



Urteil vom 5. Juni 2026

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),
Richterin Kathrin Dietrich, Richter Christoph Errass,
Gerichtsschreiberin Laura Rikardsen.

Parteien

BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. Fritz Rothenbühler, Wenger Plattner,
und Dr. Sébastien Gobat, Troller Hitz Troller,
Beschwerdeführerin,
gegen

Wettbewerbskommission WEKO,
Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Untersuchung 22-0497 betreffend Belagswerke Bern;
Sanktionsverfügung vom 6. Dezember 2021.

Sachverhalt:**A.**

Die BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG (Beschwerdeführerin; nachfolgend auch: BERAG) ist ein Gemeinschaftsunternehmen mit Sitz in Rubigen. Sie wurde am 23. Dezember 1976 durch 15 Kies- und Strassenbauunternehmen aus der Region Bern gegründet, um in Rubigen für diese ein gemeinsames Werk zur Fabrikation von Asphaltmischgut (nachfolgend auch: Aufbereitungsanlage oder Belagswerk) zu betreiben.

B.

B.a Gestützt auf Art. 27 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) am 5. März 2019 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO die kartellrechtliche Untersuchung 22-0497 "Belagswerke Bern" (act. I.2-I.20) und publizierte die Untersuchungseröffnung am 19. März 2019 im Bundesblatt (BBI 2019 2282) und im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB; act. I.57). Die Untersuchung richtete sich gegen die Beschwerdeführerin, ein zweites Belagswerk, zwei Kieswerke und 14 Strassenbauunternehmen aus der Region Bern.

B.b Am 5. März 2019 führte das Sekretariat bei fünf Unternehmen, darunter der BERAG, Hausdurchsuchungen durch. Es folgten Einvernahmen von Parteien, Zeugen und Auskunftspersonen sowie Marktbefragungen bei 16 Belagswerken.

Selbstanzeigen gingen keine ein.

B.c Mit Schreiben vom 30. Juni 2021 unterbreitete das Sekretariat der Beschwerdeführerin seinen Verfügungsantrag zur Stellungnahme (act. VII.2). Mit Eingabe vom 15. Oktober 2021 beantragte diese die Einstellung des Untersuchungsverfahrens (act. VII.106).

Am 22. November 2021 hörte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin und weitere Parteien an, die nicht auf eine Anhörung verzichtet hatten (act. VIII.23).

B.d Mit Verfügung vom 6. Dezember 2021 entschied die Vorinstanz:

"1. Der BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG wird untersagt,

1.1. das Gewähren von Vorteilen bei den Geschäftsbedingungen gegenüber ihren Kunden und Kundinnen, insbesondere das Gewähren von preislichen Vorteilen, von deren Eigenschaft als Aktionärin der BERAG abhängig zu machen. Davon ausgenommen sind Vorteile, welche die BERAG ihren Aktionärinnen für Bezüge von Asphaltmischgut für Bauprojekte gewährt, die weiter als 32 Fahrminuten vom Asphaltmischgutwerk der BERAG in Rubigen entfernt sind.

1.2. das Gewähren von Rabatten und Rückvergütungen für den Bezug von Asphaltmischgut oder deren Höhe gegenüber ihren Kunden und Kundinnen von künftigem Bezug von Asphaltmischgut bei der BERAG abhängig zu machen. Davon ausgenommen sind Rabatte und Rückvergütungen, welche die BERAG ihren Kunden und Kundinnen:

a) einzig aufgrund der Gesamtbezüge innerhalb von maximal 12 Monaten gewährt, sofern durch deren Ausgestaltung für die Kunden und Kundinnen nicht die Verpflichtung oder der Anreiz geschaffen wird, den ganzen oder überwiegenden Teil des Asphaltmischguts bei der BERAG zu beziehen, zum Beispiel durch entsprechende Staffelung oder Progression der Höhe des Rabatts oder der Rückvergütung oder durch die Bedingung, dass der Kunde oder die Kundin eine bestimmte Bezugsmenge erreicht (Zielrabatt);

b) für den Bezug von Asphaltmischgut für Bauprojekte gewährt, die weiter als 32 Fahrminuten vom Asphaltmischgutwerk der BERAG in Rubigen entfernt sind.

1.3. eine Person in den Verwaltungsrat aufzunehmen oder als Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerin anzustellen, die zugleich bei einem Konkurrenzunternehmen eine Organfunktion ausübt (zum Beispiel Mitglied des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung) oder Aufgaben bei der Preisgestaltung wahrnimmt (zum Beispiel Verkaufsleiter oder Verkaufsleiterin).

1.4. sich im Zusammenhang mit dem Verkauf von Asphaltmischgut mit Konkurrenzunternehmen vor Auftragserteilung über Offertpreise, Preiselemente oder die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen oder Gebieten im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG auszutauschen. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit:

a) der Bildung und Durchführung von Liefergemeinschaften und/oder Einkaufsgemeinschaften;

b) Aushilfslieferungen bei Revisionen des Asphaltmischgutwerks, bei Betriebsausfällen oder Lieferschwierigkeiten; sowie

c) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

1.5. sich mit Konkurrenzunternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG über künftige Listenpreise, die künftige Preis- und Rabattpolitik oder das künftige Liefergebiet auszutauschen.

1.6. Als Konkurrenzunternehmen im Sinne von Ziffer 1 gilt jedes Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG, das selber in Entfernung von bis zu 90 Fahrminuten zu einem Asphaltmischgutwerk der BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG ein eigenes Asphaltmischgutwerk betreibt.

(...)

5. Wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG (Vorzugskonditionen für Aktionärinnen und Treuebonus) wird die BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG mit einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG von Fr. [1.5-2 Mio.] belastet.

(...)

9. Die Verfahrenskosten betragen Fr. 807'338 und werden folgendermassen verlegt:

(...)

9.4 die BERAG Belagslieferwerk Rubigen AG trägt Fr. 590'502.

(...)."

Zur Begründung führte die Vorinstanz aus, mindestens seit 2004 hätten die BERAG-Aktionärinnen zu deutlich tieferen Preisen als Nichtaktionäre Asphaltmischgut (Belag) bei der BERAG beziehen können. Asphaltmischgut sei ein wichtiger Kostenfaktor im Markt für Strassenbau, und der Preis der wichtigste Wettbewerbsparameter in diesem Markt. Dadurch seien die gewährten Vorzugskonditionen geeignet, den Wettbewerb im Markt für Strassenbau zu beeinträchtigen. Zudem habe die Beschwerdeführerin ihren Kundinnen und Kunden ab 1978 einen Treuebonus ausbezahlt. Damit habe sie bezweckt, diese langfristig an sich zu binden. Der Treuebonus sei geeignet, eine Verdrängungswirkung gegenüber anderen bzw. potentiellen Konkurrenten zu entfalten. Damit habe die BERAG in ihrem Kernliefergebiet ihre marktbeherrschende Stellung in zweifacher Hinsicht missbraucht. Des Weiteren hätten sich die beiden Belagswerke BERAG und BLH Belagswerk Hasle AG (BLH) zwischen 1995 und Anfang 2019 gegenseitig ein Mandat im Verwaltungsrat eingeräumt. Dieses Kreuzmandat habe bezweckt, Fachwissen auszutauschen, die Interessen abzugleichen und gegenseitig Einfluss auf strategische Entscheide des anderen Unternehmens nehmen zu können. Dieser Informationsaustausch sei kartellrechtlich unzulässig, im Gegensatz zu den missbräuchlichen Verhaltensweisen jedoch nicht sanktionierbar.

C.

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 23. März 2022 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 1, 5 und 9.4 der angefochtenen Verfügung und die Einstellung des Untersuchungsverfahrens, eventualiter die Aufhebung oder Reduktion der Sanktion und/oder der Verfahrenskosten, subeventualiter die Aufhebung der Verfügung und Rückweisung an die Vorinstanz. Zudem beantragt sie namentlich die Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung sowie eines "As Efficient Competitor"-Tests (AEC-Test) zur Überprüfung der angeblichen Verdrängungswirkung des Treuebonussystems.

Sie rügt eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör sowie eine unvollständige und unrichtige Feststellung des Sachverhalts. In materieller Hinsicht macht sie geltend, bei richtiger Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes sei sie nicht marktbeherrschend. Die Gewährung von angeblichen Vorzugskonditionen an ihre Aktionärinnen bzw. ihr Treuebonussystem seien nicht missbräuchlich: Etwaige Preisunterschiede bei Kleinbezüglern seien wirtschaftlich gerechtfertigt; die übrigen Nichtaktionäre in ihrem Kundenstamm bezahlten Preise, die das Ergebnis intensiver und marktkonformer Verhandlungen seien. Sodann könne die Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH (Einräumung eines Kreuzmandats) nicht als unzulässige Wettbewerbsabrede qualifiziert werden; die anlässlich der VR-Sitzungen ausgetauschten Informationen seien weder in qualitativer noch in quantitativer Hinsicht ausreichend gewesen, diese unternehmerisch gewinnbringend zu nutzen.

D.

Mit Vernehmlassung vom 20. Juni 2022 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei abzuweisen und die Ziffern 1, 5 sowie 9.4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung seien zu bestätigen. Die Abgrenzung des räumlichen Marktes trage den Marktverhältnissen und insbesondere der Sicht der Marktgegenseite Rechnung, während die von der Beschwerdeführerin vorgeschlagene Methode zur Marktabgrenzung widersprüchlich und jedenfalls im vorliegenden Fall untauglich sei. Aufgrund der Lieferscheindaten der BERAG sei erstellt, dass Nichtaktionäre praktisch immer mehr als den für die Aktionärinnen geltenden Listenpreis bezahlt hätten. Zudem habe die Beschwerdeführerin durch das Treuebonussystem ihre Kundinnen an sich gebunden. Wechsle eine Kundin zu einem Konkurrenzwerk, könnten durch den Verlust des Treuebonus hohe Wechselkosten entstehen. Dadurch be-

hindere sie gleich effiziente Konkurrentinnen im Wettbewerb. Die Vereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und der BLH über das Kreuzmandat sei schliesslich geeignet gewesen, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, insbesondere weil systematisch sensible Informationen ausgetauscht worden seien. Der Austausch von technischem Fachwissen wäre auch ohne das Kreuzmandat möglich gewesen.

E.

Anlässlich der öffentlichen Parteiverhandlung vom 14. November 2022 zog die Beschwerdeführerin ihren Antrag auf Durchführung eines AEC-Tests zurück.

F.

Auf die dargelegten und weiteren Vorbringen der Parteien wird, soweit erforderlich, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Sanktionsverfügungen der Vorinstanz in Kartellsachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. f VGG). Die Beschwerdeführerin hat als Partei am vorinstanzlichen Untersuchungsverfahren teilgenommen. Sie ist durch die angefochtene Sanktionsverfügung besonders berührt und hat als Verfügungsadressatin, soweit die Verfügung sie betrifft, ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 11 "Preispolitik ADSL").

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und die Unangemessenheit (Art. 49 Bst. a-c VwVG).

2. Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes

2.1 Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager und Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).

2.2 Die BERAG stellt Asphaltmischgut her, welches sie rund um ihr Werk in Rubigen auf den Markt bringt. Fraglich ist vorliegend einerseits, ob sie unter Missbrauch ihrer Marktstellung ihre Aktionärinnen bevorzugt und ein Treuebonussystem errichtet hat und andererseits, ob sie an einer widerrechtlichen Abrede beteiligt war. Unbestrittenermassen kommt das KG daher im vorliegenden Fall in persönlicher, sachlicher und räumlicher Hinsicht zur Anwendung (Art. 2 Abs. 1, 1^{bis} und 2 KG).

3. Vorbehaltene Vorschriften

In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 und 2 KG). Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von der Beschwerdeführerin denn auch nicht geltend gemacht.

4. Grundsätzliches zum vorliegenden Fall

4.1 Die BERAG wurde als Gemeinschaftsunternehmen von 15 Kies- und Strassenbauunternehmen aus der Region Bern gegründet; das Aktionariat besteht nach wie vor aus Unternehmen der Kies- und Strassenbaubranche.

Da die BERAG über keine eigenen Fahrzeuge für den Transport des von ihr hergestellten Asphaltmischguts zu den Baustellen verfügt, organisiert sie die Transporte oder lässt die bestellte Ware bei ihrem Werk abholen (Verfügung, Rz. 110). Eine Reihe von Konkurrenzwerken liefert ebenfalls in das Liefergebiet der BERAG. Sie sind in Hasle, Sundlauenen, Walliswil, Heimberg, Wimmis, Boningen, Lyss, Niederbipp, Busswil, Oberwangen, Gunzgen und Hüswil angesiedelt (Verfügung, Rz. 147, Tabelle 4 "Relevante Belagswerke). Drei weitere Belagswerke mit Standorten in Marin-

Epagnier, Posieux und Grandvillard liefern ebenfalls in dieses Gebiet, jedoch nur in Einzelfällen (Verfügung, Rz. 149), weshalb sie im Folgenden nicht berücksichtigt werden.

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

4.3 Im Folgenden sind die Rügen der Beschwerdeführerin zu prüfen: Formell die Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes (E. 5), materiell die Vorwürfe der Diskriminierung von Handelspartnern durch Gewährung von Vorzugskonditionen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG), eine missbräuchliche Verhaltensweise durch Anwendung eines Treuebonussystems mit Verdrängungswirkung (Art. 7 Abs. 1 KG) sowie eine unzulässige Abrede durch einen mit einer Konkurrentin gepflegten Informationsaustausch (Art. 5 Abs. 1 KG). Hierzu sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen (E. 6) und die Marktstellung der Beschwerdeführerin zu prüfen (E. 7). Schliesslich ist über die Massnahmen und die Sanktion zu befinden (E. 12 und 13).

5. Untersuchungsgrundsatz

5.1 Zunächst macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe den Untersuchungsgrundsatz in Bezug auf die Marktbeherrschung, die Transport- und Herstellungskosten, die Vorzugskonditionen der BERAG-Aktionärinnen, den Treuebonus der BERAG sowie die Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH in mehrfacher Hinsicht verletzt (Beschwerde, Rz. 8 ff.).

Die Vorinstanz geht in ihrer Vernehmlassung detailliert auf die erhobenen Vorwürfe ein (vgl. Vernehmlassung, Rz. 5-122).

5.2 Wie im übrigen Verwaltungsverfahren gilt auch im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren der Untersuchungsgrundsatz, nach welchem die

Rechtsanwendungsbehörde den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat (Art. 39 KG i.V.m. Art. 2 VwVG). Zur Sachverhaltsfeststellung kann die zuständige Behörde nötigenfalls Urkunden beiziehen, Auskünfte der Parteien einholen, Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen einholen, Augenscheine durchführen sowie Gutachten von Sachverständigen einholen (Art. 12 Bst. a bis e VwVG). Zudem statuiert das KG eine besondere Auskunftspflicht (Art. 40 KG). Danach haben Beteiligte an Abreden, markt-mächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen.

5.3 Die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen zur angeblichen Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes haben einen engen Bezug zum Inhalt der angefochtenen Verfügung. Sie sind zusammen mit den entsprechenden Stellungnahmen der Vorinstanz im Rahmen der materiellen Beurteilung, d.h. nicht in einem separaten Abschnitt unter dem Gesichtspunkt eines formellen Rechtsfehlers, zu prüfen (vgl. in diesem Sinne bereits die Urteile des BVerfG B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 7.3 "Umbricht"; B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 1.1.2 "Terminierungspreise Mobilfunk" [=BVGE 2011/32]; B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 5.5 "Nikon").

6. Marktabgrenzung

Um die Marktstellung der BERAG als Lieferantin ihrer Aktionärinnen und Konkurrentin der BLH und die ihr vorgeworfenen Handlungen beurteilen zu können, ist zunächst eine Marktabgrenzung vorzunehmen. Sie ist einerseits erforderlich um zu prüfen, ob eine Abrede den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigt (Art. 5 KG) und andererseits, um bei der Beurteilung von missbräuchlichen Verhaltensweisen festzulegen, ob ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt über Marktmacht verfügt (Art. 7 KG). Der vorliegenden Marktabgrenzung liegen folgende Handlungen zugrunde: ein Informationsaustausch (Art. 5 KG; E. 6.3.4), die Gewährung von Vorzugskonditionen und die Anwendung eines Treuebonussystems (Art. 7; E. 6.2.5). Folglich ist der Markt sowohl für die Prüfung von Art. 5 KG als auch für die Prüfung von Art. 7 KG abzugrenzen (E. 6.3.3).

6.1 Definition des relevanten Markts

Das Kartellgesetz definiert den Begriff des relevanten Markts nicht näher. Der Bundesrat formulierte jedoch in der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) eine Legaldefinition, welche nach ständiger Rechtsprechung nicht nur für Unternehmenszusammenschlüsse, sondern auch für Wettbewerbsabreden und das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen gilt (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.1 "Preispolitik Swisscom ADSL"; 139 I 72 E. 9.1 "Publigruppe"; Urteil des BVGer B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 9 "Gaba"). Danach lassen sich der sachlich, der räumlich und der zeitlich relevante Markt unterscheiden.

6.2 Sachlich relevanter Markt

Der sachlich relevante 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 VKU). Seine Definition erfolgt somit von der Marktgegenseite des Unternehmens aus gesehen, welchem das unzulässige Verhalten vorgeworfen wird (Urteil des BGer 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 8.2.1 "Sport im Pay-TV"; Urteil des BVGer B-141/2012 vom 12. Dezember 2022 E. 5.3.1.3.1 "Estée Lauder"; BORER/BORER, Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz, 4. Aufl. 2025, Art. 5, Rz. 11; RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, 2005, Rz. 280). Deren Optik ist dafür massgebend, ob Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen, nämlich ob sie hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden. Entscheidend ist die Erwartung funktioneller Austauschbarkeit (sog. Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1 "Publigruppe"; 129 II 18 E. 7.3.1 "Buchpreisbindung"; Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.2.1 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich"; Urteil des BVGer B-2050/2007 E. 9.1 "Terminierungspreise Mobilfunk" [=BVGE 2011/32]). Für die sachliche Marktabgrenzung darf die Sicht der Nachfrager aber nicht einzelfallweise als subjektive Vorstellung und Empfindungen ermittelt werden, sondern auszugehen ist vom Durchschnittsverbraucher, vom vernünftig durchschnittlichen Nachfrager (vgl. Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.2.4 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich", mit Verweisen).

Die Vorinstanz erwog, es gebe zahlreiche verschiedene Arten von Asphaltmischgut, die sich in Bezug auf ihre Eigenschaften zum Teil stark unterscheiden. Zudem gebe die ausschreibende Stelle in der Regel vor, welche genauen Sorten für ein bestimmtes Strassenbauprojekt zu verwenden seien. Deshalb seien die verschiedenen Arten von Asphaltmischgut aus Sicht der Marktgegenseite nicht austauschbar. Trotzdem müsse nicht für jede Asphaltmischgutsorte ein separater sachlicher Markt abgegrenzt werden, da alle Asphaltmischgutwerke im Wesentlichen alle wichtigen Sorten anböten. Da Asphaltmischgut gesamthaft betrachtet werden könne und es keine Substitute für Asphaltmischgut gebe, entspreche der sachlich relevante Markt allen Arten von Asphaltmischgut (Verfügung, Rz. 575 ff.).

Diese Definition wird von der Beschwerdeführerin nicht beanstandet (vgl. Beschwerde, Rz. 197). Auch für das Bundesverwaltungsgericht sind keine Gründe ersichtlich, von dieser Definition abzuweichen. Der sachlich relevante Markt umfasst somit Asphaltmischgut.

6.3 Räumlich relevanter Markt

Umstritten ist dagegen die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes. Dieser 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; BGE 139 I 72 E. 9.2.1 "Publigruppe").

6.3.1 Rechtliche Grundlagen

Der räumlich relevante Markt ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung festzulegen, bei der Sachaspekte aus Nachfrager- und Anbietersicht berücksichtigt werden, die geografische Auswirkungen aufweisen (vgl. Urteile des BVGer B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 148 f. "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich"; B-7633/2019 vom 14. September 2015 Rz. 302 f. "Preispolitik Swisscom ADSL"; B-506/2010 E. 9.2 "Gaba"; REINERT/WÄLCHLI, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum KG [BSK-KG], 2. Aufl. 2021, Art. 4 Abs. 2, Rz. 218; STÄUBLE/SCHRANER, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], DIKE-Kommentar KG [nachfolgend: DIKE-KG], 2018, Art. 4 Abs. 2, Rz. 95 ff.; WATTER/REINERT, Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes in der EG und in der Schweiz im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle, in: FS Roger Zäch, der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Zürich 1999, S. 447 ff., 452 ff., 456 ff.).

Bei der räumlichen Marktabgrenzung aus der Sicht der Nachfrager ist danach zu fragen, in welchem geografischen Gebiet oder Umkreis die substituierbaren Produkte bzw. Leistungen nachgefragt werden (STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 96). Kriterien sind insbesondere die Einkaufspolitik (respektive das tatsächliche räumliche Kaufverhalten) der Nachfrager sowie die Transportkosten und -dauer (Urteile des BVGer B-3618/2013 Rz. 150 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich"; B-7633/2019 Rz. 304 "Preispolitik Swisscom ADSL"; B-506/2010 E. 9.2 "Gaba"; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 222 ff.; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 96 ff., unter Aufzählung weiterer Kriterien).

Bei der räumlichen Marktabgrenzung aus der Sicht der Anbieter ist danach zu fragen, in welchem geografischen Gebiet bzw. Umkreis Anbieter substituierbare Produkte bzw. Leistungen anbieten und damit Wettbewerbsdruck auf das zu beurteilende Unternehmen ausüben (STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 105). Kriterien sind namentlich allgemeine Rahmenbedingungen wie Rechtsvorschriften, Standards, Sprachen, Sitten und Gebräuche, allfällige Vertriebssysteme, bekannte Verbraucherpräferenzen und übliche Verhaltensmuster (Urteile des BVGer B-506/2010 E. 9.2 "Gaba"; B-3618/2013 Rz. 150 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich"; B-7633/2019 Rz. 304 "Preispolitik Swisscom ADSL"; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 230 ff.; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 106 ff.).

Zusätzlich ist massgebend, ob in einem Gebiet die Wettbewerbsbedingungen hinreichend gleichwertig (homogen) sind (vgl. BVGE 2012/8 E. 20.5.2 "Mietleitungen"; Urteile des BVGer B-3618/2013 Rz. 148 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich"; B-7633/2019 Rz. 302, "Preispolitik Swisscom ADSL"; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 218, 243 ff.; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 107 ff.; WATTER/REINERT, a.a.O., S. 460 ff.; ULI BARTH, Lokale Teilmärkte: Ein Stiefkind der Marktabgrenzung, in: Bechtold/Jickeli/Rohe [Hrsg.], Recht, Ordnung und Wettbewerb, Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011, S. 47 ff., 56). Massgebend ist dabei, ob in einem bestimmten geografischen Gebiet spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen gegenüber denjenigen in den angrenzenden Gebieten vorzufinden sind (vgl. Urteile des BVGer B-3618/2013 Rz. 148 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich"; B-7633/2019 Rz. 302 "Preispolitik Swisscom ADSL"). Um aufgrund von unterschiedlichen Preisen die Homogenität der

Wettbewerbsbedingungen zu verneinen, müssen die Preisdifferenzierungen dauerhafter Natur sein (STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 113; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 252).

Zu unterscheiden ist des Weiteren zwischen nicht-entfernungsabhängigen Märkten und entfernungsabhängigen Märkten. Nicht-entfernungsabhängige Märkte zeichnen sich namentlich dadurch aus, dass weder Transportkosten noch andere Hindernisse dem raumübergreifenden Warenaustausch entgegenstehen (TILL STEINVORTH, Probleme der geografischen Marktabgrenzung, WuW 10/2014, S. 924 ff., 929; HELEN LINDENBERG, Entfernungsabhängige Märkte in der Fusionskontrolle, in: Wettbewerb in Recht und Praxis [WRP] 8/2021 S. 1012 ff., Rz. 4). Bei den entfernungsabhängigen Märkten hängt die Möglichkeit des Warenbezugs für einen Nachfrager von der Entfernung ab. In der Regel stellen die Transportkosten den limitierenden Faktor bei der Bestimmung der Grösse des räumlichen Marktes dar (STEINVORTH, a.a.O., S. 930; LINDENBERG, a.a.O., Rz. 5, 38 ff.). Auch die Beschaffenheit der Ware selbst kann einen limitierenden Faktor darstellen (LINDENBERG, a.a.O., Rz. 34). So muss Asphalt mit einer Temperatur von bis zu 150-190 Grad Celsius am Zielort ankommen. Dieses Erfordernis begrenzt die Strecke, über die Asphalt transportiert werden kann (LINDENBERG, a.a.O., Rz. 34; Verfügung der WEKO vom 4. Dezember 2000, in: RPW 2000/4 S. 588 ff., Rz. 118 ff. "Markt für Strassenbeläge"; Deutsches Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Walzasphalt, Abschlussbericht vom September 2012, Rz. 131; Entscheid der EU-Kommission M.9057 vom 8. Januar 2019 Rz. 15, "Heijmans/BAM/JV).

6.3.2 Standpunkte der Verfahrensbeteiligten

Die Vorinstanz erklärte, der räumlich relevante Markt müsse je nach Verhaltensweise unterschiedlich abgegrenzt werden, da je nach Verhaltensweise die Marktgegenseite in unterschiedlichen Gebieten betroffen sei (Verfügung, Rz. 573). Hinsichtlich der Verhaltensweisen "Vorzugskonditionen der BERAG-Aktionärinnen" und "Treuebonussystem der BERAG" erwog sie, die maximale Distanz, über welche die Lieferung von Asphaltmischgut unter Zuhilfenahme von Thermomulden technisch möglich sei, spiele bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes keine Rolle; diese sei derart gross, dass es sich in der Schweiz praktisch nie lohne, Lieferungen über derart grosse Distanzen vorzunehmen (Verfügung, Rz. 84 ff., 583). Die nachfragenden Bauunternehmen entschieden vielmehr im Wesentlichen aufgrund des Preises, welchem Asphaltmischgutwerk sie den Zuschlag zur Belieferung ihrer Baustellen erteilten. Dabei

seien die Transportkosten ein relevanter Kostenfaktor. Belagswerke lieferten so weit, bis sie nicht mehr konkurrenzfähig seien, verfügten aber am Rand des Liefergebiets kaum mehr über eine starke Stellung. Daher sei nicht auf das ganze Liefergebiet abzustellen, sondern auf das Kernliefergebiet der BERAG. Darunter werde ein Fahrminuten-Radius verstanden, innerhalb dessen die BERAG mindestens zwei Drittel des insgesamt von ihr produzierten Asphaltmischguts verkaufe, d.h. die Abgrenzung erfolge bei einem Ausstossanteil von zwei Dritteln. Dieser Wert werde bei einem Fahrminuten-Radius von 32 Minuten erreicht. Es könne ein in allen Richtungen einheitlicher Radius verwendet werden, da es in keiner Richtung wesentliche natürliche oder regulatorische Grenzen gebe (Verfügung, Rz. 582 ff.). Hinsichtlich der Verhaltensweise "Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH" umfasse der räumlich relevante Markt mindestens die Liefergebiete der BERAG und der BLH, allenfalls auch angrenzende Gebiete (Verfügung, Rz. 609).

Die Beschwerdeführerin kritisiert die Vorgehensweise der Vorinstanz, den räumlich relevanten Markt je nach Untersuchungsgegenstand anders abzugrenzen (Beschwerde, Rz. 212 ff.). Hinsichtlich der Verhaltensweisen "Vorzugskonditionen der BERAG-Aktionärinnen" und "Treuebonussystem der BERAG" werde der Markt nicht aus Sicht der Marktgegenseite abgegrenzt; stattdessen gehe die Vorinstanz vom Belagswerk der BERAG aus (Beschwerde, Rz. 216 ff.). Zudem vermittelten die Marktanteile ein verzerrtes Bild der auf dem Markt herrschenden Wettbewerbskräfte (Beschwerde, Rz. 218 ff.). Indem die Vorinstanz den Radius von 32 Fahrminuten als Funktion der Ausstossmenge der BERAG ("2/3-Regel") definiere, nehme sie von Anfang an das Marktergebnis vorweg (Zirkelschluss; Beschwerde, Rz. 230 ff.). Des Weiteren missachte die Vorinstanz ihre bisherige Fallpraxis und führe stattdessen eine neue, ökonomisch nicht fundierte und ergebnisorientierte "2/3-Regel" ein (Beschwerde, Rz. 237 ff.). Die Schlussfolgerungen aus dem Urteil des Bundesgerichts i.S. "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion" seien vorliegend nicht einschlägig (Beschwerde, Rz. 245 ff.). Schliesslich beruhten die durch die Vorinstanz berechneten Markt- und Produktionsanteile auf teilweise nicht korrekten und unvollständigen Daten (Beschwerde, Rz. 248 ff.). Um die Marktstellung der BERAG korrekt beurteilen zu können, sei es geboten, den räumlichen Markt gemäss der bisherigen Praxis der Vorinstanz unter Berücksichtigung der technischen Liefermöglichkeiten abzugrenzen (Obergrenze); der Markt müsse mindestens das tatsächlich beobachtete Liefergebiet (Untergrenze) umfassen. Demgemäss entspreche der räumlich relevante Markt den Postleitzahlen, die innerhalb einer Fahrzeit von mindestens 60 Fahrminuten ab dem Werk der

BERAG in Rubigen beliefert werden könnten (Beschwerde, Rz. 253 ff.). Zur Untermauerung ihrer Kritik legt die Beschwerdeführerin ein Gutachten sowie ein Ergänzungsgutachten der Polynomics ins Recht (Beschwerdebeilagen 1 und 2). Hinsichtlich der Verhaltensweise "Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH" begründe die Vorinstanz nicht, weshalb dort der Markt anders abgegrenzt werde als bei den Verhaltensweisen nach Art. 7 KG, und weshalb dieser "mindestens die Liefergebiete der BERAG und der BLH" umfasse (Beschwerde, Rz. 345 ff.).

6.3.3 Einzelfallbezogene Marktabgrenzung

Es trifft zu, dass die Vorinstanz im vorliegenden Fall für die Untersuchung, ob missbräuchliche Verhaltensweisen vorliegen, einen anderen räumlich relevanten Markt abgegrenzt hat (Radius von 32 Fahrminuten ab dem Werk der BERAG in Rubigen, vgl. Verfügung, Rz. 582 ff.) als für die Beurteilung der Zusammenarbeit zwischen der Beschwerdeführerin und der BLH (vgl. Verfügung, Rz. 609).

6.3.3.1 Zweck der Marktabgrenzung ist die Bestimmung der Wettbewerbskräfte, die auf das untersuchte Unternehmen einwirken (REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 94, 98a; ZÄCH/HEIZMANN, Schweizerisches Kartellrecht, 3. Aufl. 2023 [nachfolgend: ZÄCH/HEIZMANN, Kartellrecht], Rz. 652). Der relevante Markt wird im Rahmen von Art. 5 KG nach den gleichen Prinzipien abgegrenzt wie im Rahmen von Art. 7 KG (Urteil des BVGer B-3618/2013 Rz. 310 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich"). Jedoch hängt die Bestimmung des relevanten Markts von zahlreichen einzelfallspezifischen Faktoren ab und ist deshalb nur schwer vorhersehbar (vgl. ZÄCH/HEIZMANN, Kartellrecht, Rz. 659). Insofern kann im konkret zu beurteilenden Fall das Resultat der Abgrenzung – trotz einheitlicher Methode und obwohl derselbe Wirtschaftsbereich betroffen ist – im einen Abredefall anders ausfallen als in einem anderen Abredefall respektive in einem Fall der Missbrauchskontrolle oder der zukunftsbezogenen Fusionskontrolle (vgl. Urteil des BVGer B-4003/2016 vom 10. Mai 2022 E. 7.2.4.2 "Sport im Pay-TV", mit Verweis auf ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, Äpfel mit Birnen vergleichen?, in: Jusletter 11. September 2017, Rz. 7; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rz. 98a; STEINVORTH, a.a.O., S. 925). Im Falle einer Abrede kann der räumlich relevante Raum häufig der Vereinbarung entnommen werden. Enthält diese keinen Hinweis auf das Vertragsgebiet, so ist zu ermitteln, in welchem Gebiet sie sich auswirkt; dieses Gebiet entspricht in aller Regel dem geografischen Raum, in welchem die beteiligten Unternehmen bisher tätig waren (DANIELA HENGST, in: Hermann-

Josef Bunte, Kartellrecht Kommentar, Band 2, Europäisches Kartellrecht, 14. Aufl. 2022, Art. 101 AEUV, Rz. 283).

6.3.3.2 Während die Verhaltensweisen "Vorzugskonditionen der BERAG-Aktionärinnen" und "Treuebonussystem der BERAG" von einem Unternehmen ausgehen, bezieht sich der andere Fall auf eine Abrede zwischen zwei Unternehmen, die Asphaltmischgut rund um ihr Werk auf den Markt bringen und untereinander Informationen austauschen.

Insofern ist sachlich begründet, weshalb die Vorinstanz den relevanten Markt hinsichtlich der einseitigen Verhaltensweisen "Vorzugskonditionen der BERAG-Aktionärinnen" und "Treuebonussystem der BERAG" anders abgrenzte als hinsichtlich der zweiseitigen Verhaltensweise "Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH". Damit ist indessen noch keine Aussage darüber getroffen, ob sich die getroffene Marktabgrenzung im Einzelfall als richtig erweist.

