteile oder Preiselemente Preisabreden im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV sind. Aus der jüngsten Praxis seien die folgenden Beispiele aufgeführt: - Die Kommission sanktionierte Lastwagenfabrikanten am 19. Juli 2016 und am 27. September 2017 u.a. für Abreden über ihre Bruttopreislisten.⁷²⁸ - Mit Beschluss vom 17. März 2017 sanktionierte die Kommission verschiedene Luftfrachtunternehmen aufgrund von Vereinbarungen über Preisbestandteile (z.B. Treibstoffzuschlag, Sicherheitszuschlag).⁷²⁹ - Gemäss EuG stellen Absprachen über Bruttopreise zwischen Konkurrenten Preisabreden im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Bst. a AEUV dar, welche den Wettbewerb innerhalb des gemeinsamen Marktes verfälschen.⁷³⁰ - Zusätzlich sei auch die jüngste deutsche Praxis erwähnt: Das Bundeskartellamt sanktionierte mit Entscheidung vom 21. Februar 2018 zehn Unternehmen aus der Sanitär-, Heizungs- und Klimabranche, welche die Empfehlungen für Bruttolistenpreisen gemeinsam kalkuliert hatten. Die Bruttopreiselisten wurden in ihren Verkaufskatalogen gegenüber den einkaufenden Handwerkern ausgewiesen.⁷³¹ 849. Insgesamt steht damit fest, dass die zitierte Rechtsprechung nicht einschlägig ist und von der Beschwerdeführerin nicht richtig interpretiert wurde. Der Standpunkt, Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG seien einzig Abreden über Endpreise, widerspricht der zitierten Schweizer Literatur sowie Praxis und lässt sich nicht mit der europäischen Rechtsprechung und Praxis vereinbaren. Darüber hinaus steht fest, dass die Alluvia-Gruppe [10-25] % und die Kästli-Gruppe [0-15] % ihres Umsatzes mit Produkten erzielten, welche sie zu Listenpreisen (=Bruttopreisen) verkauften (vgl. B.4.4.6(ii), Rz 142). Mit Bezug auf die Abnehmer, welche zu Listenpreisen einkauften, lag keine Abrede über Bruttopreise, sondern eine Abrede über Nettopreise vor. Auch die Vereinbarung über gemeinsame Verzugszinsen, welche als Entgelt für zu spät bezahlte Rechnungen bzw. entliehenes Geld zu betrachten sind,

726 «Abreden aber die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a E): Für die Unterstellung unter diesen Vermutungstatbestand ist die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend. Mit welchen Mitteln diese erreicht wird, ist ohne Belang. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten. Er erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Er gilt beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen. Die gleichen Grundsätze gelten auch für Abreden über Kalkulationsvorschriften, soweit damit letztlich die Wirkung der Preisfestsetzung bezüglich einzelner Preiselemente erreicht wird», Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, S. 567. 727 BGE 143 II 297, 324 E. 5.4.2 728 Case AT.39824 – Trucks, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39824/39824_6567_14.pdf; vgl. auch die Pressemitteilung unter https://ec.europa.eu/germany/news/eu-kommission-verh%C3%A4ngt-rekordgeldbu%C3%9Fe-von-293-milliarden-euro-gegen-lkw-kartell_de; https://ec.europa.eu/germany/news/20170927-strafe-fuer-scania_de (10.09.2018) 729 Sache AT.39258 – Luftfracht; vgl. die Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission vom 17. März 2017, ABl. 2017, C 188/14 ff. 730 EuG, T[■]386/10, ECLI:EU:T:2013:450, Aloys F. Dornbracht GmbH & Co. KG/Kommission, Rz 180 731 Bussgeldentscheidung B5-139/12 vom 21.02.2018 – Grosshandel mit Sanitär-, Heizungs- und Klimaprodukten; Fallbericht vom 16. März 2018, abrufbar unter

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2018/B5-139-12.pdf?_blob=publicationFile&v=4
(10.09.2018)

22-00049/COO.2101.111.7.331387 209

sind Vereinbarungen über einen Endpreis. Beide Verhaltensweisen sind von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfasst. 850. Die folgenden Wettbewerbsabreden betreffen Preise, Preiskomponenten und Preiselemente im soeben genannten Sinn, sie bestanden parallel zueinander und hatten daher nicht nur einzeln, sondern auch kumulativ einen preisharmonisierenden Effekt und sind daher als Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren: - die gemeinsame Festlegung von Bandbreiten und die Bekanntgabe des Zeitpunkts für Erhöhungen der Listenpreise (Bruttopreise) für Kies, Beton, Transporte und Nebenleistungen. Zwischen 2007 bis 2013 erzielten die Kästli-Gruppe mit Verkäufen zu Bruttopreisen [0- 15]% ihres Umsatzes bzw. [0-10] Mio. Fr. und die Alluvia-Gruppe [10-25] % ihres Umsatzes bzw. [30-50] Mio. Fr. Bezüglich diesen Verkäufen kam die Vereinbarung einer Nettopreisabrede gleich. Mit Bezug auf die Situation, in der Bauunternehmer und Verfahrensparteien die Listen- bzw. Bruttopreise in ihren Offerten verwendeten, vereinbarten die Parteien Preiskomponenten und Preiselemente, - die gemeinsame Festlegung einheitlicher Mengenrabatte für die Abnehmer der Beton- und Kiesprodukte. Damit legten die Parteien einen Preisbestandteil fest, - die Auszahlung eines Kies- und Betonbatzens (Vergünstigung), wenn die Mitglieder des ehemaligen Baumeisterverbandes der Region Bern (BVRB) ausschliesslich bei den KTB-Werken Kies und Beton bezogen. Diese Art der Vergütung stellt eine Preiskomponente dar, welche die Parteien gemeinsam vereinbart hatten. - die Vereinbarung gemeinsamer Verzugszinsen. Die gemeinsame Festlegung der Verzugszinsen im Rahmen der gemeinsamen Inkassostelle bedeutet die Vereinbarung des Endpreises für eine Dienstleistung. - der Austausch von Rechnungsangaben über die gelieferte Menge eines bestimmten Artikels an Kunden und Kundinnen der Verfahrensparteien mit dem dazugehörigen Preis und Rabatt und dem Rechnungsbetrag. Diese Angaben ermöglichten den Parteien, ihre Preise und Rabatte einander anzupassen. C.5.3.1.2 Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG 851. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG haben typischerweise Vereinbarungen zum Gegenstand, nicht im Absatzgebiet eines anderen an der Abrede Beteiligten tätig zu werden.⁷³² Die Verfahrensparteien bezweckten mit der Koordination der Liefergebiete, sich bei der Akquisition von Aufträgen für Kies- und Betonlieferungen im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) nicht zu konkurrieren. Ferner bezweckten sie, «gebietsfremde» Wettbewerber am Eintritt in die KTB- Liefergebiete zu hindern. Diese Verhaltensweisen zielten darauf, nicht im Absatzgebiet des Konkurrenten (der jeweils anderen Verfahrenspartei) tätig zu werden und erfüllen damit den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG.

⁷³² Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, 568

22-00049/COO.2101.111.7.331387 210

C.5.4 Keine Beseitigung des Wettbewerbs C.5.4.1 Prüfungsablauf 852. Bei Abreden über Preise (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) oder über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten (Art.

5 Abs. 3 Bst. c KG) besteht die gesetzliche Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt. Die Beweisführungslast dafür liegt grundsätzlich bei der WEKO, da im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG). Die Parteien trifft jedoch eine Mitwirkungspflicht.⁷³³ 853. Um die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu prüfen, sind zunächst die relevanten Märkte, welche von der Abrede betroffen sind, in sachlicher und räumlicher, allenfalls auch zeitlicher Hinsicht abzugrenzen. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz des Vorliegens von Wettbewerbsabreden noch verbleibende aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag. Gegebenenfalls ist bei Widerlegung der Vermutung anschliessend zu prüfen, ob der wirksame Wettbewerb erheblich beeinträchtigt ist. C.5.4.2 Relevanter Markt 854. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.⁷³⁴ 855. Durch die Marktabgrenzung wird keine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich geschaffen, sondern die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung beurteilt.⁷³⁵ Zudem ist die Bestimmung des relevanten Marktes namentlich für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (vgl. unten Rz 940 ff.). Die Marktabgrenzung hängt folglich von der untersuchten Wettbewerbsbeschränkung ab und kann je nach untersuchter Verhaltensweise divergieren, obwohl sie denselben Wirtschaftsbereich betrifft.⁷³⁶ (i) Marktgegenseite 856. Wie bewiesen, besteht die Marktgegenseite im vorliegenden Fall zum überwiegenden Teil aus Bauunternehmungen. Das gilt insbesondere für Transportbeton, der mit einem Umsatzanteil von mehr als 85 % mit Abstand am bedeutendsten ist (vgl. Tabelle 3). Daneben

733 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, Implania (Ticino) SA/WEKO 734 BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), Publigroupe SA et al./WEKO 735 Exemplarisch OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUOGOTT, Zur Abgrenzung von Märkten, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINVORTH, Probleme der geografischen Marktabgrenzung, WuW 10/2014, S. 924–937; vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 532; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 94; MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 10 KG N 40 736 So auch das Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 276, ADSL II unter Verweis auf ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 164 f., sowie die EU-Praxis; vgl. auch STEINVORTH (Fn 735), 924 ff. Vgl. zuletzt RPW 2018/1, 109, Rz 137, Verzinkung

22-00049/COO.2101.111.7.331387 211

beziehen Privatpersonen, Gartenbauunternehmungen sowie Transportunternehmungen die von den mutmasslichen Abreden betroffenen Produkte. (ii) Sachlich relevanter Markt 857. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU⁷³⁷, der hier analog anzuwenden ist).⁷³⁸ 858. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den strittigen Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.⁷³⁹ Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.⁷⁴⁰ Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht.⁷⁴¹ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.⁷⁴² 859. Die vorliegende Wettbewerbsabrede betrifft die von den Bauunternehmen, Kleinbetriebern und Transportunternehmen nachgefragten Baustoffe Sand, Kies und Transportbeton sowie deren Transport (dazu vorne B.4.4.2, Rz 90 ff.). (iii) Räumlich relevanter Markt 860. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).⁷⁴³ 861. Die zur räumlichen Abgrenzung relevante Marktgegenseite besteht aus den Betreibern der Baustellen, welche von der Abrede betroffen waren. Diese fragten die relevanten Produkte einerseits im gemeinsamen Liefergebiet der KTB-Werke nach. Zusätzlich dazu holten sie aber auch Offerten bei Werken ein, deren Standorte sich in den an das gemeinsame Liefergebiet der KTB-Werke angrenzenden Gebieten befinden. Da die Auswirkungen der Abrede in den an das gemeinsame Liefergebiet angrenzenden Gebieten gering waren, wird der räumlich relevante Markt zu Gunsten der Parteien auf das gemeinsame Liefergebiet der KTB-Werke eingeschränkt (B.4.4.3, Rz 99 ff.).⁷⁴⁴ Seitens der Kästli-Gruppe betrifft dies das Liefergebiet um

737 Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) 738 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO 739 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO; Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, Hors-Liste Medikamente/Pfizer 740 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO; BGE 129 II 18, 33 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.3.1), Buchpreisbindung 741 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO 742 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO 743 BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), Publigroupe SA et al./WEKO 744 Die Kästli-Gruppe stellt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vom 5. Juli 2018 Folgendes fest: «Wettbewerbsrechtlich relevant können schliesslich nur diejenigen Gebiete sein, in denen sich die Liefergebiete des Kästli-Werks mit den Liefergebieten der Alluvia-Werke überschneiden, da sich wettbewerbsrechtlich zu beurteilendes Verhalten zwischen Kästli und Alluvia für einen Nachfrager nur dort überhaupt auswirken könnte» (Act. VI.29, Rz 447). Die Alluvia-Gruppe bringt vor «Wettbewerb zwischen den Untersuchungsadressaten kann nur dort stattfinden, wo sich die Liefergebiete der Untersuchungsadressaten

überschneiden» (Act. VI.30, Rz 67). Die Auswirkungen der unzulässigen Verhaltensweisen der Parteien sind tatsächlich in demjenigen Gebiet am stärksten, welches von beiden Parteien im Vergleich zu anderen Konkurrenzwerken zu tieferen Transportkosten

22-00049/COO.2101.111.7.331387 212

Rubigen und seitens der Alluvia-Gruppe die Liefergebiete um Oberwangen, Bethlehem, Worblaufen, Mattstetten und Hindelbank (vgl. Rz 107 f.). 862. Da die Transportkosten bei allen relevanten Produkten eine bedeutende Rolle spielen, besteht der so abgegrenzte Markt aus verschiedenen unterschiedlichen lokalen Märkten. (iv) Zeitlich relevanter Markt 863. In zeitlicher Hinsicht ist die Nachfrage nach den Baustoffen Sand, Kies und Transportbeton sowie deren Transport im Zeitraum zwischen 1976 bis zur Einstellung der Tätigkeiten im Jahr 2013 relevant. (v) Fazit 864. Die Wettbewerbsbehörden gehen vom Markt für die Baustoffe Sand, Kies und Transportbeton sowie deren Transport in den Liefergebieten um Rubigen, Oberwangen, Bethlehem, Worblaufen, Mattstetten und Hindelbank aus (vgl. B.4.4.3, Rz 99 ff.). C.5.5 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung 865. Die Widerlegung der Vermutung kann durch den Nachweis genügenden Aussen- (Handlungsfreiheit eines durch die Abrede betroffenen Dritten ist nicht beschränkt) oder genügenden Innenwettbewerbs (Handlungsfreiheit der an der Wettbewerbsabrede Beteiligten ist nicht beschränkt) erfolgen. 745 C.5.5.1

Aussenwettbewerb 866. Nachfolgend gilt es festzustellen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert werden. C.5.5.1.1 Aktueller Wettbewerb 867.

