



# **Entflechtung von Gemeinschaftsunternehmen im Bereich Walzasphalt**

Bericht zu den Verfahren B 1- 100/12 nach der  
Sektoruntersuchung Walzasphalt

Juli 2015

**Bearbeiter**

Dr. Fabian Theurer LL.M. (Brügge)

**Kontakt**

Bundeskartellamt

1. Beschlussabteilung

Kaiser-Friedrich-Straße 16

53113 Bonn

[poststelle@bundeskartellamt.bund.de](mailto:poststelle@bundeskartellamt.bund.de)

[www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de)

## Bericht zu den Entflechtungsverfahren B1-100/12

### Inhaltsverzeichnis

<b>Überblick .....</b>	<b>4</b>
<b>Executive Summary .....</b>	<b>5</b>
<b>A. Anlass, Ziel und Verlauf der Entflechtungsverfahren.....</b>	<b>8</b>
<b>B. Ergebnisse der Entflechtungsverfahren.....</b>	<b>11</b>
<b>C. Verfahrensrahmen und Erfahrungen .....</b>	<b>16</b>
<b>I. Verfahrensrahmen.....</b>	<b>16</b>
<b>II. Erfahrungen .....</b>	<b>17</b>
<b>D. Abstimmung der Zuwerdung .....</b>	<b>19</b>
<b>I. Grundsätze und Verfahren .....</b>	<b>19</b>
<b>II. Erfahrungen .....</b>	<b>20</b>
<b>III. Maßnahmen und Nachweis der Entflechtung.....</b>	<b>21</b>
1. Gemeinschaftsunternehmen .....	21
2. Weitere Verflechtungen.....	23
<b>IV. Fusionskontrollverfahren .....</b>	<b>24</b>
1. Überblick .....	24
2. Vergleichsszenario für die wettbewerbliche Prüfung .....	25
<b>E. Räumliche Marktabgrenzung .....</b>	<b>26</b>
<b>I. Entwicklung und Neuausrichtung .....</b>	<b>26</b>
<b>II. Vorgehen.....</b>	<b>27</b>
<b>F. Kartellrechtliche Prüfung .....</b>	<b>30</b>
<b>I. Überblick.....</b>	<b>30</b>
<b>II. Regelvermutung .....</b>	<b>31</b>
<b>III. Einzelfallprüfung .....</b>	<b>33</b>
1. Wirtschaftliche Bedeutung .....	33
1.1. Bedeutung des GU auf dem Markt.....	34
1.2. Bedeutung des GU im Verhältnis zu den konkurrierenden Teilhabern.....	34
1.2.1. Marktpräsenz der beteiligten Unternehmen.....	34
1.2.2. GU-Beteiligungsquoten der konkurrierenden Teilhaber .....	38
Beteiligung und Einflussmöglichkeiten .....	41
1.2.3. kombinierte Betrachtung .....	45
2. Strategische Bedeutung.....	48
2.1. Gründungszusammenhang und Erweiterung des Marktauftritts.....	49
2.2. Späterer Beitritt zu GU .....	51
2.3. Beruhigung des Preiswettbewerbs und Marktaufteilung .....	52
3. Konkreter Marktcontext.....	54
3.1. Produktcharakter und Wettbewerbsparameter .....	54
3.2. Markttransparenz.....	55
3.3. Informationsflüsse aus den GU und personelle Verflechtungen.....	56
3.3.1. Informationsflüsse .....	56
3.3.2. Personelle Verflechtungen .....	58
3.4. Angebots- und Nachfragebedingungen.....	59
3.4.1. Angebotsbedingungen.....	59

3.4.2.	Nachfragebedingungen .....	63
3.4.3.	Marktstrukturen .....	63
4.	Prüfung des Bezweckens und Bewirkens.....	64
<b>IV.</b>	<b>Überschießende Verhaltensweisen und Auswirkungen mit teilweisem Bezug auf GU.....</b>	<b>64</b>
1.	Kaufmännische Dienstleistungen der GU-Teilhaber.....	66
1.1.	Preisfestsetzung beim GU und Koordinierung der Teilhaber.....	66
1.2.	Preisfestsetzung auch zwischen den Teilhabern .....	67
2.	Ergebnisbeteiligungen bei Teilhaber-Werken .....	69
3.	Lieferverhalten zwischen konkurrierenden GU-Teilhabern bzw. im Verhältnis zum GU .....	70
4.	Kollegenlieferverträge .....	72
<b>V.</b>	<b>Liefergemeinschaften .....</b>	<b>73</b>
1.	Anlass der Prüfung.....	74
2.	Zu den angegebenen Gründen für Liefergemeinschaften .....	75
3.	Kriterien der kartellrechtlichen Prüfung und Selbstveranlagung.....	76
4.	Kartellrechtliche Selbstveranlagung im Bereich der öffentlichen Nachfrage .....	82

## Überblick

Der vorliegende Bericht fasst den Anlass, Verlauf und die Ergebnisse der Ende 2012 eingeleiteten Verfahren zur bundesweiten kartellrechtskonformen Entflechtung von wettbewerbsbeschränkenden Gemeinschaftsunternehmen und weiteren Verflechtungen auf dem Walzasphaltmarkt zusammen.

Bis Anfang März 2015 konnten 96 der 104 Verfahren abgeschlossen werden. Bei den bislang 80 erfolgten Entflechtungen von Gemeinschaftsunternehmen wurden zugleich zahlreiche problematische Informationsflüsse zwischen konkurrierenden Marktteilnehmern abgestellt. Darüber hinaus wurden mehr als 70 weitere wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen u.a. zu kaufmännischen Dienstleistungen beendet. Anmeldepflichtige Entflechtungen von Gemeinschaftsunternehmen wurden in mehr als 35 Fusionskontrollverfahren geprüft und jeweils freigegeben.

Der Bericht erläutert das von der 1. Beschlussabteilung in den Entflechtungsverfahren zugrunde gelegte kartellrechtliche Prüfprogramm.

Nach den Entflechtungen bleibt die kartellrechtliche Prüfung von Walzasphalt-Liefergemeinschaften zwischen konkurrierenden Marktteilnehmern besonders bedeutsam. Der Bericht benennt u.a. die Kriterien für die unternehmerische Selbstveranlagung und die Überprüfung durch die Nachfrager.

## Executive Summary

.....

### Report on joint venture dissolutions in the rolled asphalt industry

The present report provides an overview of the proceedings initiated by the Bundeskartellamt to dissolve company interlocks in the German rolled asphalt industry. A previous sector inquiry whose findings were published in October 2012<sup>1</sup> had revealed that there is a closely-knit and complex network of jointly operated plants and subsidiaries in the sector, which are operated by one or more joint venture shareholders who are active on the same or overlapping geographic markets for rolled asphalt. The findings of the sector inquiry implied that these company interlocks result in conflicts of interests which restrict competition.

As a consequence of these findings, the Bundeskartellamt opened proceedings relating to 104 joint ventures (JVs) with the aim of introducing more effective competition in the rolled asphalt market by dissolving anticompetitive company interlocks. Asphalt suppliers that are not active on the downstream markets (in particular road construction) are to be enabled to make more autonomous offers in the future. Vertically integrated companies also active on the downstream markets are to have stronger economic incentives to market the asphalt produced at their mixing plants. With the termination of their profit sharing in the dissolved JV, they are to be encouraged to decide independently on whether to enhance their rather low capacity utilisation (which so far was largely limited to what was needed for internal use) in order to make competitive offers to third party buyers of asphalt. In most cases, the comprehensive competition assessments were undertaken on the basis of the case-law of the Federal Court of Justice on how to assess simultaneous activities of a joint venture and two or more of its shareholders on the same product and geographic market with regard to the cartel prohibition of Section 1 of the German Competition Act.<sup>2</sup>

In view of the fact that the regional markets for rolled asphalt are small and often overlap or adjoin each other, the Bundeskartellamt used an isochrone based method when defining the affected geographic markets. Besides the delivery data the method includes data on vehicle

---

<sup>1</sup> Company interlocks on trial - Bundeskartellamt publishes final report on sector inquiry into rolled asphalt industry; Press release of 1.10.2012; [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2012/01\\_10\\_2012\\_SU-Walzasphalt.html?nn=3591568](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2012/01_10_2012_SU-Walzasphalt.html?nn=3591568)

<sup>2</sup> BGH, dec. of 04.03.2008, KVZ 55/07 - Nord-KS; dec. of 08.05.2001, KVR 12/99 - Ost-Fleisch

profiles of the transport vehicles used, time-based vector data for these vehicles and an assessment of the transport costs.