6.3.4 Räumliche Marktabgrenzung in Bezug auf die Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH

Die Beschwerdeführerin kritisiert, die Vorinstanz begründe in der angefochtenen Verfügung nicht, wie gross die von der Vorinstanz genannten "Liefergebiete der BERAG und der BLH, allenfalls auch angrenzende Gebiete" sind (Verfügung, Rz. 608). Dies trifft nicht zu, denn anhand der Begründung der einvernehmlichen Regelung mit der BLH, welche in der Verfügung aufgeführt ist und worauf die Vorinstanz in Ziff. 786 verweist, erschliesst sich die von der Vorinstanz angenommene räumliche Ausdehnung des relevanten Marktes für den Vorwurf der Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH (vgl. Beschwerde, Rz. 346). Danach erstreckt sich das Liefergebiet eines Belagswerks der Region Bern bis 45 Fahrminuten rund um ein Werk. Begründet wird dies damit, dass ein Belagswerk der Region Bern den überwiegenden Anteil ihrer Produktion innerhalb eines Radius von rund 30-35 Fahrminuten ausliefert (als "Kernliefergebiet" bezeichnet), in Einzelfällen aber auch Baustellen beliefert, die rund 45 Fahrminuten vom Werk entfernt sind (Verfügung, Rz. 786, 607).

Im Fall "Estée Lauder" wurde darauf abgestellt, wo die Beteiligten eines Informationsaustausches ihren Sitz, ihre Vertretung oder Vertriebskanäle haben. Da diese in der ganzen Schweiz verteilt waren, wurde der relevante Markt national abgegrenzt (Urteil des BVGer B-141/2012 E. 5.4). Letztlich ist somit das gemeinsame Wirkungsgebiet der Abredebeteiligten relevant

(vgl. HENGST, a.a.O., Art. 101 AEUV, Rz. 283). Nicht zu beanstanden ist, wenn die Vorinstanz dieses anhand der Liefergebiete definiert.

Dies ergibt in Bezug auf den Vorwurf der "Zusammenarbeit zwischen der BERAG und der BLH" (Art. 5 Abs. 1 KG) einen räumlich relevanten Markt, der sich zusammensetzt aus dem Liefergebiet von 45 Fahrminuten rund um das Werk der BERAG und demjenigen von 45 Fahrminuten rund um das Werk der BLH.

6.3.5 Räumliche Marktabgrenzung in Bezug auf die Vorzugskonditionen und das Treuebonussystem der BERAG

Nachfolgend ist auf die Kritikpunkte einzugehen, welche die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit den Verhaltensweisen "Vorzugskonditionen der BERAG-Aktionärinnen" und "Treuebonussystem der BERAG" vorbringt.

6.3.5.1 Nachfrage- oder anbieterbezogene Abgrenzung?

Zunächst wirft die Beschwerdeführerin die Frage auf, aus welcher Sicht der räumlich relevante Markt abzugrenzen ist. Sie kritisiert die vorliegend anbieterbezogene Vorgehensweise explizit (Beschwerde, Rz. 216), geht aber bei der von ihr vorgeschlagenen räumlichen Marktabgrenzung in Übereinstimmung mit dem Gutachten und Ergänzungsgutachten der Polynomics ("60 Fahrminuten ab einem Werk", "Fahrradius von 60 Minuten um das Belagswerk der BERAG in Rubigen") ebenfalls von einem Radius rund um das Belagswerk aus (Beschwerde, Rz. 257), worauf auch die Vorinstanz hinweist (Vernehmlassung, Rz. 194).

Die räumliche Marktabgrenzung erfolgt grundsätzlich aus der Sicht der Marktgegenseite (vgl. vorne E. 6.3.1). Im vorliegenden Fall sind dies die Strassenbauunternehmen und die übrigen Nachfrager von Asphaltmischgut (vgl. vorne E. 4.2; Verfügung, Rz. 582). Somit müsste grundsätzlich gefragt werden, aus welchem Gebiet für eine bestimmte Baustelle Belag bezogen werden kann. Da sich die Standorte von Strassenbaustellen dauernd ändern, würde sich indessen ein unüberblickbares und sich kontinuierlich änderndes Geflecht aus räumlich relevanten Märkten ergeben (vgl. Verfügung der WEKO vom 4. Dezember 2000, a.a.O., Rz. 118, 125, "Markt für Strassenbeläge"). Daher wird in der Praxis der Asphaltmarkt anbieterbezogen bemessen, indem ein Lieferradius rund um das betreffende Asphaltmischwerk abgegrenzt und so ein Liefergebiet definiert wird (vgl. etwa: RPW 2020/1 S. 78 ff., Rz. 99 ff., "KTB-Werke"; RPW 2000/4 S. 588 ff.,

Rz. 127 ff., "Markt für Strassenbeläge"; STEINVORTH, a.a.O., S. 930, 933, mit Verweis auf Sektoruntersuchung Walzasphalt des deutschen Bundeskartellamts, Rz. 131 ff.; LINDENBERG, a.a.O., Rz. 12 ff.). Im Fall "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion" grenzte das Bundesgericht den räumlich relevanten Markt ebenfalls anhand eines Radius rund um einen Anbieter (Veranstalter von Musikgrossanlässen) ab. Konkret bildete es den relevanten Markt anhand eines Anfahrtsweges vom Wohnort des Durchschnittsverbrauchers zum Veranstaltungsort und umgekehrt von "je ca. einer oder eineinhalb Stunden" (Urteil des BGer 2C.113/2017 E. 5.4.2 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion").

Das dort strittige Produkt "Musikgrossanlässe" hat vordergründig nichts mit Asphaltmischgut zu tun. Gemeinsam ist diesen Produkten indessen, dass sie entfernungsabhängige Märkte bilden und die Produkte vor Ort abgeholt (Asphaltmischgut) respektive konsumiert (Konzerte) werden müssen. Somit ist das Urteil des Bundesgerichts in Sachen "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion" im vorliegenden Fall entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin einschlägig (Beschwerde, Rz. 245 ff.).

6.3.5.2 Identifizierung eines Kernliefergebiets

Weiter kritisiert die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe den räumlich relevanten Markt unter Missachtung ihrer bisherigen Fallpraxis nicht entsprechend den technischen Liefermöglichkeiten abgegrenzt. Indem sie die Marktgrenze dort ziehe, wo die BERAG 2/3 ihrer Produktionsmenge absetze, lasse sie 1/3 der Lieferungen der BERAG an Baustellen ausser Acht. Bei diesem ergebnisorientierten Vorgehen sei im Ansatz jedes Belagswerk als marktbeherrschend einzustufen. Vorliegend sei entsprechend den Präjudizien der Vorinstanz aus den Jahren 2000 und 2008 von der technisch möglichen Lieferdistanz (mindestens 60 Fahrminuten) auszugehen und diese anhand der tatsächlichen Lieferungen zu plausibilisieren. Im Fall der BERAG würden rund 95 % ihres Ausstosses innerhalb von 60 Fahrminuten tatsächlich geliefert und verbaut. Dies deute darauf hin, dass erst ein Radius von mindestens 60 Fahrminuten eine angemessene und sachgerechte Grenze für die Bestimmung des räumlich relevanten Marktes darstelle (Beschwerde, Rz. 230 ff., 237 ff., 253 ff., mit Verweis auf Gutachten der Polynomics vom 13. Oktober 2021, Rz. 56 ff.

Aufgrund der Begrenztheit der Strecke, über die Asphalt transportiert werden kann, besteht einerseits die Möglichkeit, den räumlich relevanten Markt – wie von der Beschwerdeführerin vorgeschlagen – aufgrund der

technischen Liefermöglichkeiten abzugrenzen (LINDENBERG, a.a.O., Rz. 34). Dies hat die Vorinstanz in den Fällen "Markt für Strassenbeläge" (RPW 2000/4 S. 588 ff.) und "Strassenbeläge Tessin" (RPW 2008/1 S. 85 ff.) praktiziert, indem sie davon ausgegangen ist, dass ein Strassenbauunternehmen problemlos von Belagswerken im Umkreis von rund 60 Fahrminuten Belag beziehen könne, was in Abhängigkeit der verfügbaren Strassen einem möglichen Bezugsradius von ungefähr 50-80 km entspreche (RPW 2008/1 S. 85 ff., Rz. 195, "Strassenbeläge Tessin"; RPW 2000/4 S. 588 ff., Rz. 124 ff., "Markt für Strassenbeläge"). Die Europäische Kommission geht in ihrer Praxis von einem möglichen Radius von 25-100 km aus, wobei der genaue Radius von den jeweiligen Eigenheiten des betroffenen lokalen Markts abhängt (Entscheid der EU-Kommission M.9057 vom 8. Januar 2019 Rz. 15 ff., "Heijmans/BAM/JV").

Es besteht aber auch die Möglichkeit, basierend auf den Lieferströmen ein Kerngebiet zu identifizieren, in dem der Anbieter den überwiegenden Teil seiner Waren oder Dienstleistungen absetzt (STEINVORTH, a.a.O., S. 926; LINDENBERG, a.a.O., Rz. 34, mit Verweis auf die Praxis des deutschen Bundeskartellamts, das auf Werte zwischen 65 % und 90 % des Umsatzes abstellt). Dieses Kernliefergebiet lässt sich etwa mittels Marktbefragungen plausibilisieren (vgl. Beschluss des deutschen Bundeskartellamts B1-243/08 vom 9. März 2009 Rz. 45). Auf die von der Beschwerdeführerin vorgeschlagenen Schritte zur Marktabgrenzung ist nicht weiter einzugehen, da diese auf die technisch maximal mögliche Lieferdistanz abstellen (vgl. Beschwerde, Rz. 253 ff). Entscheidend ist vielmehr – wie bereits ausgeführt – das Kerngebiet zu identifizieren, in dem die Beschwerdeführerin den überwiegenden Teil des Asphaltmischguts absetzt.

Bei der Identifizierung eines Kerngebietes geht es darum, auf die durchschnittlichen Vertreter der Marktgegenseite abzustellen (vgl. Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.4.2 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich" m.w.H.; angefochtene Verfügung, Rz. 588) respektive nicht repräsentative Lieferungen über aussergewöhnlich weite Distanzen auszuschliessen (angefochtene Verfügung, Rz. 592; Rz. 74 der Bekanntmachung der EU-Kommission vom 22. Februar 2024 über die Abgrenzung des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union [C/2024/1645]; nachfolgend: EU-Bekanntmachung über die Marktabgrenzung). Letztlich stimmen die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz in diesem Punkt überein. Umstritten ist jedoch, wo genau die Grenze zu ziehen ist.

6.3.5.3 Konkrete Bestimmung des Kernliefergebiets

Im vorliegenden Fall begründet die Vorinstanz die Begrenzung bei einem Ausstossanteil von zwei Dritteln (66 %) damit, dass am Rand des Liefergebiets die untersuchten Verhaltensweisen den Wettbewerb kaum beeinträchtigten. Dadurch würden nicht repräsentative Lieferungen über aussergewöhnlich weite Distanzen ausgeschlossen. Gleichzeitig sei das abgegrenzte Gebiet ausreichend gross, um die wirtschaftliche Stellung der BERAG angemessen beurteilen zu können (Verfügung, Rz. 588 ff.).

Der Beschwerdeführerin ist darin zuzustimmen, dass aus der angefochtenen Verfügung nicht hervorgeht, warum die Grenze gerade bei zwei Dritteln der Ausstossmenge der BERAG festgesetzt wurde (vgl. Verfügung, Rz. 207 ff., 582 ff.). Weshalb das Kernliefergebiet nicht aufgrund eines höheren oder tieferen Ausstossanteils festgesetzt wurde, bleibt unklar (vgl. auch TUCHSCHMID/MAZIDI, Neue Entscheide und Urteile zum Schweizer Wettbewerbsrecht, in: Schweizerische Zeitschrift für Kartellrecht, Nr. 2/2023, S. 83 ff., 87).

Im Fall "Deponie Höli" (Untersuchung 32-0276) lieferte die Vorinstanz eine präzisere Begründung dafür. So erklärte sie, bei Märkten mit räumlich nicht differenzierten Preisen sei das Kerneinzugsgebiet in der Regel so festzulegen, dass darauf 80 % des Absatzes, der Kunden oder der angelieferten Mengen entfallen würden. Dies sei auch im Fall der Deponie Höli sachgerecht, da die Deponiegebühren unabhängig vom Herkunftsort der angelieferten Abfälle festgelegt würden (Verfügung der WEKO vom 3. Juli 2023 Rz. 335 ff. in der "Deponie Höli", mit Verweis auf Entwurf der überarbeiteten Bekanntmachung der EU-Kommission über die Abgrenzung des relevanten Marktes, Rz. 74, abrufbar unter ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_6528).

Der für das Kernliefergebiet der BERAG berücksichtigte Anteil (66 %) an der gesamten Liefermenge (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 207 Abbildung 11 "Liefergebiet BERAG 2011-2018") ist somit deutlich geringer als im Fall "Deponie Höli" (80 %). Die Vorinstanz begründete diese Diskrepanz damit, die Preise seien im Asphaltmarkt räumlich differenziert. Insbesondere wenn ein Belagswerk schlecht ausgelastet sei, könne es sinnvoll sein, die bei der Belieferung weit entfernter Baustellen anfallenden hohen Transportkosten durch besonders tiefe Materialpreise zu kompensieren (angefochtene Verfügung, Rz. 588; Verfügung der WEKO vom 3. Juli 2023 Rz. 338 f. "Deponie Höli").

Belegt ist, dass die von der BERAG gewährten Rabatte mit der Entfernung zu ihrem Werk steigen (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 187; nachfolgende E. 8.2.3.4). So zeigt das Dokument "BERAG Spezialangebote" aus dem Jahr 2011 in der Antwort auf Frage 2 ("Ab welcher Distanz gibt es Rabatte") auf, welche Rabatte bei einer Fahrdistanz bis [...] km (je nach Menge [...] Franken), [...] km (je nach Menge [...] Franken) und über [...] km (je nach Menge [...] Franken) gewährt werden (act. II.34).

Anlässlich der Anhörung vom 15. März 2019 bestätigte A. _____ die Praxis der distanzabhängigen Rabatte mit der Begründung, dass der Frankopreis teurer werde, je weiter weg das Objekt sei (act. IV.6, Zeilen 345 ff.). Beim Frankopreis handelt es sich um den Preis von Material und Transport (Verfügung, Rz. 186). Da die BERAG selbst keine Transporte ausführt (Verfügung, Rz. 111), beziehen sich die gewährten Rabatte auf die Materialpreise.

Aus der Feststellung, dass es im Markt für Asphaltmischgut räumlich differenzierte Preise gibt, hat die Vorinstanz offenbar den Schluss gezogen, dass im Gebiet mit den "ungewöhnlich weit entfernten" Baustellen andere Bedingungen herrschen als im Gebiet mit den "gewöhnlich weit entfernten" Baustellen, weshalb dort die Grenze zwischen dem Kernliefergebiet und dem übrigen Liefergebiet zu ziehen sei. Damit spricht die Vorinstanz das Kriterium der "Homogenität der Wettbewerbsbedingungen" zur Abgrenzung des räumlich relevanten Markts an. Da die vorstehend dargelegte Praxis der distanzabhängigen Rabatte nicht nur temporärer Natur war, rechtfertigt es sich, die Preisdifferenzierungen bei der Marktabgrenzung zu berücksichtigen (vgl. vorne E. 6.3.1). Es ist mit anderen Worten sachgerecht, im vorliegenden Fall das Kernliefergebiet kleiner zu definieren als im Fall "Deponie Höli" ohne räumlich differenzierte Preise, da ein kleinerer Teil des Liefergebiets repräsentativ ist.

Des Weiteren gilt es, den Zweck der räumlichen Marktabgrenzung zu beachten. Es geht darum, die Wettbewerbskräfte zu bestimmen, die auf das untersuchte Unternehmen einwirken (vgl. REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 95; ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, Äpfel mit Birnen vergleichen?, a.a.O., Rz. 6). Dabei steht die Marktgegenseite im Vordergrund, indem im Rahmen einer empirischen Beobachtung nach Ausweichmöglichkeiten für die Abnehmer gesucht wird (DIMITRIOS RIZIOTIS, Marktbeherrschung und Drittmarkt, 2010, S. 229 f.). Gestützt auf die Berechnungen der Vorinstanz, wohin (ausgedrückt in Postleitzahlen der belieferten Baustellen) die BERAG das von ihr produzierte Asphaltmischgut liefert (Verfügung,

Rz. 190 ff.), legte die Beschwerdeführerin dar, dass im 32-Minuten-Radius der BERAG jede Postleitzahl ebenso durch mindestens ein anderes Unternehmen als die BERAG beliefert wurde. An 92 % der Postleitzahlen hätten mindestens zwei andere Unternehmen geliefert, an 84 % der Postleitzahlen vier und mehr alternative Anbieter. Die maximale Anzahl anderer Belagswerke, die im 32-Minuten-Radius eine Postleitzahl beliefert haben, liege bei 12 (Beschwerde, Rz. 289, mit Verweis auf Gutachten der Polynomics, Beschwerdebeilage 1, Rz. 68). Würde der Radius auf 60 Minuten ausgedehnt, erhöhe sich der Anteil der Postleitzahlen, die von der BERAG und mindestens zwei anderen Belagswerken erreicht werden könnten, auf 99.5 %; in der Regel stünden drei und mehr alternative Anbieter zur Verfügung (Beschwerde, Rz. 288, mit Verweis auf Gutachten der Polynomics, Beschwerdebeilage 1, Rz. 67). Eine Erweiterung des Radius auf 60 Minuten bringt somit keine signifikante Änderung der zu berücksichtigenden Marktkräfte. Auch bei einem 32-Minuten-Radius stehen den Strassenbauunternehmen grösstenteils (84 %) vier und mehr alternative Anbieter zur Verfügung. Zudem sind die Hauptliefergebiete der BERAG, die Städte Bern und Thun sowie die dazwischen liegenden Postleitzahlen (Verfügung, Rz. 208 sowie Abbildungen 11 "Liefergebiet BERAG 2011-2018" und 15 "Postleitzahlen mit Fahrzeit < 32 Minuten ab BERAG") abgedeckt. Damit können bereits mit einem 32-Minuten-Radius die wesentlichen Marktkräfte erfasst werden.

Die im 32-Minutenradius berücksichtigte Menge von 66 % liegt leicht ausserhalb der von der Europäischen Kommission definierten Bandbreite von 70 % bis 90 % (vgl. EU-Bekanntmachung über die Marktabgrenzung, Rz. 74). In der deutschen Praxis ist die Bandbreite indessen grösser: Gemäss LINDENBERG stellt das deutsche Bundeskartellamt auf Werte zwischen 65 % und 90 % des Umsatzes ab (LINDENBERG a.a.O., Rz. 34).

Indem die Vorinstanz vorliegend auf einen Wert von 66 % der Ausstossmenge abstellt, begrenzt sie das Kernliefergebiet somit vergleichsweise klein. Da sie damit indessen die wesentlichen Marktkräfte in diesem Radius erfasst hat, erfüllt sie den definierten Zweck der Marktabgrenzung.

6.3.5.4 Vorwegnahme des Marktergebnisses?

Die Beschwerdeführerin kritisiert schliesslich, indem die Vorinstanz den Radius von 32 Fahrminuten als Funktion der Ausstossmenge der BERAG ("2/3-Regel") definiere, nehme sie das Marktergebnis vorweg (Zirkelschluss; Beschwerde, Rz. 230 ff.).

Tatsächlich begründet die Vorinstanz die von ihr getroffene Abgrenzung des Kernliefergebiets auch mit der Marktstellung (angefochtene Verfügung, Rz. 589, 591):

"Würde der Fahrminuten-Radius derart weit gezogen, dass im Wesentlichen das gesamte Liefergebiet der BERAG innerhalb dieses Radius liegen würde, würde das ausserdem aus den genannten Gründen dazu führen, dass die Marktverhältnisse im so abgegrenzten Gebiet sehr unterschiedlich ausfallen würden. Insbesondere wäre die Marktstellung der BERAG am Rand eines zu weit abgegrenzten Gebiets anders zu beurteilen als in dessen Kern. Damit wäre eine Beurteilung der Marktstellung der BERAG nicht mehr sinnvollerweise für das gesamte Gebiet möglich."

"Wie erwähnt haben Belagswerke in der Regel am Rand ihres Liefergebiets keine starke Marktstellung (Rz. 587 vorne). Umgekehrt nimmt aber nicht jedes Belagswerk in seinem Kernliefergebiet eine starke Stellung ein. Vielmehr ist die Marktstellung eines Belagswerks im Kerngebiet von den zahlreichen nachfolgend bei der Beurteilung der Marktstellung zu berücksichtigenden Faktoren abhängig"

Zunächst ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zwischen Marktanteil, Produktionsanteil und Ausstossanteil der BERAG unterscheidet:

- Marktanteil der BERAG: Anteil der BERAG an der insgesamt im abgegrenzten Gebiet an externe Kunden verkauften Menge Asphaltmischgut (Verfügung, Rz. 209);
- Produktionsanteil der BERAG: Anteil der BERAG an der insgesamt im abgegrenzten Gebiet an interne und externe Kunden verkauften Menge Asphaltmischgut (Verfügung, Rz. 212);
- Ausstossanteil der BERAG: Anteil an der Gesamtproduktion der BERAG, der von der BERAG an innerhalb des Fahrzeit-Radius gelegene Baustellen geliefert wurde (Verfügung, Rz. 218).

[...]

Die Vorinstanz stellte fest, dass die BERAG im Umkreis ihres Werks in Rugen über hohe Markt- und Produktionsanteile verfügt. Mit zunehmendem Fahrzeit-Radius nimmt der Ausstossanteil zu, während die Markt- und Produktionsanteile abnehmen (Verfügung, Rz. 219 und Abbildung 14 "Markt-, Produktions- und Ausstossanteil BERAG 2011-2018 nach Fahrzeitradius"). Die Grösse des Ausstossanteils beeinflusst somit die Markt- und Produktionsanteile.

Zudem stellte die Vorinstanz fest, dass der Marktanteil der Beschwerdeführerin im relevanten Markt im Durchschnitt der Jahre 2011-2018 rund zwei Drittel und der Produktionsanteil [50-60 %] beträgt (Verfügung, Rz. 220 ff., 623 f.). Zur Beurteilung der Marktstellung stellte sie indessen nicht nur auf den Markt- und Produktionsanteil ab, sondern im Rahmen der aktuellen Konkurrenz auch auf andere Faktoren wie den Transport- und Produktionskostenvorteil sowie die Einbindung von Strassenbauunternehmen als Aktionärinnen (Verfügung, Rz. 617 ff.). Des Weiteren untersuchte sie die potenzielle Konkurrenz und die Marktgegenseite (Verfügung, Rz. 631 ff., 638 ff.). Durch den Einbezug dieser Faktoren kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht der Schluss gezogen werden, die Vorinstanz habe mit dem 32-Minuten-Radius das Marktergebnis vorweggenommen.

6.4 Zeitlich relevanter Markt

Im Rahmen der zeitlichen Marktbestimmung ist zu klären, während welcher Dauer bzw. zu welchem Zeitpunkt substituierbare Angebote im massgeblichen geografischen Gebiet verfügbar sind bzw. nachgefragt werden (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 116). Der zeitliche Aspekt der Marktabgrenzung erlangt Bedeutung, wenn bestimmte Märkte nur saisonal oder über eine kurze Zeit bestehen, beispielsweise bei Fachmessen und Submissionen (vgl. BORER/BORER, a.a.O., Art. 5 Rz. 16; CHRISTOPH HEITZ, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, Zürich 2008, S. 88; BENEDICT F. CHRIST, Die Submissionsabsprache, Freiburg 1999, Rz. 307; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 118, mit weiteren Beispielen; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.50).

Einen zeitlich relevanten Markt hat die Vorinstanz aufgrund der langfristigen Verfügbarkeit der Angebote zu Recht nicht abgegrenzt.

7. Marktstellung

7.1 Grundlegendes zur Marktstellung

Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die 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 (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.3.1 "Publigroupe"; 129 II 497 E. 6.3.1 "EEF/Watt Suisse AG"; BGer 2C_113/2017 E. 5.5.1 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion

Zürich"; ZÄCH/SCHRANER/STÄUBLE, Verhaltensweisen marktbeherrschender und relativ marktmächtiger Unternehmen [nachfolgend: ZÄCH/SCHRANER/STÄUBLE, Verhaltensweisen], in: Ducrey/Zimmerli [Hrsg.], SIWR V/2, 2. Aufl., 2023, Rz. 5, 91; ZÄCH/HEIZMANN, Kartellrecht, Rz. 704; KÖCHLI/REICH, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellgesetz, 2007, Art. 4, Rz. 31, 34; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 175). Marktbeherrschende Unternehmen können in wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbsparameter ohne Rücksicht auf Mitbewerber bzw. Kunden nach eigenem Gutdünken festlegen (vgl. Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.5.1 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich"; PATRIK DUCREY, in: Marbach/Ducrey/Wild, a.a.O., Rz. 1626; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 175).

Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu messen (BGE 139 I 72 E. 9.3.1 "Publigroupe"; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.5.1 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich"). Die Lehre hat dazu verschiedene Beurteilungskriterien entwickelt. Üblich ist insbesondere die Prüfung der Marktstruktur (aktueller und potentieller Wettbewerb, Marktgegenseite), der Unternehmensstruktur und des Marktverhaltens (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 Rz. 422 ff. "Six Group"; ZÄCH/HEIZMANN, Kartellrecht, Rz. 705 ff.; HEINEMANN/KELLERHALS, Wettbewerbsrecht in a nutshell, 3. Aufl. 2023, S. 65 ff.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.463 ff.; ZÄCH/SCHRANER/STÄUBLE, Verhaltensweisen, a.a.O., Rz. 93 ff.; FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1 EU/Teil 1, 5. Aufl. München 2012, Art. 102 AEUV, Rz. 86 ff.).

In der Praxis erfolgt die Beurteilung der Marktmacht eines Unternehmens regelmässig bezüglich des aktuellen Wettbewerbs, des potentiellen Wettbewerbs und der Stellung der Marktgegenseite (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 180, 222 ff.; ZÄCH/HEIZMANN, Kartellrecht, Rz. 705; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.464). Unter Umständen wird die Prüfung jedoch auf weitere in Frage kommende disziplinierende Einflüsse ausgedehnt und geprüft, ob diese ausreichend stark sind, um ein unabhängiges Verhalten einschränken zu können (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 6.1 "Publigroupe", mit Verweisen; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.490 ff.).

7.2 Vorbringen zur Marktstellung

Die Vorinstanz kam zum Schluss, die BERAG könne sich im aktuellen Wettbewerb im Wesentlichen unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten. Denn sie verfüge über Kostenvorteile in Bezug auf Transport und Produktion und habe viele bedeutende Strassenbauunternehmen als Aktionärinnen eingebunden. Des Weiteren hätten Dritte nur beschränkte Ausweichmöglichkeiten. Diese Faktoren würden im Marktanteil der BERAG reflektiert, der im relevanten Markt rund zwei Drittel betrage. Ihr Produktionsanteil, der Aufschluss über den Anteil an den insgesamt von allen Strassenbauern verbauten Mengen Asphaltmischgut gebe, erreiche mit [50-60] % einen hohen Wert. Die potentielle Konkurrenz sei zu schwach, um die BERAG in ihrem Marktverhalten disziplinieren zu können. Denn Neueintritte seien durch verschiedene Umstände (Bewilligungspflicht, erschwerter Zugang zu Gesteinskörnungen, hohe Investitionen, grosse Dichte der bestehenden Werke, Einbindung bedeutender Strassenbauunternehmen als Aktionärinnen, Konkurrenzverbot der BERAG-Aktionärinnen) erschwert. Da die Marktgegenseite nur beschränkte Ausweichmöglichkeiten habe, könne sie die BERAG auch nicht disziplinieren (Verfügung, Rz. 614 ff.).

Die Beschwerdeführerin rügt, die von der Vorinstanz berücksichtigten Marktanteile ergäben ein verzerrtes Bild der Marktkräfte, weshalb sie bei der Beurteilung der Marktstellung nicht herangezogen werden könnten (Beschwerde, Rz. 218 ff.). Der Produktionsanteil gebe ein viel adäquateres Bild der Marktstellung der BERAG wieder. Dieser betrage bei einem Radius von 60 Fahrminuten lediglich [18-30] %, während ihre vier nächstgrössten Konkurrenten Produktionsanteile zwischen [5-20] % aufwiesen (Beschwerde, Rz. 277 ff.). Zudem verfüge die BERAG über keine relevanten Kostenvorteile in Bezug auf Transport und Produktion; die Vorinstanz habe den entsprechenden Sachverhalt unvollständig ermittelt und sei von unrealistischen Annahmen ausgegangen (Beschwerde, Rz. 81 ff., 281 ff.). Die Marktgegenseite, die weitgehend aus grossen, finanzkräftigen, sachkundigen und professionellen Nachfragern (Strassenbauunternehmen, Baukonzerne) bestehe, verfüge sodann über genügende Ausweichmöglichkeiten: 97 % der Postleitzahlen im Radius von 60 Fahrminuten würden durch drei oder mehr Belagswerke beliefert. Selbst im Radius von 32 Fahrminuten würden 84 % der Postleitzahlen durch vier und mehr Belagswerke beliefert. Insofern sei die Dichte der bestehenden Werke, die ebenfalls in das Kerngebiet liefern könnten, relativ gross (Beschwerde, Rz. 288 ff.).

7.3 Marktstruktur: Aktueller Wettbewerb

Unter dem Gesichtspunkt des aktuellen Wettbewerbs ist nach der Wettbewerbspraxis festzustellen, in welchem Ausmass das betreffende Unternehmen unmittelbar einem Wettbewerbsdruck durch Konkurrenten, die bereits tatsächlich auf dem relevanten Markt tätig sind, ausgesetzt ist (Urteile des BVGer B-831/2011 Rz. 423 "Six Group"; B-7633/2009 Rz. 328 "Preispolitik Swisscom ADSL"; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rz. 300; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2 Rz. 222 ff.). Im Rahmen der Marktstrukturanalyse steht der Marktanteil im Vordergrund (vgl. FUCHS/MÖSCHEL, a.a.O., Rz. 87; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 279; HEINEMANN/KELLERHALS, a.a.O., S. 65; MARKUS RUFFNER, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, in: AJP 1996 S. 834, 836). Zur Berechnung der Marktanteile ist zunächst das Gesamtvolumen des einschlägigen Marktes zu ermitteln. Dabei bleiben für den eigenen Bedarf produzierte, eingelagerte oder exportierte Waren in der Regel unberücksichtigt, weil sie nicht auf den Markt gelangen (FUCHS/MÖSCHEL, a.a.O., Rz. 94; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 296, u.a. mit Verweis auf RPW 2014/1 S. 215 ff., 234 Rz. 163; FRIEDRICH WENZEL BULST, in: Bunte, Kartellrecht Kommentar, Band 2, 14. Auflage, Art. 102 AEUV, Rz. 50; WILKO TÖLLNER, in: Bunte, Kartellrecht Kommentar, Band 1, 14. Auflage, § 18 GWB, Rz. 105, mit Verweis auf Leitfaden des deutschen Bundeskartellamts vom 29. März 2012 zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rz. 29, wonach die Eigenfertigung im Rahmen der Prüfung von Marktzutrittschranken und potentiellern Wettbewerb zu würdigen sei).

7.3.1 Berechnung des Gesamtvolumens

Entgegen dem vorstehend genannten Grundsatz, wonach die Produktion für den Eigengebrauch bei der Berechnung des Gesamtvolumens nicht berücksichtigt wird, stellt sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, es sei das gesamte Produktionsvolumen (und nicht die Marktanteile) heranzuziehen (Beschwerde, Rz. 218 ff.), während die Vorinstanz sowohl die Markt- als auch die Produktionsanteile der Beschwerdeführerin in die Beurteilung der Marktstellung einbezog (Verfügung, Rz. 623 f.).

Im vorliegenden Kontext produzieren Belagswerke, die in einen Baukonzern integriert sind, für den Eigengebrauch. Im hier relevanten Markt gehören folgende Belagswerke zu vertikal integrierten Bauunternehmen: Die Belagswerke der Z._____ AG in Oberwangen und Buswil, der Marti AG Solothurn in Walliswil, der Frutiger-Gruppe in Sundlauenen sowie der

Y._____ -Gruppe in Heimberg (Verfügung, Rz. 211; Beschwerde, Rz. 220). Somit ist eine beträchtliche Zahl der Belagswerke in einen Baukonzern eingebunden (die Beschwerdeführerin geht von einem Anteil von [32-45] % aus, vgl. Beschwerde, Rz. 220). Liefern solche Belagswerke Asphaltmischgut an konzerninterne Strassenbauunternehmen, erreichen diese konzerninternen Lieferungen den nachgelagerten Markt für Strassenbau ebenso wie Verkäufe an konzernexterne Abnehmer (Verfügung, Rz. 212, 627). Da ein nicht integriertes Belagswerk ein Interesse daran hat, dass die von ihm belieferten Strassenbauunternehmen im Vergleich zu den vertikal integrierten Strassenbauunternehmen konkurrenzfähig bleiben, kann es seine Preise nicht frei bestimmen. Damit findet nach Ansicht der Beschwerdeführerin eine indirekte Disziplinierung über den Strassenbaumarkt statt (Beschwerde, Rz. 223 ff., mit Verweis auf Gutachten, Rz. 27 ff. und Ergänzungsgutachten, Rz. 38). Dies spricht auch nach Ansicht der Vorinstanz dafür, den Produktionsanteil der Beschwerdeführerin bei der Analyse der Marktstellung zu berücksichtigen (Verfügung, Rz. 212; Vernehmlassung, Rz. 150).

Die Abhängigkeit von anderen Marktteilnehmern (vorliegend Strassenbauunternehmen) ist indessen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kein geeignetes Kriterium bei der Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung. Denn Art. 4 Abs. 2 KG verlangt nicht, dass sich das untersuchte Unternehmen von anderen Marktteilnehmern vollständig unabhängig verhalten können muss. Es reicht aus, wenn diese Möglichkeit in einem wesentlichen Umfang vorhanden ist (BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 "Publigruppe").