Vorliegend steht fest, dass die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe zusammen im Raum Bern-Mittelland 43 % des insgesamt gewonnenen Sandes und Kieses abbauen. Zusätzlich sind die Unternehmen Aktionäre der Kies AG Aaretal (KAGA), an welcher sie gemeinsam [...] des Aktienkapitals halten. Einzig 15 % des im Raum Bern-Mittelland abgebauten Primärmaterials wird durch von der Alluvia- und der Kästli-Gruppe unabhängige Unternehmen abgebaut (vgl. vorne Rz 115). Wandkies ist der Rohstoff für verarbeiteten Kies, welcher der wichtigste Bestandteil für die Betonproduktion ist. Ausserdem sind die Transportkosten für

beliefert werden können. Dieses Gebiet entspricht nicht zwingend der Schnittmenge der Liefergebiete der beiden Parteien, da die in dieser Verfügung diskutierten Verhaltensweisen wahrscheinlich einen Einfluss darauf hatten, welche Gebiete von den Parteien tatsächlich beliefert wurden. Auch im restlichen Gebiet, das von den Parteien beliefert wurde (Vereinigungsmenge der Liefergebiete), hatten die Verhaltensweisen der Parteien gewisse Auswirkungen: Die Koordination der Listenpreise betraf sämtliche von den KTB-Werken belieferten Gebiete. In all diesen Gebieten gab es Nachfrager, welche Kies oder Beton zum Listenpreis bezogen. Höhere Preise in der Schnittmenge der Liefergebiete wirkten sich auch in den benachbarten Gebieten (also der Vereinigungsmenge der Liefergebiete) aus. Der Kies- und Betonbatzen sowie der gemeinsame Mengenrabatt betrafen ebenfalls die Vereinigungsmenge der Liefergebiete. Diese Auswirkungen sind bedeutend und deshalb zieht das Sekretariat im Einklang mit der bisherigen Praxis die mit den von den Abreden betroffenen Produkten erzielten Umsätze zur Sanktionierung heran. Im Vergleich dazu sind die Auswirkungen in den nicht von den Parteien belieferten Regionen eher vernachlässigbar. Deshalb werden die von den nicht der KTB angeschlossenen Werke der Parteien erzielten Umsätze nicht zur Bemessung der Sanktion herangezogen. 745 BGE 143 II 297, 311 f. E. 4.1

Kies und Beton hoch. Von den Verfahrensparteien unabhängige Hersteller hatten deshalb im relevanten Markt keine wesentliche disziplinierende Wirkung. 868. Aus dieser starken Stellung im Bereich des Rohmaterials Wandkies ergibt sich eine starke Stellung in den nachgelagerten Märkten. Die Alluvia-Gruppe verfügte gemäss eigenen Angaben in ihrem Liefergebiet im Bereich des Frischbetons (= Transportbetons) über rund [> 75] % der Marktanteile. Gemäss Zeugenaussagen besitzen die Alluvia-Gruppe und die Kästli- Gruppe in der Stadt Bern über Marktanteile von 80 % (vgl. vorne Rz 117). Damit steht fest, dass die Marktgegenseite nur geringe Ausweichmöglichkeiten im relevanten Markt hatte. Anders ausgedrückt ermöglichte die starke gemeinsame Stellung im relevanten Markt den Verfahrensparteien, sich durch ihre Kooperation weitgehend unabhängig von nicht an der Abrede beteiligten Marktteilnehmern und Nachfragern zu verhalten. Die Aussenwettbewerber hatten daher nur geringe disziplinierende Wirkung auf die Abredepartner. Der aktuelle Aussenwettbewerb war gering. C.5.5.1.2 Potenzieller Wettbewerb 869. Da der aktuelle Aussenwettbewerb lediglich gering war, ist zusätzlich zu prüfen, ob potenzielle Konkurrenten disziplinierend auf das Verhalten der Abredeteilnehmer einwirkten. Wie bewiesen, war der Markteintritt im Bereich des Kiesabbaus kurzfristig unmöglich und auf lange Frist schwer zu bewerkstelligen (dazu vorne Rz 120 ff.). Dasselbe gilt für die Herstellung von verarbeitetem Kies sowie für Beton (dazu vorne Rz 125 ff.). Diesem Befund entsprechend trat in der Untersuchungsperiode kein Wettbewerber neu in den Markt ein. Der potenzielle Wettbewerb hatte folglich keine nennenswerte disziplinierende Wirkung auf die Abredeteilnehmer. C.5.5.2 Innenwettbewerb 870. Zu prüfen bleibt, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Abreden aufgrund des trotz Abreden verbliebenen Wettbewerbs zwischen den Abredeteilnehmern widerlegt werden kann. Solcher Wettbewerb kann in zweierlei Hinsicht bestehen: Entweder weil sich die Abredeteilnehmer nicht an die Abrede halten (Innenwettbewerb) oder weil trotz Abrede weiterhin ausreichend Wettbewerb zwischen ihnen hinsichtlich nicht abgesprochenen, im konkreten Markt aber mitentscheidender Wettbewerbsparameter⁷⁴⁶ besteht (Rest- oder Teilwettbewerb). 871. Vorliegend ist bewiesen, dass die Wettbewerber nicht sämtliche Preisbestandteile abgesprochen hatten. So gewährten die Alluvia- und die Kästli-Gruppe neben den gemeinsamen Mengenrabatten und dem Kies- und Betonbatzen auch noch zusätzliche individuell bestimmte Rabatte (dazu vorne Rz 154 ff.). Dies ermöglichte einen stark eingeschränkten Preisrestwettbewerb. Anders verhält es sich mit dem Rest- und Teilwettbewerb. Die vorliegend zu beurteilenden Produkte sind homogen und stark normiert, der Qualitätswettbewerb spielte folglich keine spürbare Rolle (dazu vorne Rz 143 ff.). Auch die Serviceleistungen im Bereich der Transporte waren weitgehend austauschbar. Insgesamt bestand folglich eingeschränkter Innenwettbewerb. C.5.5.3 Zwischenergebnis 872. Zusammenfassend steht fest, dass weder genügender aktueller noch potenzieller Aussenwettbewerb bestand. Allerdings bestand zwischen den Verfahrensparteien ein eingeschränkter Innenwettbewerb, da die Abredeteilnehmer ihre Preissetzungsfreiheit in begrenztem Ausmass bewahrten (nebst gemeinsamen Rabatten gab es individuelle Rabatte).

⁷⁴⁶ BGE 129 II 18, 37 E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747, E 8.3.4), Buchpreisbindung

Aufgrund des eingeschränkten Innenwettbewerbs schalteten die Verfahrensparteien den wirksamen Wettbewerb nicht vollständig aus bzw. beseitigten ihn nicht. Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch die hier festgestellte Wettbewerbsabrede ist daher widerlegt.

C.5.6 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 873. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). 874. Das Bundesgericht hat im Gaba-Urteil festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel ist. Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG.⁷⁴⁷ Dies gilt ohne Bezug auf einen Markt bzw. ungeachtet einer Marktabgrenzung.⁷⁴⁸ Mit anderen Worten sind solche Wettbewerbsabreden grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich.⁷⁴⁹ Es ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.⁷⁵⁰ 875. Der vorliegenden Gesamtabrede war ein grosses Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Preis- und Geschäftspartnerabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG) betraf sie zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem dauerte sie von (spätestens) 2004 bis Ende 2013. Vorliegend sind keine Elemente ersichtlich, welche auf eine Ausnahme von der grundsätzlichen Erheblichkeit der von Kästli und Alluvia vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen hinweisen würden. Sie stellen somit eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

C.5.7 Zwischenergebnis 876. Es liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG vor. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob sich die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt.

C.5.8 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen 877. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

⁷⁴⁷ BGE 143 II 297, 324 E. 5.1; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, BMW; zuletzt: Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V, Rz 131, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (4.5.2018) ⁷⁴⁸ BGE 143 II 297, 324 E. 5.5 ⁷⁴⁹ BGE 143 II 297, 315 ff. E. 5.2; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, BMW; Urteil des BGer 2C_1017/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BGer 2C_1016/2014 vom 9.10.2017, E. 1, Siegenia-Aubi AG/WEKO; zuletzt: Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V, Rz 131, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (4.5.2018) ⁷⁵⁰ BGE 143 II 297, 323 f. E. 5.4.2; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.2, BMW. zuletzt: Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V, Rz 131, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (4.5.2018)

22-00049/COO.2101.111.7.331387 215

a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. 878. Demnach gibt es drei gesetzliche Voraussetzungen, welche kumulativ vorliegen müssen, um eine Abrede zu rechtfertigen: Erstens bedarf es eines in Art. 5 Abs.

2 Bst. a KG auf- gelisteten Effizienzgrundes, zweitens muss die Abrede für den Effizienzgrund notwendig sein und drittens darf die Abrede nicht die Beseitigung des Wettbewerbs ermöglichen.⁷⁵¹ 879. Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist abschlies- send, wobei die aufgezählten Gründe grundsätzlich weit zu verstehen sind.⁷⁵² Zur Rechtferti- gung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist.⁷⁵³ Die Berücksichtigung anderer, nicht- ökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt. Allfällige öffentliche Interes- sen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG). Die Prüfung der wirt- schaftlichen Rechtfertigungsgründe erfolgt stets im Einzelfall.⁷⁵⁴ 880. Anzuführen ist, dass nicht bereits Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus Sicht der beteiligten Unternehmen betriebs- wirtschaftlich effizient ist, vielmehr muss die Abrede gesamtwirtschaftlich oder aus Sicht der Marktgegenseite als effizient betrachtet werden können.⁷⁵⁵ 881. Die Parteien argumentieren, der Sachplan ADT enthalte Umweltziele, weshalb ihr Verhalten (konkret der gemeinsame Mengenrabatt) gerechtfertigt sei.⁷⁵⁶ Die Umweltziele des Sachplans richten sich an die kantonalen Planungsbehörden, welche nicht ermächtigt sind, ihre Planungsziele unter Verletzung von Bundesrecht – konkret dem Kartellgesetz – umzusetzen. Die Gesetzgebung, auf welche sich der Sachplan stützt, sieht jedenfalls keine Einschränkungen des Kartellgesetzes vor. Zwar steht es den Verfahrensparteien frei, die Umweltziele der Sachplanung zu beachten, nur erteilt ihnen der Sachplan ADT ebenso wenig wie den Planungsbehörden eine Ermächtigung zur Umsetzung dieser Ziele unter Verstoss gegen das Kartellgesetz. 882. Die Parteien berufen sich sinngemäss auch unabhängig vom Sachplan ADT auf den Rechtfertigungsgrund der rationelleren Nutzung von Ressourcen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG. Dazu ist Folgendes klarzustellen: Die rationellere Nutzung von Ressourcen war nicht das Ziel der Verfahrensparteien. Denn es ist unbestritten, dass die Verfahrensparteien und die übrigen Mitglieder der KAGA einander Transportkostenausgleiche bezahlten.⁷⁵⁷ Der Transportkostenausgleich ermöglichte und bewirkte weitere Fahrtwege der KAGA-Mitglieder. Damit bezweckten und bewirkten die Verfahrensparteien keinen Umweltschutz.

⁷⁵¹ Vgl. in diesem Sinne auch Urteil des BVGer, B-3332/2012 vom 13. November 2015, E.10.2, Bayrische Motoren Werke AG/WEKO; gleich wie hier: RPW 2011/4, 640 Rz 796, ASCOPA; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 716), Art. 5 N 300; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 5 N 9 ⁷⁵² RPW 2005/2, 265 f. Rz 91, Swico/Sens, m.w.H. auf BGE 129 II 18, 45–47, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), Buchpreisbindung ⁷⁵³ BGE 129 II 18, 45, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), Buchpreisbindung ⁷⁵⁴ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 793 ff. E. 13, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 f. E. 12, Gebro/WEKO ⁷⁵⁵ RPW 2012/2, 400 Rz 1059, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau ⁷⁵⁶ Act. VI.30, Rz 34 ⁷⁵⁷ Act. II.B.X.164 (22-0440)

22-00049/COO.2101.111.7.331387 216

883. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass Umweltschutzargumente bei der Anwendung von Art. 5 Abs. 2 KG zwar grundsätzlich geprüft werden können, insbesondere unter dem Aspekt der rationelleren Nutzung von Ressourcen.⁷⁵⁸ Doch sind die aufgeführten Gründe nur zulässig, sofern sie notwendig sind (vgl. Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG.) Das Notwendigkeitskriterium lehnt sich an das im Verwaltungsrecht anwendbare