The procedural approach concerning the JV dissolutions was to call on all JV shareholders (and not only those whose competitive incentives had actually changed on account of their being active simultaneously in the market) to decide among themselves on whether and how they intended to solve the problem and to submit only one proposal to the Bundeskartellamt to this effect. Until now, no formal prohibitions have been issued nor has the disgorgement of profits been ordered.<sup>3</sup> The following table lists the status of the proceedings (March 2015):

	Number of cases	Percentage
<b>Reason for abatement of proceedings</b>		
legally compliant JV dissolution	71	68,3 %
positive reciprocal effects of other JV dissolutions or the closing of mixing plants	9	8,7 %
other cases of abatement due to <ul style="list-style-type: none"> <li>• legal assessment or</li> <li>• minor economic relevance, solely other product markets (mastic asphalt) concerned</li> </ul>	16	15,3 %
<b>Ongoing proceedings</b>		
<b>none or insufficient (partial) JVdissolution</b>	<b>8</b>	<b>7,7 %</b>
<b>Total</b>	<b>104</b>	<b>100 %</b>

Furthermore, numerous restrictive information exchanges and interlocking directorates as well as commercial marketing contracts between the JVs and their competing shareholders were disbanded. For the developments between 2012 and March 2015 please refer to figures 1 and 2 on pages 14 and 15. In the figures, the red markings only refer to those plants participating in the cartel law violation which belong to a JV. Plants participating in the violation which do not belong to the JV but to a competing JV shareholder are not highlighted in red.

Currently, 65 JVs with mostly small and medium sized shareholders which either provide road construction services or have purely financial interests are active on the markets for rolled asphalt. These JVs do not operate their own mixing plants and do not raise any concerns with regard to the cartel prohibition.

<sup>3</sup> The JV dissolutions have triggered 37 merger control proceedings which were cleared in the first phase.

The structural changes in the asphalt industry coincide with increased infrastructure investments in Germany, which involve the renovation of asphalt streets. The report also offers guidance on the self assessment of asphalt producers who engage in joint asphalt deliveries.

## A. Anlass, Ziel und Verlauf der Entflechtungsverfahren

1. Die 1. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes (im Folgenden: die Beschlussabteilung) hatte aufgrund von Erkenntnissen aus abgeschlossenen Fusionskontrollverfahren eine Sektoruntersuchung im Markt für Walzasphalt durchgeführt (B1-33/10). Die Ergebnisse der Sektoruntersuchung hatten die Vermutung bestätigt, dass im Markt für Walzasphalt eine erhebliche Anzahl von Gemeinschaftsunternehmen (GU) bestehen. GU im Sinne des Abschlussberichts sind Unternehmen, an denen mindestens zwei voneinander unabhängige Unternehmen beteiligt sind. Die Beschlussabteilung hatte die festgestellten ca. 130 GU einer vorläufigen kartellrechtlichen Beurteilung unterzogen. Grundlagen waren eine typisierte Betrachtung von Beteiligungs- und Marktconstellations (sog. Typen A, B, C und U) und die weiteren in der Sektoruntersuchung ermittelten Informationen und Marktdaten.<sup>4</sup> 104 der insgesamt festgestellten 130 GU wurden danach prima facie als kartellrechtlich problematisch eingestuft.
2. Aufgrund der vorläufigen Ergebnisse hat die Beschlussabteilung nach der Veröffentlichung des Abschlussberichts zur Sektoruntersuchung (Abschlussbericht) betreffend die 104 als kartellrechtlich problematischen eingestuften GU Verfahren nach § 32 GWB eingeleitet mit dem Ziel, kartellrechtswidrige Unternehmensverflechtungen - insbesondere in Form von Gemeinschaftsunternehmen - abzustellen (B1-100/12, Entflechtungsverfahren).<sup>5</sup> Ziel und Folge der Verfahren soll künftig wirksamerer Wettbewerb zwischen wirtschaftlich unabhängigen Asphaltangeboten sein.
3. Betroffen waren und sind im Wesentlichen zwei häufig miteinander über GU verflochtene Gruppen von Unternehmen. Dies sind einerseits Unternehmen, die keine dem Walzasphaltbereich nachgelagerten Leistungen, insbesondere nicht im Straßenbau, vermarkten. Diese Anbieter sollen den Nachfragern künftig stärker selbständige Angebote machen. Andererseits können und sollen die GU-Entflechtungen bewirken, dass Straßenbauunternehmen mit eigenen Asphaltaktivitäten mittelfristig stärkere wirtschaftliche Anreize beim Asphaltabsatz

---

<sup>4</sup> BKartA, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Walzasphalt, September 2012 (Abschlussbericht), Rn. 145 – 228, 231 - 234.

<sup>5</sup> 26 der in der Sektoruntersuchung ermittelten 130 GU wurden prima facie als kartellrechtlich unbedenklich eingestuft und nicht weiter geprüft. Jedes der weiteren 104 GU-Entflechtungsverfahren wurde unter einem Unteraktenzeichen von B1-100/12 geführt.

haben. Aufgrund des Wegfalls der Ergebnisbeteiligungen an kartellrechtswidrigen Walzasphalt-GU können und müssen sie mittelfristig darüber entscheiden, ihre eigenen Werke über die Eigenabnahme hinaus stärker durch zusätzliche wettbewerbsfähigere Asphaltangebote auch an Dritte auszulasten.

4. Die Beschlussabteilung hatte im Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung den zeitlichen und sachlichen Rahmen in Gestalt eines dreistufigen weiteren Vorgehens skizziert (dazu sogleich). Im Oktober 2012 beantragte und erhielt die Beschlussabteilung von mehreren Landeskartellbehörden die Abgabe der Zuständigkeit für GU, deren Wirkungen möglicherweise in deren Zuständigkeit fielen.
5. Allen betroffenen GU und ihren Teilhabern wurde die vorläufige kartellrechtliche Beurteilung mitgeteilt. In der Mehrzahl betraf dies GU, an denen eines oder mehrere der großen sog. G4-Unternehmen Werhahn, STRABAG, EUROVIA und KEMNA beteiligt waren.<sup>6</sup>
6. Die adressierten Unternehmen wurden in der Stufe 1 gebeten, eine kartellrechtliche Selbstveranlagung vorzunehmen und innerhalb von drei Monaten mitzuteilen, ob sie von sich aus bereit waren, sämtliche festgestellten kartellrechtlichen Bedenken in einem angemessenen Zeitraum wirksam zu beseitigen. Nahezu sämtliche Unternehmen teilten zunächst mit, etwaige kartellrechtliche Bedenken selbständig beseitigen zu wollen.
7. In der Stufe 2 sollten die Unternehmen der Beschlussabteilung die notwendigen Entflechtungsmaßnahmen innerhalb von weiteren 6 Monaten in Gestalt eines unter ihnen erarbeiteten, abgestimmten und zielführenden Entflechtungsplans vorlegen. Innerhalb der Stufe 2 wurden ca. 17 Pläne von der Beschlussabteilung geprüft, als kartellrechtskonforme Entflechtung bewertet und die Entflechtungsverfahren zeitnah eingestellt.
8. Weitere 10 Verfahren wurden nach der ersten schriftlichen Stellungnahme der Unternehmen beendet, da einzelne GU zwischenzeitlich liquidiert waren, bzw. Werksstilllegungen oder sonstige Gründe die vorläufigen kartellrechtlichen Bedenken beseitigt hatten. Die verbleibenden Stellungnahmen wiesen die vorläufigen kartellrechtlichen Bedenken nunmehr größtenteils zurück. Die Beschlussabteilung

---

<sup>6</sup> Abschlussbericht, Rn. 235 - 238.

nahm im August bzw. im Oktober 2013 umfangreiche förmliche Ermittlungen betreffend 15 GU mit ca. 90 Werken in Norddeutschland (sog. Komplex Nord) und 16 GU mit mehr als 180 Werken in Südwestdeutschland (sog. SÜDWEST-Komplex) auf. In beiden Ermittlungskomplexen wurden komplexe mehrschichtige und flächendeckende GU-Verflechtungen adressiert.