Für die Berücksichtigung des Marktanteils sprechen auch konzernspezifische Umstände. Denn beim vertikalen Konzern steht die Kostensenkung durch Ausschaltung von Zwischengewinnen im Vordergrund (ROLAND VON BÜREN, Der Konzern, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/6, 2. Aufl. 2005, S. 35). Sofern ein Baukonzern sowohl ein Belagswerk als auch ein Strassenbauunternehmen integriert hat, befriedigt das vertikal integrierte Belagswerk zunächst die Bedürfnisse des konzerninternen Strassenbauunternehmens, indem es für dessen Strassenbauprojekte Asphaltmischgut produziert. In Zeiten guter Auslastung durch konzerninterne Aufträge hat ein vertikal integriertes Belagswerk kein Interesse, einem Dritten ein konkurrenzfähiges Angebot zu unterbreiten. Ansonsten würde es die Zuschlagschance des konzerninternen Strassenbauunternehmens, das sich für denselben Auftrag bewirbt, verringern (vgl. Beschluss des deutschen Bundeskartellamts B1-190/07 vom 15. November 2007 Rz. 52 "Faber/

BAG/AML"; vgl. auch Verfügung, Rz. 627). Damit steht die Belagsproduktion des konzerninternen Belagswerks für konzernexterne Kunden nicht zur Verfügung; sie kommt nicht "auf den Markt". Bedient wird das konzerninterne Bauunternehmen zu Preisen, die wenn möglich nur wenig oberhalb der variablen Kosten liegen (vgl. Beschluss des deutschen Bundeskartellamts B1-190/07 vom 15. November 2007 Rz. 52 "Faber/BAG/AML") respektive den Werkkosten entsprechen (Einvernahmeprotokoll B. _____ von der Z. _____ AG [act. IV.10, Zeilen 270 und 280]).

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin wäre es daher nicht sachgerecht, auf den Produktionsanteil abzustellen. Bereits begriffslogisch ist es angezeigt, die Stellung der Beschwerdeführerin im relevanten Markt primär aufgrund ihrer Markt-, und nicht aufgrund der Produktionsanteile festzustellen. Davon scheint auch die Beschwerdeführerin bei ihrer Aussage, wonach der Marktanteil "eine zentrale Rolle bei der Analyse der Marktbeherrschung spielt", auszugehen (Beschwerde, Rz. 278). Im Übrigen lassen die von der Vorinstanz herangezogenen Daten für die Berechnung der Markt- und Produktionsanteile, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, kein verzerrtes Bild entstehen, auch wenn einige wenige Lieferungen keiner Postleitzahl zugeordnet werden können und sich die Datensätze nicht auf den gesamten Untersuchungszeitraum beziehen (Beschwerde, Rz. 248 ff.).

7.3.2 Berechnung des Marktanteils

Im relevanten Zeitraum (2011-2018) beträgt der Marktanteil der Beschwerdeführerin im hier massgebenden Radius (32 Fahrminuten) [60-75] %; die nächststärkste Konkurrentin (X. _____ AG) kommt auf einen Marktanteil von [5-15] % (Verfügung, Rz. 221 f., 623, Tabelle 7 "Kennzahlen für das Liefergebiet der BERAG", Abbildung 16 "Verteilung der Marktanteile").

Soweit entgegen den vorstehenden Ausführungen der Produktionsanteil (auch) zu berücksichtigen ist, zeigt sich folgendes Bild: Der Produktionsanteil der Beschwerdeführerin beträgt im gleichen Radius [50-60] %; derjenige der nächststärksten Konkurrentin (Z. _____ AG) beläuft sich auf [10-15] % (Verfügung, Rz. 221 ff., 624, Tabelle 7 "Kennzahlen für das Liefergebiet der BERAG", Abbildung 17 "Verteilung der Produktionsanteile").

Diese Zahlen werden von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Es ist daher festzustellen, dass sowohl der Marktanteil ([60-75]%) als auch der Produktionsanteil ([50-60] %) der Beschwerdeführerin beträchtlich ist,

auch hinsichtlich des Abstands zur nächstgrösseren Konkurrentin. Nach der Wettbewerbspraxis gelten Marktanteile von 50 % als "kritische Schwelle" für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung (Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.5.2 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich").

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass vorliegend aufgrund der Marktanteile (sowie aufgrund der Produktionsanteile, sofern diese überhaupt zu berücksichtigen sind) die Beschwerdeführerin auf dem räumlich und zeitlich relevanten Asphaltmarkt marktbeherrschend ist.

7.4 Marktstruktur: Potentieller Wettbewerb

Unter dem Gesichtspunkt des potentiellen Wettbewerbs ist zu untersuchen, in welchem Ausmass das in Frage stehende Unternehmen mittelbar einem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist durch die Möglichkeit, dass andere Unternehmen, die dort bislang noch nicht tätig waren, auf dem relevanten Markt als neue Konkurrenten auftreten könnten (Urteile des BVGer B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 9.2.2.1 "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; B-831/2011 Rz. 459 "Six Group"; B-7633/2009 Rz. 334 "Swisscom Preispolitik ADSL"; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rz. 311 und 342 ff.; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2 Rz. 233). Die Voraussetzung des Markteintrittes innerhalb eines absehbaren Zeitraumes wird dann als erfüllt betrachtet, wenn der Markteintritt rasch erfolgt, d.h. innerhalb von zwei bis drei Jahren (Urteil des BVGer B-2597/2017 E. 9.2.2.8 "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rz. 344).

Bei der Beurteilung des potentiellen Wettbewerbs erlangt die Identifizierung von Marktzutrittsschranken besonderes Gewicht (FUCHS/MÖSCHEL, a.a.O., Rz. 98; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rz. 311). Marktzutrittsschranken können rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein. Zu den rechtlichen Marktzutrittsschranken gehören etwa staatliche Importbeschränkungen, Konzessionen, Bewilligungen und Immaterialgüterrechte. Beispiele für faktische Marktzutrittsschranken sind Grössen- und Verbundvorteile, Netzwerkeffekte und "sunk costs" (vgl. Urteil des BVGer B-2597/2017 E. 9.2.2.7 "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; HEINEMANN/KELLERHALS, a.a.O., S. 66; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.472 ff.; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 313 und 318 ff.).

Die Vorinstanz hält die potentielle Konkurrenz im Markt für Asphaltmischgut für zu schwach, um die Beschwerdeführerin in ihrem Marktverhalten disziplinieren zu können. Neueintritte seien durch verschiedene Umstände erschwert: Für die Errichtung und den Betrieb eines Asphaltmischgutwerks seien Bewilligungen sowie ein Bedarfsnachweis erforderlich. Ausserdem seien Belagswerke auf den Zugang zu Gesteinskörnungen angewiesen. Des Weiteren seien für eine neue Anlage hohe Investitionen sowie Know-how erforderlich. Zudem sei die Dichte der bestehenden Werke relativ gross. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin viele bedeutende Strassenbauunternehmen als Aktionärinnen mit Vorzugskonditionen eingebunden. Darunter hätten sich viele verpflichtet, die Beschwerdeführerin nicht zu konkurrenzieren (Verfügung, Rz. 631 ff.).

Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass die Errichtung und der Betrieb eines neuen Belagswerks relativ hohe Investitionen, entsprechende Bewilligungen und ein gewisses Know-how voraussetzten. Sie gibt jedoch zu bedenken, dass Know-how leicht erworben werden könne. Zudem verfüge sie im Vergleich zu anderen Belagswerken über keinen Vorteil bei der Beschaffung von Gesteinskörnungen. Das von der Vorinstanz erwähnte Konkurrenzverbot sei nach 1995, spätestens aber nach 2011 nicht mehr gelehrt worden und habe den Eintritt eines neuen Mitbewerbers tatsächlich nie verhindert. Schliesslich begünstige der Umstand, dass es sich beim nachgelagerten Strassenbaumarkt um einen Ausschreibungsmarkt handle, die potentielle Konkurrenz (Beschwerde, Rz. 297 ff.).

Aus den Standpunkten der Verfahrensbeteiligten ergibt sich, dass die Hürden für die Errichtung eines neuen Belagswerks hoch sind, selbst wenn Know-how auf dem Markt erworben werden kann und der Zugang zu Gesteinskörnungen möglich ist. Die Einbindung zahlreicher Strassenbauunternehmen im Aktionariat der Beschwerdeführerin dürfte zudem auf Marktneulinge abschreckend wirken. Durch das Konkurrenzverbot, das unter den Gründeraktionärinnen der Beschwerdeführerin galt (wenn auch dessen Zeitpunkt der Beendigung umstritten ist, vgl. etwa das Verfahren B-1396/2022), war die Beschwerdeführerin zumindest vor Konkurrenz aus den eigenen Reihen relativ sicher. Schliesslich ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Verweis auf den nachgelagerten Markt für Strassenbau nicht als Argument für potentielle Konkurrenz im Asphaltmarkt taugt (vgl. Verfügung, Rz. 636); vorliegend geht es um Faktoren, die Zutritte zum Markt für Asphalt erschweren (oder allenfalls erleichtern). Wie erwähnt, sind die Hürden hoch, was gegen das Vorliegen namhafter potentieller Konkurrenz spricht. Die grösste potentielle Konkurrenz dürfte von vertikal

integrierten Belagswerken ausgehen, soweit sie ihre Produktion ausdehnen, um Dritte mit Asphaltmischgut versorgen zu können.

7.5 Marktstruktur: Marktgegenseite

Bei der Beurteilung der Stellung der Marktgegenseite sind die Aspekte, aus denen sich eine besondere Verhandlungsposition ergibt, heranzuziehen (vgl. Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.5.2 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich"). Faktoren sind etwa die Grösse der Nachfrager sowie deren Wichtigkeit für das untersuchte Unternehmen, die Zahl der Nachfrager, der Organisationsgrad der Marktgegenseite sowie deren Sachkunde und Professionalität (vgl. REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 307 ff.). Des Weiteren vermag Zeitdruck die Verhandlungsposition einer Partei zu schwächen (vgl. LUKAS WYSS, Die Kunst der Verhandlungsführung, Basel 2021, S. 158, 205), genauso wie die Knappheit eines Gutes bzw. mangelnde Alternativen (vgl. Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.5.2 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich"; Urteil des BVGer B-5819/2020 vom 31. Oktober 2023 E. 7.3.3.1 "Eishockey im Pay-TV" [Entscheid bestätigt durch das BGer mit Urteil 2C_683/2023 vom 24. September 2025 "Eishockey im Pay-TV"]; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 305; WYSS, a.a.O., S. 158, 205).

Die Verfahrensbeteiligten sind sich zwar einig darin, dass die Marktgegenseite überwiegend aus sachkundigen Strassenbauunternehmungen besteht. Uneinigkeit besteht aber namentlich in der Frage, ob diese über genügend Ausweichmöglichkeiten verfügen (Beschwerde, Rz. 303 ff.; Verfügung, Rz. 638 ff.). Diesbezüglich wurde bereits oben eine Feststellung getroffen, die auf genügende Ausweichmöglichkeiten hinweist (vgl. vorne E. 6.3.5.3). Auch die von der Vorinstanz unter dem Titel des potentiellen Wettbewerbs erwähnte Dichte der bestehenden Werke, die relativ hoch ist (Verfügung, Rz. 632), ist ein Indiz für das Bestehen von Ausweichmöglichkeiten. Da die Marktgegenseite im nachgelagerten Markt für Strassenbau konkurrenzfähig sein muss, wird sie auf alternative Asphaltlieferanten ausweichen können, wenn die von der Beschwerdeführerin offerierten Preise unattraktiv sind. Angesichts ihrer distanzabhängigen Rabatte (vgl. vorne E. 6.3.5.3) ist die Beschwerdeführerin offenbar bestrebt, selbst für weiter entfernte Baustellen von der Marktgegenseite als Lieferantin berücksichtigt zu werden. Könnten die Strassenbauunternehmen nicht auf alternative Belagswerke ausweichen, müsste die Beschwerdeführerin nicht derartige distanzabhängige Rabatte anbieten.

Demzufolge dürfte die Position der Marktgegenseite nicht so schwach sein, wie sie von der Vorinstanz dargestellt wird. Soweit es jedoch um kleine, nicht an der Beschwerdeführerin beteiligte Abnehmer geht, die nicht von allfälligen Mengenrabatten etc. profitieren können, ist jedoch mit der Vorinstanz von einer eher schwachen Marktposition auszugehen. Dass der Markt für Strassenbauarbeiten ein sog. Ausschreibungsmarkt sei, ist dabei entgegen der Argumentation der Beschwerdeführerin für die Beurteilung der Position der Strassenbauunternehmen gegenüber der BERAG nicht relevant. Insbesondere ist nicht davon auszugehen, dass dieser bloss indirekte Effekt wesentliche Auswirkungen auf den Markt für Asphaltmischgut hat.

7.6 Unternehmensstruktur

Unter dem Aspekt der Unternehmensstruktur werden individuelle Unternehmensmerkmale beurteilt, die Wettbewerbsvorteile gegenüber tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbern begründen können (ZÄCH/HEIZMANN, Kartellrecht, Rz. 712; ZÄCH/SCHRANER/STÄUBLE, Verhaltensweisen, a.a.O., Rz. 100; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rz. 345; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2 Rz. 250). Bei diesen Merkmalen handelt es sich insbesondere um technologischen Vorsprung, Know-how, Effizienz- und Grössenvorteile, gewerbliche Schutzrechte, Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, effiziente Vertriebssysteme, positive Synergieeffekte wegen vertikaler Integration, Zugang zum Kapitalmarkt, personelle und finanzielle Verflechtung mit anderen Unternehmen, Möglichkeiten der Quersubventionierung sowie finanzielle Ressourcen (Urteile des BVGer B-831/2011 Rz. 470 "Six Group"; B-7633/2009 Rz. 350 "Preispolitik Swisscom ADSL"; ZÄCH/SCHRANER/STÄUBLE, Verhaltensweisen, a.a.O., Rz. 100; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rz. 347 ff.; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2 Rz. 251; ZÄCH/HEIZMANN, Kartellrecht, Rz. 712; DUCREY, in: Marbach/Ducrey/Wild, a.a.O., Rz. 1629).

Der Prüfung der Unternehmensstruktur kommt in der Praxis regelmässig die Funktion zu, das in der Marktstrukturanalyse gewonnene Ergebnis abzusichern (FUCHS/MÖSCHEL, a.a.O., Rz. 102; vgl. auch: BULST, a.a.O., Art. 102 AEUV; sinngemäss: Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 475 "Six Group").

Während die Vorinstanz (unter dem Titel "Aktuelle Konkurrenz") die Ansicht vertritt, die Beschwerdeführerin verfüge angesichts von Transport- und

Produktionskostenvorteilen über einen erheblichen Spielraum in der Preissetzung (Verfügung, Rz. 152 ff., 158 ff., 617 ff.), ist für die Beschwerdeführerin kein entscheidender Wettbewerbsvorteil erstellt (Beschwerde, Rz. 79 ff., 107 ff., 281 ff.).

7.6.1 Transportkostenvorteil

7.6.1.1 Aus dem Standort eines Unternehmens können sich im Vergleich zu einem Konkurrenzunternehmen Vorteile, z.B. in Bezug auf Transportkosten, ergeben (THOMAS ULRICH, Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in der schweizerischen Fusionskontrolle, Zürich 2004, S. 130 f.; FUCHS/MÖSCHEL, a.a.O., Rz. 107; STÄUBLE/SCHRÄNER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 251 Fn. 516; JEAN-PAUL THOMMEN, Betriebswirtschaft und Management, 11. Auflage, S. 100 f.; vgl. auch Urteil des BVGer B-3618/2013 Rz. 235 ff. "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich", bestätigt durch Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.5.2 f. "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich").

Ein Standort ist hinsichtlich der Transportkosten namentlich dann vorteilhaft, wenn er sich in der Nähe zu den Abnehmern und Zulieferern befindet und über eine gute Verkehrsanbindung (z.B. Autobahn- und Flughafen-nähe) verfügt (vgl. THOMMEN, a.a.O., S. 100 f., 105; HANS-ELMAR EISOLD, Entscheidungsproblem Unternehmen - Standort, München 2014, S. 14, 18; www.kmu.admin.ch/kmu/de/home/praktisches-wissen/kmu-gruenden/firmengruendung/erste-schritte/gut-geplanter-start/standortsuche.html).

7.6.1.2 Die Vorinstanz vertritt (unter dem Titel "Aktuelle Konkurrenz") die Ansicht, die Beschwerdeführerin verfüge im relevanten Markt im Vergleich zu den meisten Konkurrentinnen und Konkurrenten über einen Transportkostenvorteil. Dies gelte insbesondere im Vergleich zu den leistungsstarken Werken im Norden der Stadt Bern bei der Belieferung von Baustellen im Süden der Stadt Bern (Verfügung, Rz. 617). Um den Transportkostenvorteil der Beschwerdeführerin in ihrem Kernliefergebiet zu berechnen, ermittelte die Vorinstanz die Fahrzeiten zwischen den Standorten der Konkurrenzwerke und dem Standort der Beschwerdeführerin in Rubigen. Weiter ging sie von einer durchschnittlichen Grösse einer Belagslieferung von [8-18] Tonnen aus (Verfügung, Rz. 152 f. und Tabelle 5 "Transportkostenvorteil der BERAG bei der Lieferung von [8-18] t Asphaltmischgut an eine in Rubigen gelegene Baustelle"). Sie kam zum Schluss, dass einige Be-

lagswerke gegenüber der BERAG einen massiven Transportkostennachteil aufwiesen, wenn sie Asphaltmischgut nach Rubigen lieferten (Verfügung, Rz. 156).

Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass die Transportkosten für die Beurteilung der Wettbewerbssituation von Bedeutung sind. Denn das Belagswerk, das der Baustelle am nächsten liege, profitiere von einem Kostenvorteil. Sie ortet bei der Vorgehensweise der Vorinstanz indessen eine Reihe von Schwachstellen: Erstens gehe die Vorinstanz von der hypothetischen Annahme aus, dass die Preise ab Werk und die Transportkosten für alle betroffenen Mitbewerber weitgehend identisch seien (Beschwerde, Rz. 107). Zweitens gehe sie von der unrealistischen Annahme aus, dass der Belag direkt am Sitz der BERAG in Rubigen verbaut werde. Die Baustellen befänden sich aber nicht auf dem Gelände der BERAG in Rubigen (Beschwerde, Rz. 108). Drittens gehe die Vorinstanz von der falschen Annahme aus, dass ein mit [13-25] Tonnen beladbares Fahrzeug lediglich mit [8-18] Tonnen beladen werde. Die Vorinstanz sei fälschlicherweise von der durchschnittlichen Beladung (inklusive Kleinbezüge) ausgegangen (Beschwerde, Rz. 110). Da die Vorinstanz zudem die Transportkosten ihrer Mitbewerber nicht ermittelt habe, sei es nicht möglich, Schlussfolgerungen darüber zu ziehen, ob die BERAG bei den Transportkosten über einen allfälligen Wettbewerbsvorteil verfüge und die Vorinstanz habe insofern auch den Untersuchungsgrundsatz verletzt (Beschwerde, Rz. 93, 108; 283). Gemäss ihrem Gutachten sei sie bei rund 69 % der Postleitzahlen, welche sie innert 32 Minuten erreichen könne, nicht das nächstgelegene Belagswerk und verfüge damit nicht über einen Transportkostenvorteil. Sei die BERAG das nächstgelegene Werk, betrage der Transportkostenvorteil maximal 12.5 Minuten, mehrheitlich seien es maximal 5 Minuten. Der Transportkostenvorteil sei letztlich äusserst beschränkt (Beschwerde, Rz. 109, mit Verweis auf Gutachten und Ergänzungsgutachten).

Die Vorinstanz räumt ein, sie habe die Transportkosten nicht für jede einzelne Baustelle berechnet. Dies sei indessen auch nicht erforderlich. Denn aufgrund der Standorte der Belagswerke und der von der Vorinstanz vorgenommenen Abschätzung der zusätzlichen Fahrkosten pro Minute könnten die relativen Transportkosten der relevanten Werke eingeschätzt werden (Vernehmlassung, Rz. 42, 45). Zudem anerkennt sie, dass die BERAG nicht in ihrem ganzen Kernliefergebiet gegenüber sämtlichen anderen Belagswerken über einen Transportkostenvorteil verfügt. So habe die BERAG etwa gegenüber dem Werk in Heimberg im Süden ihres Kernliefergebiets

je nach Lage der zu beliefernden Baustelle sogar einen Transportkostennachteil. Relevant sei aber nicht nur das nächstgelegene Werk, z.B. wenn dieses ausgelastet sei oder aus anderen Gründen keine konkurrenzfähige Offerte einreichen könne (Verfügung, Rz. 154; Vernehmlassung, Rz. 43). Des Weiteren erklärt die Vorinstanz, sie sei tatsächlich von einer durchschnittlichen Beladmenge ausgegangen. Bei Grossprojekten verfüge die BERAG über einen geringeren maximalen Transportkostenvorteil, da bei diesen in der Regel eine bessere Auslastung der Lastwagen erreicht werden könne. Die genauen Transportkostenunterschiede seien von der genauen Lage der zu beliefernden Baustelle sowie von den zu liefernden Mengen abhängig (Verfügung, Rz. 153, 155; Vernehmlassung, Rz. 45). An den Berechnungen der Beschwerdeführerin kritisiert sie schliesslich, die Fahrzeit eines Lastwagens vom Standort des Werks in Heimberg zum Standort der BERAG betrage 24 Minuten und nicht 12.5 Minuten (Vernehmlassung, Rz. 44).

7.6.1.3 Festzustellen ist, dass die Vorinstanz einen grossen Aufwand betrieben hat, um den von ihr geltend gemachten Transportkostenvorteil zu begründen. Mit der Beschwerdeführerin ist indessen dafür zu halten, dass sie dabei von unrealistischen Annahmen ausgegangen ist. Namentlich geht die Vorinstanz von einem maximalen möglichen Transportkostenvorteil aus, wenn der Belag am Standort der BERAG verbaut wird. Am eigenen Standort hat indessen jedes Belagswerk einen Standortvorteil im Vergleich zu den anderen Belagswerken. Abgesehen davon ist in Bezug auf die Beschwerdeführerin erstellt, dass sie distanzabhängige Rabatte gewährt, um einen allfälligen Standortnachteil auszugleichen (vgl. vorne E. 6.3.5.3). Angesichts der ab 1. Januar 2005 geltenden Gewichtslimite von 40 Tonnen für Lastwagen, der Beladbarkeit eines 5-achsigen Lastwagens mit maximal 25 Tonnen und einer durchschnittlichen Beladung von [18-30] Tonnen bei eigener Organisation des Transports durch die BERAG (Verfügung, Rz. 121 ff. und Fn. 187) ist zudem mit der Beschwerdeführerin in Frage zu stellen, wie realistisch das von der Vorinstanz gewählte Szenario mit einer durchschnittlichen Beladung von [8-18] Tonnen Asphaltmischgut ist (vgl. Beschwerde, Rz. 110 ff.). Schliesslich fehlt tatsächlich eine Analyse der Transportkosten in Bezug auf die Konkurrenzwerke der BERAG. Ein Transportkostenvorteil lässt sich indessen auch anderweitig begründen:

Im vorliegenden Fall ist erstellt, dass sich der Werkstandort der Beschwerdeführerin in Rubigen befindet. Rubigen liegt auf den Verkehrsachsen Thun-Bern und Belp-Worb. Die Autobahn A6 (Biel – Bern – Thun – Spiez) ist über die Autobahnanschlüsse Rubigen und Muri erreichbar (vgl.

<https://www.rubigen.swiss/Gemeinde/Verkehr>; Bundesbeschluss vom 10. Dezember 2012 über das Nationalstrassennetz, geändert am 14.6.2016 und 20.9.2023 [BBl 2017 7807, 2023 2464], Anhang "Liste der schweizerischen Nationalstrassen": N6). Bern ist die bevölkerungsreichste Stadt des Kantons Bern und verfügte (Stand 2016; Zahlen abgerundet) über 133'000 Einwohner, Thun (mit der drittgrössten Bevölkerungszahl) über 43'000 Einwohner, Belp und Worb über je 11'000 Einwohner (vgl. Statistik der Schweizer Städte 2018, abrufbar auf: staedteverband.ch/de/info/publikationen/statistik-der-schweizer-stadte). Das Belagswerk der Beschwerdeführerin liegt daher verkehrsgünstig für Strassenbauprojekte zwischen Bern und Thun sowie zwischen Belp und Worb. Insbesondere die Nähe zur Stadt Bern ist relevant, da die BERAG grosse Mengen an Asphaltmischgut dorthin liefert (vgl. Verfügung, Rz. 219). Soweit es jedoch um Strassenbauprojekte im Süden des Kernliefergebiets geht, hat es gegenüber dem Werk in Heimberg einen Transportkostennachteil (Verfügung, Rz. 154). Weiter hat die Vorinstanz festgestellt, dass die Werke im Norden der Stadt Bern über einen Transportkostennachteil im Vergleich zur BERAG verfügen, wenn sie Baustellen in oder südlich der Stadt Bern beliefern wollten; für das Werk der X. _____ AG in Lyss gelte dies nur für Baustellen im Süden der Stadt Bern (Verfügung, Rz. 179).

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass das Werk der Beschwerdeführerin verkehrsgünstig zwischen der grössten und drittgrössten Stadt des Kantons Bern (Stadt Bern und Thun) in der Nähe der Autobahnzufahrt Rubigen liegt. Damit verfügt die Beschwerdeführerin über einen Standortvorteil in Bezug auf Baustellen in diesem Gebiet. Je nach Lage der zu beliefernden Baustelle verfügen jedoch andere Werke über einen Standort- respektive Transportkostenvorteil. Die Vorinstanz hat somit entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin auch den Untersuchungsgrundsatz nicht verletzt.

7.6.2 Produktionskostenvorteile

7.6.2.1 Auch Produktionskostenvorteile können zusammen mit anderen Faktoren ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung darstellen. Solche Vorteile können sich namentlich ergeben aus:

- einem besseren Zugang zu Ressourcen oder Beschaffungsmärkten (REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 349; STÄUBLE/SCHRÄNER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 251; ULRICH, a.a.O., S. 134; FUCHS/MÖSCHEL, a.a.O., Rz. 107; HEINEMANN/KELLERHALS, a.a.O., S. 66),

- einem technologischen Vorsprung gegenüber Konkurrenten (REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 348; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 251; FUCHS/MÖSCHEL, a.a.O., Rz. 103; HEINEMANN/KELLERHALS, a.a.O., S. 66),
- Grössenvorteilen (economies of scale; vgl. ULRICH, a.a.O., S. 127; FUCHS/MÖSCHEL, a.a.O., Rz. 103; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 351b; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 251; HEINEMANN/KELLERHALS, a.a.O., S. 66),
- Effizienzvorteilen (REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 351b; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 251; ULRICH, a.a.O., S. 134; FUCHS/MÖSCHEL, a.a.O., Rz. 103).

7.6.2.2 Die Vorinstanz erklärte, die Herstellungskosten von Asphaltmischgut seien im Wesentlichen von den folgenden Faktoren abhängig (Verfügung, Rz. 94 ff., 109, 126):

- Einkaufspreise für Gesteinskörnungen, Bitumen und Energie: lokal abgebaute Gesteinskörnungen seien aufgrund der Transportkosten in der Regel günstiger. Zudem ermögliche die Beimischung von Ausbauasphalt wesentliche Einsparungen beim Einkauf von Gesteinskörnungen. Der Einkauf von Gesteinskörnungen sei der wichtigste Kostenfaktor.
- Grösse, Automatisierungsgrad und Energie-Effizienz der Anlage: Es gebe Skalenerträge in der Produktion. Weiter wiesen neuere Anlagen eine höhere Energieeffizienz aus.
- Auslastung der Anlage: Die Herstellungskosten seien tiefer, je besser die Anlage ausgelastet sei.

In Bezug auf die Beschwerdeführerin stellte sie fest, diese erreiche einen deutlich höheren jährlichen Ausstoss als alle anderen Werke der Region. Zudem verfüge sie über Zugang zu lokal angebaute Kies (Kiesliefervertrag mit lokalen Kiesproduzenten) und könne mittels einer Paralleltrommel einen hohen Anteil an Ausbauasphalt beimischen. Die Anlage der Beschwerdeführerin zeichne sich ausserdem durch eine hohe Energieeffizienz aus. Daher weise die Beschwerdeführerin im Vergleich zu den meisten Konkurrentinnen, insbesondere im Vergleich zum Werk in Heimberg, tiefere Produktionskosten aus (Verfügung, Rz. 158 ff., 176 ff.; Vernehmlassung, Rz. 48 ff.).

Die Beschwerdeführerin anerkennt die allgemeinen Ausführungen der Vorinstanz über die Faktoren, welche die Herstellungskosten eines Belagswerks beeinflussen, als grundsätzlich nachvollziehbar (Beschwerde, Rz. 94). Sie gibt indessen zu bedenken, dass Unterschiede bei den Produktionskosten wenig über eine allfällige Beeinträchtigung des Wettbewerbs aussagen, zumal das Streben nach Effizienzgewinnen in der Natur jedes Unternehmens liege. Was die Frage des Zugangs zu Gesteinskörnungen und der Einkaufskosten betreffe, habe die Vorinstanz bei den anderen Belagswerken überhaupt nicht (respektive bei der Z. _____ AG unvollständig und unrichtig) ermittelt. Fakt sei, dass sie im Vergleich zum Belagswerk der Z. _____ AG in Oberwangen – und zu anderen Belagswerken – über keinen Vorteil bei der Beschaffung von Gesteinskörnungen verfüge. In Bezug auf die Beimischung von Ausbauasphalt sei festzuhalten, dass sämtliche hier relevanten Belagswerke in der Lage seien, Ausbauasphalt zu rezyklisieren. Die Vorinstanz habe indessen davon abgesehen, den Anteil an Ausbauasphalt der anderen Belagswerke zu ermitteln. Weiter machten die Fixkosten für Verwaltung, Unterhalt, Betrieb, Finanzierung und Amortisierung der Anlage einen tiefen Anteil an den Herstellungskosten aus (ca. [...] %). Auch wenn der relative Anteil dieser Fixkosten bei grösserer Ausstossmenge abnehme, habe die marginale Bedeutung dieser Fixkosten keinen wesentlichen Einfluss auf die Wettbewerbssituation. Schliesslich sei die BERAG nicht das einzige Werk, das bestrebt sei, energieeffizienter zu werden. Sie verfüge daher nicht über einen nennenswerten Vorteil im Vergleich zu den Konkurrenzwerken. Der Umstand, dass die BERAG im Jahr 2015 eines der effizientesten Werke in der Schweiz gewesen sei, stelle eine bloss Momentaufnahme dar. Abgesehen davon machten die Ausgaben für Energie einen relativ tiefen Anteil (ca. [...] %) an den Herstellungskosten der BERAG aus (Beschwerde, Rz. 114 ff.).

7.6.2.3 Der Beschwerdeführerin ist insofern Recht zu geben, als grundsätzlich jedes Unternehmen nach Effizienz, verstanden als nutzenmaximierenden Einsatz knapper Ressourcen, strebt oder streben sollte. Denn wer im Wettbewerb auf Dauer bestehen will, muss effizient sein (GAETANO M. W. GENONI, Ökonomische Modelle, Konzepte und Analysemethoden im Kartellrecht, Zürich 2018, S. 54). Alleine aufgrund der Feststellung, dass ein Unternehmen effizient ist oder über andere individuelle Merkmale verfügt, welche Wettbewerbsvorteile gegenüber der Konkurrenz begründen können, kann daher nur in Ausnahmefällen auf eine marktbeherrschende Stellung geschlossen werden (vgl. FUCHS/MÖSCHEL, a.a.O., Rz. 102 f.).

7.6.2.4 Unbestritten ist, dass sich die Beschwerdeführerin durch den Abschluss eines Kieslieferungsvertrags mit lokalen Kiesproduzenten einen günstigen Zugang zu Gesteinskörnungen gesichert hat (Verfügung, Rz. 158 f.). In den Kieslieferungsverträgen vom 21. November 1996 (act. II.2) und vom 17. September 2007 (act. II.17) räumen die Kiesunternehmen K. & U. Hofstetter AG (mit Kieswerken in Hindelbank und Berken), die Kästli AG Bauunternehmung (mit Kieswerk in Rubigen) und die Messerli Kieswerk AG (mit Kieswerken in Bern-Bethlehem und Oberwangen) der BERAG bezüglich der Lieferungen von Gesteinskörnungen die Priorität vor anderen Bezüglern ein (je Art. 4 des Vertrags). Lieferungen an andere Belagswerke sind nur nach Absprache mit den anderen Vertragspartnern respektive nach deren Zustimmung möglich (Art. 9 des Vertrags von 1996; Art. 10 des Vertrags von 2007).