Prinzip der Verhältnismässigkeit an. Entsprechend kann ein Rechtfertigungsgrund nur vorgebracht werden, wenn er geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, kein milderes Mittel zur Verfügung steht und der Wettbewerb im Verhältnis zum angestrebten Ziel nicht übermässig eingeschränkt wird.⁷⁵⁹ Vorliegend mangelt es erstens an der Eignung des Mengenrabattes, um das angestrebte Ziel des Umweltschutzes zu erreichen. Zum einen beteiligten sich die Verfahrensparteien zusammen mit den übrigen Mitgliedern der KAGA am System des Transportkostenausgleichs, so dass die KAGA-Mitglieder weitere Fahrten zurücklegen konnten. Die weiteren Fahrten der KAGA-Mitglieder machten die angeblichen Umweltschutzbemühungen im Rahmen der KTB wieder zunichte. Zum andern schuf der Bundesgesetzgeber die leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe (LSVA), um den Schwerverkehr einzudämmen.⁷⁶⁰ Es gibt keine Beweise dafür und wird von den Parteien auch nicht vorgebracht, dass die LSVA-Gebühren zu niedrig angesetzt wären, um ihr Ziel zu erreichen. Zweitens wären den Verfahrensparteien mildere Mittel zur Verfügung gestanden, um den Anliegen des Umweltschutzes gerecht zu werden, wie z.B. das Abschaffen des Transportkostenausgleichs im Rahmen der KAGA, das Heranziehen von Lastwagen mit tiefem Treibstoffverbrauch oder mit schadstoffarmen Treibstoff (z.B. Gas, Wasserstoff, Biodiesel) sowie umweltverträgliche Technologien wie z.B. Elektro- oder Hybridmotoren. ⁸⁸⁴. Weitere gesetzliche Rechtfertigungsgründe wurden von den Parteien nicht vorgebracht und sind auch nicht ersichtlich. Es liegen insgesamt keine gesetzlichen Rechtfertigungsgründe vor. ⁸⁸⁵. Der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass ein gemeinsames Inkasso und das Tragen von Debitorenverlusten unter Umständen effizienzsteigernde Wirkungen haben kann. Im vorliegenden Fall wurde die gemeinsame Inkassostelle aber dazu verwendet, Preisabreden (gemeinsamer Mengenrabatt, Kies- und Betonbatzen) umzusetzen und zum Austausch folgender Rechnungsdaten: Datum der Rechnungsstellung, Nummer des Lieferscheins, Artikelbezeichnung, gelieferte Menge, Preis je Einheit, Rabatt und Rechnungsbetrag. Es müssen daher auch im Zusammenhang mit dem gemeinsamen Inkasso keine Rechtfertigungsgründe näher geprüft werden. C.6 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen C.6.1 Einleitung ⁸⁸⁶. In der Folge ist zu prüfen, ob Teile der Gesamtabrede der Verfahrensparteien, namentlich das Festlegen gemeinsamer Mengenrabatte und das Festlegen eines gemeinsamen Kies- und Betonbatzens nicht nur den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG (Preisabrede) erfüllen, sondern auch als unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen im Sinne von Art. 7 KG zu qualifizieren sind.⁷⁶¹ Eine solche Prüfung ist deshalb notwendig, weil das

758 RPW 2005/1, 242 Rz 31, Klimarappen ⁷⁵⁹ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, 560 ⁷⁶⁰ Bundesgesetz über eine leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe (Schwerverkehrsabgabengesetz, SVAG) vom 19. Dezember 1997, SR 641.81 ⁷⁶¹ Zur gleichzeitigen Anwendbarkeit von Art. 5 und 7 KG auf dasselbe Verhalten vgl. RPW 2008/1, 74, Rz 178 ff., Pavimentazioni stradali in Ticino; EVELYNE CLERC, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2013, Art. 7 N 6; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, 22-00049/COO.2101.111.7.331387 217

gemeinsame Festlegen der Mengenrabatte und des Kies- und Betonbatzens einerseits die direkten Abnehmer der Verfahrensparteien betrifft, welche nicht dem Wettbewerb entsprechende Preise hinzunehmen haben. Diese Verhaltensweise ist, wie dargelegt, unter

Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu subsumieren. Andererseits bezweckten und behinderten die Verfahrensparteien mit der gemeinsamen Festlegung der Mengenrabatte und des Kies- und Betonbatzens aber auch den Eintritt in den Markt von direkten Konkurrenten. Opfer desselben Verhaltens waren folglich nicht nur die Marktgegenseite, sondern auch die am Markteintritt gehinderten Konkurrenten. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG und Art. 7 KG schützen verschiedene Rechtsgüter. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG schützt u.a. den Abnehmer vor der Bezahlung von zu hohen Kartellpreisen⁷⁶², während Art. 7 KG den Konkurrenten vor der Einschränkung seiner Handlungsfreiheit schützt.⁷⁶³ Es liegt eine echte Konkurrenz zwischen den beiden Normen vor.⁷⁶⁴ Beide Normen sind folglich anwendbar. ⁸⁸⁷. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es sind daher nachfolgend zwei Tatbestandselemente zu prüfen. Einerseits ist zu analysieren, ob die Verfahrensparteien marktbeherrschend im Sinne des Gesetzes sind (dazu C.6.2, Rz 888 f.) und andererseits, ob sie ihre Stellung im Markt missbraucht haben (dazu C.6.3, Rz 906 f.).⁷⁶⁵ C.6.2 Marktbeherrschende Stellung C.6.2.1 Vorbemerkung 888. Als marktbeherrschend gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf dem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG), insbesondere wenn diese keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben.⁷⁶⁶ Dies ist der Fall, wenn die Unternehmen auf bestehende Wettbewerbsbedingungen keine Rücksicht nehmen müssen, um beachtenswerte Nachteile zu vermeiden, oder sie aufgrund ihrer Marktstellung die Wettbewerbsbedingungen merklich beeinflussen oder sogar bestimmen können.⁷⁶⁷ ⁸⁸⁹. Die Bestätigung einer marktbeherrschenden Stellung setzt nicht voraus, dass der wirksame Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigt wird.⁷⁶⁸ Sie verlangt auch nicht, dass sich die marktbeherrschenden Unternehmen vollständig unabhängig verhalten können.⁷⁶⁹ Das Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 N 11; auch gemäss der EU-Rechtsprechung kann ein Verhalten, das als Verstoß gegen Art. 101 AEUV zu qualifizieren ist zugleich unter Art. 102 AEUV subsumiert werden: vgl. etwa Urteil des EuG vom 16.5.2017, *Agria Polska u.a./Kommission*, T-480/15, ECLI:EU:T:2017:339, Rz 72 m.w.H. ⁷⁶² Vgl. BBl 1995 I 468, 472; gemäss Botschaft führt fehlender Wettbewerb zu überhöhten Preisen. ⁷⁶³ LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch/Arnet et al. (Hrsg.), 2018, Art. 7 KG N 7; vgl. auch BGE 137 II 199, 211 E.4.3.5 ⁷⁶⁴ Vgl. zur echten Konkurrenz Urteil des BGer 1B_96/2018 vom 24. Mai 2018, E. 2.3.2; Urteil des BGer 6.S.59/2005 vom 2. Oktober 2006, E.6.3.2 ⁷⁶⁵ Vgl. BGE 137 II 199, 211 E. 4.3.4 ⁷⁶⁶ BGE 139 I 72, 97, E.9.3.1.; BGE 139 II 316, 324 E.6.1 ⁷⁶⁷ Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, E. VI.1, Rz 311, Preispolitik Swisscom ADSL ⁷⁶⁸ Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, E. VI.1, Rz 313, Preispolitik Swisscom ADSL ⁷⁶⁹ BGE 139 I 72, 99 f. E. 9.3.3.2

22-00049/COO.2101.111.7.331387 218

Bundesgericht ging im Urteil *Publigroupe* davon aus, dass bei Marktanteilen von 63 % viel dafür spricht, dass ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehat.⁷⁷⁰ ⁸⁹⁰. Bevor die gemeinsame marktbeherrschende Stellung der Parteien analysiert werden kann, ist analog zu Art. 11 Abs. 3 VKU der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht

abzugrenzen.⁷⁷¹ Sehen sich die Unternehmen in diesem Markt starker aktueller oder potentieller Konkurrenz ausgesetzt, können sie sich nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten.⁷⁷² C.6.2.2 Der relevante Markt C.6.2.2.1 Der sachlich relevante Markt 891. Der sachliche Markt wurde mit Bezug auf die unter Art. 5 Abs. 3 KG zu subsumierenden Sachverhalte bereits abgegrenzt (dazu oben Rz 857–859). Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes unterscheidet sich mit Bezug auf die für die unter Art. 5 Abs. 3 KG und die unter Art. 7 KG zu subsumierenden Sachverhalte vorliegend nicht. Zwar sind im Rahmen von Art. 7 KG einzig das gemeinsame Festlegen der Mengenrabatte und des Kies- und Betonbatzens zu untersuchen, die Nachfragsituation ist jedoch dieselbe. Sachlich relevant sind die von den Bauunternehmen, Kleinbezügern und Transportunternehmen nachgefragten Baustoffe Sand, Kies und Transportbeton sowie deren Transport (dazu vorne B.4.4.2, Rz 90 ff.). C.6.2.2.2 Der räumlich relevante Markt 892. Auch der räumliche Markt wurde mit Bezug auf die unter Art. 5 Abs. 3 KG zu subsumierenden Sachverhalte schon abgegrenzt (dazu oben Rz 860–862). Er umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU analog).⁷⁷³ 893. Die zur räumlichen Abgrenzung relevante Marktgegenseite besteht aus den Betreibern der Baustellen, deren bezogenen Mengen bei der Berechnung des Kies- und Betonbatzens sowie des gemeinsamen Mengenrabatts herangezogen wurden. Sie fragten die relevanten Produkte einerseits im gemeinsamen Liefergebiet der KTB-Werke nach. Andererseits holten sie aber auch Offerten bei Werken ein, deren Standorte sich in den an das gemeinsame Liefergebiet der KTB-Werke angrenzenden Gebieten befinden. In diesen Gebieten konnten sich die Parteien nicht im wesentlichen Umfang unabhängig von ihren Wettbewerbern verhalten (dazu auch Rz 861). Da die Auswirkungen der Abrede in den an das gemeinsame Liefergebiet angrenzenden Gebieten gering waren, ist der räumlich relevante Markt auch mit Bezug auf den Kies- und Betonbatzen sowie den gemeinsamen Mengenrabatt grundsätzlich auf das gemeinsame Liefergebiet der KTB-Werke beschränkt (B.4.4.3, Rz 99 ff.). Dies betrifft grundsätzlich seitens der Kästli-Gruppe das Liefergebiet um Rubigen und seitens der Alluvia- Gruppe die Liefergebiete um Oberwangen, Bethlehem, Worblaufen, Mattstetten und Hindelbank (dazu Rz 107 f.). 894. Betrachtet man das gemeinsame Liefergebiet der Parteien genauer, steht fest, dass sie zumindest in der Stadt Bern aufgrund der räumlichen Nähe ihrer Werke (Kästli-Gruppe: Rubigen; Alluvia-Gruppe: Betlehem, Worblaufen, Oberwangen, vgl. Abbildung 10: Geografische Anordnung Betonwerke) über gemeinsame Marktanteile von mindestens 80 %

770 BGE 139 I 72, 100 E. 9.3.3.2 771 BGE 139 I 72, 92 E. 9.1. 772 Verfügung der WEKO vom 30.10.2017, Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen, 153, Rz 644 (15.2.2019) 773 BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.H.

22-00049/COO.2101.111.7.331387 219

verfügten, was im Vergleich zu Konkurrenzwerken hoch ist (dazu Rz 117 f.). Innerhalb dieses Gebietes konnten die KTB-Werke Preise im wesentliche Umfang unabhängig von ihren Konkurrenten ansetzen. Der gemeinsame Mengenrabatt und der gemeinsame Kies- und Betonbatzen wirkten sich jedoch nicht nur auf die Stadt Bern aus, sondern beeinträchtigten den Wettbewerb im gesamten gemeinsamen Liefergebiet der KTB-Werke (dazu Rz 132 ff.). C.6.2.2.3 Zeitlich relevanter Markt 895. In zeitlicher Hinsicht ist die Nachfrage nach den Baustoffen Sand, Kies und Transport- beton sowie deren Transport im Zeitraum zwischen 1996 bis zur Einstellung der Tätigkeiten im Jahr 2013 relevant.

C.6.2.2.4 Zwischenfazit 896. Die Wettbewerbsbehörden gehen vom Markt für die Baustoffe Sand, Kies und Trans- portbeton sowie deren Transport in den Liefergebieten um Rubigen, Oberwangen, Bethlehem Worblaufen, Hindelbank und Mattstetten aus (vgl. B.4.4.3, Rz 99 ff.). Geographisch umfasst die gemeinsame marktbeherrschende Stellung vor allem die Stadt Bern, wobei die Auswirkung des Missbrauchs dieser Stellung sich auf das gesamte gemeinsame Liefergebiet der KTB- Werke bezieht. C.6.2.2.5 Beurteilung der Marktstellung (i) Einleitung 897. Ob sich die KTB-Werke gemäss Art. 4 Abs. 2 KG unabhängig von Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern verhalten können, ist nachfolgend zu prüfen. Die Parteien hätten sich im Untersuchungszeitraum dann nicht unabhängig verhalten können, wenn sie sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz ausgesetzt gesehen hätten, die einen disziplinierenden Einfluss auf zentrale Wettbewerbsparameter ausgeübt hätte.⁷⁷⁴ Anschliessend ist daher zu prüfen, ob die Verfahrensparteien ausreichender aktueller und potenzieller Konkurrenz ausgesetzt waren. (ii) Aktuelle Konkurrenz 898. Wie bereits ausgeführt (dazu oben Rz 867 f.), steht fest, dass die Alluvia-Gruppe und die Kästli-Gruppe zusammen im Raum Bern-Mittelland 43 % des insgesamt gewonnenen Sandes und Kieses abbauen. Neben den Verfahrensparteien war im Untersuchungszeitraum einzig die Kies AG Aaretal (KAGA), eine wichtige Betreiberin von Kiesabbaustellen (dazu oben Rz 115). Die KAGA ist aber nicht unabhängig von den Verfahrensparteien, da diese als Aktionäre gemeinsam [...] des Aktienkapitals der KAGA halten. Einzig 15 % des im Raum Bern-Mittelland abgebauten Primärmaterials wird durch von der Alluvia- und der Kästli-Gruppe unabhängige Unternehmen abgebaut (vgl. vorne Rz 115). Wandkies ist der Rohstoff für verarbeiteten Kies, welcher der wichtigste Bestandteil für die Betonproduktion ist. Ausserdem sind die Transportkosten für Kies und Beton hoch. Von den Verfahrensparteien unabhängige Hersteller hatten deshalb im relevanten Markt keine wesentliche disziplinierende Wirkung. 899. Aus dieser starken Stellung im Bereich des Rohmaterials Wandkies ergibt sich eine starke Stellung in den nachgelagerten Märkten. Die Alluvia-Gruppe verfügte gemäss eigenen Angaben in ihrem Liefergebiet im Bereich des Frischbetons (= Transportbetons) über rund [<75] % der Marktanteile. Gemäss Zeugenaussagen besitzen die Alluvia-Gruppe und die

⁷⁷⁴ Verfügung der WEKO vom 30.10.2017, Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen, 172, Rz 730.