9. Im Jahr 2013 hat die Beschlussabteilung Vorträge zur Sektoruntersuchung und den Entflechtungsverfahren gehalten und an öffentlichen Diskussionen mit Anwälten und Unternehmensvertretern teilgenommen, um die Position der Beschlussabteilung zu erläutern und die Unternehmen zu eigenständigen Entflechtungsmaßnahmen anzuregen.
10. Der Vollzug der vorgenannten kartellrechtskonformen Entflechtungspläne sollte in der Stufe 3 innerhalb eines weiteren halben Jahres, d.h. Ende 2013, und insgesamt 15 Monate nach der ersten Mitteilung im Oktober 2012 endgültig umgesetzt werden. Ende 2013 wurden zusätzlich knapp 10 Verfahren eingestellt, womit insgesamt etwa 35 Verfahren der 104 Verfahren erledigt waren.
11. Anfang Dezember 2013<sup>7</sup> nahm die Beschlussabteilung ein Bußgeldverfahren aufgrund eines Markers und mehrerer nachfolgender Anträge gemäß der Bonusregelung auf (B1-189/13). Sie ermittelt wegen des Verdachts von mehrschichtigen Absprachen bei Asphaltmischgut in Hessen und angrenzenden Bundesländern.
12. Anlässlich zweier fusionskontrollrechtlicher Prüfungen betreffend einer später abgeänderten Teilentflechtung des GU Südharz in Mitteldeutschland (B1-195/13 und B1-196/13) wurden im März 2014 in Hauptprüfverfahren großflächige förmliche Ermittlungen betreffend über 80 Werke durchgeführt. Neben den Auswirkungen des GU auf dem Walzasphaltmarkt wurde auch zu sog. spill over-Effekten im Bereich des Straßenbaus ermittelt.
13. Die Beschlussabteilung hat bislang keine förmlichen Entscheidungen nach § 32 ff. GWB erlassen müssen und keine Bußgeldverfahren betreffend die Entflechtung von GU eingeleitet. Die Entflechtungspläne zahlreicher Nord-GU und SÜDWEST-GU wurden unmittelbar vor der förmlichen Untersagung vorangehenden Gewährung des schriftlichen Gehörs zur Prüfung vorgelegt.

---

<sup>7</sup> Zum Stand im Juni 2014: BKartA, Der Jahresbericht 2013, S. 16.

## B. Ergebnisse der Entflechtungsverfahren

14. In diesem Kapitel werden die Ergebnisse der größtenteils abgeschlossenen 104 Verfahren dargestellt. Insgesamt 96 Verfahren wurden eingestellt bzw. in Einzelfällen steht die Einstellung bei Vollzug der verbindlich zugesagten Entflechtung unmittelbar bevor.
15. Die folgenden Tabellen und Abbildungen präzisieren die Angaben zum jeweiligen Verfahrensstand, zur Zahl der GU nach den Entflechtungen und zu den Entflechtungen auf Werksebene.
16. **Tabelle 1:** Überblick zu Verfahrensständen<sup>8</sup>

	Verfahren	Anteil
<b>Grundlage der Einstellung</b>		
kartellrechtskonforme Entflechtung	71	68,3 %
Positive Wechselwirkung anderer Entflechtungen oder kartellrechtskonforme Werksstilllegungen	9	8,7 %
sonstige Einstellung wg. <ul style="list-style-type: none"> <li>• rechtlicher Beurteilung (bereits kein Typ A bis C feststellbar) oder</li> <li>• geringer wirtschaftlicher Bedeutung, GU nur auf Gussasphaltmarkt aktiv, Verfahrensökonomie</li> </ul>	16	15,3 %
<b>laufende Verfahren</b>		
keine oder unzureichende (Teil)Entflechtung	8 <sup>9</sup>	7,7 %
<b>Gesamt</b>	<b>104</b>	<b>100 %</b>

<sup>8</sup> Ohne die prima facie kartellrechtlich unproblematischen 27 GU (Typ U-Fälle).

<sup>9</sup> Die Verfahrenszahl der könnte sich wegen Übernahmen und Verschmelzungen nachträglich auf bis zu 101 Verfahren reduzieren.

17. **Tabelle 2:** Zahl der Gemeinschaftsunternehmen nach den Entflechtungen

	Zahl	Anteil
<b>Gemeinschaftsunternehmen</b>		
prima facie unproblematisch (sog. Typ U)	27	38 %
nach kartellrechtskonformer Entflechtung bzw. positiver Wechselwirkung anderer Entflechtungen	22	31 %
sonstige Einstellung wg. <ul style="list-style-type: none"> <li>• rechtlicher Beurteilung (bereits kein Typ A bis C feststellbar) oder</li> <li>• geringer wirtschaftlicher Bedeutung, GU nur auf Gussasphaltmarkt aktiv, Verfahrensökonomie</li> </ul>	16	22,5 %
<b>nicht entflochten</b>	<b>6<sup>10</sup></b>	<b>8,5 %</b>
<b>Gesamt</b>	<b>71</b>	<b>100 %</b>

18. Die vorangestellte Tabelle zeigt, dass auch nach den durchgeführten Entflechtungsmaßnahmen noch 71 von 130 GU bestehen werden. Allerdings werden hiervon derzeit nur noch 6 als kartellrechtswidrig angesehen. Bei den verbliebenen GU sind die kartellrechtlich problematischen Beteiligungen aufgegeben. Bei den 27 Typ U-Fällen und den nach Entflechtung in geänderter Zusammensetzung fortgesetzten 22 GU sind die Teilhaber in den Bereichen Walzasphalt, Vorprodukte bzw. dem nachgelagerten Straßenbau praktisch ausnahmslos weder aktuelle noch potentielle Wettbewerber, bzw. sie sind nur im Straßenbau nebeneinander tätige mittelständische Unternehmen ohne Asphaltaktivitäten. Das Gleiche gilt für 12 von 16 GU, deren Verfahren aus sonstigen Gründen eingestellt worden sind. Eine Ausnahme zu den vollständig entflochtenen GU bildet die bedeutende bam Bayerische Asphaltmischwerke GmbH & Co. KG für Straßenbaustoffe sowie einzelne auf sie verschmolzene GU. An der bam sind Werhahn und STRABAG beteiligt. Die bam hat in den Jahren 2014 und 2015 ihrerseits zahlreiche bedeutende Beteiligungen an anderen GU vollständig entflochten und erfüllt ihrerseits die Voraussetzungen der Typen A bis C gemäß der vorläufigen Beurteilung aktuell nicht (mehr).
19. Als Folge der Entflechtungsverfahren sind, mit Ausnahme der vorgenannten bam, die zahlreichen und wirtschaftlich bedeutsamsten kartellrechtswidrigen Verflechtungen zwischen den vier G4-Unternehmen vollständig aufgelöst. Bundesweit sind damit

<sup>10</sup> Nach derzeitigem Stand hat sich die Zahl der nicht entflochtenen GU von zuvor 8 GU aktuell auf 6 reduziert (dazu vorherige Fn.), was auf Ebene der Verfahren nach der Tabelle 1 (8 Verfahren) noch nicht berücksichtigt ist.

sämtliche sonstigen aufgegriffenen 54 GU unter gleichzeitiger unmittelbarer oder mittelbarer Beteiligung von zwei oder mehr G4-Unternehmen<sup>11</sup> vollständig entflochten. Darüber hinaus wurden im Zusammenhang mit großflächigen Auflösungen solcher Verflechtungen einzelne GU zwischen G4-Unternehmen entflochten, die ihrerseits als kartellrechtlich unbedenklich (Typ U-Fall) beurteilt worden waren.