Was die Z. _____ AG betrifft, bezieht sie Gesteinskörnungen unbestritten aus einem unternehmenseigenen Steinbruch im Unterwallis, von einem Kieswerk in Oppligen BE (Kieswerk W. _____), von zwei Kieswerken im Kanton Freiburg sowie zu einem kleinen Teil von Kieswerken der Alluvia-Gruppe in [...], [...], [...], [...] und [...](Verfügung, Rz. 163; Beschwerde, Rz. 119 ff.; Einvernahmeprotokoll B. _____ von der Z. _____ AG, act. IV.10, Zeilen 198-243). Von der Z. _____ AG wird das Kieswerk W. _____ in Oppligen als grösster Lieferant bezeichnet (Einvernahmeprotokoll B. _____ von der Z. _____ AG, act. IV.10, Zeile 241).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Entfernung zwischen ihrem Werk und dem Kieswerk in [...] sei weitgehend identisch mit der Entfernung zwischen der Z. _____ AG in Oberwangen und der Kieswerk W. _____ AG in Oppligen (Beschwerde, Rz. 123). Dies trifft indessen nicht zu: Die Lieferantinnen der Beschwerdeführerin liefern aus maximal 24 km Entfernung (abgesehen vom Werk in [...]), während das Kieswerk W. _____ in Oppligen eine Lieferdistanz von ca. 36 km bis zur Z. _____ AG in Oberwangen zu bewältigen hat (vgl. Routenplaner auf search.ch). Abgesehen davon bezieht die Beschwerdeführerin gemäss dem Kieslieferungsvertrag von der K. & U. Hofstetter AG (das nebst dem Werk in [...] über ein näher gelegenes Kieswerk in Hindelbank verfügt) nur einen Anteil von [...] % an den Gesteinskörnungen. Von den noch näher gelegenen Kieswerken in [...] ([...] %) und [...] sowie [...] ([...] %) bezieht sie den Hauptanteil der Gesteinskörnungen (vgl. Art. 5 der Verträge).

Hingegen ist in Betracht zu ziehen, dass die Z._____ AG mit dem Steinbruch im Unterwallis über einen zwar relativ weit entfernten, aber unternehmenseigenen Lieferanten von Gesteinskörnungen verfügt. Zu Recht macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Z._____ AG damit von einer privilegierten Versorgung mit Kies profitiert (Beschwerde, Rz. 120 f.; FUCHS/MÖSCHEL, a.a.O., Rz. 105). Weitere Vergleiche zu Konkurrenzwerken stellte die Vorinstanz aber nicht an. Insofern kann lediglich die Aussage getroffen werden, wonach die Beschwerdeführerin im Vergleich zur Z._____ AG in Oberwangen über einen tendenziell besseren Zugang zu Gesteinskörnungen verfügt.

7.6.2.5 Des Weiteren verfügt die Beschwerdeführerin seit 2004 in ihrem Belagswerk über eine sog. Paralleltrommel (Verfügung, Rz. 171). Belagswerke, die über eine Paralleltrommel verfügen und damit die sog. "Recyclingwarmbeigabetechnik" anwenden, können einen höheren Anteil an Ausbauasphalt beimischen als Werke, welche die sog. "Recyclingkaltbeigabetechnik" anwenden (Verfügung, Rz. 77; Beschwerde, Rz. 125; Einvernahmeprotokoll A._____, act. IV.6, Zeilen 387-398). Im Gegensatz zur Beschwerdeführerin verfügen das [...] Belagswerk in [...] sowie die [...] Werke in [...] und [...] über keine Paralleltrommel (Verfügung, Rz. 171). Damit sind sie gegenüber der Beschwerdeführerin benachteiligt, da sie mehr Gesteinskörnungen und Bitumen einkaufen müssen.

Über keinen technologischen Vorsprung mittels "Recyclingwarmbeigabetechnik" verfügt die Beschwerdeführerin dagegen gegenüber allen anderen Belagswerken der Region, vor allem gegenüber den Werken in [...], [...], [...], [...] und [...], welche wie die Beschwerdeführerin seit spätestens 2004 über eine Paralleltrommel verfügen. Einige Belagswerke wurden dagegen erst später mit einer Paralleltrommel ausgestattet (vgl. Verfügung, Rz. 171). Bis zur entsprechenden Ausstattung war es ihnen jedoch möglich, die sog. "Recyclingkaltbeigabetechnik" anzuwenden, womit sie ihren Nachteil bis zu einem bestimmten Grad ausgleichen konnten.

Bereits aufgrund dieser Feststellungen zum Vorhandensein einer Paralleltrommel ist ein Vergleich mit den Konkurrenzwerken möglich. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist es daher nicht zwingend, für sämtliche Werke die konkreten Kosten in Bezug auf Ausbauasphalt zu berechnen (vgl. Beschwerde, Rz. 126 ff.). Festzustellen ist demnach, dass die Beschwerdeführerin im Vergleich zu ihren Konkurrenzwerken, mit Ausnahme dreier Belagswerke, über keinen wesentlichen technologischen

Vorsprung bei der Verwendung von Ausbauasphalt verfügt. Aus dem Argument, der Anteil an Ausbauasphalt steige aufgrund erhöhter Umweltschutzanforderungen bei allen Belagswerken, vermag die Beschwerdeführerin weiter nichts für sich abzuleiten.

Da die Vorinstanz nicht auf die Schätzungen der befragten Belagswerke zum maximal beimischbaren Anteil von Ausbauasphalt, sondern auf das Vorhandensein einer Paralleltrommel abgestellt hat (Verfügung, Rz. 170 Fn. 227; Vernehmlassung, Rz. 9), stellt es schliesslich keine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, wenn die Vorinstanz die geschätzten Werte der Konkurrenzunternehmen zum Anteil von Ausbauasphalt geschwärzt hat.

7.6.2.6 Unbestrittenermassen produzierte die Beschwerdeführerin im Durchschnitt der Jahre 2011-2018 jährlich über [...] Tonnen Belagsmischgut. Ihre Konkurrenzwerke stellten deutlich geringere Mengen her (vgl. Verfügung, Rz. 173 und Abbildung 10 "Jährlicher Ausstoss [Durchschnitt 2011-2018]"). Da bei zunehmender Betriebsgrösse und der sich daraus ergebenden Produktionssteigerung die damit verbundenen Kosten nur unterproportional ansteigen, sind Unternehmen mit einer grösseren Produktion begünstigt (vgl. ULRICH, a.a.O., S. 127). Dass die Produktionskosten in der Regel tiefer sind, je grösser das Werk ist, wurde selbst von Seiten der Beschwerdeführerin bestätigt (Einvernahmeprotokoll A._____, act. IV.6, Zeilen 368 f.). Insofern ist auch für das Bundesverwaltungsgericht erstellt, dass die Beschwerdeführerin im Vergleich zu ihrer Konkurrenz über einen Grössenvorteil verfügt. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann dieser Schluss gezogen werden, auch ohne die Skalenerträge anderer Werke heranzuziehen (Beschwerde, Rz. 129). Dass der Anteil der fixen Kosten nach Ansicht der Beschwerdeführerin relativ gering ist (Beschwerde, Rz. 130), vermag an dieser Einschätzung nichts zu ändern.

7.6.2.7 Im Jahr 2015 war das Werk der BERAG nach einem Vergleich der Energie-Agentur der Wirtschaft eines der effizientesten Werke in der Schweiz (Verfügung, Rz. 175; Verwaltungsratsprotokoll der BERAG vom 18. März 2016, Traktandum 2 und Beilage [act. III.A.247]). Es trifft zwar zu, dass dieser Befund eine Momentaufnahme darstellt (Beschwerde, Rz. 132). Zudem dürften auch andere Werke bereits aus wirtschaftlichen Gründen bestrebt sein, energieeffizient zu produzieren. Indessen weist die Vorinstanz darauf hin, dass die Beschwerdeführerin ihre neue Anlage bereits im Jahr 2011 angeschafft hat (Vernehmlassung, Rz. 57). Insofern darf der Schluss gezogen werden, dass die Beschwerdeführerin bereits ab

2011 auf eine energieeffiziente Produktion gesetzt hat. Auch wenn in der angefochtenen Verfügung entsprechende Angaben zu Konkurrenzwerken fehlen, kann der Schluss gezogen werden, dass die Beschwerdeführerin mindestens ab 2011 bis 2015 über eine vergleichsweise energieeffiziente Produktion verfügte. Dieser Schluss kann gezogen werden, auch wenn die Ausgaben für Energie einen relativ tiefen Anteil an den Herstellungskosten ausmachen (Beschwerde, Rz. 133).

7.6.2.8 Damit ist erstellt, dass die Beschwerdeführerin über bestimmte Produktionskostenvorteile verfügt. Diese Vorteile ergeben sich namentlich aus Grössen- und Effizienzvorteilen und einem guten Zugang zu Gesteinskörnungen. Dank des Einsatzes einer sog. Paralleltrommel ist sie zumindest gegenüber ihrer [...] Konkurrentin in [...] vorteilhaft aufgestellt. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Vorinstanz habe den Untersuchungsgrundsatz verletzt, indem sie die Kostenstruktur von anderen Belagswerken nicht heranzog (Beschwerde, Rz. 81 ff.), ist ihr nicht zu folgen, weil sich die Produktionskostenvorteile auch ohne diesen Vergleich begründen lassen.

7.6.3 Fazit Marktstellung

Angesichts eines Marktanteils von [60-75] % im relevanten Markt, einer eher schwachen Marktposition von nicht an der Beschwerdeführerin beteiligten Abnehmern, relativ hoher Hürden für die Errichtung eines neuen Belagswerks sowie gewisser Transportkosten- und Produktionskostenvorteilen der Beschwerdeführerin teilt das Bundesverwaltungsgericht die Einschätzung der Vorinstanz, dass die Beschwerdeführerin auf dem relevanten Asphaltmarkt marktbeherrschend ist.

8. Marktmachtmissbrauch durch Vorzugskonditionen für Aktionärinnen der BERAG

8.1 Allgemeine Rechtsgrundlagen zum Behinderungs- und Ausbeutungsmisbrauch

8.1.1 Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich 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 (Art. 7 Abs. 1 KG). Art. 7 KG ist per 1. Januar 2022 geändert worden (vgl. AS 2021 576, S. 1). Im vorliegenden Verfahren gilt noch die alte Fassung vom 6. Oktober 1995, da die Rechtmäs-

sigkeit von Verwaltungsakten mangels einer anderslautenden übergangsrechtlichen Regelung im Grundsatz nach der Rechtslage im Zeitpunkt ihres Ergehens – d. h. somit im Zeitpunkt der Verfügung vom 6. Dezember 2021 – zu beurteilen ist (vgl. Urteil des BGer 2C_683/2023 vom 24. September 2025 E. 7 "Eishockey im Pay-TV"; BGE 139 II 263 E. 6; 127 II 209 E. 2b).

Das Kartellrecht verbietet eine marktbeherrschende Stellung nicht, und eine solche ist für sich allein auch nicht missbräuchlich, besteht doch der Sinn des Wettbewerbs gerade darin, durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen (und diese Marktstellung mittels angemessener, d.h. leistungsbezogener Massnahmen zu bewahren). Marktbeherrschung wird allerdings dann problematisch, wenn als qualifizierendes Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutritt, weshalb das marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten trägt (BGE 146 II 217 E. 4.1 "Preispolitik Swisscom ADSL"; 139 I 72 E. 10.1.1 "Publigroupe"; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 6.1 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich"; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 5 f.). Diese Verantwortung gilt, soweit der selbständige wirtschaftliche Handlungsspielraum des Unternehmens nicht durch verbindliche Vorgaben ausgeschlossen wird (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 461 "Preispolitik ADSL").

Das von Art. 7 KG verpönte missbräuchliche Verhalten kann sich gegen andere Anbieter sowie gegen die Marktgegenseite richten. Gestützt darauf unterscheidet Art. 7 Abs. 1 KG zwei Behinderungsformen: Durch den Missbrauch werden einerseits andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potentielle Konkurrenten, aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme (d.h. durch Errichtung von Marktzutrittsschranken) oder Ausübung des Wettbewerbs behindert (Behinderungsmissbrauch), wodurch das behindernde Unternehmen indirekt eine stärkere wirtschaftliche Position erwirbt. Durch den Missbrauch wird sodann andererseits die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens) benachteiligt (Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch), indem diesen direkt zu Gunsten des missbräuchlich handelnden Unternehmens ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1 "Preispolitik Swisscom ADSL"; 139 I 72 E. 10.1.1 "Publigroupe"; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 6.1 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich"; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 45 f.).

Charakteristisch für die Kategorie des Ausbeutungsmissbrauchs ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen

Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung. Behinderungsmissbrauch umfasst dagegen sämtliche Massnahmen beherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich unmittelbar gegen aktuelle und potentielle Wettbewerber (Konkurrenten und Handelspartner) richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten Markt oder benachbarten Märkten einschränken (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1 "Preispolitik Swisscom ADSL"; 139 I 72 E. 10.1.1 "Publigroupe"; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 6.1 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich").

Gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen können zugleich hindernd und benachteiligend (ausbeutend) sein; insofern ist es grundsätzlich irrelevant, ob sich eine zu beurteilende Verhaltensweise als das eine oder andere charakterisiert. Allemal ist die Missbräuchlichkeit einschliesslich der Wettbewerbsschädigung der strittigen Verhaltensweise in einer Einzelfallanalyse festzustellen (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1 "Preispolitik Swisscom ADSL"; 139 I 72 E. 10.1.1 "Publigroupe").

Verdeutlicht werden die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG durch die nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen in Art. 7 Abs. 2 KG. Ob die darin aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist allerdings im Einzelfall immer an den Anforderungen von Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen, da die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise indizieren. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe ("legitimate business reasons") zu prüfen (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.2 "Preispolitik Swisscom ADSL"; 139 I 72 E. 10.1.2 "Publigroupe"; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 6.1 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich"; Urteil des BVer B-2597/2017 E. 11.5, 12.6.2 "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen").

8.1.2 Unzulässiges Verhalten ist zu bejahen, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt. Sachliche Gründe sind einerseits kaufmännische Grundsätze (z.B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners), aber auch veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten oder technische Zwangslagen. Massstab für die Frage, ob es sich um zulässige oder unzulässige Verhaltensweisen handelt, bildet einerseits der Institutionen- und andererseits der Individual-

schutz oder mit anderen Worten die Gewährleistung von wirksamem Wettbewerb (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.2 "Preispolitik Swisscom ADSL"; 139 I 72 E. 10.1.2 "Publigroupe"). Leistungsfremde Mittel lassen sich somit nicht als objektive Rechtfertigungsgründe anführen, ansonsten die Anstrengungen des Kartellgesetzes, wettbewerbliches Verhalten zu schützen, unterlaufen würden (BGE 146 II 217 E. 5.9 "Preispolitik Swisscom ADSL").

Ob im Rahmen von Art. 7 KG Effizienzgründe, d.h. das Überwiegen wettbewerbsfördernder Wirkungen (vgl. KRAUSKOPF/KAUFMANN, Das System der Rechtfertigungsgründe im Kartellrecht: Einwendungen bei Wettbewerbsabreden, in sic! 2013, S. 67 ff. [nachfolgend: Rechtfertigungsgründe bei Wettbewerbsabreden]), geltend gemacht und berücksichtigt werden können, ist vom Bundesgericht bisher nicht eindeutig beantwortet worden (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.9 "Preispolitik Swisscom ADSL"; 129 II 497 E. 6.5.4 "EEF/Watt Suisse AG"; 146 II 217 E. 4.2 "Preispolitik Swisscom ADSL"). Da Effizienzgründe wie die soeben aufgeführten Rechtfertigungsgründe objektiver Natur sind, sind sie zulässig, sofern sie der Verwirklichung des Leistungswettbewerbs dienen. Leistungswettbewerb zeigt sich namentlich darin, dass die marktbeherrschenden Unternehmen ihre Effizienzvorteile an die (End-)Kunden weitergeben (Urteil des BVGer B-5819/2020 E. 8.1.2 "Eishockey im Pay-TV").

Sachliche Gründe zur Rechtfertigung eines Behinderungs- oder eines Ausbeutungsmisbrauchs müssen vom marktbeherrschenden Unternehmen hinreichend detailliert vorgetragen werden (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.2 "Preispolitik Swisscom ADSL"; 139 I 72 E. 10.4.2 "Publigroupe"). Zudem ist das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren, d.h. das Verhalten des beherrschenden Unternehmens muss geeignet sein, das von ihm angestrebte Ziel zu erreichen und es muss zur Erreichung dieses Ziels auch erforderlich sein, d.h. es dürfen keine als milder zu beurteilende alternative Handlungsweisen zur Verfügung stehen, mit welchen dasselbe Ziel zu erreichen wäre (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.542; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 180; KRAUSKOPF/KAUFMANN, Rechtfertigungsgründe bei Wettbewerbsabreden, a.a.O., S. 499, 502 f.; JACQUELINE A. SIEVERS, Legitimate business reasons beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG, Zürich 2014, S. 82 ff.).

8.2 Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG)

8.2.1 Rechtliche Grundlagen

Der Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern ist erfüllt, wenn folgende Tatbestandselemente kumulativ gegeben sind:

- a) Ungleichbehandlung (nachfolgende E. 8.2.3),
- b) Betroffenheit von Handelspartnern (nachfolgende E. 8.2.4),
- c) Wettbewerbsbeeinträchtigung (nachfolgende E. 8.2.5),
- d) fehlende Rechtfertigung (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 Rz. 299; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 Rz. 291; LYDIA PATRIZIA BUCHSER, Kartellrechtliches Diskriminierungsverbot, Zürich 2022, Rz. 254, 388 ff.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.600; nachfolgende E. 8.2.6).

Diskriminiert werden Handelspartner – vertraglich oder durch anderes Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens. Handelspartner sind Personen, die im Verhältnis zum Marktbeherrscher auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem im geschäftlichen Kontakt sind (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.2.2 "Publigroupe").

Diskriminierung bedeutet eine sachwidrige Benachteiligung der Handelspartner eines beherrschenden Unternehmens, ohne dass ihnen adäquate Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stünden. Damit wird deren Stellung im Wettbewerb auf vor- oder nachgelagerten Märkten beeinträchtigt, worin der hauptsächliche Schutzzweck von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG gesehen wird (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.2.2 "Publigroupe"). Eine Diskriminierung entsteht insbesondere dadurch, dass gleichartige Sachverhalte ungleich oder ungleichartige Sachverhalte gleichbehandelt werden (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.2.3 "Publigroupe"; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 Rz. 288; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.601; BORER/BORER, a.a.O., Art. 7 KG, Rz. 16). Diskriminierungsgegenstand sind Preis- oder Geschäftsbedingungen; dabei ist der Begriff "sonstige Geschäftsbedingungen" weit zu verstehen (vgl. Botschaft KG 95, S. 572).

Es wird zwischen direkter und indirekter Diskriminierung unterschieden. Direkte Diskriminierung bedeutet, dass das marktbeherrschende Unternehmen ungleiche Geschäftsbedingungen auf gleichartige Lagen anwendet, indirekte Diskriminierung dagegen, dass gleiche Geschäftsbedingungen

auf nicht gleichartige Situationen angewendet werden (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 301 und 306; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.601; BUCHSER, a.a.O., Rz. 397; MICHAEL TSCHUDIN, Diskriminierung als kartellrechtlicher Aufgreifstatbestand, in: Jusletter vom 25. März 2013, Rz. 33 [nachfolgend: Tschudin, Diskriminierung]).

Im Falle von Preisen wird weiter zwischen Preisdiskriminierung und anderen Fällen von Preisdifferenzierung unterschieden (vgl. BUCHSER, a.a.O., Rz. 48 ff.; ADRIAN RAASS, Preisdifferenzierung und Preisdiskriminierung im Kartellgesetz, in: Jusletter vom 24. September 2018).

Zudem wird zwischen "primary line"- und "secondary line"-Diskriminierungen unterschieden. Bei beiden Arten der Diskriminierung gibt es unter den Handelspartnern eine Gruppe begünstigter Abnehmer sowie eine Gruppe benachteiligter Abnehmer. Bei der "primary line"-Diskriminierung werden die Konkurrentinnen des Marktbeherrschers auf dem beherrschten Markt mittels differenzierter Behandlung von Handelspartnern indirekt behindert. Mit anderen Worten ist die Ungleichbehandlung der Handelspartner bloss ein Vehikel des marktbeherrschenden Unternehmens, um auf dem beherrschten Markt horizontale Verdrängungseffekte zu erzeugen (vgl. BUCHSER, a.a.O., Rz. 569 ff.; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 Rz. 294, 296; TSCHUDIN, Diskriminierung, Rz. 32). "Secondary line"-Diskriminierungen können dagegen zu Behinderungswirkungen im vor- oder nachgelagerten Markt führen, da die Wettbewerbschancen der betroffenen Handelspartner beim Weiterverkauf geschmälert werden und diesbezüglich der Wettbewerb verzerrt wird (vgl. BUCHSER, a.a.O., Rz. 560; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 Rz. 295; TSCHUDIN, Diskriminierung, Rz. 30).

Sachlich gerechtfertigt können Differenzierungen nach der Marktstufe (Grossisten-, Detaillisten- oder Konsumentenstufe), nach den Handelsusancen, nach den Nutzungsraten des Produktes oder nach unterschiedlichen Transport- und Distributionskosten sein (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 332; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.615). Als Effizienzgründe werden etwa Einsparungen des marktmächtigen Unternehmens, bessere Zahlungsmodalitäten oder der Aufbau von langfristigen Kooperationsprojekten genannt (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.615).

8.2.2 Vorgebrachte Argumente zur Diskriminierung

Die Vorinstanz stellte fest, die Preispolitik der Beschwerdeführerin sehe vor, Aktionärinnen zu besseren Konditionen mit Asphaltmischgut zu beliefern als Nichtaktionärinnen. Für Aktionärinnen gälten tiefere Listen-, Offert- und Endpreise sowie vorteilhaftere weitere Konditionen. Mit dieser Ungleichbehandlung verfolge die Beschwerdeführerin den Zweck, ihren Aktionärinnen einen Vorteil im nachgelagerten Markt für Strassenbau zu verschaffen. Die Ungleichbehandlung sei objektiv geeignet, den Wettbewerb im nachgelagerten Markt für Strassenbau zu beeinträchtigen, da der Preis der wichtigste Wettbewerbsparameter und die Materialkosten für Asphaltmischgut ein bedeutender Kostenfaktor seien. Letztlich habe die Behinderung zur Folge, dass die Aufträge im Markt für Strassenbau teilweise nicht an die kostengünstigste Bauunternehmung vergeben würden. Es seien auch keine Gründe ersichtlich, durch welche die vorliegende Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden könnte: Da die meisten Belagswerke entweder von vertikal integrierten Unternehmen oder gemeinsam von im Strassenbau tätigen Unternehmungen betrieben würden, seien die Asphaltmischgutwerke nicht ausschliesslich an der Maximierung des Profits im Markt für Asphaltmischgut interessiert. Aus der verbreiteten Verwendung unterschiedlicher Preislisten könne daher nicht gefolgert werden, dass sich ein profitmaximierendes Unternehmen ohne Marktmacht gleich wie die Beschwerdeführerin verhalten würde. Zudem liege mit der Ausschüttung von Dividenden ein besser geeignetes Instrument zur Abgeltung des unternehmerischen Risikos vor (Verfügung, Rz. 242 ff., 656 ff.).

Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass sie zwei Preislisten führt: Eine sog. Ringbuchpreisliste mit den Listenpreisen für Mengen bis ca. 10 Tonnen pro Bezug sowie eine Unternehmerpreisliste. Die Vorinstanz habe indessen nicht nachzuweisen vermocht, dass die Nichtaktionärinnen gegenüber ihren Aktionärinnen in wettbewerbsrechtlich relevanter Weise systematisch schlechter gestellt seien. Allfällige Differenzen zu den Unternehmerpreisen seien insofern stark zu relativieren, als diese primär auf Kleinbezüge Anwendung fänden. Die bei Kleinbezügen festgestellten Preisunterschiede hingen nicht vom (Nicht-)Aktionärsstatus des Kunden ab. Da ihr administrativer und betrieblicher Mehraufwand bei kleineren Bezugsmengen pro Ladung viel höher sei als bei grösseren Mengen, seien die Differenzen ausserdem gerechtfertigt. Hinzu komme, dass die meisten Kleinbezüger nicht auf dem nachgelagerten Markt für Strassenbau tätig seien (Beschwerde, Rz. 137 ff.).

8.2.3 Prüfung der Ungleichbehandlung

Die Vorinstanz erachtet es als erwiesen, dass Aktionärinnen der Beschwerdeführerin bezüglich folgender Aspekte gegenüber den Nichtaktionärinnen bevorzugt behandelt werden (Verfügung, Rz. 388):

- Preispolitik der BERAG von 2004 bis 2021: Aktionärinnen werden zu besseren Konditionen mit Asphaltmischgut beliefert als Nichtaktionäre (E. 8.2.3.1 nachfolgend);
- Preislisten der BERAG von 2004 bis 2021: Die in der Preisliste für Aktionärinnen aufgeführten Preise liegen rund 15 % unter den Listenpreisen für Nichtaktionäre (E. 8.2.3.2 nachfolgend);
- Offertpreise der BERAG von 2004 bis 2021: Den Aktionärinnen werden im Vergleich zu den Nichtaktionären bessere Offertpreise angeboten (E. 8.2.3.3 nachfolgend);
- Endpreise der BERAG von 2004 bis 2021: Die Aktionärinnen bezahlten im Vergleich zu Nichtaktionären tiefere Endpreise für Asphaltmischgut (E. 8.2.3.4 nachfolgend);
- Weitere Geschäftskonditionen: Zuschläge für Arbeiten ausserhalb der regulären Geschäftszeiten und Auszahlung des Treuebonus bei Arbeitsgemeinschaften (E. 8.2.3.5 nachfolgend)

8.2.3.1 Preispolitik der BERAG von 2004 bis 2021

Die Vorinstanz erachtete es als erstellt, dass die Preispolitik der BERAG zumindest von 2004 bis 2021 vorsah, Aktionärinnen zu günstigeren Konditionen Asphaltmischgut zu verkaufen als Nichtaktionären (Verfügung, Rz. 245 ff.).

Im Gründervertrag vom 23. Dezember 1976 der Aktionärinnen der BERAG (nachfolgend: Gründervertrag; act. II.2) wird der grundsätzliche Wunsch der Aktionärinnen zum Ausdruck gebracht, das von der Beschwerdeführerin gelieferte Belagsmischgut zu einem vom Verwaltungsrat festgelegten Vorzugspreis zu erhalten, wobei die Vergünstigung gegenüber Drittbezügern mindestens 5 % betragen solle (Art. 7 des Gründervertrags). Nach den Feststellungen der Vorinstanz wurde dieser Grundsatz in einem internen Dokument aus dem Jahr 2000 (act. II.4: "Preispolitik BERAG, heutige

Handhabung: [...] Die Aktionäre geniessen gegenüber Dritten einen Preisvorteil") sowie anlässlich der Generalversammlung der Beschwerdeführerin (act. III.A.66: "Drittkunden bezahlen einen höheren Preis als die Aktionäre") im Jahr 2003 bekräftigt (Verfügung, Rz. 246, 251).

Des Weiteren bestätigten nicht nur Vertreter der BERAG (Aussage C._____ [act. IV.4, Zeilen 307 f.] sowie Aussage D._____ [act. IV.5, Zeilen 191 f.]), sondern auch Aktionärinnen der BERAG (Aussage E._____ von der Q._____ AG [act. IV.13, Zeilen 125 f.] sowie Aussage F._____ von der R._____ AG [act. IV.15, Zeilen 111 ff.]) die grundsätzlich für Aktionärinnen günstigeren Preise.

Damit ist auch für das Bundesverwaltungsgericht rechtsgenügend erstellt, dass die Beschwerdeführerin im relevanten Untersuchungszeitraum (2004 bis 2021, Rz. 610) ihren Aktionärinnen grundsätzlich bessere Konditionen gewährte als Nichtaktionären.

8.2.3.2 Preislisten der BERAG von 2004 bis 2021

Weiter erachtete es die Vorinstanz als erwiesen, dass die BERAG zumindest von 2004 bis 2021 zwei Preislisten für Asphaltmischgut führte, wobei die für die Aktionärinnen vorgesehenen Preise durchschnittlich rund 15 % tiefer gewesen seien als die Preise für die Nichtaktionäre (Verfügung, Rz. 256 ff.).

Die Beschwerdeführerin bestreitet ebenfalls nicht, dass sie zwei verschiedene Preislisten führte: Eine "Unternehmerpreisliste" mit im Wesentlichen auf Aktionärinnen beschränkter Zugriffsmöglichkeit (früher "Aktionärspreisliste" genannt) sowie eine öffentlich zugängliche "Ringbuchpreisliste" (Beschwerde, Rz. 138; Aussagen von C._____ [act. IV.4 Zeilen 298 ff.], G._____ [act. IV.7, Zeilen 68 ff.], A._____ [act. IV.6, Zeilen 123 f.] und D._____ [act. IV.5, Zeilen 182 f.]; Antwort auf Auskunftsbegehren vom 14. August 2020 [act. V.24]; Fragebogen vom 22. April 2020 [act. V.21, Beilage 4 mit den "Ringbuchpreislisten" von 2004, 2010-2012 sowie Beilage 5 mit den "Unternehmerpreislisten" von 2004, 2010-2012]). Die Beschwerdeführerin präziserte bezüglich der "Ringbuchpreisliste" lediglich, diese finde bei Kleinmengen (bis [...] Tonnen) direkte Anwendung, während sie bei grösseren Mengen (ab [...] Tonnen) primär als Kalkulationshilfe für die Erstellung von Submissionsofferten diene (Beschwerde, Rz. 140, 152 f.; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 25. September 2020 [act. V.26, S. 2]).

Die Preise der "Unternehmerpreisliste" sind etwa 15 % niedriger als die "Ringbuchpreise" (Verfügung, Rz. 267, 657). Auch nach den Aussagen von Vertretern der Beschwerdeführerin beträgt der Preisunterschied "10-20 %" (Aussage von G. _____ [act. IV.7, Zeilen 74]) respektive "etwa 10 %" (Aussage von D. _____ [act. IV.5, Zeile 186]). Anhand der von der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren eingereichten Preislisten (act. V.21, Beilage 4 mit den "Ringbuchpreislisten" von 2004, 2010-2012 sowie Beilage 5 mit den "Unternehmerpreislisten" von 2004, 2010-2012) lassen sich direkte Vergleiche ziehen. So kostete 2004 eine Tonne des Belags "AB 3L" für Schichtdicken von 15-20 mm gemäss der "Ringbuchpreisliste" Fr. 122.–, gemäss der "Unternehmerpreisliste" Fr. [100-110.–]. In den Jahren 2010-2012 kostete eine Tonne des Belags "AC 4L" für Schichtdicken von 15-20 mm gemäss der "Ringbuchpreisliste" zwischen Fr. 143.– und Fr. 146.–, während der Preis gemäss der "Unternehmerpreisliste" zwischen Fr. [120-130.–] betrug. Ausserdem wird gemäss den "Ringbuchpreislisten" bei Kleinmengen (bis und mit 2,5 t pro Bezug) ein Kleinmengenzuschlag von Fr. 10.– in Rechnung gestellt. In den Unternehmerpreislisten ist kein Kleinmengenzuschlag vermerkt.

Die Beschwerdeführerin relativiert indessen, sie verkaufe nur einen geringen Teil ihrer Produktion – durchschnittlich rund [<33] % – an Nichtaktionäre (Beschwerde, Rz. 139). Dies wird von der Vorinstanz bestätigt: Ihr zufolge geht durchschnittlich [<33] % der Jahresproduktion an Nichtaktionäre (Verfügung, Rz. 135).

Weiter erklärt die Beschwerdeführerin, die "Ringbuchpreisliste" käme nur bei [<50] der Lieferungen an Nichtaktionäre (Kleinbezüge bis ca. [...] Tonnen) zur Anwendung (Beschwerde, Rz. 140).

Diese Vorbringen ändern indessen nichts an der unbestrittenen Tatsache, dass die Beschwerdeführerin mindestens ab 2004 zwei unterschiedliche Preislisten führte, nämlich eine im Wesentlichen für Nichtaktionäre geltende "Ringbuchpreisliste" (act. V.21, Beilage 4 mit Preislisten von 2004, 2010-2012) und eine im Wesentlichen für die Aktionärinnen geltende "Unternehmerpreisliste" (act. V.21, Beilage 5 mit Preislisten von 2004, 2010-2012) mit besseren Konditionen.

Angesichts der nur in der "Ringbuchpreisliste" vorgesehenen Kleinmengenzuschlag für Mengen bis 2,5 Tonnen stösst das weitere Argument der Beschwerdeführerin, die bei Kleinbezügen festgestellten Preisunter-

schiede seien nicht auf den (Nicht-)Aktionärsstatus, sondern auf den administrativen und betrieblichen Mehraufwand der BERAG bei der Abwicklung von Kleinbezügen zurückzuführen (Beschwerde, Rz. 140 ff.), ins Leere. Hinzu kommt, dass es nach den vorinstanzlichen Berechnungen BERAG-Aktionärinnen gibt, die durchschnittlich kleinere Mengen bezogen als Nichtaktionäre und dennoch von den günstigeren (Listen-)Konditionen profitieren konnten (Verfügung, Rz. 280 und Tabelle 8).