22-00049/COO.2101.111.7.331387 220

Kästli-Gruppe in der Stadt Bern zusammen über Marktanteile von 80 % (vgl. vorne Rz 117). Damit steht fest, dass die Marktgegenseite nur geringe Ausweichmöglichkeiten im relevanten Markt hatte. Anders ausgedrückt, ermöglichte die starke gemeinsame Stellung im relevanten Markt den Verfahrensparteien, sich durch ihre Kooperation weitgehend unabhängig von nicht an der Abrede beteiligten Marktteilnehmern und Nachfragern zu verhalten. Die Aussenwettbewerber hatten daher nur geringe disziplinierende Wirkung auf die KTB-Werke. Der aktuelle Aussenwettbewerb war gering. Daher ist nachfolgend die potenzielle Konkurrenz auf dem relevanten Markt zu prüfen. (iii) Potenzielle Konkurrenz 900. Bei der Beurteilung der potenziellen Konkurrenz ist zu beachten, dass potenzielle Konkurrenten aufgrund der hohen Transportkosten, um konkurrenzfähig zu sein, eine Kiesgrube im Raum Bern hätten eröffnen müssen. Die Abklärungen und Planung dazu sind kostenintensiv und der Planungshorizont beträgt ca. 15 Jahre, wobei unsicher ist, ob die Abbaugenehmigung erteilt wird. Die Markteintrittsschranken waren während des Untersuchungszeitraums vom 2004–2013 hoch. Entsprechend kam es zu keinem

Markteintritt zwischen 2004–2013 (dazu B.4.4.5, Rz 120). Dasselbe gilt für die Herstellung von verarbeitetem Kies sowie für Beton (dazu vorne Rz 125 ff.). Der potenzielle Wettbewerb hatte folglich keine nennenswerte disziplinierende Wirkung auf die KTB-Werke. (iv) Stellung der Marktgegenseite 901. Es ist erwiesen, dass Kleinkundinnen und Kleinkunden kaum Verhandlungsmacht haben und Kies- und Beton in der Regel zum Listenpreis beziehen. Nichtbaumeister bezahlen sogar einen Zuschlag von 15 % auf den Listenpreis (dazu Rz 158). 902. Im Gegensatz dazu steht fest, dass Grosskundinnen und Grosskunden Rabatte erhalten (zum Grund, vgl. Rz 153). Sie verfügen sogar über die Möglichkeit, bei Grossbaustellen auf Baustellenanlagen auszuweichen (vgl. Rz 94 f.) und könnten langfristig gegebenenfalls selber Beton produzieren. Wie dargelegt, können Baustellenanlagen aber nur selten wirtschaftlich eingesetzt werden und ein Markteintritt ist kostspielig und dauert bis zu 15 Jahre (dazu Rz 120 ff.). Das Drohpotenzial der grossen Bauunternehmungen ist folglich stark beschränkt. Sie versuchen den Wettbewerb unter den bestehenden Anbietern primär zu ihren Gunsten auszunützen, indem sie von allen relevanten Anbietern Offerten einholen. Spielt der Preiswettbewerb, wie vorliegend, nur unvollständig (insbesondere durch die Koordination der Listenpreise, die gemeinsamen Mengenrabatte und den Informationsaustausch über Preise und Rabatte), sind jedoch auch sie von den Auswirkungen betroffen. Der Umstand, dass die Bauunternehmen jährlich mit den Betonherstellern verhandeln, vermag daran nichts zu ändern (dazu Rz 159). 903. Schliesslich steht fest, dass verschiedene Bauunternehmungen Aktionäre der Frischbeton AG Rubigen sind. Die Aktienmehrheit sowie die Geschäftsführung liegen aber bei der Kästli-Gruppe. Der Einfluss der anderen Bauunternehmungen auf den von der Frischbeton AG Rubigen gesetzten Betonpreis hält sich daher in engen Grenzen (dazu Rz 160). 904. Insgesamt verfügt die Marktgegenseite folglich nicht über genügend Nachfragemacht, um Druck auf die gemeinsam marktbeherrschenden KTB-Werke auszuüben. (v) Zwischenfazit 905. Vor dem Hintergrund der Marktstruktur (dazu B.4.4, Rz 86 ff.), der Markttransparenz, der Homogenität der Produkte (dazu B.4.4.2, Rz 90 ff.), den diversen bestehenden Abreden (dazu B.5, Rz 165 ff.), der mangelnden aktuellen und potentiellen Konkurrenz und der Stellung der Marktgegenseite steht fest, dass die Alluvia- und die Kästli-Gruppe gemeinsam eine

22-00049/COO.2101.111.7.331387 221

marktbeherrschende Stellung auf dem vorliegend relevanten Markt innehatten. In der Folge ist zu prüfen, ob die Verfahrensparteien ihre kollektiv marktbeherrschende Stellung gemeinsam missbraucht haben. C.6.3 Missbrauch C.6.3.1 Einleitung 906. Missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich die marktbeherrschenden Unternehmen dann, wenn sie etwa andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Behinderung auf dem Markt des marktbeherrschenden Unternehmens oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert. Behinderungsmissbrauch umfasst somit sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen (aktuelle oder potenzielle) Konkurrenten oder Handelspartner richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder benachbarten Markt einschränken.⁷⁷⁵ Missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG handeln marktbeherrschende Unternehmen, wenn die Marktgegenseite dem ökonomischen Druck, der sich auf die Marktbeherrschung stützt, nicht ausweichen kann oder nichts entgegenzusetzen hat.⁷⁷⁶

907. Vorliegend haben die marktbeherrschenden Unternehmen eine Reihe von horizontalen Wettbewerbsabreden getroffen. Mit den beiden Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG – der Mengenrabatt und der Kies- und Betonbatzen – bezweckten die Verfahrensparteien nicht nur Preiselemente abzusprechen, sondern auch gemeinsam dafür zu sorgen, potenzielle Konkurrenten am Markteintritt im Raum Bern und Umgebung zu hindern (vgl. Rz 345, Rz 481, Rz 649). 908. In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob der Tatbestand der Einschränkung, der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. e KG gegeben ist. Gemäss Praxis der WEKO ist der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG erfüllt, wenn kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen: - Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung führt; - durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt; - die durch die Verhaltensweise bewirkte Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung ist nicht sachlich gerechtfertigt.⁷⁷⁷ 909. Vorliegend fällt die Einschränkung des Absatzes der Konkurrenzunternehmen und die Hinderung der Ausübung des Wettbewerbs zusammen. C.6.3.2 Einschränkung des Absatzes und Behinderung in der Ausübung des Wettbewerbs 910. Vorliegend ist zu prüfen, ob die Handlungsfreiheit der Konkurrenten eingeschränkt und deren Eindringen in den relevanten Markt durch den gemeinsamen Mengenrabatt und den

775 BGE 139 I 72, E. 10.1.1., m.w.H.; vgl. auch Botschaft KG 1995, BBl 1995 468, 569 f.
776 BGE 137 II 199, 212, E.4.3 777 Verfügung der WEKO vom 30.10.2017, Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen, 236, Rz 1019; Verfügung der WEKO vom 11.12.2017, Supermedia, 121, Rz 559; beide Verfügungen sind abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (15.2.2019)

22-00049/COO.2101.111.7.331387 222

Kies- und Betonbatzen be- bzw. verhindert werden sollte. Konkret bezahlten die Parteien den Kies- und Betonbatzen nur aus, wenn ein Bauunternehmen sämtliche Produkte bei den KTB- Werken bezog. Mit Bezug auf die Mengenrabatte verlor ein Bauunternehmen, das nicht sämtliche Produkte bei den KTB-Werken bezog, Rabatte in einem Ausmass, das es unattraktiv machte, sich bei Konkurrenten der Verfahrensparteien einzudecken. 911. Die Rabatte betrug 2004–2008 zwischen Fr. 1.10 und Fr. 11.– pro Kubikmeter. Ab 2009–2013 lagen sie zwischen Fr. 2.50 und Fr. 14.–. Je grösser die während eines Jahres bei den der KTB angeschlossenen Betonwerken bezogene Menge war, desto höher fiel der Rabatt pro Kubikmeter aus (dazu oben Rz 132 ff., Abbildung 13: KTB-Mengenrabatt). Entschied sich ein Kunde, einen Teil seiner Bezüge nicht bei einem KTB-Werk zu tätigen, reduzierte sich der Rabatt für seine übrigen Bezüge ebenfalls, z.B. reduzierte sich der Rabatt um Fr. 2.25 pro Kubikmeter, wenn von jährlich 8000 m³ bezogenem Beton, 5000 m³ von einem Nicht-KTB- Lieferanten bezog. Diese Reduktion entspricht 1,7% des durchschnittlichen Werkpreises für Beton und Mörtel der KTB-Werke 2007–2013 (vgl. in Rz 134). 912. Zusätzlich überwiesen die KTB-Werke 2004–2013 einen Kies- und Betonbatzen (30 und 50 Rappen pro Kubikmeter Kies bzw. Beton) an den BRVB. Einzig Bezüge von Mitgliedern, welche ausschliesslich von den KTB-Werken Kies und Beton bezogen, wurden angerechnet. Selbst bei geringen Bezügen von auswärtigen Anbietern, strichen die KTB-Werke den Kies- und Betonbatzen (vgl. vorne Rz 135). Die KTB-Werke verpflichteten sich ihrerseits, den Kies- und Betonbatzen zu entrichten und Nicht-Mitglieder des BVRB nicht

zu günstigeren Preisen und Konditionen zu beliefern. Ferner sollten Private und Nichtbauherren einen Preiszuschlag bezahlen (vgl. vorne Rz 638). 913. Im in Rz 911 erwähnten Beispiel wurden Fr. 0.5 pro Kubikmeter – also 6500 Franken – überwiesen. Vor allem in Randliefergebieten der KTB-Werke spielte dies eine Rolle, da die KTB-Werke dort höchstens einen geringen Transportkostenvorteil gegenüber anderen Werken genossen. Bezog nämlich ein Bauunternehmen für eine kleine Baustelle im Randliefergebiet der KTB-Werke Baustoffe bei einem Konkurrenten der KTB-Werke, fiel die Zahlung des Kies- und Betonbatzens dahin. Gerade bei kleineren Baustellen in diesen Randgebieten entging dem BVRB der gesamte Kies- und Betonbatzen aufgrund des Bezugs einer bloss kleinen Menge. 914. Durch den Kies- und Betonbatzen sowie den Mengenrabatt wurde der Eintritt neuer Anbieter erschwert und das von den KTB-Werken belieferte Gebiet gegenüber Drittanbietern abgeschottet. Im Untersuchungszeitraum kam es entsprechend zu keinen neuen Markteintritten (vgl. dazu oben Rz 120 ff.). Indem die marktbeherrschenden Verfahrensparteien die Produkte und Dienstleistungen der Konkurrenten weniger absetzbar machten, ohne dass dies Folge ihrer höherwertigen Leistungen zuzuschreiben wäre, verhielten sie sich missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG.778 C.6.3.3 Keine Rechtfertigungsgründe 915. Wie es das Bundesgericht im Fall „Publigroupe“⁷⁷⁹ festgehalten hat, sind im Falle des Vorliegens eines Missbrauchs gemäss Art. 7 Abs. 1 KG mögliche Rechtfertigungsgründe (sog.