20. **Tabelle 3:** Überblick zum Stand der Entflechtung auf Werksebene<sup>12</sup>

	Werke	Anteil
<b>Werke der GU und der am Verstoß beteiligten (früheren) Teilhaber</b>		
Entflechtung, Wechselwirkung; Stilllegung	ca. 400	ca. 84,3 %
sonstige Einstellung	ca. 50	ca. 12,5 %
<b>laufende Verfahren</b>	<b>25</b>	<b>ca. 5,3 %</b>
<b>Gesamt</b>	<b>ca. 475</b>	<b>100 %</b>

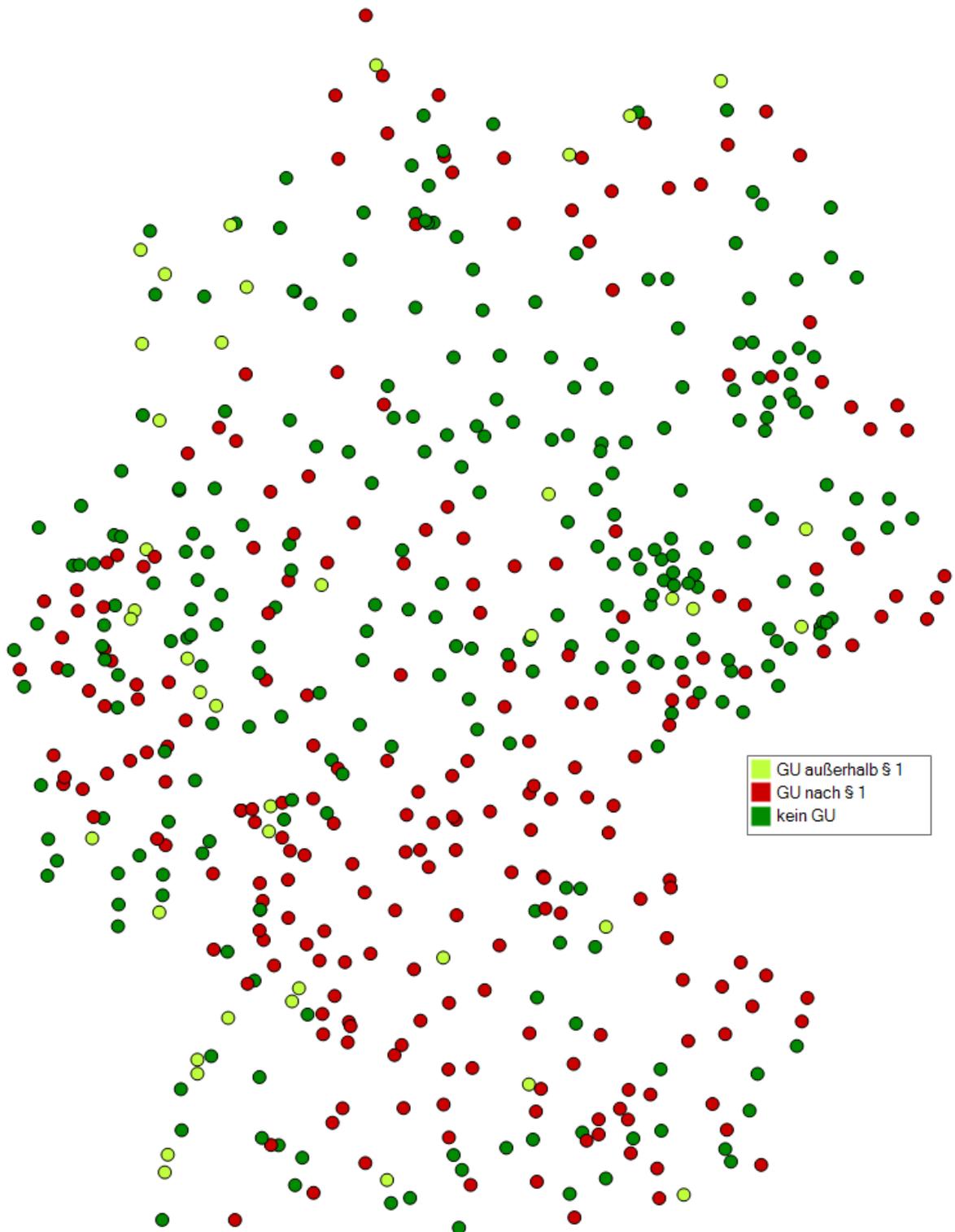
21. Die geschätzte Gesamtzahl der 540 bundesweit am Markt aktiven Werke beruht dabei mangels neuer Ermittlungen dazu auf den Ergebnissen der Sektoruntersuchung. Die Marktteilnehmer haben zwischenzeitlich bislang knapp 30 Werke dauerhaft stillgelegt.
22. Die beiden folgenden Abbildungen veranschaulichen die aufgrund der Einflechtungsmaßnahmen geänderten kartellrechtlichen Beurteilungen auf Werksebene im Bundesgebiet. Abbildung 1 zeigt die Werkszuordnung bei der vorläufigen kartellrechtlichen Beurteilung der GU zu Beginn der Entflechtungsverfahren (Stand Ende 2012).<sup>13</sup> Darin sind ausschließlich die am Kartellrechtsverstoß beteiligten GU-Werke rot gekennzeichnet, nicht jedoch die daran beteiligten Werke ihrer Teilhaber. Abbildung 2 gibt die bis Anfang März 2015 aufgrund der Entflechtungsverfahren eingetretenen Veränderungen entsprechend wieder.

<sup>11</sup> Abschlussbericht, Rn. 236 (3er- und 2er-GU der G 4).

<sup>12</sup> Ohne die insgesamt ca. 60 Werke der prima facie kartellrechtlich unproblematischen GU (27 Typ U-Fälle) und sonstigen Werke.

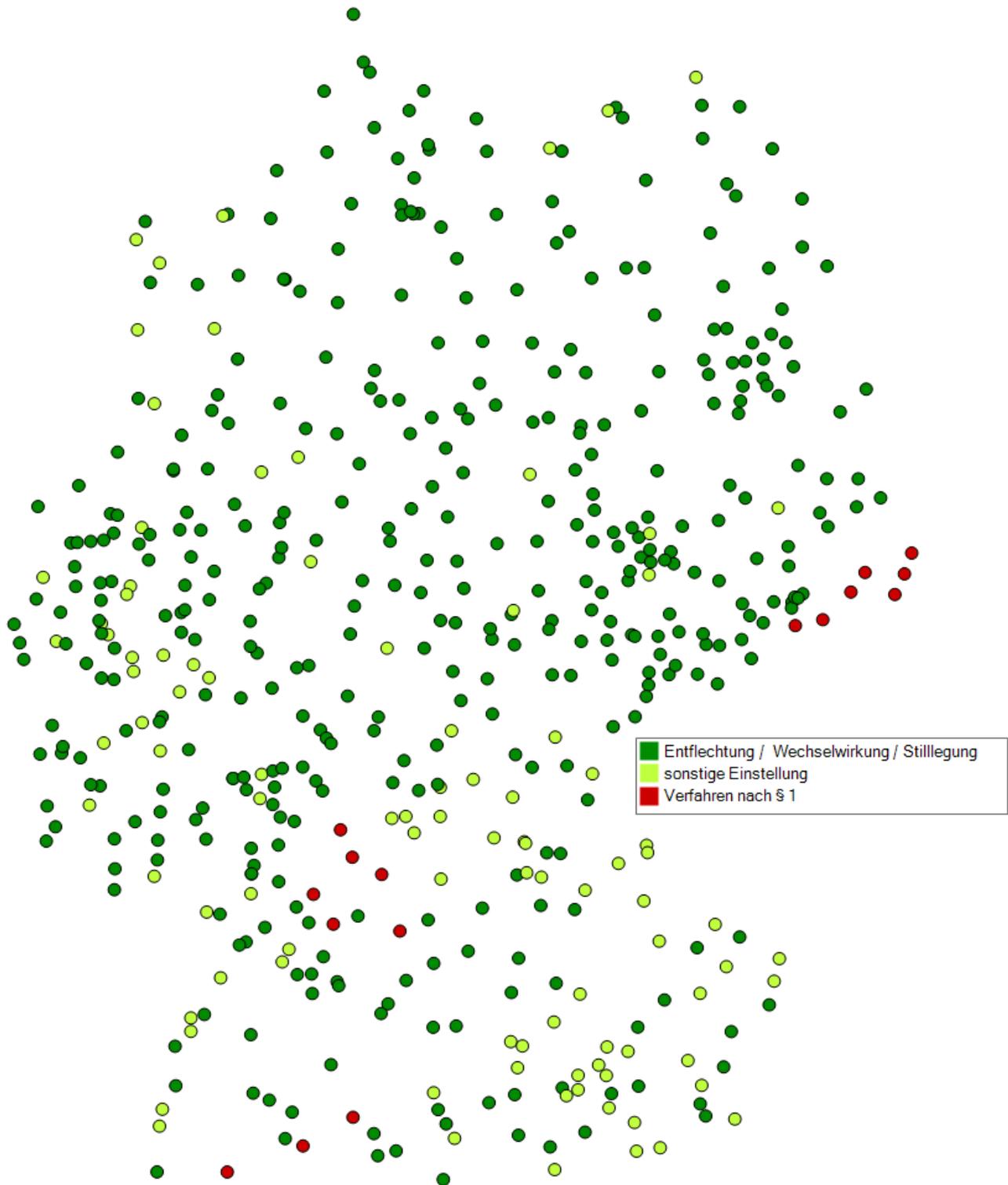
<sup>13</sup> Für eine Übersicht zur Verteilung von GU-Werken und Werken im Alleineigentum vgl. SU Asphalt, Rn. 27.