Der Einwand der Beschwerdeführerin, die Berechnungen berücksichtigten nicht die tatsächlich bezahlten Preise (Beschwerde, Rz. 147), dürfte zwar zutreffen: Wie bereits ausgeführt wurde, werden ab einem Bezug ab ca. [...] Tonnen Objektrabatte gewährt. Im vorliegenden Fall überschreiten zumindest die durchschnittlichen Mengen diese Grenze (vgl. Verfügung, Tabelle 8). Auch wenn die Nichtaktionäre letztlich von Objektrabatten profitieren, ändert dies nichts an der Tatsache, dass sie für die Erstellung von Submissionsofferten auf die weniger vorteilhaften "Ringbuchpreise" zurückgreifen müssen. Aufgrund der Lieferscheindaten der BERAG aus den Jahren 2018 und 2019 zeigte die Vorinstanz zudem auf, welchen Lieferungen welche Preisliste zugrunde lag. Die Auswertungen ergaben, dass bei den drei ausgewählten Aktionärinnen (R._____ AG, P._____ AG, N._____ AG) fast ausnahmslos Aktionärspreise und bei den drei grössten Nichtaktionärinnen (T._____ AG, Y._____, S._____ AG) grösstenteils Ringbuchpreise eingetragen waren (Verfügung, Rz. 283 ff. und Tabelle 9; Vernehmlassung, 78 f.). Mit der Beschwerdeführerin ist dafür zu halten, dass aufgrund von Lieferscheindaten aus bloss zwei Jahren nicht zwingend eine Ungleichbehandlung für den ganzen Untersuchungszeitraum belegt werden kann (Beschwerde, Rz. 150). Auch nach der Vorinstanz handelt es sich bei diesen Auswertungen lediglich um zusätzliche Abklärungen (Verfügung, Rz. 270). Abgesehen davon macht die Beschwerdeführerin nicht geltend, die Zahlen aus den Jahren 2018 und 2019 seien nicht repräsentativ für den ganzen Untersuchungszeitraum. Immerhin liegen dank des von der BERAG 2018 eingeführten Systems ("Nevaris") überhaupt Daten vor, in welchen für jede Lieferung der relevante Listenpreis eingetragen ist (Vernehmlassung, Rz. 77). Somit trifft auch die Kritik der Beschwerdeführerin nicht zu, die Vorinstanz habe den Untersuchungsgrundsatz verletzt (Beschwerde, Rz. 148). Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich rügt, in den fraglichen Jahren hätten zwei der aufgeführten Nichtaktionäre von zahlreichen Objektrabatten profitieren können (Beschwerde, Rz. 149), ist ihr entgegenzuhalten, dass diese beim Vergleich der angewandten Listenpreise keine Rolle spielen (Vernehmlassung, Rz. 79).

Entgegen einem weiteren Einwand der Beschwerdeführerin (Beschwerde, Rz. 142 f., 148) hätte die Vorinstanz nicht zwischen Gross- und Kleinmengen unterscheiden müssen: Die hier relevanten Preislisten der BERAG unterscheiden nicht nach der bezogenen Menge, sondern wie ausgeführt nach dem Aktionärsstatus (Vernehmlassung, Rz. 67 f., 80).

Damit ist erstellt, dass die "Unternehmerpreisliste" für Aktionärinnen bessere Konditionen enthält als die "Ringbuchpreisliste" für Nichtaktionäre.

8.2.3.3 Offertpreise der BERAG von 2004 bis 2021

Zur Untersuchung der Offertpreise (von den Strassenbauunternehmen in der Offertphase eingeholte Preise, vgl. Verfügung, Rz. 659 und Beschwerde, Rz. 151) stützte sich die Vorinstanz im Wesentlichen auf Berichte der BERAG-internen Revisionsstelle. Bei 14 Objekten (d.h. Baustellen) lagen Offerten der BERAG sowohl für Aktionärinnen und als auch Nichtaktionäre vor (Verfügung, Rz. 298 und Tabelle 10). Nach den Berechnungen der Vorinstanz erhielten die Aktionärinnen bei allen untersuchten Objekten aus den Jahren 2006, 2008-2012 und 2015 einen im Vergleich zu den Nichtaktionären tieferen Preis. Durchschnittlich belief sich der Offertpreisunterschied auf Fr. 11.68 (Verfügung, Tabelle 10).

Die Beschwerdeführerin bestreitet dieses Ergebnis nicht. Sie kritisiert jedoch, die Vorinstanz räume den Offertpreisen eine viel zu hohe Bedeutung ein. Die in der Offertphase angebotenen Preise stimmten praktisch nie mit den am Ende tatsächlich bezahlten Preisen überein. Häufig forderten Strassenbauunternehmen, die zu vertikal integrierten Baukonzernen gehörten, Offerten von der BERAG nur an, um eine Vorstellung der in der Submission zu erwartenden Gebote zu erhalten (Beschwerde, Rz. 151).

Dass die Offertpreise mindestens bei grösseren Projekten in der Regel nachverhandelt werden und damit nicht mit den Endpreisen übereinstimmen, wird von der Vorinstanz nicht bestritten (Vernehmlassung, Rz. 83). Für die Erstellung ihrer eigenen Submissionsofferten, die letztlich entscheidend für den Zuschlag sind, werden sich die Strassenbauunternehmen indessen an den Offertpreisen der BERAG orientieren. Insofern sind bei der vorliegenden Untersuchung auch Offertpreise zu berücksichtigen.

Nach den unbestrittenen Ergebnissen der Vorinstanz ist erwiesen, dass die BERAG-Aktionärinnen im Vergleich zu den Nichtaktionären von besseren Offertpreisen profitierten.

8.2.3.4 Endpreise der BERAG von 2004 bis 2021

Beim Endpreis handelt es sich um den Preis, den die Strassenbauunternehmen letztlich bezahlt haben (vgl. Verfügung, Rz. 661; Beschwerde, Rz. 151).

Unbestrittenermassen führt die Beschwerdeführerin bei grösseren Strassenbauprojekten unabhängig vom Aktionärsstatus Nachverhandlungen mit Strassenbauunternehmen, die den Zuschlag für ein Strassenbauprojekt erhalten haben (Verfügung, Rz. 185, 304 ff.; Vernehmlassung, Rz. 68; Beschwerde, Rz. 152 ff., 325). Die Aussagen von A. _____ (act. IV.6, Zeilen 283 ff.: "Nach der Erteilung des Auftrags an den Strassenbauer wird nachverhandelt, unabhängig davon, ob es sich um einen Aktionär oder einen Nicht-Aktionär handelt. Es geht darum, dass die BERAG den Auftrag erhält."), F. _____ (act. IV.15, Zeilen 112 ff.: "Bei grösseren Projekten spielt es keine Rolle, ob man bei der BERAG Aktionär ist oder nicht.") und von E. _____ von der Q. _____ AG (act. IV.13, Zeilen 235 ff.: "Die Preise werden – was die grösseren Bezüge anbelangt – durch das Spiel von Angebot und Nachfrage bestimmt.") belegen dieses Argument.

Strittig ist indessen, ob respektive wie lange sich die Beschwerdeführerin auf das Dokument "BERAG Spezialangebote" vom 15. März 2011 (act. II.34) gestützt hat. Daraus ergibt sich, dass sowohl Aktionärinnen als auch Nichtaktionäre in Abhängigkeit von der Bezugsmenge von Rabatten profitieren können. Je grösser die bestellte Menge ist und je weiter weg sich das zu beliefernde Objekt befindet, desto grösser fällt der entsprechende Rabatt für Aktionärinnen aus (vgl. vorne E. 6.3.5.3 und nachfolgend Tabelle). Für Liefermengen ab [...] Tonnen besteht keine Rabattliste; es muss Rücksprache mit dem VR-Präsidenten oder dem VR-Delegierten genommen werden (vgl. act. II.34, Ziff. 2). Für Nicht-Aktionäre besteht im gleichen Dokument eine separate Preisliste für Bezugsmengen bis [...] Tonnen (vgl. act. II.34, Ziff. 5). Diese Praxis ist nach Aussage der Beschwerdeführerin bereits 2011 respektive anlässlich der Verwaltungsrats-sitzung vom 6. Dezember 2012 wieder aufgegeben worden, um dem Geschäftsführer der BERAG alle Befugnisse der Preisfestsetzung zu überlassen. Bei der Feststellung des Sachverhalts habe die Vorinstanz diesbezügliche Aussagen von A. _____, E. _____ und F. _____ ausser Acht gelassen und somit den Untersuchungsgrundsatz verletzt (Beschwerde, Rz. 157 f.; Erläuterungen der Beschwerdeführerin vom 14. Februar 2020 [act. V.10]). Die Vorinstanz bestreitet, diese Aussagen nicht berücksichtigt zu haben und hält am Beweisergebnis fest, wonach die im Dokument vom

15. März 2011 festgehaltene Praxis weiterhin Bestand hat (Vernehmlassung, Rz. 56 ff.).

Während die Aussagen von E. _____ und F. _____ keine Schlüsse in Bezug auf das Dokument vom 15. März 2011 zulassen (vgl. act. IV.13 und IV.15), sprechen andere Aussagen für die Weitergeltung der Rabattvorgaben vom 15. März 2011 (Aussage G. _____: "Ich gehe davon aus, dass dies die aktuelle Version des Dokuments ist." [act. IV.7, Zeile 168]; Aussage C. _____: "Es handelt sich um die strategischen Richtlinien zur Preisgestaltung, welche der Verwaltungsrat der operativen Ebene vorgibt." [act. IV.4, Zeilen 413 f.]), weitere wiederum dagegen (Aussage A. _____: "Es handelt sich um eine ältere Vorgabe des Verwaltungsrats in Bezug auf die Rabattgebung. (...) Die neuste Version ist ungefähr vier, fünf Jahre alt." [act. IV.6, Zeilen 310, 316 f.]). Das Verwaltungsratsprotokoll vom 6. Dezember 2012 (act. III.A.192), auf das sich die Beschwerdeführerin bezieht (Beschwerde, Rz. 157), ist in dieser Hinsicht widersprüchlich respektive nicht eindeutig: Einerseits wurde in Traktandum 7 festgehalten: "Die heutige Preispolitik ist nicht falsch und kann weitergeführt werden. Der Markt ist jedoch sehr wechselhaft", andererseits aber auch "[d]ie Berechenbarkeit der BERAG muss entfallen. Eine agile Verhandlungspraxis soll umgesetzt werden". Schliesslich widerspricht die Beschwerdeführerin mit der Behauptung, das Dokument vom 15. März 2011 sei nie formell annulliert oder durch ein anderes Dokument ersetzt worden (Erläuterungen der Beschwerdeführerin vom 14. Februar 2020 [act. V.10]), wiederum den Aussagen von A. _____, wonach es eine neuere Version mit Rabattvorgaben gebe, die vier oder fünf Jahre alt sei (act. IV.6, Zeilen 310, 316 f.). Eine solche Version befindet sich indessen nicht in den Akten. Die Beschwerdeführerin wurde mit Schreiben der Vorinstanz vom 4. Februar 2020 aufgefordert, diese Version einzureichen (act. I.278). Wie bereits ausgeführt, machte die Beschwerdeführerin geltend, es gebe keine neuere Version (Erläuterungen der Beschwerdeführerin vom 14. Februar 2020 [act. V.10]). Dass die in der Version vom 15. März 2011 festgehaltene Praxis mit der Verwaltungsratssitzung vom 6. Dezember 2012 aufgehoben wurde, ist aufgrund der widersprüchlichen respektive unklaren Angaben im Protokoll, die sich zudem nicht ausdrücklich auf das Dokument vom 15. März 2011 beziehen, nicht glaubhaft. Somit hatte die Vorinstanz berechtigten Anlass, sich bezüglich der Objektrabatte auf das Dokument vom 15. März 2011 zu stützen und eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht gegeben.

Entgegen der Argumentation der Beschwerdeführerin (Beschwerde, Rz. 158) lassen sich die Rabattvorgaben für Aktionärinnen und Nichtaktionäre vergleichen:

Liefermenge	Objektrabatte (auf Preisliste) für Aktionärinnen	Objektrabatte (auf Nicht-Aktionärspreisliste) für Nicht-Aktionäre
Bis [...] t	-	Fr. [...]
[...] bis [...] t	Fr. [...] (ab [...] km Lieferdistanz) respektive Fr. [...] (über [...] km Lieferdistanz)	Fr. [...]
Bis [...] t	Fr. [...] (ab [...] km Lieferdistanz) respektive Fr. [...] (über [...] km Lieferdistanz)	Fr. [...] bis Fr. [...]
Bis [...] t	Fr. [...] (ab [...] km Lieferdistanz) respektive Fr. [...] (über [...] km Lieferdistanz)	Fr. [...] bis Fr. [...]
Bis [...] t	Fr. [...] (ab [...] km Lieferdistanz) respektive Fr. [...] (über [...] km Lieferdistanz)	-
Ab [...] t	Rücksprache mit VR-Präsident und/oder Delegierter VR	-

Quelle: Dokument "BERAG Spezialangebote" vom 15. März 2011 (act. II.34)

Beim Vergleich der Rabatte lässt sich feststellen, dass Nichtaktionäre bei Lieferungen von bis zu [...] Tonnen Asphaltmischgut höhere Rabatte erhalten als Aktionärinnen. Bei Lieferungen ab [...] Tonnen sind Nichtaktionärinnen indessen benachteiligt, da sie gar keine Objektrabatte erhalten.

Da es sich bei den dargestellten Rabatten um solche handelt, die aufgrund der Listenpreise gewährt werden (Aussage A. _____ [act. IV.6, Zeilen 334 f.]), ist zu untersuchen, wie sie sich auf die Endpreise auswirkten. Der durchschnittliche Listenpreisunterschied beläuft sich nach den Berechnungen der Vorinstanz auf Fr. 16.20 pro Tonne Asphaltmischgut (Verfügung, Rz. 267, 324). Bei einem maximalen Objektrabatt von Fr. [10-18.-] pro Tonne Asphaltmischgut entspricht der Endpreis für Nichtaktionäre etwa dem Listenpreis für Aktionärinnen. Wenn diese gemäss den Rabattvorgaben ebenfalls einen Objektrabatt erhalten, liegt der Endpreis für Aktionärinnen wiederum unter dem Endpreis für Nichtaktionäre. Ab einer Bezugsmenge von [...] Tonnen Asphaltmischgut bekommen die Nichtaktionäre, zumindest gemäss dem hier herangezogenen Dokument, keine Rabatte mehr, während für Aktionärinnen bei einer Bezugsmenge zwischen [...] und [...] Tonnen Asphaltmischgut immer noch ein Maximalrabatt von

Fr. [10-16.–] pro Tonne und ab einer Bezugsmenge von [...] Tonnen ein nicht bezifferter Rabatt vorgesehen ist.

Damit ist erstellt, dass die Aktionärinnen gegenüber den Nichtaktionären nicht nur bei einer Bezugsmenge von weniger als [...] Tonnen Asphaltmischgut (vgl. Verfügung, Rz. 324 ff.), sondern auch bei höheren Bezugsmengen in der Regel von besseren Endpreisen profitieren.

Die weitere Kritik der Beschwerdeführerin, wonach die Vorinstanz nicht die effektiven Endpreise untersuchte (Beschwerde, Rz. 151), trifft insofern zu, als sie lediglich die Endpreise der Nichtaktionäre mit den Listenpreisen der Aktionärinnen verglich (vgl. Verfügung, Rz. 329ff.; Beschwerde, Rz. 159 ff.). Hierzu hatte sie indessen berechtigten Anlass: Da pro Strassenbauprojekt grundsätzlich nur ein einziges Strassenbauunternehmen (bzw. eine Arbeitsgemeinschaft von Strassenbauunternehmen) den Zuschlag erhält, liegt nur ein einziger Asphalt-Endpreis pro Strassenbauprojekt vor. Somit kann bei einem Zuschlag an einen Nichtaktionär der BERAG nur überprüft werden, welchen Asphaltpreis eine BERAG-Aktionärin für eine vergleichbare Baustelle aufgrund der "Unternehmerliste" bezahlt hätte. Denn dieser Preis entspricht dem maximalen Preis, den eine Aktionärin hätte bezahlen müssen (Verfügung, Rz. 331; Vernehmlassung, Rz. 94). Wie sich aus den – im Einzelnen nicht bestrittenen – Berechnungen der Vorinstanz ergibt, liegt bei mehr als 97 % der Lieferungen an Nichtaktionäre der Endpreis über dem Aktionärslistenpreis (Verfügung, Rz. 332, mit Verweis auf Abbildung 22). Der von den Nichtaktionären zu bezahlende Zuschlag beträgt sowohl bei einer durchschnittlichen Lieferung als auch bei einer durchschnittlichen Tonne Belag mehr als 10 % (Verfügung, Rz. 335, mit Verweis auf Tabelle 11).

Schliesslich erachtet es die Beschwerdeführerin auch nicht als sachgerecht, dass die Vorinstanz beim Vergleich der Preise und Mengen vor und nach Aufnahme als Aktionärinnen (Verfügung, Rz. 336 ff.) die Q. _____ AG sowie die R. _____ AG herangezogen hat. Beide Unternehmen seien vor ihrer Aufnahme ins BERAG-Aktionariat (Ende 2011) nur geringfügig im Strassenbaumarkt tätig gewesen. Danach seien sie zu Grossbezüglerinnen geworden und hätten von günstigeren Konditionen profitieren können (Beschwerde, Rz. 162 ff.). Wie die Vorinstanz anhand von Lieferscheindaten belegte, lagen die Endpreise der meisten Lieferungen an diese beiden Unternehmen im Zeitraum 2009-2011 über dem Listenpreis für Aktionärinnen und entsprachen nach ihrer Aufnahme als Aktionärinnen maximal diesem Listenpreis (Verfügung, Rz. 337 f., mit Verweis auf die Abbildungen 23 und

24). Dass die genannten Unternehmen nicht quasi schlagartig mit ihrer Aufnahme ins BERAG-Aktionariat zu Grossbezügerinnen geworden sind, ist ebenso belegt (Verfügung, Rz. 344 ff.; Vernehmlassung, Rz. 95 f.): Während die Q._____ AG nach eigenen Aussagen mit Fokus auf den Tiefbau kontinuierlich gewachsen ist (act. IV.13, Ziffern 67 ff., 76 ff.), weist die R._____ AG auf ihre schwankenden Belagsbezüge und ihr hauptsächliches Wachstum im Hochbau hin (act. IV.15, Ziffern 98 ff.). Damit ist – trotz des auf 80 % der Lieferungen beschränkten Vergleichs (Beschwerde, Rz. 166; Vernehmlassung, Rz. 99) – auch hinsichtlich dieser beiden Bauunternehmen erstellt, dass die Endpreise für Nichtaktionäre höher liegen als für Aktionärinnen der BERAG.

8.2.3.5 Ungleichbehandlung in Bezug auf weitere Konditionen

An der Sitzung vom 7. Dezember 2005 beschloss der Verwaltungsrat der BERAG Tarife für Arbeiten ausserhalb der regulären Öffnungszeiten. Während der Grundzuschlag für Nacharbeiten ([...]) für Aktionäre Fr. [...] beträgt, zahlen Dritte den doppelten Grundzuschlag. Für Sonntagsarbeit zahlen Dritte statt eines Zuschlags von Fr. [...] einen solchen von Fr. [...]. Die übrigen Zuschläge sind für Aktionäre und Dritte identisch (Verfügung, Rz. 355, 357; act. III.A.88, Traktandum 5). Anhand eines Vergleichs der Preisliste des Jahres 2018 für die N._____ AG (act. III.A.282) mit der "Ringbuchpreisliste" des Jahres 2018 stellte die Vorinstanz fest, dass Aktionärinnen für Arbeiten ausserhalb der regulären Geschäftszeiten nach wie vor tiefere Zuschläge als Nichtaktionäre bezahlen (Verfügung, Rz. 358).

Diese Zahlen werden von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Sie stellt auch nicht in Abrede, dass die BERAG Aktionärinnen im Gegensatz zu Nichtaktionären einen Treuebonus gewährt, wenn sie Teil einer Arbeitsgemeinschaft sind, die von der BERAG Mischgut bezogen hat (Verfügung, Rz. 360 ff.). Sie macht lediglich geltend, die festgestellten Ungleichbehandlungen seien wirtschaftlich unbedeutend, weshalb sie nicht berücksichtigt werden könnten (Beschwerde, Rz. 167). Mit der Vorinstanz ist jedoch dafür zu halten, dass die Ungleichbehandlung in Bezug auf die übrigen Geschäftskonditionen zum System der BERAG passt, in welchem Aktionärinnen gegenüber den Nichtaktionären bevorzugt werden (Verfügung, Rz. 364 f.).

8.2.3.6 Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die Aktionärinnen der BERAG im Vergleich zu den Nichtaktionären für gleiche oder vergleichbare Leistungen von Vorzugskonditionen profitieren. Sowohl die Aktionärinnen

als auch die Nichtaktionäre unter den Kunden der BERAG sind im Strassenbau tätig. Somit sind nicht nur die bezogenen Leistungen, sondern auch die Abnehmer des Asphaltmischgutes der BERAG als gleichwertig zu qualifizieren (BUCHSER, a.a.O., Rz. 403 f.). Angesichts der unterschiedlichen Preise und Konditionen ist eine Ungleichbehandlung zu bejahen.

8.2.4 Betroffenheit von Handelspartnern

Bei den von den ungleichen Konditionen betroffenen Unternehmen handelt es sich um Kundinnen und Kunden der BERAG. Damit ist unbestrittenermassen das Tatbestandselement der Betroffenheit von Handelspartnern erfüllt (Verfügung, Rz. 668 f.).

8.2.5 Wettbewerbsbeeinträchtigung

Es besteht keine Pflicht des marktbeherrschenden Unternehmens zur schematischen Gleichbehandlung seiner Handelspartner (STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 287, mit Verweis auf Botschaft KG 1995, S. 571). Insofern ist es einem marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich nicht verwehrt, individuelle Preise auszuhandeln (sog. "Preissetzungsfreiheit", vgl. hierzu: BUCHSER, a.a.O., Rz. 93 ff.). Zu ungleichen Bedingungen abgeschlossene Verträge bergen jedoch die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen auf dem vor- oder nachgelagerten Markt (BUCHSER, a.a.O., Rz. 560, m.w.H.).

Die Beschwerdeführerin stellt die grundsätzliche Feststellung der Vorinstanz, wonach der Preis der wichtigste Wettbewerbsparameter und die Materialkosten für Asphaltmischgut ein bedeutender Kostenfaktor im Markt für Strassenbau seien (Verfügung, Rz. 671 ff.), zu Recht nicht in Abrede. Entgegen einer Kritik der Beschwerdeführerin würde es zu weit führen, den konkreten Kostenanteil je nach Art der durchgeführten Belagsarbeiten zu differenzieren (Beschwerde, Rz. 101). Die Feststellung, dass es sich beim Preis von Asphaltmischgut um einen bedeutenden Kostenfaktor handelt (vgl. bereits Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 9.2.2.2 "Strassenbeläge Tessin"), ist angesichts des hohen Kostenanteils von 50 bis 60 % (Verfügung, Rz. 139; RPW 2000/4 S. 588 ff., Rz. 149 "Markt für Strassenbeläge") ausreichend. Somit hat die Vorinstanz entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin den Untersuchungsgrundsatz nicht verletzt.

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, von den Preisunterschieden seien vor allem die Kleinbezüger unter den Nichtaktionären betroffen. Diese machten schätzungsweise [<50 %] der Nichtaktionäre aus. Dabei

handle es sich namentlich um Gartenbaubetriebe und das Tiefbauamt der Stadt Bern. Da diese nicht auf dem nachgelagerten Markt für Strassenbau tätig seien, seien Auswirkungen auf den nachgelagerten Strassenbaumarkt ausgeschlossen (Beschwerde, Rz. 144, 327).

Damit räumt sie implizit ein, dass [$>50\%$] der Nichtaktionäre im Strassenbau tätig sind. Diese sind gegenüber den BERAG-Aktionärinnen im Wettbewerb um Strassenbauprojekte benachteiligt: Entweder münden die höheren Einkaufspreise für Asphaltmischgut in insgesamt teureren Offerten für Strassenbauprojekte oder führen dazu, dass die betroffenen Strassenbauunternehmen eine geringere Marge in Kauf nehmen, um trotz der höheren Einkaufspreise eine preislich attraktive Offerte einreichen zu können. Angesichts der beträchtlichen Unterschiede in den Mischgutpreisen besteht das Risiko, dass die Aufträge im Markt für Strassenbau teilweise nicht an die kostengünstigste Bauunternehmung vergeben werden (Verfügung, Rz. 674).

Zwar können sowohl Aktionärinnen als auch Nichtaktionäre Preisverhandlungen mit der BERAG führen (vgl. Beschwerde, Rz. 328). Nichtaktionäre haben bei solchen Verhandlungen angesichts der höher angesetzten Listenpreise jedoch eine schlechtere Ausgangslage als Aktionärinnen. Damit begünstigen die höheren Listenpreise eine Schlechterstellung der Nichtaktionäre im nachgelagerten Markt für Strassenbau.

Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich geltend macht, das Preisniveau sei im Raum Bern ähnlich oder sogar tiefer als in anderen Kantonen oder Nachbarregionen, was auf einen funktionierenden Wettbewerb hinweise (Beschwerde, Rz. 97 ff.), ist festzuhalten, dass bei der vorliegend strittigen Preisdiskriminierung nicht das Preisniveau, sondern die ungleichen Preise der entscheidende Punkt sind (vgl. auch Vernehmlassung, Rz. 34 ff.). Entsprechende Abklärungen zum Preisniveau erübrigen sich damit.

Das Tatbestandselement der Wettbewerbsbeeinträchtigung ist demnach erfüllt.

8.2.6 Rechtfertigungsgründe

Die Beschwerdeführerin hält weiter fest, die primär auf Kleinbezüge Anwendung findenden Preisdifferenzen liessen sich mit dem administrativen und betrieblichen Mehraufwand rechtfertigen (Beschwerde, Rz. 143, 171,

372). Zudem werde mit den Vorzugskonditionen das von den Aktionärinnen getragene unternehmerische Risiko abgegolten (Beschwerde, Rz. 330).

Vorliegend wurde bereits auf den Kleinmengenzuschlag hingewiesen, der gemäss den "Ringbuchpreislisten" bei Kleinmengen (bis und mit 2,5 t pro Bezug) in Rechnung gestellt wird (vorne E. 8.2.3.2). Damit wird die Beschwerdeführerin für den bei kleinen Bezugsmengen anfallenden Mehraufwand entschädigt. Insofern ergibt sich keine Notwendigkeit für einen über diesen Zuschlag hinaus gehenden Tarif.

Was die Abgeltung des unternehmerischen Risikos betrifft, weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass dieses durch die Ausschüttung von Dividenden (Art. 675 OR [SR 220]) abgegolten werden kann (Verfügung, Rz. 691; BGE 136 I 65 E. 5.5; Urteil des BVGer A-4488/2021 vom 7. August 2023 E. 5.5.1). Darüber hinaus gibt es in gesellschaftsrechtlicher Sicht die Möglichkeit, Vorteilsaktien (Art. 654 ff. OR) herauszugeben und die Benutzung der gesellschaftlichen Anlagen unentgeltlich oder zu Vorzugsbedingungen zu gewähren. Gemeint sind damit etwa Gratisfahrten bei Gesellschaften, die Bergbahnen betreiben (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. Aufl. 2023, Rz. 299 f.). Die Nutzung eines Belagswerks unter Vorzugskonditionen dürfte kaum darunterfallen.

Mitunter mag es zwar Situationen geben, in denen die konkrete Natur einer Geschäftsbeziehung mit einem bestimmten Kunden eine unterschiedliche Behandlung verlangt (z.B. die Bevorzugung von Stammkunden bei einem kommerziellen Engpass, vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 332). Eine die Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären rechtfertigende Situation liegt im konkreten Fall aber keine vor.

Somit lässt sich die preisliche Diskriminierung der Nichtaktionäre weder durch den Mehraufwand bei Kleinmengen noch durch die Abgeltung des unternehmerischen Risikos oder einen besonderen Umstand rechtfertigen.

8.2.7 Zwischenfazit zu Vorzugskonditionen

Die Beschwerdeführerin erfüllt somit durch die Gewährung von Vorzugskonditionen für Aktionärinnen den Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG).

9. Missbräuchliche Verhaltensweise durch Treuebonussystem der BERAG (Art. 7 Abs. 1 KG)

9.1 Grundsätzliches zur Subsumption unter Art. 7 Abs. 1 KG

Des Weiteren prüfte die Vorinstanz, ob das Treuebonussystem der Beschwerdeführerin eine missbräuchliche Verhaltensweise (Art. 7 Abs. 1 KG) darstellt (Verfügung, Rz. 694 ff.). Dabei liess sie offen, ob sich das Verhalten auch unter den Tatbestand "Einschränkung des Absatzes" (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG) subsumieren liesse (Verfügung, Rz. 713).

Dass sich eine Verhaltensweise nur unter Art. 7 Abs. 1 KG, nicht aber unter einen Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 KG subsumieren lässt, schadet nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht. Art. 7 Abs. 2 KG führt nur beispielhaft Verhaltensweisen auf, welche als missbräuchliche Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG in Betracht fallen können. Insofern erfüllt Art. 7 Abs. 2 KG lediglich eine Hilfsfunktion für Art. 7 Abs. 1 KG (BGE 146 II 217 E. 8.3.3 "Preispolitik Swisscom ADSL").

Unabhängig davon, ob ein Sachverhalt nur unter Art. 7 Abs. 1 KG oder unter einen der Tatbestände nach Art. 7 Abs. 2 KG fällt, ist zu prüfen, ob das marktbeherrschende Unternehmen durch Missbrauch seiner Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt (Art. 7 Abs. 1 KG). Zur Beantwortung der Frage, wann eine Verhaltensweise im Einzelfall missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG ist, sind nicht nur die in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten Tatbestände sowie die diesbezügliche Fallpraxis und Literatur hilfreich (BGE 146 II 217 E. 8.3.4 "Preispolitik Swisscom ADSL"), sondern auch die Literatur und Praxis zu Art. 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; Abl. C 115747 vom 9. Mai 2008), da die unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Art. 7 KG im Wesentlichen parallel zu Art. 102 AEUV geregelt sind (BGE 146 II 217 E. 4.3 "Preispolitik Swisscom ADSL"; BGE 139 I 72 E. 8.2.3 "Publigroupe").

9.2 Rechtliche Grundlagen zu Rabatten

9.2.1 Rabatte sind Preisnachlässe, die im Vergleich zum Normal- oder Listenpreis gewährt werden (MICHAEL TSCHUDIN, Rabatte als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG, Basel 2011 [nachfolgend: TSCHUDIN, Rabatte], Rz. 471). Die Vorinstanz unterscheidet analog

zur europäischen Rechtsprechung zwischen drei verschiedenen Rabattsystemen: Exklusivitäts- und Treuerabatte, reine Mengenrabatte sowie Rabatte der dritten Kategorie (Verfügung, Rz. 695 ff., mit Verweis auf die europäische Rechtsprechung, u.a. Urteile des EuGH C-23/14 vom 6. Oktober 2015 Rz. 27 f. "Post Danmark II"; C-322/81 vom 9. November 1983 Rz. 71-73 "Michelin I"; Urteil des EuG T-286/09 vom 12. Juni 2014 Rz. 74-78 "Intel").

Bei reinen Mengenrabatten erhält der Abnehmer einen Preisnachlass, der von bestimmten Abnahmemengen abhängig ist (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 567; TSCHUDIN, Rabatte, Rz. 474; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.746; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 306; Urteil des EuGH C-322/81 Rz. 72 "Michelin I"; Urteil des EuG T-286/09 Rz. 75 "Intel").

Exklusivitäts- und Treuerabatte stellen Preisnachlässe unter der Voraussetzung dar, dass ein Abnehmer seinen gesamten Bedarf oder einen wesentlichen Teil seines Gesamtbedarfs beim marktbeherrschenden Unternehmen deckt, wodurch eine sog. Sogwirkung entsteht (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 568; TSCHUDIN, Rabatte, Rz. 481, 531 ff.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.746; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 307; Urteil des EuGH C-322/81 Rz. 71 "Michelin I"; Urteil des EuG T-286/09 Rz. 76 "Intel").

Unter Rabatten der dritten Kategorie werden Rabatte verstanden, welche weder reine Mengenrabatte darstellen noch an die Bedingung zum ausschliesslichen oder nahezu ausschliesslichen Bezug vom Marktbeherrschenden Unternehmen geknüpft sind, deren Mechanismus der Gewährung aber eine unzulässige Kundenbindungswirkung haben kann (Urteil des EuGH C-322/81 Rz. 72 "Michelin I"; Urteil des EuG T-286/09 Rz. 78 "Intel").

9.2.2 Einem marktbeherrschenden Unternehmen ist es nicht per se untersagt, Rabatte zu gewähren. Entscheidend ist, ob die Rabattgewährung mit einer wettbewerbsbehindernden Strategie verbunden wird (TSCHUDIN, Rabatte, Rz. 526, 648; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.746 ff.).

Mangels geeigneter Beurteilungskriterien, um wettbewerbliche von missbräuchlichen Rabattsystemen abzugrenzen, ist auf die besonderen Umstände des Einzelfalles einzugehen (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 72 ff.; PHILIPP CANDREIA, Konzerne als marktbeherrschende Unternehmen nach Art. 7 KG, Zürich 2007, Rz. 509; RUFFNER, a.a.O., S. 838).

Nach der Praxis des EuGH sind bei der Beurteilung von Rabatten namentlich folgende Umstände relevant: Modalitäten und Kriterien, nach denen die Rabatte gewährt werden, die Zahl der betroffenen Kunden und der Merkmale des Marktes, auf dem das Unternehmen in beherrschender Stellung tätig ist (Urteile des EuGH C-23/14 Rz. 50, 68 "Post Danmark II"; C-549/10 P vom 19. April 2012 Rz. 72 "Tomra").

Unzulässig sind namentlich Rabatte, welche Anreize setzen, den Bedarf vollständig oder zum überwiegenden Teil beim marktbeherrschenden Unternehmen zu beziehen und insofern eine Sogwirkung erzielen (ZÄCH/HEIZMANN, Kartellrecht, Rz. 869 ff.; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 Rz. 307 ff.).

Grundsätzlich als zulässig zu qualifizieren sind Rabatte von marktbeherrschenden Unternehmen, soweit sie auf einer entsprechenden wirtschaftlichen Gegenleistung des Abnehmers (u.a. Werbe-, Marketing-, Logistik- oder Wartungsleistungen) bzw. auf Kosteneinsparungen beim marktbeherrschenden Unternehmen (Skalenerträge, geringere Transportkosten, optimale Auslastung von Kapazitäten) beruhen (Urteile der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 30. Juni 2005 E. 5.4.2 f. "Swisscom ADSL", in: RPW 2005/3 S. 505, und vom 12. November 1998 E. 5.2 "PTT-Fachhändlerverträge", in: RPW 1998/4 S. 655; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 305 f., 334; TSCHUDIN, Rabatte, Rz. 513, 519, 636; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.746, 2.748, 2.750; BORER/BORER, a.a.O., Art. 7 Rz. 17).