778 Botschaft KG 1995, BBl 1995 468, 574; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 N 418, 436, 461. Vgl. auch EuGH, Urteil vom 6. September 2017, Intel Corporation Inc./Kommission, Rn 137; EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, Hoffmann-La Roche/Kommission, 85/76, EU:C:1979:36, Rn 89 779 BGE 139 I 72, 103 E. 10.1.2

22-00049/COO.2101.111.7.331387 223

legitimate business reasons) zu prüfen. Vorliegend sind keine objektiven Gründe oder Effizienzgründe ersichtlich, welche das inkriminierte Verhalten rechtfertigen würden. C.6.4 Fazit 916. Durch den Abschluss der Preisabreden über den gemeinsamen Mengenrabatt und die Gewährung des Kies- und Betonbatzens missbrauchten die Verfahrensparteien ihre gemeinsame marktbeherrschende Stellung und verstiesen gegen Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG. C.7 Massnahmen 917. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Rz 918 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 924 ff.). C.7.1 Anordnung von Massnahmen 918. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.⁷⁸⁰ 919. Aus den Erwägungen ergibt sich, dass sich die Parteien an unzulässigen Wettbewerbsabreden im Bereich Kies- und Betonprodukte inklusive deren Transport im Raum Bern (Stadt und Umgebung) beteiligt haben. Sie sind zu einem Verhalten zu verpflichten, bei welchem vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden oder nicht mehr drohen. 920. Den Parteien wird konkret verboten, i. mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Preise und Preisbestandteile im Zusammenhang mit

der Lieferung von Kies- und Betonprodukten festzulegen oder sich darüber mit Konkurrenten und Konkurrentinnen auszutauschen. Insbesondere wird den Parteien verboten, ■ gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Bandbreiten für Listenpreise festzulegen; ■ gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen die Höhe und Abstufungen von Mengenrabatten festzulegen; ■ Kunden und Kundinnen gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Mengenrabatte unter Berücksichtigung der Gesamtbezugsmengen zu gewähren; ii. mit Konkurrenten und Konkurrentinnen die Liefergebiete für Kies- und Betonprodukte festzulegen oder auf sonstige Weise abzustimmen; iii. mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Abnehmer und Abnehmerinnen von Kies- und Betonprodukten zu- und aufzuteilen;

780 RPW 2017/3, 453, Rz 253, Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal; RPW 2015/2, 253 Rz 267, Tunnelreinigung; RPW 2013/4, 463 ff. Rz 1028 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich

22-00049/COO.2101.111.7.331387 224

iv. Sponsoring-Zahlungen oder andere Unterstützungsbeiträge an Branchenverbände davon abhängig zu machen, dass die Mitglieder der Branchenverbände Kies- und Betonprodukte ausschliesslich bei ihnen und/oder von ihnen bestimmten Konkurrenten und Konkurrentinnen beziehen; v. betreffend Forderungen aus Kies- und Betonlieferungen gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen die Debitorenverluste zu tragen und ein gemeinsames Inkasso zu betreiben soweit ■ die Nummer des Lieferscheins, die Artikelbezeichnung, die gelieferte Menge, der Preis je Einheit, der erteilte Rabatt und der Rechnungsbetrag im Rahmen ihrer Rechnungsstellung ausgetauscht werden, ■ sie gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Zahlungs- und Verzugsbedingungen festlegen, vi. gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Lieferstopps gegenüber Abnehmern und Abnehmerinnen von Kies- und Betonprodukten zu verhängen. 921. Von den Verpflichtungen gemäss den Ziffern i. bis iii. ausgenommen sind der unabdingbare Austausch von Informationen sowie die unabdingbare gemeinsame Festlegung im Zusammenhang mit: ■ der Bildung und Durchführung von Liefergemeinschaften; ■ der Bildung und Durchführung von Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaften; ■ der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer. 922. Die Anordnungen umschreiben die Verpflichtungen der Parteien, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Insbesondere stehen sie in unmittelbarem Zusammenhang zu den von ihnen begangenen unzulässigen Verhaltensweisen und verhindern, dass es erneut zu derartigen Verhaltensweisen kommt. Sie sind verhältnismässig, zumal sie zur Erreichung des Ziels, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, geeignet sowie erforderlich und zumutbar sind. 923. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegend angeordneten Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsandrohung im Dispositiv verzichtet werden kann. 781 C.7.2 Sanktionierung 924. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag von bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den

das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

781 Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, Telekurs Multipay; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, Flughafen Zürich AG, Unique

22-00049/COO.2101.111.7.331387 225

C.7.2.1 Allgemeines 925. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.⁷⁸² Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.⁷⁸³ 926. Aufgrund der Sanktionierbarkeit handelt es sich beim Kartellverfahren um ein Administrativverfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter, nicht jedoch um reines Strafrecht. Die entsprechenden Garantien von Art. 6 und 7 EMRK und Art. 30 bzw. 32 BV sind demnach grundsätzlich im gesamten Verfahren anwendbar; über deren Tragweite ist jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.⁷⁸⁴ C.7.2.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG 927. Unternehmen, welche an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt sind oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhalten, werden mit einer Sanktion belastet (Art. 49a Abs. 1 KG). Daraus ergeben sich folgende Sanktionsvoraussetzungen: Erstens liegen unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG oder Art. 7 KG vor. Zweitens müssen die unzulässigen Verhaltensweisen von Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes verübt worden sein.⁷⁸⁵ Diese Voraussetzungen sind in casu erfüllt. Beide Parteien waren zum Tatzeitpunkt Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG (vgl. Rz 786). Die ihnen nachgewiesenen Verhaltensweisen stellen Verhaltensweisen gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG sowie Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG dar. 928. Zu präzisieren ist, dass eine unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallende Abrede unzulässig bleibt, auch wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt wird, solange diese Abrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist. Dies hat jüngst auch das Bundesgericht bestätigt.⁷⁸⁶ C.7.2.3 Vorwerfbarkeit 929. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁷⁸⁷, welcher das BVGer gefolgt ist⁷⁸⁸, stellt Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit das subjektive Tatbestandsmerkmal von

782 Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92 783 BBl 2002 2022, 2034 784 BGE 139 I 72, 78 ff. E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 118 E. 2.2.2), Publigroupe SA et al./WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 798 ff. E. 14, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 ff. E. 12, Gebro/WEKO 785 Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, 34 786 BGE 143 II 297, 339 E. 9.4 787 Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), Publigroupe SA et al./WEKO. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich Vorwerfbarkeit: RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., Flughafen Zürich AG (Unique); Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO; RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, SIX/DCC;

RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO. 788 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 803 E. 14.3.5, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 840 E. 13.2.5, Gebro/WEKO

22-00049/COO.2101.111.7.331387 226

Art. 49a Abs. 1 KG dar. Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind. 930. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen wird keine Vorwerfbarkeit vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern. 789 Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschulden liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte. 790 931. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrigen Wettbewerbsabreden trafen, taten dies wissentlich und nahmen deren wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich also zumindest eventualvorsätzlich. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen entweder zeichnungsberechtigt waren oder jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader bzw. der Geschäftsleitung angehörten. Ihr (Eventual-)Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen. 932. Anderweitige Gründe, welche dagegensprechen würden, dass den Unternehmen die fraglichen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen vorgeworfen werden können, sind nicht ersichtlich und werden von den Parteien auch nicht vorgebracht. So dürfen das Kartellgesetz resp. dessen grundlegende Normen für Unternehmen (als dessen Adressaten) allgemein als „bekannt“ vorausgesetzt werden. 791 Die Unternehmen müssen alles Zumutbare vorkehren, um sicherzustellen, dass die Vorgaben des Kartellgesetzes eingehalten werden. 792 Vorliegend liegen keine Hinweise darauf vor, dass die Parteien angemessene und wirksame organisatorische Massnahmen zur Verhinderung der getroffenen Wettbewerbsabreden getroffen hätten. C.7.2.4 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht 933. Die Sanktionierung ist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ausgeschlossen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist. Für die Prüfung dieser fünfjährigen Frist ist im Einzelfall die gesamte Dauer des Kartells miteinzubeziehen. 934. Die Wettbewerbsbehörden eröffneten die Untersuchung 22-0440: Baustoffe und Depositionen Bern am 12. Januar 2015. Aufgrund der Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sind sämtliche Wettbewerbsbeschränkungen, welche ab dem 13. Januar 2010 nicht mehr ausgeübt worden sind, nicht mehr sanktionierbar. Die vorliegenden Wettbewerbsbeschränkungen

789 RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., SIX/DCC 790 Vgl. Urteil des BVer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), Publigroupe SA et al./WEKO 791 RPW 2017/3, 455, Rz 267, Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal; RPW 2011/1, 190 Rz 558 m.w.H. SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); vgl. auch Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18.6.2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PubIG; SR 170.512) 792 RPW 2017/3, 455, Rz 267, Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal

22-00049/COO.2101.111.7.331387 227

hatten bis ins Jahr 2011 beziehungsweise 2013 Bestand. Damit steht der Sanktionierung des vorliegenden Kartellrechtsverstosses in zeitlicher Hinsicht nichts entgegen. C.7.2.5 Bemessung 935. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist. 936. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit⁷⁹³ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.⁷⁹⁴ Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.⁷⁹⁵ C.7.2.5.1 Konkrete Sanktionsberechnung 937. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann. (i) Basisbetrag 938. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.⁷⁹⁶ Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen. 939. Vorliegend beendeten die Verfahrensparteien die Regelung der Wettbewerbsverhältnisse Ende 2013. Für die Sanktionsberechnung sind damit die Umsätze der Jahre 2011, 2012 und 2013 massgebend.

⁷⁹³ Art. 2 Abs. 2 SVKG ⁷⁹⁴ Vgl. SHK-REINERT (Fn 751), Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking ⁷⁹⁵ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, Elektroinstallationsbetriebe Bern ⁷⁹⁶ In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, Wettbewerbsabreden im Strassen- und

Tiefbau im Kanton Aargau; Verfügung in Sachen Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (4.5.2018)

22-00049/COO.2101.111.7.331387 228

1. Massgebliche Umsätze 940. Art. 3 SVKG statuiert als Bemessungsgrundlage des Basisbetrags den Umsatz, den das betreffende Unternehmen auf den jeweils relevanten Märkten erzielt hat, und nicht den Umsatz, der mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten erzielt wurde. Die Vorschrift differenziert nicht zwischen den auf den relevanten Märkten erzielten Umsätzen. Daher ist bei der Bestimmung des massgeblichen Umsatzes nicht danach zu unterscheiden, welcher Anteil dieses Umsatzes durch ein wettbewerbswidriges Verhalten erzielt wurde und ob allenfalls ein Anteil nicht in Verbindung mit einem wettbewerbswidrigen Verhalten steht. Zur Bestimmung der Bemessungsgrundlage für die Sanktionierung kann eine wirtschaftliche Unternehmenskennziffer herangezogen werden, die nicht ausschliesslich das wettbewerbswidrige Verhalten umfasst.⁷⁹⁷ Für die Sanktionsbemessung ist auf die Marktabgrenzung zum sachlichen und räumlichen relevanten Markt abzustellen.⁷⁹⁸ 941. Die vorliegende Wettbewerbsabrede betrifft in sachlicher Hinsicht die von den Bauunternehmen, Kleinbezügern und Transportunternehmen nachgefragten Baustoffe Sand, Kies und Transportbeton sowie deren Transport (dazu vorne Rz 90 ff.). In räumlicher Hinsicht betrafen die Abreden das gesamte Liefergebiet der KTB-Werke (Rz 99 ff.). Seitens der Kästli-Gruppe betrifft dies das Liefergebiet um Rubigen und seitens der Alluvia-Gruppe die Liefergebiete um Oberwangen, Bethlehem, Worblaufen, Mattstetten und Hindelbank (vgl. Rz 108). 942. Von diesen Umsätzen sind die Umsätze mit Lieferungen innerhalb des Konzerns abzuziehen, sofern die gelieferten Produkte von den Abnehmern bearbeitet werden (z.B. eine Kieslieferung eines Kieswerkes an ein Betonwerk). Diese Umsätze würden ansonsten doppelt berücksichtigt. Die übrigen konzerninternen Lieferungen an Unternehmen, welche nicht Teil der Kartellabrede waren, jedoch von den konzerninternen Abnehmerinnen innerhalb des relevanten Marktes weitervertrieben werden, sind jedoch Teil des massgeblichen Umsatzes.⁷⁹⁹ Aufgrund dieser Erwägungen sind damit die folgenden Umsätze für die Sanktionierung heranzuziehen: Unternehmen Massgeblicher Umsatz (ohne MwSt. in CHF) Alluvia-Gruppe [...] Kästli-Gruppe [...]

2. Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt) 943. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Massgeblich ist vorliegend der Umsatz der Alluvia- und der Kästli-Gruppe auf dem Markt für Kies- und Betonprodukte im Raum Bern. Zumal einzig die Alluvia-Gruppe Mörtel vertreibt, ist dieser Anteil des Umsatzes abzuziehen.