23. **Abbildung 1:** Werkszuordnung Ende 2012 gemäß vorläufiger GU-Beurteilung<sup>14</sup>



<sup>14</sup> *GU außerhalb § 1* entspricht den sog. Typ U-Fällen, *kein GU* bezeichnet allein betriebene Werke und *GU nach § 1* gibt Werke von kartellrechtlich problematischen GU an (sog. Typen A bis C).

24. **Abbildung 2:** Werkszuordnung Anfang März 2015 nach Entflechtungen<sup>15</sup>



<sup>15</sup> Die farbliche Zuordnung der Werke folgt der vorhergehenden Tabelle 3.

## C. Verfahrensrahmen und Erfahrungen

### I. Verfahrensrahmen

25. Im Rahmen des Verfahrensermessens hat die Beschlussabteilung in den Entflechtungsverfahren von Beginn an den Ansatz verfolgt, dass die betroffenen GU und ihre Teilhaber bei freiwilligen Entflechtungen nur einen untereinander erarbeiteten, abgestimmten und zielführenden Entflechtungsplan vorlegen sollen. Sie hat dabei deutlich gemacht, dass der Klärungsbedarf zwischen den GU-Teilhabern und etwaige Verzögerungen oder Blockaden seitens einzelner Unternehmen oder Personen nicht zur Duldung des fortdauernden Kartellrechtsverstoßes führen kann.
26. Bei GU-Entflechtungen bedarf es aus rechtlichen Gründen und zur Vermeidung von Verzögerungen grundsätzlich der Zustimmung aller GU-Teilhaber. Vorangegangene Entflechtungsverfahren in anderen Bereichen hatten gezeigt, dass nicht frühzeitig abgestimmte Vorschläge verschiedener Betroffener die grundsätzliche Einigung, die Detailplanung und deren Vollzug wesentlich behindern können.<sup>16</sup> Dies kann zum Beispiel Teilhabern, die über ihre GU-Beteiligung hinaus keine relevanten Markt-tätigkeiten ausüben, zusätzliche Möglichkeiten zu opportunistischem Verhalten gegenüber den entflechtungsbereiten Teilhabern eröffnen.
27. Sämtliche GU-Teilhaber wurden ungeachtet ihrer konkreten Rolle oder Beteiligung an der Wettbewerbsbeschränkung adressiert, da sie alle an der Vereinbarung (dem GU) und regelmäßig an dessen Geschäftsergebnis beteiligt waren und damit grundsätzlich Adressaten einer Vorteilsabschöpfung (§ 34 GWB) sein konnten. Außerdem kann der Verwaltungszwang bei einer vollstreckungsfähigen Untersagung eines seinerseits kartellrechtswidrigen GU bei Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gegen sämtliche GU-Teilhaber angewendet werden (§ 11 Verwaltungsvollstreckungsgesetz i.V.m. §§ 86 a, 32 GWB).<sup>17</sup>
28. Soweit es angesichts selbständiger Entflechtungsmaßnahmen einer Untersagung der Durchführung des Gemeinschaftsunternehmens oder einer Anordnung struktureller

---

<sup>16</sup> Vgl. auch Monopolkommission, 18. Hauptgutachten, BT-Ds. 17/2600, Rn. 75.

<sup>17</sup> Soweit GU-Teilhaber nicht (mehr) mit eigenen Werken im Marktgebiet eines kartellrechtswidrigen GU tätig waren, wären sie bei Hinwegdenken des GU teilweise in der Lage gewesen, zeitnah eigene Werke (weiter) zu betreiben. Dies erweiterte die aktuelle Wettbewerbsbeschränkung um eine Beschränkung potentiellen Wettbewerbs.

Maßnahmen (§ 32 Abs. 2 GWB) nicht bedarf, berührt der o.g. freiwillige Ansatz die betroffenen Eigentumsrechte der GU-Teilhaber im Ergebnis weniger. Eine Folge davon war, dass GU-Teilhaber mit zahlreichen, häufig gemeinsamen GU-Beteiligungen über zahlreiche Tauschgegenstände verfügen, was die Einigung zum einzelnen GU nach Angaben der betroffenen Unternehmen erleichtert hat.

29. Die Beschlussabteilung hat den o.g. Ansatz in sämtlichen Entflechtungsverfahren beibehalten. Sie war dabei jeweils für sämtliche Teilhaber und die GU betreffend die kartell- und fusionskontrollrechtliche Prüfung ansprechbar, hat zahlreiche bilaterale und multilaterale Besprechungen abgehalten und die vorgelegten Entflechtungspläne mit Blick auf § 1 GWB kurzfristig geprüft (dazu unten Rn. 33 ff.).

## II. Erfahrungen

30. Bei den Kontakten mit der Beschlussabteilung zeigten die betroffenen Unternehmen ein breites Spektrum von Verhandlungsstrategien, deren Ausgangspunkt letztlich bei den vorangegangenen Beratungen mit den anderen betroffenen Unternehmen lag. Folgende, nicht abschließende, Beispiele geben das Spektrum an dieser Stelle wieder. Während mehrfach miteinander verflochtene Unternehmen in Verfahren gemeinsam mit den weiteren GU-Teilhabern teilweise zügig praktikable Lösungen erarbeiteten, verweigerten bzw. verweigern sie in anderen Fällen (zunächst) aus finanziellen, marktstrategischen Gründen oder in der Auseinandersetzung mit der Beschlussabteilung die eigenständige Entflechtung. Bei einigen GU, insb. bei den komplexen Verflechtungen der SÜDWEST-GU, wurde die Diskussion und Erarbeitung von Entflechtungsplänen aufgrund früherer Auseinandersetzungen zwischen den beteiligten Unternehmen und Personen mit einem anderen Hintergrund beeinträchtigt. Die Verhandlungen mit der Beschlussabteilung wurden teilweise kontrovers geführt. Der Beschlussabteilung sind zwei Fälle bekannt, in denen zivilgerichtliche Streitigkeiten zwischen GU-Teilhabern bzw. zwischen dem GU und Teilhabern anhängig gemacht worden sind, die darauf abzielten, ein bestimmtes Verhandlungsergebnis zwischen den GU-Teilhabern zu erreichen.<sup>18</sup> Die betroffenen GU sind mittlerweile vollständig kartellrechtskonform entflochten.
31. Soweit eine Grundentscheidung für die kartellrechtskonforme Entflechtung gefallen war, haben die einzelnen GU und ihre Teilhaber sehr häufig gemeinsam an dem kon-

<sup>18</sup> Diese als „gesellschaftsrechtliche Rechtsstreite“ geführten Auseinandersetzungen betrafen ihrerseits nichtige Gesellschaftsverträge (dazu sogleich Rn. 45).

kreten Entflechtungsvorschlag mitgearbeitet. Die beteiligten Unternehmen haben teilweise erhebliche Ressourcen investiert und die tatsächlichen Entflechtungen damit deutlich gefördert. Unternehmen verschiedener Größenordnungen haben im Zuge der Entflechtungen ihre eigenen Unternehmensstrukturen, insbesondere die Beteiligungsverwaltung, neu geordnet und angesichts der zahlreichen wegfallenden Beteiligungen vereinfacht. Häufig wurde erkennbar, in welchem Maß die Unternehmen sich bei den Verhandlungen strategisch auf ihren künftigen Marktauftritt bei der Asphaltvermarktung oder dem Asphalteinkauf ausrichteten.

32. Größere GU-Komplexe wie zum Beispiel die sog. SÜDWEST-GU und die NORD-GU sowie die (teil-)entflochtenen bam-Beteiligungen in Bayern und Thüringen wurden zwischen den GU-Teilhabern nach eigenen Angaben häufig jeweils als ein Paket verhandelt und die Entflechtungsvorschläge in Abstimmung mit der Beschlussabteilung zusammen vorgelegt. Andererseits wurden zunächst vorab einzelne Vorschläge zwecks Herauslösung einzelner GU-Teilhaber übermittelt. Aufgrund der regionalen kartellrechtlichen Wechselwirkungen mit anderen noch ausstehenden Entflechtungen konnten diese ersten Vorschläge erst nach Vorlage sämtlicher Vorschläge abschließend geprüft werden (hold-up). Die Beschlussabteilung hat bei den SÜDWEST-GU mit Blick auf die besonders hohe Komplexität von zehn GU-Entflechtungen zunächst eine zweistufige Entflechtung als Ausnahme akzeptiert. Wesentliche Teile der seitens der GU-Teilhaber angekündigten zweiten Stufe wurden jedoch bislang nicht vorgelegt und bilden einen Teil der noch anhängigen Entflechtungsverfahren.