9.3 Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

Beim Treuebonussystem der Beschwerdeführerin handelt es sich nach Ansicht der Vorinstanz nicht um einen reinen Mengenrabatt, da die Gewährung des Rabatts nicht nur an die bezogene Menge, sondern an weitere Bedingungen (Mindestbezugsregelung, 2/3-Regel) geknüpft ist. Es entfalte eine Kundenbindungs- und Verdrängungswirkung. Wenn die Konkurrenten den Verlust des Treuebonus nicht kompensierten, d.h. nicht deutlich tiefere Preise anböten, bestünde für die Kunden der BERAG kaum ein Anreiz, auf Konkurrenzangebote auszuweichen. Dies erschwere bestehenden Konkurrenzunternehmen, ihre Produkte abzusetzen und potentiellen Konkurrenzunternehmen, überhaupt in den Markt einzutreten. Die Verdrängungswirkung des Treuebonussystems sei stark (Anwendung auf alle Kunden, auf unbestimmte Zeit angelegt, Ausrichtung auf Preis als wichtigsten Wettbewerbsparameter im Belagsbereich, Bindung von über einem Drittel der

Belagsbezüge, weniger attraktive Netto-Netto-Angebote). Da keine hinreichenden Rechtfertigungsgründe bestünden, sei das Treuebonussystem missbräuchlich (Art. 7 Abs. 1 KG; Verfügung, Rz. 694 ff.).

Die Beschwerdeführerin hält dagegen, das Ausmass der Kundenbindungswirkung bleibe in einem wettbewerbsrechtlich zulässigen Rahmen. Denn die treuebonusberechtigten Kunden könnten problemlos auch für grössere Baustellen mit Konkurrenten der BERAG zusammenarbeiten, ohne den Treuebonus zu verlieren. Hinzu komme, dass die Auszahlung des Treuebonus keinen ausschliesslichen Bezug bei der BERAG voraussetze, was die Kundenbindungswirkung minimiere. Des Weiteren handle es sich bei den Kunden der BERAG um eine starke und sachkundige Marktgegenseite, welche die Wirkung des Treuebonus im Voraus kenne. Auch sei jeder Kunde jederzeit berechtigt, ein sog. Netto-Netto-Angebot zu verlangen. Damit könne er von einem sofortigen Rabatt profitieren, ohne eine langfristige Lieferbeziehung mit der BERAG einzugehen. Im vorliegenden Fall fehle es dem Treuebonussystem an einer Verdrängungswirkung, da sie ihre Produkte nicht unter ihren Gestehungskosten verkaufe (fehlendes "Predatory Pricing"). Vielmehr gewähre sie einen Treuebonus nur für diejenigen Jahre, in denen sie einen Gewinn erwirtschaftete. Ohne "Predatory Pricing"-Element seien Preisnachlässe und Rabatte grundsätzlich nicht zu beanstanden (Beschwerde, Rz. 175 ff., 333 ff.).

In formeller Hinsicht vertritt die Beschwerdeführerin die Auffassung, die Vorinstanz habe die notwendigen Tatsachen zur Beurteilung, ob das Treuebonussystem der BERAG geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken und Verdrängungswirkungen zu erzeugen, nicht hinreichend instruiert (Beschwerde, Rz. 183). Ihren Beweisantrag 2, es sei die Durchführung eines "As Efficient Competitor"-Tests durch einen Sachverständigen zur Überprüfung der angeblichen Verdrängungswirkung des Treuebonussystems anzuordnen (Beschwerde, Rz. 183, 341), zog sie indessen anlässlich der öffentlichen Verhandlung zurück.

9.4 Zweck, Modalitäten und Kriterien des Treuebonussystems der BERAG

Aufgrund der Feststellungen der Vorinstanz (vgl. Verfügung, Rz. 398 ff., 432 ff.), der Ausführungen der Beschwerdeführerin (Beschwerde, Rz. 175 ff., 333 ff.; Ergänzungsgutachten der Polynomics vom 22. März 2022 Rz. 47 ff. [Beschwerdebeilage 2]) und gemäss den massgebenden Reglementen der BERAG (Reglemente über die Ausrichtung eines Treuebonus

vom 22. März 1999 [act. III.A.42; nachfolgend: Reglement 1999] und vom 26. März 2014 [act. II.71; nachfolgend: Reglement 2014]) ist das Treuebonussystem der Beschwerdeführerin wie folgt zu beschreiben und zu bewerten:

9.4.1 Zweck des Treuebonussystems

Der Treuebonus der BERAG bezweckt nach den massgebenden Reglementen (Art. 1 der Reglemente 1999 und 2014):

- die Förderung der Bezugstreue der im Belagsbau aktiven Kunden (Aktionäre und Dritte)
- die Rückvergütung des nicht einkalkulierbaren Ertrages aus den laufenden Preisschwankungen auf dem Erdölmarkt (Bitumen, Heizöl, Gas), bei einer über das ganze Jahr möglichst gleichbleibenden Preisliste.

9.4.2 Kreis der Begünstigten

Anspruch auf den Treuebonus haben alle im Belagsbau tätigen Kunden der BERAG. Dabei kann es sich um Aktionäre und Dritte handeln (Ziff. 1 des Reglements 1999; Ziff. 1 f. des Reglements 2014).

9.4.3 Jährliche Ausrichtung über einen Zeithorizont von zehn Jahren

Der Treuebonus wird "ausbezahlt" (vgl. Ziff. 5 des Reglements 1999; Ziff. 5 f. des Reglements 2014), d.h. durch die Auszahlung des Treuebonus verringert sich letztlich die Höhe des vom Strassenbauunternehmens bezahlten Belagspreises. Da sich dessen Höhe nach dem Geschäftsergebnis richtet, wird er zwar jährlich, aber erst im darauffolgenden Jahr (spätestens im September) ausgerichtet (Ziff. 4 f. des Reglements 1999; Ziff. 5 f. des Reglements 2014).

Die Ausrichtung "über die addierten Bezugstonnagen der jeweils 10 letzten Bezugsjahre" (Ziff. 2 der Reglemente 1999 und 2014) ist wie folgt zu verstehen: Der aufgrund des Geschäftsergebnisses bestimmte Treuebonus des Jahres x wird nicht nur für Belagsbezüge des Jahres x , sondern auch für die Belagsbezüge des vorangegangenen Jahres ($x - 1$) ausbezahlt. Im darauffolgenden Jahr ($x + 1$) wird der Treuebonus für die Belagsbezüge des entsprechenden Jahres ($x + 1$), des Jahres x sowie des Jahres $x - 1$ ausbezahlt. Neun Jahre nach dem Jahr x ($x + 9$) wird der Treuebonus für

Belagsbezüge des Jahres x zum letzten Mal gewährt. Werden die jährlichen Treueboni für die Belagsbezüge des Jahres x nach zehn Jahren addiert, ergibt sich der total mögliche Treuebonus für die Belagsbezüge eines bestimmten Jahres (vgl. Verfügung, Rz. 401, Abbildung 27; act. III.A.169, Traktandum 6).

[...]

Das Treuebonussystem der BERAG hat somit in zweifacher Hinsicht eine rückwirkende Komponente: Einerseits wird der Treuebonus nicht bei jedem Einkauf, sondern erst nach Ablauf des Geschäftsjahrs ausbezahlt, soweit die reglementarischen Bedingungen erfüllt sind (vgl. nachfolgende Erwägungen). Andererseits wird der maximal mögliche Treuebonus für Belagsbezüge eines bestimmten Jahres erst nach zehn Jahren erreicht.

9.4.4 Qualifizierte Mindestbezugsregelung

Die Anspruchsberechtigung entsteht, wenn mindestens [300-800] t (Reglement 1999: [...] t) Belag pro Jahr bei der BERAG bezogen werden (Art. 2 der Reglemente 1999 und 2014). Seit 1999 muss ein Kunde während einer zusammenhängenden Periode von drei Jahren jährlich mindestens [300-800] t (Reglement 1999: [...] t) Belag bei der BERAG zu beziehen, damit der Anspruch auf den Treuebonus für die weiter zurückliegenden Jahre nicht erlischt (Art. 3 der Reglemente 1999 und 2014; nachfolgend: "qualifizierte Mindestbezugsregelung").

Nach den Feststellungen der Vorinstanz wandte die Beschwerdeführerin die qualifizierte Mindestbezugsregelung in mehreren Fällen tatsächlich an. Sie kam zum Schluss, den betroffenen Unternehmen seien Treueboni von jeweils mehreren Tausend Franken verloren gegangen. Im Fall der O. _____ AG habe der Verlust (Fr. [15'000-25'000.-]) rund die Hälfte ihrer jährlichen Ausgaben für Asphaltmischgut betragen (Verfügung, Rz. 408 ff.).

Bezüglich dieser Berechnungen kritisiert die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe fälschlicherweise eine Summe über zehn Jahre mit der durchschnittlichen jährlichen Bezugsmenge verglichen. Vergleiche man korrekterweise den durchschnittlich entgangenen Treuebonus pro Jahr mit der durchschnittlichen jährlichen Bezugsmenge, resultiere daraus ein Anteil von [1-10] % statt [40-60] % (Beschwerde, Rz. 177). Bestritten ist somit nur, welcher Vergleichsmassstab herangezogen wird (vgl. Vernehmlassung, Rz. 106 ff.). Da sowohl der insgesamt entstehende Verlust als auch der jährliche Verlust mit den jährlichen Ausgaben verglichen werden kann,

ist weder der Vergleichsmassstab der Vorinstanz noch derjenige der Beschwerdeführerin falsch. Es liegt beim betroffenen Unternehmen, wie es mögliche Treuebonusverluste bemisst. Die Vorinstanz hat klar deklariert, welche Grösse sie mit welcher Grösse vergleicht. Die entsprechende Berechnung wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Somit ist festzustellen, dass die Anwendung der qualifizierten Mindestbezugsregelung im Fall der O. _____ AG zu einem Verlust von insgesamt Fr. [15'000-25'000.-] führte. Bei durchschnittlichen Ausgaben von Fr. [...] pro Jahr darf von einem beträchtlichen Treuebonusverlust gesprochen werden.

9.4.5 Die 2/3-Regel

Mit dem Reglement 2014 wurde zudem die 2/3-Regel eingeführt. Danach kann der Verwaltungsrat der BERAG bei einer Verminderung des Jahresbezugs eines Kunden um mehr als 2/3 (des durchschnittlichen Jahresbezugs der vergangenen zehn Jahre) dessen Treuebonus für vergangene Bezüge ganz oder teilweise streichen (Art. 3 Abs. 2 des Reglements 2014).

Wie bei der Mindestbezugsregelung geht es auch bei der 2/3-Regel um die Aufrechterhaltung des Treuebonus. Bei grossen, nachhaltigen Schwankungen im Belagsbezug droht demnach ein Treuebonusverlust.

Wie die Vorinstanz festgestellt hat, wandte die Beschwerdeführerin die 2/3-Regel in mehreren Fällen an. Teilweise wurde der Treuebonus aufgrund der 2/3-Regel nicht mehr ausbezahlt, teilweise nur noch in reduziertem Umfang (Verfügung, Rz. 414). Im Fall der M. _____ führte die Anwendung der 2/3-Regel zu einer voraussichtlichen Kürzung in der Höhe von rund Fr. [180'000-320'000.-], was bei jährlichen Ausgaben von rund Fr. [...] einem Drittel der jährlichen Ausgaben für Asphaltmischgut entspricht (Verfügung, Rz. 414). Die Beschwerdeführerin stellt die Berechnungen der Vorinstanz nicht in Abrede. Sie weist lediglich auf die Gründe hin, welche zu den reduzierten Bezugsmengen führten, unter anderem die wesentliche Reduktion der Strassenbautätigkeit (Beschwerde, Rz. 178).

9.4.6 Netto-Netto-Angebote

Schliesslich gibt es die Möglichkeit, bezüglich einzelner Lieferungen auf die jährlichen Treuebonuszahlungen zu Gunsten von sog. "Netto-Netto-Angeboten" zu verzichten (vgl. Art. 2 Abs. 3 des Reglements 2014; Verfügung, Rz. 416 ff.). Bei diesen Angeboten wird ein sofortiger Rabatt gewährt. Dieser ist aber betragsmässig reduziert; er beläuft sich auf maximal [70-80] % des für das entsprechende Jahr geschätzten Treuebonus (Aussagen von

H. _____ [act. IV.2 Zeilen 489 f.], C. _____ [act. IV.18 Zeilen 153 f.] und A. _____ [act. IV.6 Zeilen 342 f.).

Die "Netto-Netto-Angebote" sind vor allem bei Arbeitsgemeinschaften beliebt, da sie sich nach Beendigung eines Projekts häufig wieder auflösen und ohnehin nicht von dem auf langjähriger Treue basierenden Rabattsystem profitieren könnten (Verfügung, Rz. 418; Beschwerde, Rz. 176).

9.4.7 Würdigung des strittigen Treuebonussystems

Mit einem Mengenrabattsystem hat das Rabattsystem der Beschwerdeführerin gemein, dass es eine minimale Abnahmemenge von [300-800] t (resp. [...] t) erfordert. Herkömmliche Mengenrabatte werden indessen für jede einzelne Bestellung und die damit verbundene Kosteneinsparung gewährt, während nach dem vorliegend strittigen System der Bonus nach Massgabe der Bestellungen, die während eines Jahres getätigt werden, gewährt wird (vgl. Urteil des EuGH C-23/14 Rz. 28 "Post Danmark II").

Da das Treuebonussystem der BERAG keine Exklusivitätsklausel enthält, sind die Bauunternehmen nicht gezwungen, zur Aufrechterhaltung ihres Anspruchs auf einen Treuerabatt ihren ganzen oder fast ganzen Bedarf an Asphaltmischgut bei der BERAG zu decken (vgl. Beschwerde, Rz. 335 f.). Jedoch laufen insbesondere kleinere Unternehmen Gefahr, ihren Anspruch auf den Treuebonus nicht aufrechterhalten zu können, wenn sie ihren Bedarf bei einem Konkurrenzunternehmen decken (vgl. Art. 3 der Reglemente 1999 und 2014). In diesen Fällen verliert ein Unternehmen den Treuebonus für alle vergangenen Bezüge der letzten zehn Jahre, obwohl diese ursprünglich treuebonusberechtigten waren (Verfügung, Rz. 702; Vernehmlassung, Rz. 107). Die Kosten für den Wechsel zu einem Konkurrenzunternehmen sind somit hoch.

Soweit die Beschwerdeführerin einwendet, die meisten treueberechtigten Kunden könnten aufgrund der Zahl und des Umfangs der von ihnen betreuten Baustellen problemlos mit der Konkurrenz der BERAG zusammenarbeiten, ohne den Treuebonus bei der BERAG zu verlieren (Ergänzungsgutachten, Rz. 65; Beschwerde, Rz. 335), ist darauf hinzuweisen, dass die einmal erreichte Mindestbezugsmenge zur Ausrichtung des Treuebonus auf der insgesamt bezogenen Menge Asphaltmischgut führt. Für jeden Einkauf von Asphaltmischgut, der nicht bei der BERAG getätigt wird, entfällt der ansonsten auf diesen Einkauf zustehende Treuebonus. Damit ist auch

für grössere Unternehmen der Wechsel zu einem Konkurrenzunternehmen mit Kosten verbunden.

Zwar kann mit der Beschwerdeführerin davon ausgegangen werden, dass es sich bei den Kunden der BERAG um eine starke und sachkundige Marktgegenseite handelt, welche die Treuewirkung ex ante kennt (Beschwerde, Rz. 337). Doch da es sich beim Preis um einen der wichtigsten Parameter im Markt für Strassenbau handelt, wird das Wissen um die Treuewirkung die Strassenbauunternehmen angesichts attraktiver Treuerabatte nicht davon abhalten, ihren Asphalt bei der BERAG zu beziehen (vgl. BORER/BORER, a.a.O., Art. 7, Rz. 17; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 593).

Zusammenfassend ist mit der Vorinstanz festzustellen, dass das Treuebonussystem der BERAG eine Kundenbindungswirkung entfaltet. Sowohl die Mindestbezugsregelung als auch die 2/3-Regel führen in Verbindung mit der rückwirkenden Komponente dazu, dass die BERAG-Kunden fortlaufend und über einen Zeitraum von mindestens zehn Jahren Asphaltmischgutbezüge in einer bestimmten Höhe tätigen müssen, um den Erhalt des total möglichen Treuebonus nicht zu gefährden. Damit schafft das Treuebonussystem der BERAG einen Anreiz, weiterhin bei der BERAG Asphaltmischgut zu beziehen.

9.5 Wettbewerbsbehinderung (Verdrängungswirkung)

9.5.1 Wie die Beschwerdeführerin zu Recht festhält, ist es nicht notwendig, die tatsächlichen Auswirkungen einer Verhaltensweise nachzuweisen. Eine bloss hypothetische Gefahr der Wettbewerbsschädigung genügt indessen auch nicht. Es muss vielmehr nachgewiesen werden, dass allfällige Verhaltensweisen auch effektiv potentiell geeignet sind, den Wettbewerb zu beeinträchtigen (Urteil des BGer 2C_244/2022 vom 23. Januar 2025 E. 10.3 "Vifor/HCI Solutions").

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin müssen zudem keine Preise unter den Gestehungskosten festgestellt werden, um den missbräuchlichen Charakter eines Treuerabattsystems mit rückwirkender Komponente zu bejahen (Urteil des EuGH C-549/10 P Rz. 73 "Tomra"; Vernehmlassung, Rz. 240).

Die Schaffung einer "gewissen Kundentreue" durch das Treuebonussystem ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kein zusätzlicher Beweis dafür, dass sie in wirksamer Konkurrenz zu anderen Mitbewerbern

steht und der Wettbewerb auf dem hier relevanten Markt funktioniert (Beschwerde, Rz. 339). Bei der Pflege langfristiger Geschäftsbeziehungen geht es darum, die eigenen Marktanteile abzusichern (TSCHUDIN, Rabatte, Rz. 486), was grundsätzlich legitim ist. Zusätzlich kommt es indessen auf die Behinderungs-, respektive Verdrängungswirkung des angewandten Rabattsystems an, was vorliegend zu prüfen ist.

9.5.2 Beim Treuebonussystem der BERAG handelt es sich um ein breites Kundenbindungsinstrument. Denn wie bereits ausgeführt, haben alle im Belagsbau tätigen Kunden der BERAG Anspruch auf den Treuebonus. Je mehr Kunden eingebunden sind, desto mehr schmälert dies indessen die Absatzmöglichkeiten der BERAG-Konkurrenz (Verfügung, Rz. 706).

Der Treuebonus vergünstigt den Preis des insgesamt in einem Jahr bezogenen Asphalts. Insofern ist der Treuebonus auf den wichtigsten Wettbewerbsparameter im Belagsbereich ausgerichtet (Verfügung, Rz. 143, 706). Wie die Berechnungen der Vorinstanz ergaben, bezahlte die Beschwerdeführerin von 2004 bis 2018 pro Unternehmen einen durchschnittlichen Treuebonus von rund Fr. [30'000-70'000.-] pro Jahr aus. Insgesamt ergab dies Ausschüttungen von [0.5-1.5] Million Franken (Verfügung, Rz. 425).

Zu berücksichtigen ist auch, dass rückwirkende Rabatte wie die strittigen Treueboni eine besonders starke Kundenbindungs- respektive Sogwirkung erzeugen. Diese wirkt umso stärker, je höher der prozentuale Preisnachlass auf den Gesamtpreis ausfällt (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 587). Vorliegend beläuft sich die Höhe des Treuebonus unbestrittenermassen auf fast [5-15] % des Materialendpreises (Verfügung, Rz. 424, 426, 702; Beschwerde, Rz. 179). Damit besteht ein erheblicher Anreiz, möglichst viel und über eine lange Zeitdauer Asphaltmischgut bei der BERAG zu beziehen (während Zweifel bei einem Vorteil von nur 2 % angebracht wären, vgl. Urteil der REKO/WEF vom 12. November 1998, in: RPW 1998/4 S. 655 E. 5.2 "PTT-Fachhändlerverträge").

Des Weiteren sieht das Treuebonussystem keine zeitliche Begrenzung vor (vgl. Reglemente 1999 und 2014; Verfügung, Rz. 398) und kommt der insgesamt mögliche Treuebonus nur der "langjährigen, treuen Kundschaft" (vgl. Geschäftsbericht BERAG 2010, Traktandum 6 act. III.A.169) zugute, nämlich nach 10 Jahren.

9.5.3 Die genannten persönlichen, zeitlichen und sachlichen Dimensionen des Treuebonussystems sind geeignet, andere Wettbewerber aus dem Asphaltmarkt zu verdrängen oder potentielle Wettbewerber daran zu hindern, im räumlich relevanten Bereich in den Markt einzutreten (vgl. Verfügung, Rz. 707). Die fehlende Verpflichtung zu exklusiven Bezügen und die Möglichkeit von – weniger attraktiven – Netto-Netto-Bezügen dürften die Verdrängungswirkung zwar abschwächen, aber nicht aufheben (vgl. Verfügung, Rz. 706).

Die Vorinstanz untersuchte die Verdrängungswirkung unter zahlreichen Aspekten (Anwendung auf alle Kunden, auf unbestimmte Zeit angelegt, Ausrichtung auf Preis als wichtigsten Wettbewerbsparameter im Belagsbereich, Bindung von über einem Drittel der Belagsbezüge, Netto-Netto-Angebote). Sie hat – wie vom Bundesgericht verlangt – nachgewiesen, dass das Treuebonussystem effektiv potentiell geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinträchtigen (vgl. vorne E. 9.5.1). Somit trifft die Kritik der Beschwerdeführerin nicht zu, die Vorinstanz habe den Untersuchungsgrundsatz verletzt (Beschwerde, Rz. 183) und sich namentlich mit der lapidaren Feststellung begnügt, die Konkurrenten der BERAG müssten für ein konkurrenzfähiges Angebot zur BERAG "deutlich tiefere Preise anbieten" (Beschwerde, Rz. 180). Zu betonen ist, dass die Beschwerdeführerin ihren Antrag auf Durchführung eines "As Efficient Competitor"-Tests (AEC-Test) zur Überprüfung der angeblichen Verdrängungswirkung des Treuebonussystems im Laufe des Beschwerdeverfahrens zurückzog (vgl. vorne E. 9.3). Vorliegend wurde in Übereinstimmung mit der Vorinstanz festgestellt, dass das Treuebonussystem auch in zeitlicher und persönlicher Hinsicht beträchtliche Dimensionen aufweist. Zusammen mit der preislichen Komponente ist auf eine Verdrängungswirkung zu schliessen.

9.6 Rechtfertigungsgründe

9.6.1 Die Beschwerdeführerin bezweckt mit dem Treuebonussystem nicht nur langjährige Kundentreue, sondern auch unterjährige Preisanpassungen zu vermeiden (vgl. Art. 1 der Reglemente 1999 und 2014). Denn schwankende Preise auf dem vorgelagerten Erdölmarkt (Bitumen, Erdöl, Gas) können es nötig machen, die Belagspreise laufend anzupassen. Das Treuebonussystem ermöglicht es, nur eine Preisliste pro Jahr herauszugeben. Allfällige zu Gunsten der BERAG-Kunden ausfallende Preisschwankungen auf dem Erdölmarkt können in Form des Treuebonus ausgeglichen werden (vgl. Verfügung, Rz. 710).

Zwar erachtet die Vorinstanz den Ausgleich kurzfristiger Preisschwankungen als legitimes Ziel. Allerdings seien zur Verhinderung von Preisschwankungen weder die 2/3-Regel noch die Mindestbezugsregelung erforderlich. Jährliche Rückvergütungen nur für das vergangene Jahr ohne Anknüpfungen an zukünftige Bezüge würden diesen Zweck ebenso erfüllen. Die vorliegende Ausgestaltung des Treuebonussystems stelle somit nicht das mildeste geeignete Mittel zur Verhinderung von Preisschwankungen dar. Für das anreizkräftige Treuebonussystem der BERAG bestünden somit keine Rechtfertigungsgründe (Verfügung, Rz. 710 ff.).

9.6.2 Aus den Akten ist zudem nicht ersichtlich, dass der Treuebonus der Beschwerdeführerin auf einer entsprechenden wirtschaftlichen Gegenleistung der BERAG-Kunden oder auf blossen Kosteneinsparungen bei der Beschwerdeführerin beruht (vgl. vorne E. 9.2.2). Sie macht dies denn auch nicht geltend.

Damit kann sich die Beschwerdeführerin auf keine Rechtfertigungsgründe stützen.

Auch für das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb nicht erstellt, dass die Konditionen des strittigen Treuebonussystems zur Verhinderung von Preisschwankungen im Sinne des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes erforderlich sind (vgl. vorne E. 8.1.2). Preisschwankungen auf dem Erdölmarkt kann die Beschwerdeführerin auch mit einer einmaligen Rückerstattung nach Ablauf des Geschäftsjahres ausgleichen.

9.7 Zwischenfazit zum Treuebonussystem

Das Treuebonussystem ist zusammenfassend geeignet, die Wettbewerber der Beschwerdeführerin aus dem Asphaltmarkt zu verdrängen oder diese davon abzuhalten, in diesen einzutreten. Da die Beschwerdeführerin ihr Rabattsystem nicht zu rechtfertigen vermag, ist es als missbräuchlich zu qualifizieren (Art. 7 Abs. 1 KG).

10. Zusammenarbeit der BERAG und der BLH

Weiter ist zu prüfen, ob sich die Beschwerdeführerin an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt hat.

10.1 Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

Die Vorinstanz argumentiert, seit 1995 lägen zwischen der Beschwerdeführerin und der BLH tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen vor, sich gegenseitig ein Mandat im Verwaltungsrat einzuräumen und sich in diesem Rahmen Informationen über sämtliche Verwaltungsratsangelegenheiten auszutauschen. Diese Vereinbarung sei in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Denn angesichts der Eigenschaften des betroffenen Marktes und der ausgetauschten Informationen sowie der Modalitäten des Austauschs sei die Gefahr der Verhaltensabstimmung infolge des Informationsaustausches erhöht gewesen: Dort, wo sich die Liefergebiete der Beschwerdeführerin und der BLH teilweise überschneiden, seien die beiden Asphaltwerke wichtige Konkurrentinnen. Hinzu komme, dass der Wettbewerb im Asphaltmarkt im Wesentlichen über den Preis erfolge. Vom Austausch erfasst seien Preisinformationen, aber auch weitere Parameter wie Produktionskosten, Mengen, Umsätze, Verkaufszahlen, Kapazitäten, Qualität, Marketingpläne, Risiken, Investitionen und Technologien. Dadurch habe das Verhalten des anderen Unternehmens im Wettbewerb besser antizipiert werden können. Schliesslich sei der Informationsaustausch regelmässig, institutionalisiert und von langer Dauer gewesen (Verfügung, Rz. 750 f.). Zweck des Informationsaustausches seien nebst dem Austausch von Fachwissen die Abgleichung der Interessen sowie die gegenseitige Einflussnahme auf strategische Entscheide des anderen Unternehmens gewesen. Ein Bagatellfall sei nicht gegeben. Die Wettbewerbsbeschränkung sei daher als erheblich einzustufen. Überwiegende Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) seien nicht ersichtlich (Verfügung, Rz. 518 ff., 747 ff.).

Die Beschwerdeführerin rügt, der Abschluss einer Zusammenarbeitsvereinbarung gereiche nicht automatisch zur Annahme, dass eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliege. Bei der Beurteilung personeller Verbindungen zwischen zwei Unternehmen auf Führungsebene müssten zusätzliche Merkmale geprüft werden. Auch das europäische Recht verlange die Beurteilung zusätzlicher Elemente. Dies seien namentlich Marktstellung und -struktur, Qualität der offengelegten Informationen, Kumulationseffekte sowie Art des Informationsflusses. Die Vorinstanz habe nicht bewiesen, dass eine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung und damit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliege. Hinweise auf eine "erhöhte Gefahr" bzw. ein "akzentuiertes Risiko" hinsichtlich einer möglicherweise bestehenden Verhaltenskoordination reichten nicht aus. Selbst wenn eine Wettbewerbsabrede zu bejahen wäre, erfülle sie weder in qualitativer noch quantitativer Hinsicht die Anforderungen bezüglich der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von

Art. 5 Abs. 1 KG. So seien die ausgetauschten Informationen weder hinreichend präzise, ergiebig bzw. zeitnah noch in ausreichender Menge und Frequenz verfügbar gewesen, um sie unternehmerisch gewinnbringend ausnützen zu können. Zudem lägen Effizienzgründe vor, zu deren Verwirklichung der Informationsaustausch notwendig gewesen sei. Schliesslich habe zu keinem Zeitpunkt die Gefahr einer möglichen Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die abredebeteiligten Unternehmen bestanden (Beschwerde, Rz. 349 ff.).

10.2 Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG)

Umstritten ist zunächst, ob vorliegend überhaupt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt.

10.2.1 Rechtliche Grundlagen

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).

Damit eine Wettbewerbsabrede i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, müssen folgende Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein (vgl. Urteile des BGer 2C_40/2024 vom 19. März 2026 E. 5.3 "Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I" und 2C_64/2023 vom 26. November 2024 E. 6.2 "Abreden im Bereich Luftfracht"; BGE 147 II 72 E. 3.1 "Pfizer"; 144 II 246 E. 6.4 f., 6.8 "Altimum"; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1, Rz. 19):

- Verhaltenskoordination (Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise)
- Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen,
- Wettbewerbsbeschränkung,
- Bezwecken oder Bewirken.

Der unter "Verhaltenskoordination" fallende Begriff der Vereinbarung ist weit zu verstehen. Er umfasst sowohl obligationenrechtliche, erzwingbare Verträge zwischen Unternehmen als auch nicht erzwingbare Vereinbarungen, sog. "Gentlemen's Agreements" oder "Frühstückskartelle". Entscheidend ist lediglich der Wille, sich zu binden, der die Vereinbarungen von den

abgestimmten Verhaltensweisen und den übrigen, nicht von Art. 4 Abs. 1 KG erfassten Verhaltensweisen abgrenzt (BGE 147 II 72 E. 3.3 "Pfizer"; Urteil des BGer 2C_64/2023 E. 6.3.1 "Abreden im Bereich Luftfracht"; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1, Rz. 28 ff.). Ob ein Bindungswille bzw. bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der beteiligten Unternehmen besteht, beurteilt sich nach den allgemeinen Regeln über den Vertragsschluss, die eine – ausdrückliche oder stillschweigende – übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung voraussetzen (BGE 147 II 72 E. 3.3 "Pfizer"; 144 II 246 E. 6.4.1 "Altimum"; Urteil des BVGer B-7756/2015 vom 16. August 2022 E. 8.3.1 "Autohandel", mit Verweis auf Art. 1 ff. OR; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1, Rz. 28, 31).

Beim Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (drittes und viertes Tatbestandselement) handelt es sich um alternative Voraussetzungen (BGE 147 II 72 E. 3.6 "Pfizer"; Urteile des BVGer B-7756/2015 E. 8.3.3 "Autohandel"; B-880/2012 E. 9.3.1 "Umbricht"). Eine Abrede *bewirkt* eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter führt (Urteil des BVGer B-3618/2013 Rz. 303 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich"). Eine Abrede *bezweckt* eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredebeteiligten die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben (BGE 147 II 72 E. 3.6 "Pfizer"; Urteile des BVGer B-7756/2015 E. 8.3.3 "Autohandel"; B-880/2012 E. 9.3.1 "Umbricht"). Tatsächliche Auswirkungen der Abrede sind nicht notwendig; es genügt, dass eine Abrede den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen kann (BGE 147 II 72 E. 3.6 "Pfizer"; 144 II 246 E. 6.4.2 "Altimum"; 143 II 297 E. 5.4.2 und 5.6 "Gaba"). Es muss auch nicht die subjektive Absicht der Beteiligten sein, eine Wettbewerbswirkung tatsächlich zu verursachen (BGE 147 II 72 E. 3.6 "Pfizer"; Urteile des BVGer B-1391/2022 vom 5. Februar 2026 E. 5.1.4 "Kästli Bau" und B-7756/2015 E. 8.3.3 "Autohandel").

10.2.2 Kreuzmandat als Basis des Informationsaustauschs

Von der Beschwerdeführerin wird nicht bestritten, dass sie und die BLH, welche wie die Beschwerdeführerin ein Belagswerk betreibt, eine Zusammenarbeit vereinbarten (Beschwerde, Rz. 353). Konkret handelte es sich um eine (mündliche) Vereinbarung, sich gegenseitig einen Sitz im Verwaltungsrat zu verschaffen (Verfügung, Rz. 532; Protokoll der VR-Sitzung der BERAG vom 17. März 2006 [act. III.A.94, S. 3]; Aussage K. _____ vom

21./26.3.2019 [act. IV.9, Rz. 112 ff.]; Aussage A. _____ vom 15.3.2019 [act. IV.6, Rz. 486 ff.]).

Belegt ist, dass K. _____, Mitglied des BLH-Verwaltungsrats ([...]), ab April 1995 bis November 2012 einen Sitz im Verwaltungsrat der BERAG hatte; ab der GV 2013 nahm L. _____, Mitglied und später Präsident des BLH-Verwaltungsrats ([...]), diese Funktion wahr (Handelsregisterauszug der BERAG [www.zefix.ch]; Geschäftsberichte der BERAG aus den Jahren 1995 [act. III.A.28, S. 2 f.], 2012 [act. III.A.201, S. 3, 6] und 2013 [act. III.A.219, S. 3, 6]; Schreiben der BLH an die BERAG vom 13. März 2013 [act. III.A.198]). Im Gegenzug fungierte C. _____, Delegierter des BERAG-Verwaltungsrats, zwischen 1995 und 2019 als Verwaltungsrat der BLH (Handelsregisterauszug der BERAG [www.zefix.ch]).