⁷⁹⁷ Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 685 f., Rz 722, Preispolitik Swisscom ADSL ⁷⁹⁸ Urteil des BVGer, RPW 2015/3, 686, Rz 723, Preispolitik Swisscom ADSL ⁷⁹⁹ Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, E.VIII.5.f), Rz 785; Preispolitik Swisscom ADSL; RPW 2010/1, 176, Rz 385, Preispolitik Swisscom ADSL

22-00049/COO.2101.111.7.331387 229

944. Aufgrund dieser Erwägungen ergeben sich im vorliegenden Fall für die Alluvia- und die Kästli-Gruppe folgende Obergrenzen für den Basisbetrag. Unternehmen Umsatz

2011-2013 auf dem relevanten Markt (ohne MwSt in CHF) Massgeblicher Prozentsatz Obergrenze für den Basisbetrag in CHF Alluvia-Gruppe [...] 10 % [...] Kästli-Gruppe [...] 10 % [...] 3. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses 945. Hinsichtlich der Art und Schwere des Verstosses ist zunächst zu berücksichtigen, dass eine Gesamtabrede zu beurteilen ist. Eine dauerhaft bestehende Gesamtabrede mit dem Zweck, den Preiswettbewerb untereinander einzuschränken, den Markt von Drittkonkurrenten zu schützen und die gegenseitigen Liefergebiete zu respektieren, kann schwerwiegende volkswirtschaftliche und soziale Schäden bewirken. Die Gesamtabrede enthält Elemente, die als Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG und als Gebietsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zu qualifizieren sind. Zudem stellen Teile der Gesamtabrede, namentlich das Festlegen gemeinsamer Mengenrabatte und das Festlegen eines gemeinsamen Kies- und Betonbatzens zugleich auch unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen im Sinne von Art. 7 KG dar. Verhaltensweisen, welche gleichzeitig mehrere sanktionierbare Tatbestände erfüllen, sind schwerer zu gewichten als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.⁸⁰⁰ Die Verstösse gegen Art. 5 Abs. 3 KG sind im vorliegenden Verfahren schwerer zu gewichten als diejenigen gegen Art. 7 KG. 946. Zu Lasten der Parteien ist zu berücksichtigen, dass sie einen hohen organisatorischen Aufwand betrieben und die Zusammenarbeit im Rahmen der gemeinsamen Inkassostelle KTB AG institutionalisierten und professionalisierten.⁸⁰¹ Die KTB AG setzte die dargelegten Vereinbarungen über die Listenpreise, den gemeinsamen Mengenrabatt, die Liefergebiete, den Kies- und Betonbatzen sowie die gemeinsame Inkassostelle um. Vor diesem Hintergrund erscheint ein hoher Basisbetragskoeffizient angemessen. 947. Schliesslich ist bei der Beurteilung der Art und Schwere zu berücksichtigen, ob der KG-Verstoss vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde. Vorliegend wurden die Verstösse vorsätzlich begangen. Auch dies rechtfertigt es, einen hohen Basisbetrag anzunehmen. 948. Aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist zudem die bisherige Praxis der WEKO im Bereich der Gesamt-, Preis- und Gebietsabreden zu berücksichtigen. Bei horizontalen Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, welche den wirksamen Wettbewerb beseitigen, kam ein Basisbetragskoeffizient von 7–9 % zur Anwendung.⁸⁰² Im Entscheid Abrede im Speditionsbereich, bei dem es um Abreden über Preiselemente ging, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, legte die WEKO den Basisbetrag auf 6 % fest.⁸⁰³

800 Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3 801 In diesem Sinne auch RPW 2017/3, 457, Rz 285, Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal 802 RPW 2018/1, 120 Rz 212, Verzinkung (7%); RPW 2017/3, 457, Rz 288, Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal (9%); RPW 2016/3, 709 Rz 384, Flügel und Klaviere (7 %); Verfügung vom 2. Dezember 2013 in Sachen Abreden im Bereich Luftfracht, 377 Rz 1720 (8 %); RPW 2013/4, 623 Rz 967, Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich (7 %); RPW 2012/3, 650 Rz 330, Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen (7 %); RPW 2012/2, 408 Rz 110, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau (7 %); RPW 2010/4, 760 Rz 391, Baubeschläge (7 %); RPW 2009/3, 215 Rz 126, Elektroinstallationsbetriebe Bern (7 %) 803 RPW 2013/2, 201 Rz 303, Abrede im Speditionsbereich (6 %)

22-00049/COO.2101.111.7.331387 230

949. Zugunsten der Parteien ist in Erwägung zu ziehen, dass die Gesamtabrede nicht zu einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führte. 950. Aufgrund dieser Umstände ist ein Prozentsatz von 7 % angemessen. Damit ergibt sich für die Alluvia- und die Kästli-Gruppe der folgende

Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG: Unternehmen Umsatz 2011-2013 auf dem relevanten Markt (ohne MwSt in CHF) Prozentsatz gemäss Art. 3 SVKG Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG (in CHF) Alluvia [...] 7 % [...] Kästli [...] 7 % [...] (ii) Dauer des Verstosses 951. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3). 952. Vorliegend werden die Verfahrensparteien für die Gesamtabrede sanktioniert. Wie bereits erläutert, bestand diese Gesamtabrede zwischen der Alluvia- und der Kästli-Gruppe ununterbrochen jedenfalls seit 1. April 2004 bis Ende 2013 und wurde stetig umgesetzt (vgl. Rz 785). Für die Sanktionierung ist damit grundsätzlich von einer Dauer der Abrede von über neun Jahren und neun Monaten auszugehen. 953. Bei der Sanktionierung muss berücksichtigt werden, dass die Wettbewerbsabrede betreffend Kies- und Betonbatzen nur bis Ende 2011 bestand. Zwar ändert der Umstand, dass der Kies- und Betonbatzen ab 2012 nicht mehr ausbezahlt wurde, nichts an der Qualifikation als Gesamtabrede. Ein Dauerzuschlag von 10 % pro Jahr ist allerdings nur für den Zeitraum heranzuziehen, in dem die Preislisten, der Mengenrabatt, die Liefergebiete, der Kies- und Betonbatzen und das gemeinsame Inkasso Gegenstand der Vereinbarung waren. In der übrigen Zeit von 2012 bis 2013 ist ein herabgesetzter Dauerzuschlag in Höhe von 8 % pro Jahr zu berücksichtigen.⁸⁰⁴ Damit ergibt sich für die Alluvia- und die Kästli-Gruppe ein Dauerzuschlag von 93,5 %.⁸⁰⁵ (iii) Erschwerende und mildernde Umstände 954. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen. Es liegen keine Anhaltspunkte für erschwerenden Umstände vor. Im Gegensatz dazu sind die folgenden mildernden Umstände zu beachten.

⁸⁰⁴ In diesem Sinne auch RPW 2018/1, 121 f., Rz 213 ff., Verzinsung ⁸⁰⁵ Der Dauerzuschlag von 93,5 % setzt sich wie folgt zusammen: Für die ersten 5 Jahre (1.4.2004–31.3.2009) erfolgt ein Dauerzuschlag von 50 %. Für die darauf folgenden 2 Jahre und 9 Monate (1.4.2009–31.12.2011) wird ein Dauerzuschlag von 10 % pro Jahr angewandt, was 27,5 % entspricht. Es verbleiben 2 Jahre (1.1.2012–31.12.2013), für welche ein reduzierter Dauerzuschlag von 8 % pro Jahr angewandt wird. Insgesamt ergibt sich also ein Dauerzuschlag von 50 % (1.4.2004–31.3.2009) + 27,5 % (1.4.2009 – 31.12.2011) + 16 % (1.1.2012–31.12.2013) = 93,5 %.

22-00049/COO.2101.111.7.331387 231

1. Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung vor Verfahrenseröffnung 955. Gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG wird der Betrag nach den Artikeln 3 und 4 vermindert, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines kartellrechtlichen Verfahrens beendet. 956. Wie dargelegt, bestand der Grundkonsens der Verfahrensparteien zur Regelung der Wettbewerbsverhältnisse in den Bereichen Kies- und Betonverkäufe im Raum Bern (Stadt und Agglomeration) bis Ende 2013. Die Abreden betreffend Listenpreise, gemeinsamer Mengenrabatt, Liefergebiete und gemeinsames Inkasso hatten bis Ende 2013 bestand, die Entrichtung des Kies- und Betonbatzens wurde per Ende 2011 eingestellt. Die Parteien stellten somit ihr Verhalten vor dem ersten Eingreifen der Behörden (Untersuchungseröffnung am 12. Januar 2015) aus eigenem Antrieb ein. Unter diesen Umständen und in Anbetracht der Praxis ist eine Reduktion des um die Dauer erhöhten Basisbetrags von 10 % angemessen.⁸⁰⁶ 2. Kooperatives Verhalten 957. Art. 6 SVKG zählt die mildernden Umstände nicht in abschliessender Weise auf.⁸⁰⁷ Entsprechend kann

gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG auch kooperatives Verhalten ausserhalb einer Selbstanzeige sanktionsreduzierend berücksichtigt werden. Massgebend für die Höhe der Reduktion dürfte entsprechend Art. 12 Abs. 2 SVKG die Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg sein. Gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts muss das kooperative Verhalten über das hinausgehen, was üblicherweise zur Ausübung der Verteidigungsrechte an den Tag gelegt wird.⁸⁰⁸ 958. Die Alluvia- und die Kästli-Gruppe reichten die vom Sekretariat geforderten Daten zu den Kies- und Betonlieferungen für die Jahre 2007 bis 2013 (dazu Rz 35 ff.) ein und beantworteten mehrere Auskunftsbegehren des Sekretariats in diesem Zusammenhang. Die Aufbereitung der Daten verursachte den Verfahrensparteien Aufwand. Zudem erleichterten die Verfahrensparteien mit der Datenlieferung die Ermittlung des Sachverhaltes über das vom Bundesverwaltungsgericht geforderte Mass hinaus. Es rechtfertigt sich daher, den nach den Art. 3 und 4 SVKG berechneten Sanktionsbetrag um 10 % zu reduzieren. (iv) Maximalsanktion 959. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Wie sich unter anderem aus der Botschaft zum Kartellgesetz 2003 ergibt,⁸⁰⁹ sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.⁸¹⁰ Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU⁸¹¹ finden analoge Anwendung. Die so errechnete maximale Sanktion stellt nicht den Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung dar; vielmehr wird am Schluss

806 Vgl. auch RPW 2018/1, 122, Rz 220 f., Verzinsung 807 Erläuterungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission zur SVKG, Artikel 5 und 6: Erschwerende und mildernde Umstände 808 Urteil des BVGer, RPW2013/4, 805 E. 14.4.6, Gaba/WEKO 809 Vgl. BBl 2002 2022, 2037 810 Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); Verfügung in Sachen Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (4.5.2018) 811 Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4)

22-00049/COO.2101.111.7.331387 232

der anhand der anderen im Kartellgesetz und der SVKG genannten Kriterien erfolgten konkreten Sanktionsberechnung geprüft, ob der Maximalbetrag nicht überschritten wird (Art. 7 SVKG); gegebenenfalls hat eine entsprechende Kürzung zu erfolgen. 960. Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird. Die Parteien erwirtschaften in der Schweiz auch bedeutende Umsätze ausserhalb des relevanten Marktes. C.7.2.5.2 Parteieingaben sind keine Selbstanzeigen – keine weitere Sanktionsreduktion (i) Einleitung 961. Wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung dieses Unternehmens ganz oder teilweise verzichtet werden. Diesen Grundsatz hält Art. 49a Abs. 2 KG fest, wobei in Art. 8 ff. SVKG die Modalitäten eines vollständigen und in Art. 12 ff. SVKG diejenigen eines teilweisen Sanktionserlasses aufgeführt sind. In der Folge ist zu prüfen, ob die als «Selbstanzeigen» bezeichneten Parteieingaben diese Voraussetzungen erfüllen. Zuerst seien daher die rechtlichen Vorgaben zusammengefasst (C.7.2.5.2(ii), Rz 962 ff.), bevor die Eingaben der Verfahrensparteien anhand der rechtlichen Vorgaben

überprüft werden (C.7.2.5.2(iii), Rz 966 ff., Rz 974 ff.). (ii) Rechtliche Vorgaben an Selbstanzeigen 962. Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG erlässt die WEKO einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es ■ seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und o als Erstes entweder Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation) oder o Beweismittel vorlegt, welche es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation). ■ Sowohl bei der Eröffnungs- als auch Feststellungskooperation setzt der Erlass der Sanktion voraus, dass die Wettbewerbsbehörde nicht ohnehin bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG). 963. Weiter wird gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG von einem Unternehmen kumulativ verlangt, dass ■ seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene, unverzügliche und uneingeschränkte ist (Bst. c); ■ es sämtliche Informationen und Beweismittel unaufgefordert vorlegt (Bst. b); ■ es weder eine anstiftende oder führende Rolle am Wettbewerbsverstoss gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat (Bst. a), und ■ es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt (Bst. d).

22-00049/COO.2101.111.7.331387 233

964. Sind nicht alle Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllt, ist dennoch eine Reduktion der Sanktion möglich. Eine solche setzt gemäss Art. 12 SVKG voraus, dass ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat. 965. Die gesetzlichen Vorgaben werden durch das Formular des Sekretariats der WEKO «Bonusregelung (Selbstanzeige)» vom 8. September 2014 (nachfolgend: Merkblatt Bonusregelung) konkretisiert. Gemäss Merkblatt Bonusregelung muss die Eingabe zum Erlass oder der Reduktion der Sanktion Klarheit über den Sachverhalt schaffen. Das bedeutet insbesondere: ■ Das selbstanzeigende Unternehmen hat den verfolgten Zweck der angezeigten Verhaltensweise und die Umsetzung zu beschreiben und zu belegen. ■ Keine Klarheit besteht, wenn das Unternehmen die Aussagen selbst wieder entkräftet, etwa indem es eine Verhaltensweisen bestreitet oder generell (mögliche) negative Auswirkungen auf den Wettbewerb verneint. 812 (iii) Beurteilung der Eingaben der Alluvia- und der Kästli-Gruppe 1. Alluvia-Gruppe Kein Mehrwert zum vorläufigen Beweisergebnis 966. Die Alluvia-Gruppe reichte ihre Selbstanzeige am 4. Mai 2017 ein, nachdem das Sekretariat im Rahmen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung die Möglichkeit einer Selbstanzeige erläutert hatte. Sie äusserte sich in ihrer Eingabe vom 4. Mai 2017 zur Bekanntgabe von Prozentspannbreiten für die Erhöhung der Bruttopreise, dem gemeinsamen Mengenrabatt, dem Kies- und Betonbatzen, dem gemeinsamen Inkasso und der Vereinbarung der Messerli Kieswerk AG, der K.+U. Hofstetter AG und der Lehmann Transport AG 813. Die Selbstanzeige beschränkte sich darauf, diese Verhaltensweisen in kurzen Abschnitten zu beschreiben und den Sachverhalt wiederzugeben, den das Sekretariat bereits im vorläufigen Beweisergebnis festgehalten hatte. Die Eingabe ermöglichte es den Wettbewerbsbehörden nicht, gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG einen Wettbewerbsverstoss (gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG) festzustellen. Keine Selbstanzeige bezüglich der Koordination von

Listenpreisen und Liefergebieten 967. Das Sekretariat forderte die Alluvia-Gruppe am 9. Mai 2017 auf, die Selbstanzeige zu vervollständigen, insbesondere auch bezüglich der Koordination der Listenpreise und der Liefergebiete.⁸¹⁴ Die Alluvia-Gruppe stellte in ihrer Eingabe vom 2. Juni 2017 fest, dass sie keine Selbstanzeige bezüglich der Koordination der Listenpreise und der Liefergebiete eingereicht habe und auch nicht einreichen werde.⁸¹⁵ Diese Eingabe ermöglichte es den Wettbewerbsbehörden ebenso wenig – und wie es Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG von einem Selbstanzeiger verlangt – einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen.