## D. Abstimmung der Zuwiderhandlung

### I. Grundsätze und Verfahren

33. Die Beschlussabteilung hat Entflechtungen als kartellrechtskonform bewertet, wenn die folgenden Grundsätze kumulativ erfüllt waren. Durch die Entflechtung mussten sämtliche kartellrechtlichen Probleme mit sofortiger Wirkung vollständig und dauerhaft erledigt werden. Durch die Entflechtung durften keinerlei weitere oder neue kartellrechtliche Probleme (fort)bestehen. Desweiteren durften keine neuen kartellrechtlichen Probleme aufgrund von Wechselwirkungen mit anderen Entflechtungen, anderen bestehenden GU oder anderen Marktätigkeiten der betroffenen Unternehmen entstehen. Auch unzulässige Umgehungslösungen waren auszuschließen.
34. Diese objektiven Kriterien galten und gelten ungeachtet der Selbständigkeit der Maßnahmen seitens der Unternehmen oder deren behördlicher Anordnung nach § 32 GWB. Die Tatsache, dass praktisch alle bislang von den Unternehmen vorgelegten Entflechtungsvorschläge einschließlich damit einhergehender positiver Wechselwirkungen für andere GU jeweils „unter Vorbehalt [ihrer] abweichenden kartellrechtlichen Bewertung“ erfolgten, stand den späteren Verfahrenseinstellungen aus Ermessensgründen nicht entgegen.<sup>19</sup>
35. Aufgrund der Vielzahl und Varianz der untersuchten Unternehmensverflechtungen, den häufig mehreren Möglichkeiten zur Abstimmung eines Verstoßes und den bereits genannten Wechselwirkungen können an dieser Stelle keine einheitlichen oder allgemeingültigen Kriterien für eine kartellrechtskonforme Entflechtung von Gemeinschaftsunternehmen im Bereich Walzasphalt oder in anderen Bereichen festgestellt werden.
36. Eine oder mehrere Maßnahmen konnten mehrere Probleme gleichzeitig lösen oder potenziell neue Verstöße herbeiführen. Bei größeren GU-Komplexen bestand die Aufgabe darin, die gleichzeitige Entflechtung und Neuordnung der Wettbewerbspotenziale von bis zu 15 GU einschließlich der räumlich angrenzenden Marktgebiete gleichzeitig kartellrechtlich zu bewerten.

---

<sup>19</sup> Mit der Verfahrenseinstellung ist jeweils keine Vorentscheidung getroffen, was seitens der Kartellbehörde bei einer Neuaufnahme von kartellrechtswidrigen Verflechtungen bzw. solchen Vereinbarungen oder Verhaltensweisen folgt.

37. Die Beschlussabteilung hat die Unternehmensvertreter und Anwälte frühzeitig darauf hingewiesen, dass die Entflechtungen im konkreten Marktkontext nicht zu kartellrechtswidrigen räumlichen Marktaufteilungen führen und bestehende Marktaufteilungen nicht ersetzen dürfen. Dem folgend wurden Vorschläge mit einer verbesserten, heterogeneren Anbieterstruktur mit mehr Wahlmöglichkeiten für die Nachfrager und mehr Potenzial für wirksameren Wettbewerb eingereicht. Zudem hat die Beschlussabteilung frühzeitig auf konkrete Wechselwirkungen hingewiesen. Bei den auch fusionskontrollrechtlich anmeldepflichtigen Entflechtungsvorhaben wies die Beschlussabteilung darauf hin, dass die Entflechtungsvorhaben die Voraussetzungen nach § 36 Abs. 1 GWB erfüllen müssen.
38. Bis Anfang März 2015 wurden nach Kenntnis der Beschlussabteilung etwa 30 Werke außerhalb der Entflechtungsmaßnahmen endgültig stillgelegt. In mehreren Entflechtungsverfahren wurde die Stilllegung älterer Werke als Teil weiter reichender GU-Entflechtungen im Markt zwischen den GU-Teilhabern abgestimmt und als Teil des Entflechtungsvorschlags offengelegt. Da dies jeweils nur einzelne GU-Werke auf Regionalmärkten mit nachgewiesenen Produktionsüberkapazitäten<sup>20</sup> betraf und die Abstimmung der GU-Teilhaber sich nicht auf die Stilllegung ihrer eigenen Werke bezog, ergaben sich daraus keine kartellrechtlichen Bedenken.

## II. Erfahrungen

39. Die betroffenen Unternehmen haben den o.g. Grundsätzen im Ergebnis stets Rechnung getragen. In einigen Fällen wurden Entflechtungsvorschläge, zumeist hinsichtlich der Verteilung von Mischwerken, angepasst. Soweit ein GU-Teilhaber sich aus einer GU-Beteiligung in einem konkreten Marktgebiet vollständig zurückzog, haben teilweise Dritte in kartellrechtskonformer Weise Beteiligungen oder Werke übernommen. Die G4-Unternehmen bezogen teilweise auch eigene Werke in die Verhandlung über die Entflechtung ein. Dies diente dem wirtschaftlichen Ausgleich für das Ausscheiden aus einem GU und konnte zugleich zur notwendigen wettbewerblichen Kompensation im betroffenen Marktgebiet beitragen.
40. Zahlreiche GU und ihre Teilhaber verfügten gemeinsam über eine erhebliche Marktbedeutung. Bei diesen Konstellationen schied eine Konsolidierung sämtlicher Werke in einem GU angesichts der räumlich begrenzten Märkte für Walzasphalt unter

---

<sup>20</sup>

Rn. 160 ff.

fusionskontrollrechtlichen Gesichtspunkten<sup>21</sup> aus. Darüber hinaus waren die betroffenen Unternehmen letztlich aus wirtschaftlichen und strategischen Gründen nicht bereit, sämtliche eigenen Werke einem nicht von ihnen allein kontrollieren GU unterzuordnen. Der in der Rechtspraxis noch nicht behandelten Frage, ob eine solche GU-Gründung bzw. Konsolidierung (Zusammenschluss) ausgehend von einem kartellrechtswidrigen GU eine Wettbewerbsbeschränkung mittels Marktaufteilung darstellt oder von ihr gemäß § 1 GWB erfasste spill-over-Effekte auf anderen räumlichen oder sachlichen Märkten ausgehen<sup>22</sup>, musste daher nicht nachgegangen werden.

### III. Maßnahmen und Nachweis der Entflechtung

#### 1. Gemeinschaftsunternehmen

41. Mit der Entflechtung geht neben der Neuordnung von Wettbewerbspotenzial regelmäßig eine Umwidmung, andere Verteilung oder Beendigung von Eigentumsrechten, Vermögen und Vertragsbeziehungen einher. Die Beschlussabteilung hat bei der Prüfung von Entflechtungsvorschlägen berücksichtigt, dass mit der Abstimmung des Kartellrechtsverstoßes im Einzelfall komplexe vermögens-, zivil- sowie steuerrechtliche Fragen verbunden sein können.
42. Für die Durchführung und das Ergebnis kartellrechtskonformer Entflechtungen von GU gelten die Vertragsfreiheit und die Freiheit der Rechtsformwahl. Der Beschlussabteilung wurden - wenn man die Gesamtheit der Entflechtungsverfahren betrachtet - diverse Lösungen und Maßnahmen angezeigt, die von Einzelmaßnahmen bis zum Vollerwerb reichten. Dies betraf bspw. Anteilsübertragungen an Teilhaber oder Dritte, die Verschmelzung eines vormaligen GU auf die Tochtergesellschaft eines Teilhabers, den Weiterbetrieb früherer GU als nunmehr 100%iger Tochtergesellschaft, die Einbringung von Vermögensgegenständen aus dem GU in Gesellschaften seiner Teilhaber oder deren Veräußerung an Dritte und häufig die Einleitung der Liquidation des GU.

---

<sup>21</sup> Rn. 52 ff.

<sup>22</sup> Vgl. auch AB SU, Rn. 190 - 193 (Typ B 3-Fall).