10.2.3 An den Verwaltungsratssitzungen der BERAG erfuhr der jeweilige BLH-Vertreter Informationen zu den Geschäften und zum Geschäftsgang der BERAG. Im Gegenzug vernahm der BERAG-Vertreter solche Informationen an Verwaltungsratssitzungen der BLH. Massnahmen, um die Verwendung der an den Verwaltungsratssitzungen erhaltenen Informationen zu verhindern oder zu beschränken, wurden nach den Feststellungen der Vorinstanz nicht getroffen (Verfügung, Rz. 538).

Aus der gegenseitigen, bewussten Preisgabe von Informationen im Rahmen der Verwaltungsratssitzungen der Beschwerdeführerin und der BLH ist zu schliessen, dass dieser eine konkludente Einigung zwischen der Beschwerdeführerin und der BLH zugrunde lag. Ein VR-Mandat ist denn auch mit der Idee verbunden, dass ein Verwaltungsrat zur Wahrnehmung seiner Aufgaben umfassend über die Angelegenheiten der Gesellschaft informiert ist oder auf Verlangen informiert wird (vgl. Art. 715a OR i.V.m. Art. 716 OR; JOSIANNE MAGNIN, Kreuz- und Doppelmandate aus Sicht des Kartellrechts, in: Schweizerische Zeitschrift für Kartellrecht, 3/2023 S. 176 ff., 184; PREDRAG SUNARIC, in: Heinrich Honsell [Hrsg.], Kurzkomentar Obligationenrecht, Basel 2014, Art. 715a, Rz. 1). Da im vorliegenden Fall trotz der Interessenkonflikte keine Regeln zum Umgang mit den an den Verwaltungsratssitzungen erhaltenen Informationen aufgestellt wurden, kann nicht nur hinsichtlich des Kreuzmandats, sondern auch hinsichtlich des Informationsaustauschs von einem Konsens und damit von einer Vereinbarung ausgegangen werden (MAGNIN, a.a.O., S. 183 f.). Diese Vereinbarung umfasste die Zeitspanne zwischen 1995 und 2019.

10.2.4 Informationsaustausch als Wettbewerbsabrede

Der Austausch von Informationen zwischen zwei Unternehmen bedeutet indessen nicht per se, dass eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, wie die Beschwerdeführerin zu Recht festhält (Beschwerde, Rz. 353; BGE 148 II 475 E. 5.4.3 "Bauleistungen Graubünden"; MAGNIN, a.a.O., S. 186).

Zunächst muss es sich – wie im vorliegenden Fall – um einen Austausch von Informationen zwischen im gleichen Markt tätigen Wettbewerbern handeln (Urteil des BVGer B-141/2012 E. 4.7.4.3 "Estée Lauder"; ANDREAS BLATTMANN, Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, Baden-Baden 2012, S. 284 ff.; REINERT, BSK-KG, Art. 4 Abs. 1, Rz. 123; MAGNIN, a.a.O., S. 184; implizit aufgrund der Werktitel voraussetzend: DIRK SCHROEDER, Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, in: WuW 7 u. 8/2009, S. 718; RAFFAEL GÜBELI, Informationsaustausch unter Konkurrenten als Wettbewerbsabrede?, in: AJP 2017 S. 50). Ein Austausch von Informationen zwischen Unternehmen, die in unterschiedlichen Märkten tätig sind, stellt grundsätzlich keine Wettbewerbsabrede dar, da sich solche Unternehmen nicht in ihrem Marktverhalten koordinieren können (REINERT, BSK-KG, Art. 4 Abs. 1, Rz. 124). Massgeblich sind jedoch die Umstände des Einzelfalls. So kann etwa eine Koordinierung im Vertikalverhältnis unter Umständen kartellrechtliche Bedeutung erlangen, wenn sie zu einer horizontalen Verhaltenskoordination auf der vor- oder nachgelagerten Marktstufe führt (BLATTMANN, a.a.O., S. 285 f.; vgl. auch Urteil des BVGer B-141/2012 E. 7.1.3.2 "Estée Lauder").

Des Weiteren ist zu beachten, dass bei einem Informationsaustausch der Wettbewerb je nach Informationsinhalt in unterschiedlich starker Weise gefährdet ist (OLIVER KAUFMANN, Informationsaustausch unter Wettbewerbern im Schweizer Kartellrecht, Zeitschrift für Vertriebsrecht [ZVertriebsR] 2/2014 S. 83 ff., 85; BLATTMANN, a.a.O., S. 289; REINERT, BSK-KG, Art. 4 Abs. 1, Rz. 136). Für die Qualifikation als Wettbewerbsabrede muss der Informationsaustausch in einem Zusammenhang zu einem Wettbewerbsparameter stehen oder Rückschlüsse auf solche zulassen (Urteile des BVGer B-4024/2021 vom 6. Oktober 2025 E. 12.3.4 "Ford Credit Leasing" [angefochten beim BGer] und B-141/2012 E. 4.5.3.1 "Estée Lauder"; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1, Rz. 118; BLATTMANN, a.a.O., S. 289; KAUFMANN, a.a.O., S. 85 ff.). Auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG sind an die Prüfung, ob Wettbewerbsparameter berührt sind, keine hohen

Anforderungen zu stellen (Urteile des BVGer B-6808/2016 vom 24. November 2025 E. 8.3.1.2 "Bauleistungen See-Gaster" [angefochten beim BGer] und B-141/2012 E. 4.5.3.2, 4.5.4.1.3 "Estée Lauder").

Wesentliche Wettbewerbsparameter sind etwa Preis, Menge und Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung (BGE 147 II 72 E. 3.5 "Pfizer"; Urteile des BVGer B-4024/2021 E. 12.3.2 "Ford Credit Leasing" und B-141/2012 E. 4.5.3.2 "Estée Lauder"; BLATTMANN, a.a.O., S. 289; GÜBELI, a.a.O., S. 50, 53 Fn. 23). Solche Informationen betreffen die zukünftige Marktstrategie der Wettbewerber oder lassen Rückschlüsse auf diese zu. Ihre Kenntnis vermindert oder beseitigt die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene wettbewerbliche Verhalten (BGE 147 II 72 E. 3.4.2.2 "Pfizer"; Urteil des BVGer B-141/2012 E. 6.2.1 "Estée Lauder"; BLATTMANN, a.a.O., S. 286 ff., 315 ff.).

Umsätze werden nicht als Wettbewerbsparameter, sondern als wettbewerbssensible Informationen von strategischer Relevanz bezeichnet. Sie lassen jedoch insofern Rückschlüsse auf Wettbewerbsparameter zu, als sich der Umsatz aufgrund von Preis mal Absatzmenge berechnet (Urteil des BVGer B-141/2012 E. 4.5.4.2.2 "Estée Lauder"; BLATTMANN, a.a.O., S. 292 f.).

10.2.5 Gemäss der angefochtenen Verfügung betraf der Informationsaustausch zwischen der BERAG und der BLH sämtliche Angelegenheiten, die in den Verwaltungsräten der beiden Unternehmen behandelt worden sind, darunter:

- Produktionszahlen und -kosten (Verfügung, Rz. 537 Fn. 693, 696),
- Preisinformationen wie Durchschnittspreise, Anpassung der Listenpreise, Rabattgewährung und Rückvergütungen, Preis- und Rabattpolitik (Verfügung, Rz. 537 Fn. 694, 702, 703, 704, 706),
- Umsätze (Verfügung, Rz. 537 Fn. 695),
- Auftragsbestand und Auslastung (Verfügung, Rz. 537 Fn. 697, 698),
- Investitionen (Verfügung, Rz. 537 Fn. 699),
- Technologien und Produkteigenschaften (Verfügung, Rz. 537 Fn. 700, 701),

- Einschätzung der Konkurrenzsituation (Verfügung, Rz. 537 Fn. 705),
- Risikoanalysen (Verfügung, Rz. 537 Fn. 707), und
- Qualität (Verfügung, Rz. 537 Fn. 708).

Aus den Akten ergibt sich, dass an den Verwaltungsratssitzungen der BERAG in Anwesenheit des jeweiligen BLH-Vertreters (K._____, L._____) namentlich folgende Informationen über zukünftiges Preisverhalten offengelegt wurden: Anpassungen der Listenpreise (VR-Protokolle vom 25. Oktober 1999 [act. III.A.46, Trakt. 5], 8. Dezember 2017 [act. III.A.276, Trakt. 11] und vom 7. Dezember 2018 [act. III.A.296, Trakt. 10]) sowie Preis- und Rabattpolitik (VR-Protokolle vom 25. Oktober 1999 [act. III.A.46, Trakt. 4] und vom 19. April 2000 [act. III.A.50, Trakt. 2]).

Desgleichen thematisierten die BLH-Verwaltungsräte in Anwesenheit des BERAG-Vertreters (C._____) etwa folgende, die Zukunft betreffenden Preisinformationen: Anpassungen der Listenpreise (VR-Protokolle vom 20. November 2013 [act. III.C.47, Trakt. 8] und vom 16. November 2017 [act. III.C.60, Trakt. 5]), Rückvergütungen (VR-Protokoll vom 18. November 2014 [act. III.C.54, Trakt. 5] sowie die Preispolitik (VR-Protokoll vom 20. November 2013 [act. III.C.47, Trakt. 8]).

Des Weiteren erstatteten sowohl die BLH als auch die BERAG an den Verwaltungsratssitzungen Bericht über die produzierten Mengen. Die entsprechenden Informationen wurden in den Protokollen der BLH unter dem Traktandum "Bericht über den Markt" (act. III.C.38, Trakt. 2; III.C.47, Trakt. 2; III.C.53, Trakt. 3; III.C.56, Trakt. 2; III.C.60, Trakt. 2; III.C.61, Trakt. 4) und in den Protokollen der BERAG unter dem Traktandum "Bericht über den Betrieb" oder in Anhängen zum Protokoll (act. III.A.57, Trakt. 2; III.A.60, Trakt. 2; III.A.113, Trakt. 2 und Anhang; III.A.276, Trakt. 2 und Anhang; III.A.293, Trakt. 2 und Anhang; III.A.296, Trakt. 2 und Anhang) festgehalten.

Sowohl die BERAG (act. III.A.65, Trakt. 5; III.A.276, Trakt. 8; III.A.293, Trakt. 2; III.A.296, Trakt. 7) als auch die BLH (act. III.C.47, Trakt. 4; III.C.60, Trakt. 3) gaben zudem ihre Prognosen über die künftigen Verkaufsmengen bekannt. Auch die Auftragsbestände wurden gegenseitig offengelegt (BERAG: act. III.A.65, Trakt. 2; BLH: act. III.C.38, Trakt. 2; III.C.56, Trakt. 2).

Schliesslich informierten sowohl die BLH (act. III.C.53, Trakt. 5 und 6.3; III.C.60, Trakt. 2 und 4) als auch die BERAG (act. III.A.46, Trakt. 8; III.A.60,

Trakt. 2; III.A.293, Trakt. 4) an den Verwaltungsratssitzungen über anstehende Investitionen und Produktentwicklungen.

Damit wurden an den Verwaltungsratssitzungen der Beschwerdeführerin und der BLH Informationen ausgetauscht, welche namentlich die Wettbewerbsparameter Preis, Menge, Forschung und Entwicklung sowie die wettbewerbssensiblen Umsätze betrafen.

10.2.6 Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung?

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass der vorliegende Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte (Beschwerde, Rz. 355 ff.).

10.2.6.1 Wenn sich Wettbewerber über künftiges Marktverhalten austauschen, kann indessen naturgemäss und regelmässig angenommen werden, dass damit eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt werden soll (SCHROEDER, a.a.O., S. 721; KAUFMANN, a.a.O., S. 86; BLATTMANN, a.a.O., S. 317).

Am problematischsten ist der Austausch unternehmensspezifischer Informationen über zukünftiges Preis- und Mengenverhalten. Hier geht die europäische Praxis und Rechtsprechung davon aus, dass ein Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1, Rz. 155, mit Verweis auf Urteil des EuGH vom 19. März 2015, C-286/13 P "Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe", Rz. 134; Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 259/1 vom 21. Juli 2023 Rz. 414). Dies gilt auch für das schweizerische Kartellrecht (Urteil B-6808/2016 E. 8.4.1.5 "Bauleistungen See-Gaster" und B-141/2012 E. 4.6.4.4 "Estée Lauder"; BLATTMANN, a.a.O., S. 290 ff.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1, Rz. 156; unter Einschränkungen zustimmend: REINERT, BSK-KG, Art. 4 Abs. 1, Rz. 138 ff.).

Ein Informationsaustausch über vergangenes Verhalten bezweckt normalerweise nicht, die Ungewissheit über zukünftiges Marktverhalten zu beseitigen (SCHROEDER, a.a.O., S. 721; KAUFMANN, a.a.O., S. 86; BLATTMANN, a.a.O., S. 317). Je nach Marktstruktur, weiteren Eigenschaften der ausgetauschten Informationen und Zugangsvoraussetzungen kann aber auch der Austausch historischer Daten geeignet sein, den Wettbewerb zu beschränken (SCHROEDER, a.a.O., S. 721 ff.).

10.2.6.2 Vorliegend informierten sich die Beschwerdeführerin und die BLH nicht nur gegenseitig über zukünftige Preise, sondern auch über prognostizierte Verkaufsmengen, laufende Produktentwicklungen, Investitionen und aktuelle Auftragsbestände (vgl. vorne E. 10.2.5). Anhand der zusätzlichen Berichte über die produzierten Mengen (vgl. vorne E. 10.2.5) konnten sie sich ein präzises Bild von der wirtschaftlichen Situation des jeweils anderen Unternehmens machen. Damit wurden wesentliche Unsicherheiten beseitigt, vor allem diejenigen in Bezug auf Preise und Mengen (Urteil des BVGer B-141/2012 E. 4.6.5.1 "Estée Lauder"; BLATTMANN, a.a.O., S. 317 f.).

10.2.6.3 Soweit die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nur ungenügend begründet und deute Art. 4 Abs. 1 KG zu einem Gefährdungstatbestand um (Beschwerde, Rz. 356 ff.), ist sie darauf hinzuweisen, dass das Tatbestandselement "Bezwecken" bloss, aber immerhin, eine Gefährdung erfordert. Es sind keine tatsächlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb notwendig. Es ist ausreichend, wenn die Abrede ihrem Wesen nach das Funktionieren des Wettbewerbs gefährdet (BGE 147 II 72 E. 3.6 "Pfizer"; 144 II 246 E. 6.1, 6.4.2 "Altimum"; Urteil des BVGer B-141/2012 E. 4.6.4.3 "Estée Lauder"; SCHROEDER, a.a.O., S. 718 ff., 720).

Vorliegend ist eine Gefährdung aufgrund der ausgetauschten Preis- und Mengeninformatoren gegeben. Diese Informationen lassen Rückschlüsse auf die zukünftige Marktstrategie der Wettbewerber zu. Ihre Kenntnis vermindert oder beseitigt die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene wettbewerbliche Verhalten (BGE 147 II 72 E. 3.4.2.2 "Pfizer").

Über die Art der ausgetauschten Information hinaus hat die Vorinstanz zahlreiche weitere Aspekte (Marktstruktur, Homogenität der Produkte, Umfang der ausgetauschten Informationen, Frequenz und Dauer des Informationsaustausches) untersucht, um die Eignung der strittigen Abrede zur Beschränkung des Wettbewerbs zu belegen (Verfügung, Rz. 751). Da bereits aufgrund der Art der ausgetauschten Informationen (Informationen über künftiges Preis- und Mengenverhalten) auf eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung geschlossen werden kann, wären auf dieser Prüfstufe entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin keine zusätzlichen Abklärungen erforderlich gewesen (vgl. in diesem Sinne: Urteil des BVGer B-141/2012 E. 4.7.4.3 "Estée Lauder"; SCHROEDER, a.a.O., S. 721 f.). Viel-

mehr hätte es ausgereicht, diese Aspekte im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung (Art. 5 Abs. 1 KG) zu untersuchen (Urteil des BVGer B-141/2012 E. 4.6.5.1, 6.4 "Estée Lauder"; vgl. nachfolgende E. 10.3.4). Erst dort wird die Schädlichkeit respektive Zulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung untersucht (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.5 "Pfizer").

10.2.6.4 Angesichts des Inhalts der ausgetauschten Information kann entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht der Schluss gezogen werden, Zweck des Kreuzmandats sei primär der Austausch von Fachinformation und Expertise, die Sicherstellung eines ununterbrochenen Angebots an hochwertigem Asphaltmischgut sowie die zeitweise Bildung einer Einkaufs- und Liefergemeinschaft gewesen (Beschwerde, Rz. 185 ff.; Rz. 370). Wenn diese Zwecke ausschlaggebend gewesen wären, wären andere Zusammenarbeitsformen gewählt worden, z.B. Fachgruppen, projektbezogene Einkaufs- und Liefergemeinschaften, situative Kontaktaufnahmen oder die Einladung zu spezifischen Traktanden der Verwaltungsratssitzungen. Selbst wenn an den Verwaltungsratssitzungen die von der Beschwerdeführerin genannten Themen behandelt wurden, dürften sie angesichts der strategischen Aufgaben eines Verwaltungsrats (vgl. Art. 716a OR) nicht im Vordergrund gestanden haben (vgl. auch Verfügung, Rz. 550).

10.2.7 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin und die im gleichen Markt tätige BLH vereinbarten, sich gegenseitig einen Sitz im Verwaltungsrat einzuräumen. Basierend auf diesem Kreuzmandat fand ein gegenseitiger Austausch von Informationen über Wettbewerbsparameter, namentlich über künftige Preise und Mengen, statt. Angesichts der so bezweckten Wettbewerbsbeschränkung ist das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG) zu bejahen.

10.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede (Art. 5 Abs. 1 KG)

10.3.1 Damit ist zu prüfen, ob die Wettbewerbsabrede unzulässig war (Art. 5 Abs. 1 KG).

Unzulässig sind *einerseits* Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen (Art. 5 Abs. 1 KG) und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Art. 5 Abs. 2 KG). Bei der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG handelt es sich um eine Bagatellklausel, welche als Aufgreifkri-

terium dient, um die Verwaltung zu entlasten (BGE 144 II 194 E. 4.3.1 "Bayerische Motoren Werke"; 143 II 297 E. 5.1 f. "Gaba"; Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 7.3.1 "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich"). Die Erheblichkeit lässt sich sowohl durch qualitative als auch durch quantitative Merkmale bestimmen (BGE 147 II 72 E. 6.2 "Pfizer"; 143 II 297 E. 5.2.2 "Gaba"; 129 II 18 E. 5.2.1 "Buchpreisbindung"). Unter qualitativen Merkmalen sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung primär solche gemeint, die sich aus dem Gesetzestext ableiten lassen, d.h. die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG genannten Wettbewerbsparameter (BGE 143 II 297 E. 5.2.1, 5.2.5 "Gaba"; implizit: BGE 147 II 72 E. 6.2 f. "Pfizer"). Quantitative Merkmale sind namentlich Marktanteile oder Umsätze (BGE 143 II 297 E. 5.2.1 "Gaba"; 129 II 18 E. 5.2.1 "Buchpreisbindung"; Urteil des BVGer B-506/2010 E. 11.1.5, 11.3.4 "Gaba"; RALF MICHAEL STRAUB, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, in: AJP 5/2016 S. 559, 573 ff.). Erweist sich das qualitative als sehr gewichtig, bedarf es kaum eines quantitativen. Gibt es hingegen keine qualitativen Merkmale oder nur solche von geringem Gewicht, müssen (vor allem) quantitative herangezogen werden (BGE 143 II 297 E. 5.2.2 "Gaba"; 147 II 72 E. 6.2 "Pfizer"). Die besonders schädlichen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen grundsätzlich das Merkmal der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG (BGE 147 II 72 E. 6.5 "Pfizer"; 144 II 194 E. 4.3.1 "Bayerische Motorenwerke"; 143 II 297 E. 5.1.6, 5.2.5, 5.6 "Gaba").

Andererseits sind auch Abreden unzulässig, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen (Art. 5 Abs. 1 KG). Die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann direkt nachgewiesen werden oder sich auch über die gesetzlichen Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 4 KG ergeben (BGE 147 II 72 E. 6.1 "Pfizer"; 143 II 297 E. 4.1 "Gaba"; Urteil des BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 13.2 "Abreden im Bereich Luftfracht"). Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird u.a. bei Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG). Diese Vermutung ist widerlegbar (BGE 147 II 72 E. 6.5 "Pfizer"; 143 II 297 E. 4.2 "Gaba"). Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist bei Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, ausgeschlossen (BGE 147 II 72 E. 6.1 "Pfizer"; 143 II 297 E. 4.1 "Gaba"; Urteil des BVGer B-1391/2022 E. 6.1 "Kästli Bau"; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK-KG, Art. 5 Rz. 279).

10.3.2 Die Vorinstanz argumentiert, vorliegend sei kein Konsens über die direkte oder indirekte Festlegung von Preisen nachgewiesen. Ebenso wenig sei erwiesen, dass zwischen der Beschwerdeführerin und der BLH eine Koordination der Preise erfolgt sei oder die erhaltenen Preisinformationen das Preisfestsetzungsverhalten tatsächlich beeinflusst hätten. Eine Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) in Form einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise scheidet daher aus. Dies gelte für die von 1995 bis anfangs 2019 währende Dauerabrede, nicht jedoch für die einmalige gegenseitige Preiserhöhung im Jahr 2008. Letztere könne aufgrund des Zeitablaufs (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG) indessen nicht mehr als Preisabrede sanktioniert werden (Verfügung, Rz. 758 ff.). Der Informationsaustausch sei jedoch unter Art. 5 Abs. 1 KG zu subsumieren. Es liege kein Bagatellfall vor. Insofern sei die Wettbewerbsbeschränkung als erheblich einzustufen. Zudem scheidet eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen aus (Verfügung, Rz. 762 ff.).

Die Beschwerdeführerin kritisiert, die Abrede erweise sich weder in qualitativer noch in quantitativer Hinsicht als erheblich: Die ausgetauschten Informationen seien einerseits zu wenig präzise, ergiebig bzw. zeitnah verfügbar gewesen. Andererseits seien das Ausmass der zur Verfügung stehenden Informationen und die Frequenz des Informationsflusses zu wenig ausreichend gewesen, um diese unternehmerisch gewinnbringend ausnützen zu können. Zudem seien die Abredeteiligen in ihren jeweiligen Liefergebieten zusätzlicher Konkurrenz ausgesetzt gewesen. Die fehlende Erheblichkeit ergebe sich bereits aus dem Zweck der Zusammenarbeit. Es sei darum gegangen, Fachinformationen auszutauschen und die Verfügbarkeit qualitativ hochwertigen Asphaltmischguts sicherzustellen. Hinzu komme, dass sich die Abrede in dreifacher Hinsicht rechtfertigen lasse, nämlich durch die Rechtfertigungsgründe "Förderung der Forschung oder der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen", "Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren" sowie der "rationelleren Nutzung von Ressourcen". Schliesslich habe zu keinem Zeitpunkt die Gefahr einer möglichen Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bestanden (Beschwerde, Rz. 361 ff.).

10.3.3 Prüfung einer "harten" Abrede (Art. 5 Abs. 3 KG)

Zunächst ist zu prüfen, ob sich der vorliegende Informationsaustausch unter Art. 5 Abs. 3 KG subsumieren lässt.

10.3.3.1 Ob ein Informationsaustausch über Preise, Mengen, Gebiete oder Kunden von Art. 5 Abs. 3 KG erfasst wird, muss im Einzelfall im Rahmen einer Gesamtwürdigung geprüft werden. Entscheidend ist, ob mit dem Informationsaustausch eine entsprechende Festsetzung (von Preisen, Mengen, Gebieten oder Kunden) verbunden ist (vgl. Urteile des BVGer B-4024/2021 E. 15.1.3 "Ford Credit Leasing" und B-141/2012 E. 6.1 "Estée Lauder"; BLATTMANN, a.a.O., S. 320; MAGNIN, a.a.O., S. 187).

10.3.3.2 Entsprechend den Feststellungen der Vorinstanz (Verfügung, Rz. 540 f.) hat die Zusammenarbeit zwischen der Beschwerdeführerin und der BLH in der Zeit nach der Gründung der BLH (22. September 1994) auch die Koordination der Liefergebiete, der Preise und der Akquisition umfasst. Dies ergibt sich aus dem Aktionärsbrief der Beschwerdeführerin vom 31. März 1995 (act. III.A.26) sowie dem Protokoll der Betriebskommission der BERAG vom 28. Februar 1995 (act. III.A.25, Traktandum 4).

Weiter ist eine beidseitige Erhöhung der Listenpreise per 1. September 2008 um 6 Franken pro Tonne durch Verwaltungsratsprotokolle der BLH und der Beschwerdeführerin belegt (Verfügung, Rz. 542, 760; act. III.C.28 und act. III.A.123, beide je Traktandum 5).

Ob die Koordination der Liefergebiete, der Preise und der Akquisition als unzulässig i. S. v. Art. 5 Abs. 3 KG zu qualifizieren ist, muss deshalb nicht abschliessend überprüft werden. Denn vorliegend wurde die Untersuchung am 25. Februar 2019 eröffnet (act. I.5) und die Abrede bei Eröffnung bereits länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt. Damit würde eine allfällige Belastung aus zeitlichen Gründen ohnehin entfallen (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG).

Weitere Sachverhalte, die als harte Abreden qualifiziert werden könnten, werden von der Vorinstanz nicht aufgeführt.

Es bleibt zu prüfen, ob die gegenseitige Offenlegung verschiedener Informationen eine erhebliche Wettbewerbsabrede i. S. v. Art. 5 Abs. 1 KG darstellt.

10.3.4 Prüfung einer erheblichen Abrede (Art. 5 Abs. 1 KG)

Von einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist vorliegend nicht auszugehen (vgl. Verfügung, Rz. 762; Beschwerde, Rz. 361 ff.), da Restwettbewerb vorhanden ist (vgl. etwa den Hinweis der BLH in act. III.C.53,

Trakt. 3). Zusätzlich bestreitet die Beschwerdeführerin die Erheblichkeit sowohl in qualitativer als in quantitativer Hinsicht (Beschwerde, Rz. 367 ff.).

10.3.4.1 Qualitative Erheblichkeit

Bei der qualitativen Erheblichkeit eines Informationsaustausches (vgl. zum Begriff vorne E. 10.3.3.2) ist zu prüfen, ob der betroffene Wettbewerbsparameter auf dem relevanten Markt eine gewisse Bedeutung aufweist. Relevant ist auch die Art des Informationsaustauschs. Dabei wird nach der Häufigkeit des Austausches, der Aktualität, dem Aggregationsniveau und Vertraulichkeit der ausgetauschten Informationen sowie nach dem Zugang zu den Informationen gefragt. Relevant sind sodann die Marktstruktur und die Homogenität der Produkte (Urteil des BVGer B-141/2012 E. 6.4 "Estée Lauder"; BLATTMANN, a.a.O., S. 295 ff.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1, Rz. 158 ff.; KAUFMANN, a.a.O., S. 85 ff.; SCHROEDER, a.a.O., S. 722 ff.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.109):

- a) Beim Kriterium der Relevanz des Wettbewerbsparameters auf dem relevanten Markt wird geprüft, ob der betroffene Wettbewerbsparameter im jeweiligen Markt und im jeweiligen Kontext eine kompetitive Bedeutung hat (REINERT, BSK-KG, Art. 4 Abs. 1 KG, Rz. 137; BLATTMANN, a.a.O., S. 294; GÜBELI, a.a.O., S. 58 f.).

Wie die Beschwerdeführerin im Einklang mit der Vorinstanz erklärt, stellt der Preis das entscheidende Kriterium zur Auswahl eines Anbieters von Asphaltmischgut dar (Beschwerde, Rz. 96; Verfügung, Rz. 186, 751; Urteil des BVGer B-420/2008 E. 9.2.2.2 "Strassenbeläge Tessin"). Dies ist darauf zurückzuführen, dass Asphaltmischgut aufgrund seiner normierten Eigenschaften ein homogenes Produkt ist (Verfügung, Rz. 132 [unter Verweis auf Aussage von A._____, act. IV.6, Zeilen 411-413], 751; Beschwerde, Rz. 96).

Trotz der hohen Relevanz des Wettbewerbsparameters "Preis" wurden an den Verwaltungsratssitzungen gegenseitig Preisinformationen offengelegt. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, die ausgetauschten Informationen seien zu wenig präzise, ergiebig bzw. zeitnah verfügbar gewesen, um diese im komplexen Asphaltmischgutgeschäft unternehmerisch gewinnbringend auszunützen (Beschwerde, Rz. 368), steht im Gegensatz zu den an den Verwaltungsratssitzungen protokollierten Aussagen:

"Belagspreise 2000

Grundsätzlich wird mit einer Preiserhöhung von ca Fr. 2.-- bis Fr. 3.--/t zu rechnen sein. Die Preise werden pro Rezept neu kalkuliert und im Detail mit der neuen Preisliste, Anfangs Jahr 2000 bekannt gegeben." (Sitzung des BERAG-Verwaltungsrats vom 25. Oktober 1999, Traktandum 5 [act. III.A.46])"

"Belagspreise 2014

(...) Der Verwaltungsrat stimmt dem Antrag einstimmig zu, keine Aktionärspreisliste mehr auszugeben und die Preise 2014 unverändert zu belassen" (Sitzung des BLH-Verwaltungsrats vom 20. November 2013, Traktandum 8 [act. III.C.47])."

"Mischgutpreise 2018

Dem Verwaltungsrat liegt ein Vorschlag für die Preisliste 2018 vor. A. _____ erklärt, dass die Sorten einzeln neu kalkuliert worden sind.

Der Verwaltungsrat stimmt der Preisliste im Grundsatz zu. Auf einen Preisabschlag bei den ACF Sorten wird verzichtet.

Die BLH wird die Preise 2018 nicht anpassen, da eine Erhöhung im 2017 vorgenommen wurde.

Der Verwaltungsrat stimmt der neuen Preisliste 2018 (Ringbuch) zu.

Die Zuschläge für Produktion ausserhalb regulärer Arbeitszeit werden wie folgt festgelegt: (...)" (Sitzung des BERAG-Verwaltungsrats vom 8. Dezember 2017, Traktandum 11 [act. III.A.276])."

"Belagspreise 2018

Der Verwaltungsrat stimmt dem Vorschlag einstimmig zu, die Belagspreise per 2018 nicht zu erhöhen" (Sitzung des BLH-Verwaltungsrats vom 16. November 2017, Traktandum 5 [act. III.C.60])."

Diese Informationen sind entgegen der pauschalen Behauptung der Beschwerdeführerin als präzise, ergiebig und zeitnah zu bezeichnen. Weiter erschliesst sich dem Bundesverwaltungsgericht mangels entsprechender Hinweise der Beschwerdeführerin nicht, weshalb die Datenmengen zu wenig ausreichend gewesen sein sollten, um diese unternehmerisch ausnützen zu können (Beschwerde, Rz. 369). Die Ausnützung der offen gelegten Daten wurde durch den bereits erwähnten Umstand erleichtert, dass es sich bei Asphaltmischgut um ein homogenes Produkt handelt.

- b) Zur Häufigkeit des Austauschs lassen sich folgende Feststellungen machen: Die Verwaltungsräte der Beschwerdeführerin und der BLH tagten

an drei bis neun Verwaltungsratssitzungen pro Jahr (vgl. die Jahresberichte 1999 bis 2017 der BERAG [act. II.4; II.5; II.6; II.7; II.9; II.10; II.12; II.14; II.18; II.22; II.26; II.36; II.39; II.50; III.A.219; III.A.232; III.A.248; III.A.266; III.A.286] und die VR-Protokolle 2002 bis 2017 der BLH [act. III.C.12; III.C.15; III.C.19; III.C.25; III.C.29; III.C.32; III.C.35; III.C.37; III.C.47; III.C.54; III.C.60]).

Es ist somit erstellt, dass der Informationsaustausch nicht nur sporadisch, sondern regelmässig, über längere Zeit und institutionalisiert stattfand (Verfügung, Rz. 751). Dies betrifft namentlich auch die kritischen Preis- und Mengeninformatoren (vgl. E. 10.2.5.). Insofern erweist sich die Kritik der Beschwerdeführerin, wonach die Frequenz des Informationsflusses für eine gewinnbringende Ausnützung zu wenig ausreichend war (Beschwerde, Rz. 369), als unbegründet.

- c) Damit ist der Informationsaustausch bereits aus qualitativer Sicht als erheblich zu qualifizieren. Denn er betraf unter anderem den Preis und damit den im Asphaltmarkt wichtigsten Wettbewerbsparameter.

Die ausgetauschten Preis- und Mengeninformatoren waren aktuell, teilweise sogar zukunftsbezogen. Da sie nicht in aggregierter Form ausgetauscht wurden, waren sie präzise genug, um sie im relevanten Markt auswerten zu können. Zudem konnten die Daten angesichts der Häufigkeit der Verwaltungsratssitzungen und der langjährigen Dauer der Verwaltungsmandate wiederkehrend über einen längeren Zeitraum in einer für den Wettbewerb einschränkenden Weise verwertet werden. Weiter ist weder bekannt, dass andere Wettbewerber Zugang zu den fraglichen Informationen hatten (vgl. Verfügung, Rz. 751, 764) noch substantiiert, dass es sich beim Markt für Asphaltmischgut um einen komplexen Markt handelt (vgl. Beschwerde, Rz. 368).