812 Merkblatt und Formular Bonusregelung (Selbstanzeige), Rz 5, Abrufbar unter: <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/dienstleistungen/meldeformulare.html> 813 Act. VIII.A.1 814 Act. VIII.A.4. 815 Act. VIII.A.11 und 12

22-00049/COO.2101.111.7.331387 234

Keine Kooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. b und c SVKG 968. Die Alluvia-Gruppe legte dem Sekretariat nicht spontan sämtliche in ihrem Einflussbereich liegenden Beweismittel vor. In ihrer Selbstanzeige vom 4. Mai 2017 verwies die Alluvia-Gruppe auf die Verfahrensakten und hielt fest, dass das Sekretariat bereits im Besitz der relevanten Akten sei. Sie spezifizierte nicht, welche Akten sie meinte und worin sie die Beweise erblickte. Mit der Ergänzung der Selbstanzeige vom 2. Juni 2017 reichte die Alluvia-Gruppe zwar Beweismittel ein, kommentierte und erklärte diese indessen nicht. Sie legte insbesondere die Relevanz der eingereichten Beweismittel für das Verfahren 22-0477 nicht dar. Insgesamt genügte sie ihren Pflichten gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. b SVKG nicht. 969. Die Alluvia-Gruppe kam den Aufforderungen des Sekretariats vom 9. Mai 2017 und 6. Juli 2017 zur Nachbesserung ihrer Eingaben nicht nach (vgl. Eingaben vom 2. Juni 2017 und 19. Juli 2017⁸¹⁶). Die Alluvia-Gruppe machte einzig Eingaben auf Aufforderung des Sekretariats. Das Sekretariat machte sie darauf aufmerksam, dass sie den Anforderungen der SVKG und dem Merkblatt Bonusregelungen nicht genügten. Die Alluvia-Gruppe nutzte die ihr vom Sekretariat angebotene Möglichkeit nicht, ihre Eingaben entsprechend den Vorgaben des Sekretariats zu verbessern. Insgesamt kooperierte sie nicht ununterbrochen, unverzüglich und uneingeschränkt mit den Wettbewerbsbehörden und genügte damit ihren Pflichten gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG nicht. 970. Keine ausreichenden inhaltlichen Angaben gemäss Art. 9 SVKG 971. Schliesslich genügten die Eingaben der Alluvia-Gruppe den inhaltlichen Anforderungen an eine Selbstanzeige gemäss Art. 9 SVKG aus den folgenden Gründen nicht: ■ Die Alluvia-Gruppe machte allgemeine Verweise auf Eingaben, ohne zu spezifizieren, worauf sie sich bezog, aus welchem Grund und was sie damit zu zeigen gedachte.⁸¹⁷ Sie schuf folglich keine Klarheit über den Sachverhalt. ■ Sie machte keine Angaben zu Ziel, Absicht und Zweck ihrer Verhaltensweisen. ■ Ihren Eingaben enthielten Entkräftungen, Bestreitungen und Verneinungen.⁸¹⁸ Einreichung der Daten 972. Die Alluvia-Gruppe reichte dem Sekretariat auf Aufforderung Daten zu Kies- und Betonlieferungen für die Jahre 2007 bis 2013 ein. Die Antworten zu den Auskunftsbegehren des Sekretariats stellen keine Selbstanzeige dar, wie aufgeführt, wird die Kooperation aber sanktionsmindernd berücksichtigt (vgl. dazu C.7.2.5.1(iii)2, Rz 957 f.). Fazit 973. Es liegt keine Feststellungskooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG vor, die es den Wettbewerbsbehörden ermöglicht hätte, einen Wettbewerbsverstoss (gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG) festzustellen. Die Eingabe der Alluvia-Gruppe ist folglich auch nicht als Selbstanzeige anzusehen, welche zu einer Reduktion der Sanktion im Sinne von Art. 12 SVKG berechtigen würde. Die Sanktionsreduktion hat die Alluvia-Gruppe

durch ihr kooperatives Verhalten im Sinne von Art. 6 SVKG im Zusammenhang mit der Datenlieferung und durch die vorzeitige Einstellung der Wettbewerbsverstösse erwirkt.

816 Act. VIII.A.11 und 12, VIII.A.17 817 Die Alluvia-Gruppe verwies „grundsätzlich“ auf ihr Schreiben vom 18. Januar 2017, das Handout vom 10. April 2017, das Schreiben vom 20. April 2017 und die E-Mail vom 25. April 2017 (17:57), vgl. Act. VIII.A.1 818 Act. VIII.A.5.a-b; Act. VIII.A.1

22-00049/COO.2101.111.7.331387 235

2. Kästli-Gruppe Kein Mehrwert zum vorläufigen Beweisergebnis 974. Die Kästli-Gruppe reichte die Selbstanzeige am 12. Mai 2017 ein, nachdem das Sekretariat im Rahmen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung die Möglichkeit einer Selbstanzeige erläutert hatte. Die Kästli-Gruppe brachte mit Eingabe vom 12. Mai 2017 vier konkrete Sachverhalte zur Anzeige, namentlich die Treffen mit dem BVRB, den gemeinsamen Mengenrabatt, den Kies- und Betonbatzen sowie das gemeinsame Inkasso. Die Selbstanzeige beschränkte sich darauf, diese Verhaltensweisen in kurzen Abschnitten zu beschreiben und den Sachverhalt wiederzugeben, den das Sekretariat bereits im vorläufigen Beweisergebnis festgehalten hatte. Die Eingabe ermöglichte es den Wettbewerbsbehörden nicht, gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG einen Wettbewerbsverstoss (gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG) festzustellen. Keine Selbstanzeige bezüglich der Koordination von Listenpreisen und Liefergebieten 975. Das Sekretariat forderte die Kästli-Gruppe am 17. Mai 2017 auf, die Selbstanzeige zu vervollständigen, insbesondere auch bezüglich der Koordination der Listenpreise und der Liefergebiete.⁸¹⁹ Die Kästli-Gruppe stellte in ihrer Eingabe vom 6. Juni 2017 fest, dass sie bezüglich der Koordination der Listenpreise und der Liefergebiete keine Informationen und Beweismittel beibringen könne, da sie diese Verhaltensweisen nicht zur Anzeige gebracht habe. Diese Eingabe ermöglichte es den Wettbewerbsbehörden ebenso wenig – und wie es Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG von einem Selbstanzeiger verlangt – einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen. Keine Kooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. b und c SVKG 976. Die Kästli-Gruppe legte dem Sekretariat nicht spontan sämtliche in ihrem Einflussbereich liegenden Beweismittel vor. In ihrer Selbstanzeige vom 12. Mai 2017 verwies die Kästli-Gruppe ohne Angabe von Fundstellen in genereller Weise auf die Beweismittel in den Verfahrensakten hin. Sie spezifizierte nicht, welche Akten sie meinte und worin sie die Beweise erblickte. Mit der Ergänzung der Selbstanzeige vom 6. Juni 2017 listete sie eine Reihe von Verfahrensakten auf, ohne diese zu kommentieren oder zu erklären. Zwar reichte die Kästli-Gruppe zusätzlich drei Dokumente ein, legte deren Relevanz für das Verfahren 22-0477 indessen nicht dar. Insgesamt genügte sie ihren Pflichten gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. b SVKG nicht. 977. Die Kästli-Gruppe kam den Aufforderungen des Sekretariats zur Nachbesserung der Selbstanzeige vom 17. Mai 2017 und vom 4. August 2017 nicht nach (vgl. Eingaben vom 6. Juni 2017 und vom 16. August 2017, Rz 29 ff.). Die Kästli-Gruppe handelte nicht aus Eigenantrieb, sondern reagiert auf die Aufforderungen des Sekretariats. Obwohl das Sekretariat sie darauf aufmerksam machte, dass ihre Eingaben den Anforderungen der SVKG und dem Merkblatt Bonusregelungen nicht genügten, nutzte die Kästli-Gruppe die Möglichkeit nicht, ihre Eingaben den Vorgaben des Sekretariats entsprechend zu verbessern. Insgesamt kooperierte sie nicht ununterbrochen, unverzüglich und uneingeschränkt mit den Wettbewerbsbehörden und genügte damit ihren Pflichten gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG nicht. Keine ausreichenden inhaltlichen Angaben gemäss Art. 9 SVKG 978. Schliesslich genügten die Eingaben der Kästli-Gruppe den

inhaltlichen Anforderungen an eine Selbstanzeige gemäss Art. 9 SVKG nicht, da sie sich trotz Aufforderung weigerte, Angaben zu Ziel, Absicht und Zweck der gemeldeten Verhaltensweisen zu machen.

819 Act. VIII.B.3 und 4

22-00049/COO.2101.111.7.331387 236

Einreichung der Daten 979. Die Kästli-Gruppe reichte die vom Sekretariat auf Aufforderung Daten zu den Kies- und Betonlieferungen ab dem Werk Rubigen für die Jahre 2007 bis 2013 ein. Zudem beantwortete die Kästli-Gruppe einen Fragebogen zu den Daten und kam weiteren Auskunftsbegehren des Sekretariats nach. Die Antworten zu den Auskunftsbegehren des Sekretariats stellen keine Selbstanzeige dar, wie aufgeführt wird die Kooperation aber sanktionsmindernd berücksichtigt. Fazit 980. Die Kästli-Gruppe kooperierte nicht im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG (Feststellungskooperation), was es den Wettbewerbsbehörden ermöglicht hätte, einen Wettbewerbsverstoss (gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG) festzustellen. Die Eingabe der Kästli-Gruppe sind folglich auch nicht als Selbstanzeigen zu qualifizieren, welche zu einer Reduktion der Sanktion im Sinne von Art. 12 SVKG berechtigen würde. Das kooperative Verhalten im Zusammenhang mit der Datenlieferung und der vorzeitigen Einstellung der Wettbewerbsverstösse wurde hingegen dennoch, wie ausgeführt, angemessen sanktionsmindernd (Art. 6 SVKG) berücksichtigt. Der Kooperationsabzug erfasst also eine andere Kooperationsform als diejenige der Selbstanzeige (vgl. dazu C.7.2.5.1(iii)2, Rz 957 f.). (iv) Fazit 981. Die Eingaben der Alluvia- und der Kästli-Gruppe sind keine Selbstanzeigen im Sinne von Art. 49 Abs. 3 KG und Art. 8 ff. SVKG. Der Kooperation der beiden Unternehmen wird jedoch als Milderungsgrund im Sinne von Art. 6 SVKG gebührend Rechnung getragen (vgl. dazu C.7.2.5.1(iii)2, Rz 957 f.). 982. Da die Eingaben der Alluvia- und der Kästli-Gruppe nicht als Selbstanzeigen zu qualifizieren sind, können die diesbezüglichen Verfahrensakten auch in das ordentliche Verfahrensdossier überführt werden. C.7.2.5.3

Verhältnismässigkeitsprüfung 983. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein. Die Höhe der Busse ist dahingehend zu begrenzen, dass die Sanktion weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens bedroht. Der Sanktionsbetrag muss zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen. Gleichzeitig ist im Interesse der Präventivwirkung und Durchsetzbarkeit des Kartellgesetzes im Minimum die infolge des Verstosses unzulässigerweise erzielte Kartellrente abzuschöpfen. 820 984. Die vorliegend festgesetzten Sanktionsbeträge sind für die Alluvia- und die Kästli-Gruppe tragbar. Sie stehen mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einklang.

820 Vgl. ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., Elektroinstallationsbetriebe Bern. Siehe des Weiteren auch RPW 2010/4, 765 Rz 432, Baubeschläge; RPW 2013/2, 142 Rz 332, Abrede im Speditionsbereich

22-00049/COO.2101.111.7.331387 237

C.7.2.6 Ergebnis 985. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungsanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49 Abs. 1 KG angemessen:

Alluvia Kästli Umsatz [...] [...] Basisbetrag (7 %) [...] [...] Dauerzuschlag (93,5 %) [...] [...] Summe [...] [...] Reduktion gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG (10 %) [...] [...] Reduktion für gute Kooperation (10 %) [...] [...] Kappung gemäss Art. 7 SVKG Nein [...] Sanktion (in CHF) [15-17] Mio [4-6] Mio

C.7.3 Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten] 986. Anlässlich der Hausdurchsuchungen wurden bei den durchsuchten Gesellschaften diverse Papierdokumente beschlagnahmt sowie elektronische Daten kopiert und gespiegelt. Die für die Untersuchung relevanten Papierdokumente wurden in Kopie, die elektronischen Daten in Form von elektronischen Berichten resp. Papierausdrucken in die amtlichen Akten übernommen. Mit Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung gegenüber allen Parteien kann ausgeschlossen werden, dass noch auf die Original-Papierdokumente bzw. die kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten zurückgegriffen werden muss. Dementsprechend sind nach Eintritt der Rechtskraft gegenüber allen Parteien die Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Partei zurückzugeben resp. die gespiegelten oder kopierten elektronischen Daten zu löschen. D Kosten 987. Die Gebührenpflicht, die Höhe der Verfahrenskosten und die Verlegung der Kosten richtet sich nach der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (GebV-KG).⁸²¹ 988. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen.⁸²² Im vorliegenden Verfahren wurden der Alluvia- und der Kästli-Gruppe unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen nachgewiesen, weshalb sie gebührenpflichtig sind.