43. Bei 71 kartellrechtskonform entflochtenen GU (oben Rn. 16) wurden bspw. insgesamt ca. 130 Beteiligungen (d.h. Anteile an GU) aufgegeben.<sup>23</sup> Vergleicht man dies zur Veranschaulichung mit den in der Sektoruntersuchung erfassten knapp 170 unmittelbaren Beteiligungen an den 71 GU, hat sich deren Zahl um 76 % reduziert.<sup>24</sup> Daneben wurde das Alleineigentum an knapp über 50 GU-Werken (nebst Zubehör) übertragen, größtenteils an die ehemaligen GU-Teilhaber.
44. Die vorgenannten Maßnahmen und der zugrunde liegenden schuldrechtlichen Verträge wurden der Beschlussabteilung größtenteils knapp schriftlich dargestellt und in mehreren Fällen vollständig übermittelt. Daraus ergab sich ein Einblick, wie die Rechtspraxis einschließlich Notariate mit der gesetzlichen Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB i.V.m. § 1 GWB<sup>25</sup> bei Personengesellschaften umgeht.
45. Bei Übertragungen von „Beteiligungen“ an zahlreichen anfänglich oder durch späteren Beitritt konkurrierender Teilhaber kartellrechtswidrigen und damit nichtigen Personengesellschaften wurden bspw. auch die konkret umschriebenen, an die Stelle des nichtigen Gesellschaftsanteils tretenden Beteiligungen, Rechtspositionen und Substitutionsansprüche, die Anteile am Miteigentum des GU oder näher bestimmte oder bestimmbare Gesamtheiten von Rechten und Rechten an Vermögensgegenständen übertragen.<sup>26</sup> Häufiger wurden ergänzende Garantieerklärungen zum Bestand und wirtschaftlichen Wert der o.g. Rechte und Gesamtheiten abgegeben oder in die Verträge aufgenommen. Vermögensgegenstände wurden beim Herauserwerb zum Beispiel mit Übergang von Nutzen, Lasten und Gefahren übertragen. Zumeist erfolgten die vorgenannten

<sup>23</sup> Dies erfasst die unterschiedlichen Szenarien wie z.B. die vollständige GU-Auflösung und das Ausscheiden einzelner Teilhaber. Nicht mitgezählt sind dabei die ebenfalls beendeten Beteiligungen an kartellrechtswidrigen Komplementär-GmbH von sog. beteiligungsgleichen GmbH & Co. KG (dazu Abschlussbericht, Rn. 219).

<sup>24</sup> An den in den Entflechtungsverfahren insg. erfassten 104 GU bestanden ca. 290 unmittelbare Beteiligungen.

<sup>25</sup> Vgl. BGH im Urt. v. 27.01.2015, KZR 90/13, Rn. 24; OLG Hamm, Beschl. v. 13.03.1986, 4 W 43/86, Rn. 3 und 6 ff.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.07.2007, VI-Kart 14/06 (V), Rn. 36.

<sup>26</sup> Der spätere Beitritt kann insoweit nicht allein und isoliert als nichtig und die Personengesellschaft weiterhin als wirksam gelten (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.07.2007, VI-Kart 14/06 (V), Rn. 36; BGH, Beschl. v. 4.3.2008, KVZ 55/07, Rn. 16). Vielmehr beginnt im letztgenannten Fall die Beteiligung des neu beitretenden Teilhabers am fortdauernd praktizierten und zur Nichtigkeit des GU führenden Kartellverstoß. Rechtstatsächlich zu ergänzen ist, dass die GU ungeachtet ihrer Anlegung als juristische Person oder Personengesellschaft praktisch die Billigung und sehr häufig nach dem Gesellschaftsvertrag die Zustimmung zum Beitritt durch die übrigen Teilhaber voraussetzten. Die Beschlussabteilung hat die exakten Zahlen der anfänglich und später nichtig gewordenen GU u.a. aufgrund der teilweise nicht notwendigen Prüfung bis zur GU-Gründung nicht erfasst. Beide hielten sich zahlenmäßig in etwa die Waage.

Vorgänge, Verfügungen und Erklärungen mit wirtschaftlicher Wirkung zum Zeitpunkt der Entflechtung (d.h. ex nunc).<sup>27</sup> Die Beschlussabteilung hat bei entsprechenden Anfragen rückwirkende oder gegenwärtige Stichtagsregelungen akzeptiert.<sup>28</sup>

46. Bei der Fortsetzung von kartellrechtskonform umgestalteten GU wurden deren Gesellschaften nicht selten neu gegründet. In mehreren Fällen wurden kartellverbotswidrige GU nach Ausgliederung ihres gesamten Wettbewerbspotenzials an die Teilhaber allein zur Erfüllung von Gewährleistungspflichten aus vorangegangenen Lieferaufträgen (neu) fortgesetzt. Die Beschlussabteilung hat dagegen keine wettbewerblichen Bedenken erhoben, wenn verbindlich beschlossen worden war, die Liquidation der GU nach Ablauf der Gewährleistungsfristen einzuleiten.
47. Die Verfahren wurden bzw. werden bei Nachweis des Vollzugs des gesamten Entflechtungsvorschlags eingestellt. Für die Darlegung der Entflechtung waren betreffend die GU jeweils Eintragungen aus dem Handelsregister, bzw. Veräußerungen von Vermögensgegenständen und Rechten, Belege für Werksstilllegungen einzureichen.

## 2. Weitere Verflechtungen

48. Neben den GU wurden zahlreiche Vertragsbeziehungen und personelle Verflechtungen zwischen den GU und ihren Teilhabern, zwischen den Teilhabern und zwischen den Teilhabern und Dritten aufgehoben.<sup>29</sup>
49. So wurden über 70 weitere Verträge zwischen GU und ihren Teilhabern insb. über kaufmännische und/oder technische Dienstleistungen, den Vertrieb und die Rechtsberatung der GU sowie Verträge über die Informationsaufbereitung beendet. Aufgehobene Verträge zwischen GU-Teilhabern über Ergebnisbeteiligungen an deren eigenen Werken wiesen teilweise einen mittelbaren Bezug zum GU-Marktgebiet auf. Darüber hinaus wurden bestimmte Kollegenlieferungsverträge zwischen Marktteilnehmern auch unabhängig von der Beziehung zu einem GU beendet. Die

---

<sup>27</sup> Soweit ersichtlich, wurden zwischen den beteiligten Unternehmen damit die Herausforderungen einer möglicherweise bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von langjährigen GU-Verflechtungen einvernehmlich vermieden. Die Beschlussabteilung hat im Rahmen ihres Ermessens, wie oben dargelegt, die sofortige Entflechtung mit Wirkung für die Zukunft gefordert. Dies geschah ungeachtet der weiterhin grundsätzlich möglichen - rückwirkenden - Vorteilsabschöpfung und der von den betroffenen Unternehmen zu prüfenden Rechtsverhältnisse gegenüber Dritten aus der Zeit des GU-Betriebs.

<sup>28</sup> Bei Übergängen von Betrieben oder Teilen davon wurden die Arbeitsverhältnisse gemäß § 613 a BGB übertragen.

<sup>29</sup> Vgl. im Einzelnen unten Rn. 150 ff, 173 ff., 199 ff.

Beschlussabteilung hat die verschiedenen Marktteilnehmer in den Entflechtungsverfahren konkret auf die verbreitete Praxis zur Bildung von Liefergemeinschaften hingewiesen, die nach den Ermittlungen in den Entflechtungsverfahren kartellrechtlich problematisch war.

50. Bei über 40 GU wurden durch deren Entflechtung zugleich personelle Verflechtungen abgestellt und bei über 70 GU Informationsflüsse zwischen Wettbewerbern, zumeist zwischen GU und deren Teilhabern, vollständig gekappt.
51. Die Beendigung der nicht bereits mit der GU-Entflechtung erledigten Verbindungen war durch Aufhebungsverträge oder Kündigungen der vorgenannten Vertragsbeziehungen darzulegen.