10.3.4.2 Quantitative Erheblichkeit

Für den quantitativen Aspekt der Erheblichkeit ist zu prüfen, wie hoch der Marktanteil der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt ist (Urteil des BVGer B-141/2012 E. 6.5.1.1 "Estée Lauder") respektive, wie umfassend der relevante Markt von der Wettbewerbsabrede betroffen ist (MAGNIN, a.a.O., S. 188).

Diesbezüglich argumentiert die Beschwerdeführerin, die an der Abrede Beteiligten seien in ihren jeweiligen Liefergebieten zusätzlicher Konkurrenz

ausgesetzt, d.h. die (angebliche) Abrede habe den Markt nicht in umfassender Weise tangiert (Beschwerde, Rz. 369). Sie substantiiert indessen weder, welche Unternehmen mit ihnen konkurrieren, noch in welchem Umfang. Die Konkurrenzsituation sieht im relevanten Markt wie folgt aus:

Auszugehen ist von einem Liefergebiet eines Belagswerks, das sich wie vorgängig ausgeführt bis 45 Fahrminuten rund um ein Werk erstreckt (Verfügung, Rz. 786; vorne E. 6.3.4). Angesichts einer Distanz von ca. 20 km und einer Fahrzeit von ca. 33 min. zwischen den Werken der Beschwerdeführerin in Rubigen und der BLH in Hasle bei Burgdorf (vgl. Routenplaner, abrufbar auf <www.search.ch>) ist entsprechend der vorinstanzlichen Verfügung (Verfügung, Rz. 751) von einer Überschneidung der Liefergebiete auszugehen. In dieser Region befindet sich kein weiteres Belagswerk, weshalb dort das Potential für Wettbewerbsbeschränkungen stark erhöht ist. Die nächsten Werke befinden sich in Lyss, Busswil, Oberwangen, Hüs-wil und Heimberg (vgl. Verfügung, Abbildung 12 "Marktanteil BERAG 2011-2018"). Bereits das Werk der Miphalt in Lyss befindet sich nur noch knapp bzw. gar nicht mehr im relevanten Liefergebiet: Es ist ca. 38 Fahrminuten (38.4 km) von der BERAG und 49 Fahrminuten (38.8 km) von der BLH entfernt (vgl. Routenplaner, abrufbar auf <www.search.ch>). Ähnliches gilt für die Belagswerke der Weibel AG: Das Werk der Weibel AG in Oberwangen befindet sich ca. 32 Fahrminuten (23.5 km) von der BERAG und ca. 52 Fahrminuten (40.4 km) von der BLH, das Werk in Busswil ist ca. 41 Fahrminuten (40.9 km) von der BERAG und ca. 52 Fahrminuten (41.3 km) von der BLH entfernt (vgl. Routenplaner, abrufbar auf <www.search.ch>). Angesichts dieser Befunde ist festzustellen, dass der relevante Markt von der Wettbewerbsabrede stark betroffen ist, wovon auch die Vorinstanz ausgeht (vgl. Verfügung, Rz. 765).

Damit ist auch die quantitative Erheblichkeit zu bejahen.

10.3.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich der vorliegende Informationsaustausch sowohl unter qualitativen als auch unter quantitativen Aspekten als erheblich erweist.

10.3.6 Prüfung von Effizienz- oder Rechtfertigungsgründen (Art. 5 Abs. 2 KG)

Schliesslich ist zu prüfen, ob sich der Informationsaustausch durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt (Art. 5 Abs. 2 KG).

10.3.6.1 Die Beschwerdeführerin erachtet die Rechtfertigungsgründe "Förderung der Forschung oder der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen", "Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren" sowie der "rationelleren Nutzung von Ressourcen" als erfüllt. Vorliegend stehe kein zur Erreichung des Effizienzziels gleich geeignetes, aber milderes Mittel zur Verfügung. Der Austausch von Fachinformationen hätte ohne Einräumung eines Kreuzmandats nie stattgefunden, weil nur letzteres den Beteiligten ein hinreichendes Vertrauensfundament habe bieten können (Beschwerde, Rz. 375 ff.).

Die Vorinstanz vertritt dagegen die Ansicht, für den reinen Fachaustausch wäre die gegenseitige Einsitznahme im Verwaltungsrat nicht erforderlich gewesen. Vielmehr hätten fachspezifische Besprechungen unter den geeigneten Personen ausgereicht. Das Kriterium der Notwendigkeit sei damit nicht gegeben (Verfügung, Rz. 769).

10.3.6.2 Zwar dürfte der vorliegende Informationsaustausch durchaus geeignet sein, die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern sowie Ressourcen rationeller zu nutzen. Fraglich ist indessen, ob es mildere bzw. den Wettbewerb weniger einschränkende Mittel gäbe (BLATTMANN, a.a.O., S. 328; MAGNIN, a.a.O., S. 188). Mildere Mittel sind etwa ein Austausch aggregierter Informationen (Urteil des BVGer B-141/2012 E. 6.6.3.1.6 "Estée Lauder"; BLATTMANN, a.a.O., S. 328), eine zeitliche Beschränkung des Austauschs (Urteil des BVGer B-141/2012 E. 6.6.3.4.6 "Estée Lauder"; BLATTMANN, a.a.O., S. 328), ein auf bestimmte Daten eingeschränkter oder gegenüber Dritten offenerer Austausch (BLATTMANN, a.a.O., S. 328), punktuelle Vereinbarungen (Einkaufsgemeinschaft, gemeinsame Ressourcennutzung) oder Wissensaustausche (MAGNIN, a.a.O., S. 188).

Um Fachwissen auszutauschen oder die lückenlose Belieferung des Markts mit Asphalt sicherzustellen (vgl. Beschwerde, Rz. 370), hätten sich Vertreter der Beschwerdeführerin und der BLH – wie bereits oben erwähnt – auch im Rahmen von Fachgruppen treffen oder sich gelegentlich besprechen können. Soweit ein institutioneller Rahmen tatsächlich erforderlich war, wie die Beschwerdeführerin geltend macht (vgl. Beschwerde, Rz. 382), wäre es möglich gewesen, Personen aus dem konkurrierenden Unternehmen lediglich zu spezifischen Traktanden der Verwaltungsratssitzungen einzuladen. Zumindest hätten Vorsichtsmaßnahmen getroffen werden können, dass den als Verwaltungsräten gewählten Personen des

konkurrierenden Unternehmens der Zugang zu wettbewerbssensiblen Informationen (z.B. künftige Preisanpassungen) verwehrt ist. Insofern hätten mildere Massnahmen zur Verfügung gestanden.

Damit erweist sich der vorliegend strittige Informationsaustausch als unverhältnismässig.

10.3.7 Zwischenfazit zum Informationsaustausch

Da sich die Beschwerdeführerin auf keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG zu stützen vermag, erweist sich der von der Beschwerdeführerin und der BLH in den Jahren 1995 bis 2019 gepflegte Informationsaustausch als unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG.

11. Fazit zum missbräuchlichen Verhalten

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin somit zurecht:

- eine Diskriminierung von Handelspartnern durch Gewährung von Vorzugskonditionen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG),
- eine missbräuchliche Verhaltensweise durch Anwendung eines Treuebonussystems mit Verdrängungswirkung (Art. 7 Abs. 1 KG) sowie
- eine unzulässige Abrede durch den mit der BLH gepflegten Informationsaustausch (Art. 5 Abs. 1 KG)

vorgeworfen.

12. Massnahmen

Im vorliegenden Fall verfügte die Vorinstanz gegenüber der Beschwerdeführerin nicht nur eine Sanktion (nachfolgende E. 13), sondern auch verschiedene Massnahmen.

12.1 Bezüglich Vorzugskonditionen und Treuebonus

12.1.1 Die Vorinstanz untersagte der Beschwerdeführerin,

- das Gewähren von Vorteilen bei den Geschäftsbedingungen gegenüber ihren Kunden und Kundinnen von deren Eigenschaft als Aktionärin abhängig zu machen sowie

- das Gewähren von Rabatten und Rückvergütungen für den Bezug von Asphaltmischgut oder deren Höhe von künftigem Bezug von Asphaltmischgut abhängig zu machen.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Anordnung von Massnahmen scheide aus, weil ihr kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorgeworfen werden könne. Ansonsten bringt die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren keine Rügen dagegen vor.

12.1.2 Da das Vorliegen einer missbräuchlichen Verhaltensweise bestätigt wird, ist die Beschwerde hinsichtlich der angeordneten Massnahmen in Bezug auf die Vorzugskonditionen und den Treuebonus ohne zusätzliche Erläuterungen abzuweisen.

12.2 Bezüglich Austausch zwischen BERAG und BLH

12.2.1 Weiter verpflichtete die Vorinstanz die Beschwerdeführerin,

- keine Person in den Verwaltungsrat aufzunehmen oder als Arbeitnehmer oder Arbeitsnehmerin anzustellen, die zugleich bei einem Konkurrenzunternehmen eine Organfunktion ausübt oder Aufgaben bei der Preisgestaltung wahrnimmt;
- sich im Zusammenhang mit dem Verkauf von Asphaltmischgut nicht mit Konkurrenzunternehmen vor Auftragserteilung über Offertpreise, Preiselemente oder die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen oder Gebieten auszutauschen;
- sich nicht mit Konkurrenzunternehmen über künftige Listenpreise, Preis- und Rabattpolitik oder Liefergebiet auszutauschen.

Dabei präzisierte die Vorinstanz, dass als Konkurrenzunternehmen Unternehmen gälten, die in Entfernung von bis zu 90 Fahrminuten zu einem Asphaltmischgutwerk der Beschwerdeführerin selber ein Asphaltmischgutwerk betreiben.

An den verfügbaren Massnahmen kritisiert die Beschwerdeführerin zunächst, von der Anordnung von Massnahmen sei abzusehen, weil keine unzulässige Wettbewerbsabrede vorliege. Weiter rügt sie, die Massnahmen seien nicht verhältnismässig. Insbesondere würden in Bezug auf das Kreuzmandat Ausstandsregelungen oder technische/organisatorische Massnahmen (sog. "chinese walls") die gleiche Wirkung haben. Schliesslich stellt sie den

Radius von 90 Fahrminuten bei der Definition als Konkurrenzunternehmen in Frage.

In der Vernehmlassung führt die Vorinstanz u.a. aus, weder Ausstandsregelungen noch technische/organisatorische Massnahmen kämen in Frage, weil praktisch auf alle Verwaltungsratsangelegenheiten eine Kollusionsgefahr bestehe.

12.3 Soweit die Beschwerdeführerin argumentiert, von der Anordnung von Massnahmen sei abzusehen, weil keine unzulässige Wettbewerbsabrede vorliege, ist ihr nicht zu folgen, da die gegenseitige Offenlegung sensibler Informationen Art. 5 Abs. 1 KG verletzt. Mit ihren Massnahmen entsprechend Dispositiv-Ziffer 1.4. und 1.5 der Verfügung nimmt die Vorinstanz Bezug auf die unzulässige Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG (d.h. die gegenseitige Offenlegung sensibler Informationen) und nicht auf eine mögliche Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG, deren Unzulässigkeit sie nicht geprüft hat, weil ohnehin keine Sanktion möglich wäre (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG).

12.4 Zu prüfen ist sodann, ob die Massnahmen verhältnismässig sind.

12.4.1 Massnahmen (Art. 30 Abs. 1 KG) sind zulässig, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung im Verfügungszeitpunkt noch besteht oder beseitigt werden muss oder wenn sie zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs und zur Erhöhung der Präventivwirkung des Kartellgesetzes einer drohenden Wiederholungsgefahr entgegenwirken sollen (BGE 148 II 475 E. 4.3.4, 4.4 "Bauleistungen Graubünden"; Urteile des BVGer B-710/2014 E. 16.3.1 "Abreden im Bereich Luftfracht"; B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 4.3.3, E. 4.5 "Implenia").

Als Massnahmen können Verhaltens- und Unterlassungspflichten, z.B. das Abschliessen eines Vertrags oder die Verpflichtung, Abnehmer unter bestimmten Bedingungen zu beliefern, angeordnet werden (vgl. BGE 148 II 475 E. 4.3.4 "Bauleistungen Graubünden"; Urteil des BVGer B-2597/2017 E. 14.3 "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 4.314; ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, Art. 30, Rz. 59; KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel 2005, Rz. 12.85; RAMIN SILVAN GOHARI, Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, Bern 2016, S. 743; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 360).

Die angeordneten Massnahmen haben dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) zu entsprechen, müssen also im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel geeignet, erforderlich und zumutbar sein (BGE 148 II 475 E. 5 "Bauleistungen Graubünden", mit Verweis auf BGE 146 I 157 E. 5.4; Urteile des BVGer B-710/2014 E. 16.3.1 "Abreden im Bereich Luftfracht"; B-5161/2019 E. 4.3.3 und 5 ff. "Implenia"; ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, Art. 30, Rz. 59; KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, a.a.O., Rz. 12.85; GOHARI, a.a.O., S. 741; BILGER, a.a.O., S. 360).

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

12.4.3 Eine Massnahme darf zudem nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Zweckes erforderlich ist (BGE 131 V 107 E. 3.4.1; 130 V 196 E. 8). Praxisgemäss setzt eine Unterlassungsanordnung nämlich eine Wiederholungsgefahr im Sinne einer gewissen Wahrscheinlichkeit voraus, dass ein vergleichbares kartellrechtswidriges Verhalten droht (BGE 148 II 475 E. 4.4 ff.). Andernfalls ist die Anordnung von Massnahmen nicht erforderlich (Urteil des BVGer B-6849/2026 E. 12.5 "Bauleistungen See-Gaster").

Für die Annahme einer Wiederholungsgefahr spricht zunächst, dass von 1995 bis 2019 jeweils ein BLH-Verwaltungsratsmitglied Sitz im Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin hatte, wobei nicht ersichtlich ist, dass jemand in den Ausstand trat oder jemals Ausstandsregelungen oder technische/organisatorische Massnahmen thematisiert wurden. Weiter gelten die Anordnungen nur hinsichtlich Unternehmen, die innerhalb von 90 Fahrminuten von einem Asphaltmischgutwerk der Beschwerdeführerin entfernt selber ein Asphaltmischgutwerk betreiben. Es handelt sich somit bei den Personen, die nicht in den Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin aufgenommen werden dürfen, um Personen, die Unternehmen angehören, welche u.a. die gleiche Geschäftstätigkeit wie die Beschwerdeführerin (Betrieb eines Asphaltmischgutwerks) verfolgen. Die Vorinstanz erkannte damit zu Recht, dass Ausstandsregelungen oder technische/organisatorische

Massnahmen dazu führen würden, dass diese Verwaltungsratsmitglieder ihre gesetzlichen und statutarischen Aufgaben kaum erfüllen könnten.

12.4.4 Mit Blick auf die geringe Schwere des mit den Verhaltenspflichten verbundenen Eingriffs sind diese der Beschwerdeführerin auch ohne Weiteres zumutbar. Der Beschwerdeführerin verbleiben insbesondere ausreichende Möglichkeiten, geeignete Verwaltungsratsmitglieder zu finden. Weiter verfängt das Argument der Beschwerdeführerin, die zur Definition von Konkurrenzunternehmen herangezogenen 90 Fahrminuten würden zu Unrecht über den Radius des Kernliefergebiets der Beschwerdeführerin von 32 Fahrminuten hinausgehen, nicht. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, geht es bei der Anordnung der Massnahmen nicht um die Identifikation des Liefergebiets der Beschwerdeführerin, sondern um die Identifikation des Gebiets, in welchem sich potentielle Konkurrenten der Beschwerdeführerin befinden. Baustellen können beliefert werden, wenn diese rund 45 Fahrminuten von Werken entfernt sind. Diese Baustellen am Rand des Liefergebiets der Beschwerdeführerin können gleichermassen von Konkurrenzwerken beliefert werden, die sich bis zu 45 Fahrminuten in der entgegengesetzten Richtung befinden. Somit hat die Vorinstanz in nachvollziehbarer Weise angenommen, dass Werke, die sich innerhalb eines Radius von 90 Fahrminuten um das Werk der Beschwerdeführerin befinden, potentielle Konkurrenten sind.

12.4.5 Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich geltend macht, die Vorinstanz habe ihr Recht auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie die Wirksamkeit von Ausstandsregelungen oder technische/organisatorische Massnahmen (sog. "chinese walls") verneinte, ohne dies substantiiert zu begründen (Beschwerde, Rz. 406), ist ihr nicht zu Folgen. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin führt die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung eine Reihe von Argumenten auf, die ihrer Ansicht nach gegen die Wirksamkeit solcher Massnahmen sprechen (Verfügung, Rz. 786).

12.4.6 Aufgrund des Vorgesagten gehen die Massnahmen nicht über das erforderliche Mass hinaus, weshalb sich diese als verhältnis- und rechtmässig erweisen.

13. Sanktion

13.1 Ein Unternehmen, das sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in

der Schweiz erzielten Umsatzes belastet, wobei sich der Betrag nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens bemisst. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 49a Abs. 1 KG, in der Fassung vom 20. Juni 2003 [AS 2004 1385], vgl. vorne E. 8.1.1).

13.1.1 Nicht umstritten ist, dass die Beschwerdeführerin ein Unternehmen ist. Soweit sie rügt, die Sanktionierung scheide aus, weil ihr kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorgeworfen könne, ist ihr nicht zu folgen, da das Vorliegen einer unzulässigen Verhaltensweise bestätigt wird (vgl. vorne E. 8.2.7 und E. 9.7).

Damit ist der objektive Tatbestand von Art. 49a KG erfüllt.

13.1.2 Des Weiteren ist erforderlich, dass der Beschwerdeführerin der Kartellrechtsverstoss auch subjektiv zugerechnet werden kann bzw. vorzuwerfen ist. Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens. Dabei ergeben sich die Sorgfaltspflichten im Rahmen des Kartellrechts primär aus dem KG. Liegt ein nachweisbares wettbewerbswidriges Verhalten vor, ist in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt, denn die Unternehmen müssen über die Regeln des KG und über die dazu ergangene Praxis informiert sein (BGE 147 II 72 E. 8.4.2 "Pfizer"; 146 II 217 E. 8.5.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; 143 II 297 E. 9.6.2 "Gaba"). Im Übrigen besteht auch die Möglichkeit, sich über die aktuelle Rechtslage bei der WEKO zu informieren (BGE 143 II 297 E. 9.6.2 "Gaba"). Gründe, die dagegensprechen würden, dass der Beschwerdeführerin die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen vorgeworfen werden können, sind weder ersichtlich noch werden solche im Beschwerdeverfahren geltend gemacht.

Somit ist das kartellrechtswidrige Verhalten der Beschwerdeführerin auch subjektiv zurechenbar.

13.2 Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt, ist das Unternehmen zu sanktionieren; die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes (maximale Sanktion; Art. 49a Abs. 1 KG; Art. 7 der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004, SVKG, SR 251.5; BGE 146 II 217 E. 9.1, "Preispolitik Swisscom ADSL").

Der Betrag bemisst sich dabei nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen

dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 49a Abs. 1 KG; Art. 2 Abs. 1 SVKG). Im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung wird der im Einzelfall auszusprechende Betrag innerhalb des maximalen Sanktionsrahmens anhand der in Art. 2 ff. SVKG enthaltenen Kriterien in drei Schritten bestimmt (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.1 "Preispolitik Swisscom ADSL"; 144 II 194 E. 6.2 "Bayerische Motoren Werke"; Urteil des BGer 2C_484/2010 E. 12.3.1 "Publigroupe" [in BGE 139 I 72 nicht publizierte Erwägung]): Ermittlung des Basisbetrags (Art. 3 SVKG), Berücksichtigung der Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) sowie erschwerender und mildernder Umstände (Art. 5 und 6 SVKG). Bei der Festsetzung der Sanktion ist das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 2 Abs. 2 SVKG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 BV).

Der Basisbetrag umfasst je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (vgl. Art. 3 SVKG) und wird ebenfalls in drei Schritten ermittelt: Feststellung der relevanten Märkte, Umsatz auf diesen und Anpassung der Sanktionshöhe an die objektive Schwere des Verstosses (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.1 "Preispolitik Swisscom ADSL"; 144 II 194 E. 6.2 "Bayerische Motoren Werke").

Die Schwere des Verstosses (vgl. Art. 3 SVKG) ist objektiv, d.h. verschuldensunabhängig, zu berücksichtigen (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2 "Preispolitik Swisscom ADSL"; 144 II 194 E. 6.4 "Bayerische Motoren Werke"; Urteil des BVGer B-2597/2017 E. 15.2.4.1 "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"). Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotential, und zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses und die Anzahl der Beteiligten (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2 "Preispolitik Swisscom ADSL"; 144 II 194 E. 6.4 "Bayerische Motoren Werke"; Urteil des BVGer B-2597/2017 E. 15.2.4.1 "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"). Die Erläuterungen zu Art. 3 SVKG gehen davon aus, dass sich bei Missbräuchen von marktbeherrschenden Unternehmen nach Art. 7 KG der Basisbetrag "regelmässig im oberen Drittel des Rahmens", d.h. bei 7-10 %, bewegt (vgl. TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 55). Er ist jedoch im Einzelfall zu beurteilen (vgl. Urteile des BVGer B-5819/2020 E. 11.2.1 "Eishockey im Pay-TV"; B-2597/2017 E. 15.2.4.2 "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 54).

Der Basisbetrag wird um bis zu 50 Prozent erhöht, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren dauerte. Dauerte der Wettbewerbsverstoss mehr als fünf Jahre, so wird der Basisbetrag für jedes zusätzliche Jahr mit einem Zuschlag von bis zu 10 Prozent erhöht (vgl. Art. 4 SVKG). Unter Berücksichtigung eines gewissen zulässigen Schematismus und des Verhältnismässigkeitsprinzips ist es nicht bundesrechtswidrig, den Basisbetrag um jeweils 10 Prozent pro angefangenes Jahr für die Dauer von einem bis zu fünf Jahren stufenweise zu erhöhen (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.3 "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer 2C_484/2010 E. 12.3.4 "Publigroupe" [nicht in BGE 139 I 72 publizierte Erwägung]). Das Sanktionsbedürfnis für sehr weit zurückliegende Verstösse fällt geringer aus als für neuere Verstösse (STEFAN TRECHSEL/MARLEN SCHULTZE, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl. Zürich 2021, Vor Art. 97, Rz. 1, mit Verweis auf BBI 2012 9258).

Hinsichtlich des konkreten Sanktionsbetrags kommt der rechtsanwendenden Wettbewerbsbehörde erhebliches Ermessen zu (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 8.3.4 "Publigroupe"; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2, Rz. 29; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 18). In dieses dürfen die Rechtsmittelinstanzen nicht leichthin, sondern nur bei pflichtwidriger Ermessensausübung eingreifen (vgl. Urteile des BVGer B-5819/2020 E. 11.2.1 "Eishockey im Pay-TV"; B-2977/2007 E. 8.3.7 "Publigroupe").

13.2.1 Die Vorinstanz ging von einem erzielten Umsatz im relevanten Markt für die Geschäftsjahre 2018 bis 2020 in der Höhe von Fr. [...] aus. Den Basisbetrag setzte sie bei einem Prozentsatz von 4 % an (Fr. [...]). Diesen Basisbetrag erhöhte sie aufgrund der Dauer des Verstosses um 130 %. Aufgrund mildernder Umstände reduzierte sie die Sanktion um 10 %. Auf diese Weise errechnete die Vorinstanz eine Verwaltungssanktion in der Höhe von Fr. [1.5-2 Mio.] (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 823).

Diese vorinstanzliche Sanktionsbemessung beruht nach Auffassung der Beschwerdeführerin zunächst auf einem zu hohen Basisbetrag. Es sei bloss von einem leichten Verstoss auszugehen, weshalb der Basisbetrag auf maximal 2 % zu reduzieren sei. Weiter sei der Basisbetrag in Hinblick auf die Dauer des Verstosses nur um 100 % zu erhöhen. Schliesslich seien weitere mildernde Umstände zu berücksichtigen.

13.2.2 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

Die Vorinstanz geht von einem mittelschweren Verstoss aus. In Bezug auf die Gewährung von Vorzugskonditionen berücksichtigte sie als erschwerende Faktoren, dass das Asphaltmischgut ein wichtiger Kostenfaktor im Markt für Strassenbau sei und der Preis auf diesem Markt den wichtigsten Wettbewerbsparameter darstelle. Jedoch seien ein grosser Teil der im Strassenbau in der Region Bern aktiven Bauunternehmungen Aktionärinnen der Beschwerdeführerin und der Wettbewerb unter den Aktionärinnen sei durch die Gleichbehandlung nicht beeinträchtigt. In Bezug auf das Treuebonussystem wertete sie als erschwerende Faktoren, dass dieses ein zeitlich unbegrenztes Instrument darstelle und wiederum der Preis der primäre Wettbewerbsfaktor im Markt für Asphaltmischgut sei. Zu Gunsten der Beschwerdeführerin berücksichtigte sie aber, dass kein Exklusivbezug erforderlich sei, um den Treuebonus beanspruchen zu können.

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist von einem leichten Verstoss und einem Basisbetrag von maximal 2 % auszugehen. Zur Begründung führt sie aus, der vorgeworfene Verstoss betreffe bloss den Wettbewerbsparameter des Preises und keine weiteren wie Gebiet oder Absatzmenge. Weiter hätte das beanstandete Verhalten keine spürbaren Auswirkungen auf das Preisniveau.

Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Beschwerdeführerin mit zwei Verhaltensweisen, Gewährung von Vorzugskonditionen und Anwendung eines Treuebonussystems, kartellrechtswidrig verhielt, was insgesamt schwerwiegender zu bewerten ist als eine einzelne Verhaltensweise (TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 52). Hinzu kommt, dass eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung verstärkt wird, indem beide Verhaltensweisen den Preis als wichtigsten Wettbewerbsparameter im Belagsbereich betreffen. Der Einwand der Beschwerdeführerin, darüber hinaus seien keine weiteren Wettbewerbsparameter betroffen, stösst ins Leere. Vielmehr würde eine weitere kartellrechtswidrige Verhaltensweise als erschwerender Umstand gewertet. Auch aus dem Argument, das Preisniveau für Asphaltmischgut im Raum Mittelland liege unter dem Schweizer Durchschnitt, vermag die Beschwerdeführerin nichts für sich abzuleiten, da der Raum Mittelland um ein Vielfaches grösser ist als der relevante Markt. Insgesamt ist mit der Vorinstanz von einem mittelschweren Verstoss auszugehen. Die Ansetzung des Basisbetrags bei einem Prozentsatz von 4 % erweist sich somit als angemessen.

13.2.3 Zuschlag für die Dauer des beanstandeten Verhaltens

Die Vorinstanz ging von einer massgeblichen Dauer des unzulässigen Verhaltens von 17 Jahren aus (nämlich von 2004 [Inkrafttreten von Art. 49a Abs. 1 KG] bis 2021 [Erlass angefochtene Verfügung]). Sie kürzte den maximalen Zuschlag von 170 % auf 130 % des Basisbetrages, weil das Sanktionsbedürfnis für sehr weit zurückliegende Verstösse geringer ausfalle als für neuere Verstösse. Zudem sei zu berücksichtigen, dass das Treuebonusssystem ab Jahr 2014 eine grössere potenzielle Wirkung entfaltete und entsprechend der Dauerzuschlag für diese Jahre höher anzusetzen sei, als für die vergangenen Jahre.

Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, der Dauerzuschlag sei für die Zeitperiode von 2004 bis 2009 nicht zu berücksichtigen, weil die Vorinstanz ihre Erkenntnisse bloss auf Daten aus den Jahren 2009 bis 2019 stütze. Weiter sei in Erinnerung zu rufen, dass das Sanktionsbedürfnis für sehr weit zurückliegender Verstösse geringer ausfalle als für neuere Verstösse. Es sei auf eine Periode von höchstens 10 Jahren abzustellen.

Zunächst ist festzuhalten, dass entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin auch die Verstösse von 2004 bis 2009 belegt sind. Die Beschwerdeführerin führt aber zu Recht aus, dass das Sanktionsbedürfnis für sehr weit zurückliegende Verstösse geringer ausfällt als für neuere Verstösse. Diesen Umstand hat die Vorinstanz jedoch berücksichtigt, indem sie den maximalen Zuschlag von 170 % auf 130 % des Basisbetrages reduzierte.

13.2.4 Erschwerende oder mildernde Umstände

Die Vorinstanz reduzierte die Sanktion um 10 %, mit der Begründung, die Beschwerdeführerin habe kooperiert, indem sie freiwillig die Lieferscheindaten sowie weitere Unterlagen einreichte.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die finanziellen Konsequenzen der Sanktion könnten ihr Überleben in Frage stellen. Weiter würde die Sanktion letztlich von den Aktionärinnen getragen.

Diese Vorbringen der Beschwerdeführerin sind nicht als mildernde Umstände, sondern im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen. Die Beurteilung der Vorinstanz ist somit nicht zu beanstanden.

13.2.5 Verhältnismässigkeit

Die Regelungen der Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 ff. SVKG stellen zwar bereits eine Ausprägung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dar, indem die Art, Schwere und Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens sowie erschwerende und mildernde Umstände in eine konkrete Struktur der Ermittlung der massgeblichen Sanktion gefasst werden. Ungeachtet dessen hat die sanktionierende Instanz aber im Einzelfall auch bei der konkreten Festlegung der Sanktion im Rahmen der ihr zustehenden Wertungsspielräume den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten (vgl. Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 "Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II" E. 9.8.8"). Der Grundsatz verlangt, dass eine Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist (vgl. BGE 140 I 353 E. 8.7; 140 I 2 E. 9.2.2). Entsprechend soll der Bussenbetrag bei kartellrechtlichen Sanktionen in einem zumutbaren Verhältnis zur Leistungsfähigkeit des Unternehmens stehen (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.7.2 "Gaba"; Urteil des BGer 2C_484/2010 E. 12.3.2 "Publigroupe" [nicht in BGE 139 I 72 publizierte Erwägung]).

Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, ihr Überleben könne durch die finanziellen Konsequenzen der Sanktion in Frage gestellt werden, ist nicht belegt und auch den Akten sind keine dahingehenden Hinweise zu entnehmen. Weil ein Unternehmen, das Liquidationsschwierigkeiten geltend macht, eine sehr weitgehende Mitwirkungspflicht trifft und es somit vollständig über seine aktuelle finanzielle Situation Auskunft zu geben hat, ist auf diese Rüge nicht weiter einzugehen (vgl. Urteil des BVGer B-5172/2019 "Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II" E. 9.8.10.3). Auch der Einwand, die Aktionärinnen hätten die Sanktion letztlich zu tragen, stösst ins Leere, zumal die Aktionärinnen von den unzulässigen Vorzugskonditionen profitierten. Die Vorinstanz hat damit zu Recht den Sanktionsbetrag als zumutbar erachtet.

13.3 Ergebnis zum Sanktionsbetrag

Der von der Vorinstanz verfügte Sanktionsbetrag von Fr. [1.5-2 Mio.] ist somit zu bestätigen.

14. Ergebnis

14.1 Als Ergebnis folgt, dass die Beschwerdeführerin ihre beherrschende Stellung auf dem relevanten Asphaltmarkt missbraucht hat, indem sie ihren Aktionärinnen Vorzugskonditionen gewährte (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) und ein Treuebonussystem anwendete (Art. 7 Abs. 1 KG). Zudem hat die Beschwerdeführerin einen unzulässigen Informationsaustausch gepflegt (Art. 5 Abs. 1 KG). Aufgrund des Verstosses gegen das KG hat die Vorinstanz ihr zu Recht eine Massnahme auferlegt. Sie ist aufgrund des Missbrauchs ihrer marktbeherrschenden Stellung mit einem Sanktionsbetrag von Fr. [1.5-2 Mio.] zu belasten.

14.2 Die als "Beweisanträge" und "Verfahrensanträge" gestellten Begehren der Beschwerdeführerin beziehen sich auf die ordnungsgemässe Führung dieses Verfahrens.

Der erste Beweisantrag betrifft den Beizug der vorinstanzlichen Akten. Das Bundesverwaltungsgericht hat hier im Rahmen des vom Untersuchungsprinzip (Art. 12 VwVG) beherrschten Beschwerdeverfahrens die Akten der Vorinstanz sowie die fraglichen Stellungnahmen beigezogen.

Weiter wurde u.a. die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels beantragt (Verfahrensantrag 2). Anlässlich der öffentlichen Parteiverhandlung vom 14. November 2022 erklärte sich die Beschwerdeführerin damit einverstanden, dass kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wird.

Ein weiterer Verfahrensantrag, der im Ergebnis auf die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin zielt (Verfahrensantrag 4), ist im Rahmen der Verfahrensführung zu berücksichtigen. Das Bundesverwaltungsgericht hat Entscheide grundsätzlich anonymisiert zu veröffentlichen (Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und Art. 8 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 11. Dezember 2006, SR 173.320.4). Es wird die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG ex lege geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen haben (vgl. BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 18.2.1 "Abreden im Bereich Luftfracht").

15. Verfahrenskosten und Parteientschädigung

Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Spruchgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der

Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. b VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Art. 4 VGKE sieht bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert zwischen Fr. 1'000'000.– und Fr. 5'000'000.– eine Gerichtsgebühr zwischen Fr. 7'000.– und Fr. 40'000.– vor. Angesichts des ausgewiesenen Vermögensinteresses der vorliegenden Streitigkeit (des Sanktionsbetrags von Fr. [1.5-2 Mio.]) ist die Gerichtsgebühr (inkl. Kosten für die öffentliche Verhandlung vom 14. November 2022) streitwertabhängig auf Fr. 19'000.– festzusetzen (Art. 2 Abs. 1 VGKE i.V.m. Art. 4 VGKE). Diese ist der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Diese Gebühr wird nach Rechtskraft des Urteils dem am 1. April 2022 von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 19'000.– entnommen.

Der unterliegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 19'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag wird nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils dem in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss entnommen.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

David Aschmann

Laura Rikardsen

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 16. Juni 2026

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)