821 Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) 822 BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f.), BKW FMB Energie AG; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario

22-00049/COO.2101.111.7.331387 238

989. Die Höhe der Verfahrenskosten bestimmt sich nach Art. 4 f. GebV-KG. Gemäss Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von Fr. 100.– bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). 990. Schliesslich sind die Kosten nach den folgenden Grundsätzen zu verlegen: Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung eines Kartells Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle am Kartell Beteiligten gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dem entsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätsabwägungen stehen dabei im Vordergrund.⁸²³ Da die Verteilung der Verfahrenskosten nicht davon abhängen soll, ob eine Gesellschaft, die sich an einem Kartell beteiligt hat, in eine Konzernstruktur eingebunden ist oder nicht, ist in vorliegender Untersuchung bei der Pro-Kopf-Verlegung das Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG als «ein Kopf» zu zählen, unabhängig davon, aus wie vielen juristischen Personen dieses Unternehmen besteht. Auch vorliegend werden die Gebühren den Parteien zu gleichen

Teilen auferlegt. 991. Die vorliegende Untersuchung wurde mit Zwischenverfügung vom 21. November 2016 von der Untersuchung 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern getrennt. Dem vorliegenden Verfahren 22-0477: KTB-Werke werden die bis zur Verfahrenstrennung angefallenen Kosten der Untersuchung 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern anteilmässig zugerechnet. Insbesondere führte die Behörde vor der Verfahrenstrennung in Bezug auf die vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsverstösse diverse Einvernahmen durch und nahm die Geschäftsgeheimnisbereinigung der selektierten Beweismittel vor. 992. Von den 29 Personen, welche das Sekretariat bis zur Verfahrenstrennung im Rahmen des Verfahrens 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern einvernommen hat, wurden insgesamt 13 Personen zu den vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsverstössen befragt. Die Kosten aus diesen 13 Einvernahmen werden wie folgt verlegt: - Sieben Einvernahmen betrafen ausschliesslich oder fast ausschliesslich das Verfahren 22-0477: KTB-Werke. Es rechtfertigt sich daher, die Kosten dieser Einvernahmen vollumfänglich dem vorliegenden Verfahren zuzurechnen. Die Kosten für die Einvernahmen von [K._____] (17. Februar 2015), [C._____] (16. März 2015), [E._____] (18. März 2015), [M._____] (15. September 2015), [A._____] (28. April 2016), [D._____] (6. Oktober 2016) und [N._____] (19. Oktober 2016) belaufen sich gesamthaft auf 15 885 Franken. - Bei den restlichen sechs Einvernahmen kamen sowohl Themen zur Untersuchung 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern als auch zur vorliegenden Untersuchung 22-0477: KTB-Werke zur Sprache. Die Kosten dieser Einvernahmen werden mit 50 % berücksichtigt. Dies ergibt für die Einvernahmen von [L._____] (5. Februar 2015), [B._____] (9. Februar 2015), [P._____] (23. Februar 2015), [J._____] (26. März 2015), [R._____] (26. April 2016) und [A._____] (8. Juni 2016) einen Betrag von 6 835 Franken. 993. Die Geschäftsgeheimnisbereinigung der anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmten Papier- und elektronischen Dokumente dauerte von Ende April 2016 bis August 2017. Die Gebühren, die im Zusammenhang mit der Geschäftsgeheimnisbereinigung angefallen sind, sind auf der Grundlage der aufgewendeten Stunden zu berechnen. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von Fr. 130.– bis Fr. 200.–. Die aufgewendete Zeit für die Geschäftsgeheimnisbereinigung

823 RPW 2009/3, 221 Rz 174, Elektroinstallationsbetriebe Bern

22-00049/COO.2101.111.7.331387 239

beträgt vorliegend insgesamt 196 Stunden. Aufgeschlüsselt werden folgende Stundenansätze verrechnet: - 102 Stunden zu Fr. 130.–, ergebend Fr. 13 260.– - 94 Stunden zu Fr. 200.–, ergebend Fr. 18 800.– 994. Die Gesamtkosten für die Geschäftsgeheimnisbereinigung belaufen sich auf 32 060 Franken. Es wurden 150 Aktenstücke aus dem Verfahren 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern in das Aktenverzeichnis 22-0477: KTB-Werke übertragen. Dies entspricht rund 7 %. Die anteilmässig zugerechneten Kosten aus dem Verfahren 22-0440: Baustoffe und Deponien Bern für die Geschäftsgeheimnisbereinigung der anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmten Papier- und elektronischen Dokumente belaufen sich somit auf 2 244 Franken. 995. Zusätzlich entfallen auf das vorliegende Verfahren Gebühren, die auf der Grundlage der nach der Verfahrenstrennung aufgewendeten Stunden zu berechnen sind. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von Fr. 130.– bis Fr. 290.–. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 2332.52 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet: - 275.02 Stunden zu Fr. 130.–,

ergebend Fr. 35 753.90.– - 1894.7 Stunden zu Fr. 200.–, ergebend Fr. 378 940.– - 162.8 Stunden zu Fr. 290.–, ergebend Fr. 47 212.– 996. Die Verfahrenskosten nach der Verfahrenstrennung belaufen sich demnach auf 263 540 Franken. Insgesamt betragen die Verfahrenskosten 461 905,80 Franken. Die der Alluvia- und der Kästli-Gruppe zu gleichen Teilen auferlegten Gebühren betragen je Unternehmen demnach 230 952,90 Franken. E Untersuchungsergebnis 997. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis: 998. Die zwischen der Alluvia-Gruppe und der Kästli-Gruppe getroffene Vereinbarung über über die Listenpreise, den gemeinsamen Mengrenrabbatt, die Liefergebiete, den Kies- und Betonbatzend sowie die gemeinsame Inkassostelle und damit einhergehenden gemeinsamen Zahlungskonditionen (Zahlungsfrist, gemeinsame Verzugszinsen in der Höhe von 8 %), das gemeinsame Erstellen von Sperrlisten, das gemeinsame Tragen von Debitorenverlusten und der Austausch von Rechnungsangaben (Datum der Rechnungsstellung, Nummer des Liefer Scheins, Artikelbezeichnung, gelieferte Menge, Preis je Einheit, Rabatt und Rechnungsbetrag) im Zeitraum zwischen 1976 bis 2013 stellt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG über Preise (vgl. Rz 844 f.) und die Aufteilung von Märkten nach Gebieten dar (vgl. Rz 851). Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, welche bei Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG greift, kann vorliegend durch Innenwettbewerb widerlegt werden (vgl. Rz 865 ff.). Allerdings liegt kein Bagatellfall vor. Die Gesamtabrede ist daher als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. Rz 873 ff.) zu werten. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich und wurden nicht vorgebracht (vgl. Rz 877 ff.). Die vorliegende Gesamtabrede ist eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG (vgl. Rz 876). 999. Durch den Abschluss der Preisabreden über den gemeinsamen Mengenrabbatt und die Gewährung des Kies- und Betonbatzens missbrauchten die Verfahrensparteien (vgl. Rz 906)

22-00049/COO.2101.111.7.331387 240

ihre gemeinsame marktbeherrschende Stellung (vgl. Rz 907) und verstiessen gegen Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG. 1000. Die Verfahrensparteien werden unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) dazu verpflichtet, Verhaltensweisen zu unterlassen, welche zu einer Gesamtabrede im hier genannten Sinne und dem Missbrauch ihrer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung führen. 1001. Die Verfahrensparteien waren an der unzulässigen Wettbewerbsabrede und dem Missbrauch der gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung beteiligt. Sie sind dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Rz 924 ff.). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren ist eine Belastung mit folgenden Beträgen angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 937 ff.): - Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern für die Alluvia-Gruppe [15-17] Mio Franken; - Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG für die Kästli-Gruppe [4-6] Mio Franken. 1002. Die Verfahrenskosten belaufen sich auf 461 905,80 Franken. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind sie wie folgt zu verlegen (vgl. Rz 987 ff.): - Die Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern tragen 230 952,90 Franken. - Die Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG tragen 230 952,90 Franken.

22-00049/COO.2101.111.7.331387 241

F Dispositiv Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG): 1. Der Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern sowie der Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG wird untersagt 1.1. mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Preise und Preisbestandteile im Zusammenhang mit der Lieferung von Kies- und Betonprodukten festzulegen oder sich darüber mit Konkurrenten und Konkurrentinnen auszutauschen. Insbesondere wird den Parteien verboten, 1.1.1. gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Bandbreiten für Listenpreise festzulegen; 1.1.2. gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen die Höhe und Abstufungen von Mengenrabatten festzulegen; 1.1.3. Kunden und Kundinnen gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Mengenrabatte unter Berücksichtigung der Gesamtbezugsmengen zu gewähren; 1.1.4. mit Konkurrenten und Konkurrentinnen die Liefergebiete für Kies- und Betonprodukte festzulegen oder auf sonstige Weise abzustimmen; 1.2. mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Abnehmer und Abnehmerinnen von Kies- und Betonprodukten zu- und aufzuteilen; 1.3. Sponsoring-Zahlungen oder andere Unterstützungsbeiträge an Branchenverbände davon abhängig zu machen, dass die Mitglieder der Branchenverbände Kies- und Betonprodukte ausschliesslich bei ihnen und/oder von ihnen bestimmten Konkurrenten und Konkurrentinnen beziehen; 1.4. betreffend Forderungen aus Kies- und Betonlieferungen gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen die Debitorenverluste zu tragen und oder ein gemeinsames Inkasso zu betreiben, soweit 1.4.1. die Nummer des Lieferscheins, die Artikelbezeichnung, die gelieferte Menge, der Preise je Einheit, der erteilte Rabatt und der Rechnungsbetrag im Rahmen ihrer Rechnungstellung ausgetauscht werden, 1.4.2. sie gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Zahlungs- und Verzugszinskonditionen festlegen; 1.5. gemeinsam mit Konkurrenten und Konkurrentinnen Liefersperren gegenüber Abnehmern und Abnehmerinnen von Kies- und Betonprodukten zu verhängen. 2. Der Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern sowie der Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG verfügen über eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung. 3. Der Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern sowie der Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG wird untersagt, ihre gemeinsame marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen, indem sie gemeinsame Mengenrabatte und gemeinsame Vergünstigungen (Kies- und Betonbatzen) festlegen, um Konkurrenten am Eintritt in den Kies- und Betonmarkt zu hindern.

22-00049/COO.2101.111.7.331387 242

4. Wegen Beteiligung an gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabreden und dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG mit folgenden Beträgen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet werden: 4.1. Die Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern mit einem Betrag von [15-17] Mio Franken. 4.2. Die Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG mit einem Betrag von [4-6] Mio Franken. 5. Die Beweisanträge der Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. 6. Auf den Antrag der Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG auf Erlass einer Feststellungsverfügung zu Ziffer 10 der Rahmenbedingungen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung wird nicht eingetreten. 7. Die Verfahrenskosten betragen 461 905,80 Franken und werden den Parteien zu gleichen Teilen

folgendermassen auferlegt: 7.1. Die Alluvia Holding AG, K.+U. Hofstetter AG, Messerli Kieswerk AG und Lehmann Transport AG Bern tragen 230 952,90 Franken. 7.2. Die Kästli Beteiligungen AG und Kästli Bau AG tragen 230 952,90 Franken. 8. Nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungs- adressatinnen werden die beschlagnahmten Original-Papierdokumente der jeweils be- rechtigten Person zurückgegeben und werden die beim Sekretariat vorhandenen, ko- pierten resp. gespiegelten elektronischen Daten gelöscht. 9. Die Verfügung ist zu eröffnen: - Alluvia Holding AG, Ostermundigenstrasse 34a, 3006 Bern, K.+U. Hofstetter AG, Ostermundigenstrasse 34a, 3006 Bern, Messerli Kieswerk AG, Ostermundi- genstrasse 34a, 3006 Bern und Lehmann Transport AG, Ostermundigenstrasse 34a, 3006 Bern sowie weitere konzernmässig verbundene Gesellschaften vertreten durch RA Prof. Dr. Philipp E. Zurkinden und RA Bernhard Lauterburg, LL.M., Prager Dreifuss AG, Schweizerhof-Passage 7, 3001 Bern; - Kästli Bau AG, Grubenstrasse 12, 3072 Ostermundigen, und Kästli Beteiligungen AG, Grubenstrasse 12, 3072 Ostermundigen, sowie weitere konzernmässig verbun- dene Gesellschaften vertreten durch RA Dr. Michael Meer, Sirius Legal GmbH, Monbijoustrasse 23, Postfach, 3001 Bern.

Wettbewerbskommission Prof. Dr. Andreas Heinemann Prof. Dr. Patrik Ducrey Präsident
Direktor

22-00049/COO.2101.111.7.331387 243

Rechtsmittelbelehrung: Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen.

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