## **IV. Fusionskontrollverfahren**

### **1. Überblick**

52. Bislang wurden 37 zuvor kartellrechtlich vorgeprüfte Entflechtungsvorhaben zur Fusionskontrolle angemeldet und, mit Ausnahme der bereits erwähnten zunächst beabsichtigten Teilentflechtung des GU Südharz, im Vorprüfverfahren freigegeben. Die Teilentflechtung des GU Südharz bestand zunächst aus zwei angemeldeten Vorhaben, dem Herauserwerb von einzelnen Vermögenswerten durch einen Teilhaber und Fortbetrieb des GU durch zwei weitere Teilhaber. Die beiden Vorhaben wurden angesichts bereits in der Voranfrage erkennbaren wettbewerblichen Bedenken in parallelen Hauptprüfverfahren geprüft. Beide wurden unmittelbar vor der förmlichen Gewährung des rechtlichen Gehörs aufgrund fusionskontroll- und kartellrechtlicher Bedenken zurückgenommen. Der anschließend vorgelegte neue Entflechtungsplan war nur in Teilen anmeldepflichtig und wurde im Vorprüfverfahren freigegeben.
53. Die anmeldepflichtigen Vorhaben aus den Entflechtungen größerer GU-Komplexe wurden zumeist nebeneinander angemeldet. Dies hat die Prognoseprüfungen dieser Vorhaben nach § 36 Abs. 1 GWB erheblich erleichtert.
54. Bei der Prüfung waren die dekonzentrativen sowie häufig dekartellierende Wirkung der gesamten Entflechtungen einschließlich der nicht anmeldepflichtigen Maßnahmen zu

berücksichtigen. Eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs war jeweils nicht zu erwarten.

## 2. Vergleichsszenario für die wettbewerbliche Prüfung

55. Als Vergleichsszenario für den aus der Entflechtung folgenden Zusammenschluss hat die Beschlussabteilung grundsätzlich ein Szenario zugrundegelegt, in dem der erwerbende GU-Teilhaber wie ein beliebiger Dritter behandelt wurde, der das bisher kartellrechtswidrige GU erwirbt, ohne vorher an ihm beteiligt gewesen zu sein.<sup>30</sup>
56. Die vorgefundene kartellrechtswidrige GU-Verflechtung wurde dagegen nicht zugrunde gelegt. Denn für diese bestand ein Durchführungsverbot und der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb dieses GU unterfiel als solcher nicht den grundrechtlichen Schutzbereichen des Eigentums<sup>31</sup> oder der Berufsfreiheit. Damit bestand im Vergleichsszenario gerade kein alleiniger Zugriff auf das Wettbewerbspotenzial des GU. Zudem stand die Wertung des § 1 GWB und das Ziel der Fusionskontrolle, „wettbewerbliche“ Marktstrukturen zu erhalten einer Zurechnung der GU-Verflechtung entgegen.

---

<sup>30</sup> Nichts anderes ergab sich, wenn man hilfsweise berücksichtigte, dass die Pflicht zur Dekonzentration bereits durch den Kartellrechtsverstoß ausgelöst worden und der Zusammenschluss daher nicht kausal für die dekonzentrierte Wirkung war. Der bisherige Zugriff auf die Ressourcen des GU war - wie die Entflechtungsverfahren zeigen - im Vorher-Zustand mit erheblichen Unsicherheiten belastet.

<sup>31</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.11.1992, 1 BvR 168/89 et al., Rn. 108.

## E. Räumliche Marktabgrenzung

58. Der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes kam in den zahlreichen Entflechtungsverfahren eine besonders große Bedeutung zu. Die Transportzeit und damit der Lieferreichweite für den im Heißeinbauverfahren verbauten Walzasphalt ist beschränkt.<sup>32</sup> Zugleich überschneiden bzw. decken sich die regionalen Marktgebiete der GU, ihrer Teilhaber sowie anderer GU häufig, was auch für die Beurteilung von Wechselwirkungen zwischen den GU-Verflechtungen und den später vorgelegten Entflechtungsvorschlägen in denselben oder benachbarten Marktgebieten zu berücksichtigen war.
59. Die Beschlussabteilung hatte für die Sektoruntersuchung und die vorläufige kartellrechtliche Beurteilung der GU zunächst die sog. Radienbetrachtung<sup>33</sup> gemäß der bisherigen Spruchpraxis für Walzasphaltmärkte verwendet.

### I. Entwicklung und Neuausrichtung

60. Im Abschlussbericht hatte die Beschlussabteilung mitgeteilt, die räumliche Marktabgrenzung künftig stärker auf die relevanten tatsächlichen Gegebenheiten des Einzelfalls<sup>34</sup> wie das tatsächliche Nachfragerverhalten und die tatsächlich zur Verfügung stehenden Angebotsalternativen<sup>35</sup> auszurichten. Kriterien dafür sind die Lieferströme als Ausdruck des Nachfragerverhaltens, die konkreten Straßenverhältnisse um das Mischwerk und den Einbauort<sup>36</sup>, die daraus resultierenden Fahrzeiten für LKW und die relative Nähe eines Mischwerks zu anderen Werken. Die Beschlussabteilung hat dazu umfassende Marktermittlungen vorgenommen.

---

<sup>32</sup> Abschlussbericht, Rn. 131.

<sup>33</sup> Ebenda, Rn. 131 - 134.

<sup>34</sup> BGH, Beschl. v. 13.07.2004, KVZ 2/03 - Pharmagroßhandel, Rn. 11 - 14; BGH, Beschl. v. 11.11.2008, KVR 60/07 - E.ON/Stadtwerke Eschwege, Rn. 14 f.

<sup>35</sup> Potenzielle Ausweichmöglichkeiten die von den Nachfragern - aus welchen Gründen auch immer - tatsächlich nicht wahrgenommen werden, sind nicht zu berücksichtigen (BGH, Beschl. v. 16.01.2008, KVR 26/07 - Kreiskrankenhaus Bad Neustadt, Rn. 65).

<sup>36</sup> Das ist der (Liefer-)Ort (Baustelle), an dem der Bedarf besteht und eingebaut wird (BGH, Beschl. v. 21.01.2014, KVR 38/13, Rn. 15 - Viskosefasern). Der Asphalt wird beim Transport regelmäßig nur mit Planen abgedeckt, Thermocontainer werden bislang sehr begrenzt genutzt u.a. wegen ihrer Mehrkosten (Gewicht, Ausstattung des LKW, weniger alternative Verwendung für andere Transporte).

61. Der räumliche Walzasphaltmarkt ist danach, bezogen auf ein einzelnes Werk, auf das Gebiet beschränkt, welches innerhalb von bis zu 65 Minuten mit einem LKW mit Gesamtgewicht 40 to erreichbar ist. Marktgebiete um mehrere Werke werden bei wesentlichen Überschneidungen der Einzel-Märkte und letztlich hinreichend homogenen Wettbewerbsbedingungen gemäß der Spruchpraxis zur Radienbetrachtung<sup>37</sup> als einheitliches Marktgebiet zusammengefasst (sog. Wolkenbildung)<sup>38</sup>.

## II. Vorgehen

62. Zunächst wurden die Absätze und Umsätze eines Jahres aller in einem Ermittlungsgebiet liegenden bzw. darin einliefernden Mischwerke sowie die relevanten Transportfahrzeuge ermittelt. Die zahlreichen Einbauorte der Nachfrager (Lieferanschriften) wurden von den befragten Asphaltherstellern jeweils deren fünfstelligen Postleitzahlgebieten zugeordnet.
63. Regionsübergreifend wurden regelmäßig bis zu 90 % der Gesamtabatzmenge mit LKW transportiert, deren zulässige Beladung bei 24 to Asphalt und deren zulässiges Gesamtgewicht bei 40 to liegt (Dreiachser, Sattelanhänger oder LKW mit Anhänger). Aufgrund des absoluten Übergewichts der LKW bis 40 to gegenüber LKW mit bis zu 20 to wurde dieses LKW-Profil für die Entflechtungsverfahren gewählt. Zusätzlich wurden dessen räumliche Maße, eine Maximalgeschwindigkeit sowie die acht Straßenklassen mit den jeweiligen minimal und maximal erlaubten Geschwindigkeiten festgelegt. Mit dem LKW-Profil bis 40 to nicht befahrbare Straßen (bspw. mit Brücken in Leichtbauweise) wurden herausgefiltert. Auf Grundlage einer für diese Zwecke üblichen Straßenverkehrskarte mit vektoriellen und statischen Daten zur Verkehrsinfrastruktur im Bundesgebiet wurde eine Datenbank für das LKW-Profil erstellt.<sup>39</sup>
64. Das sog. Fahrzeitfenster umfasst das Gebiet, in dem die betroffenen Asphaltproduzenten ihre Produkte regelmäßig und schwerpunktmäßig anbieten und diese an den

---

<sup>37</sup> Abschlussbericht, Rn. 133.

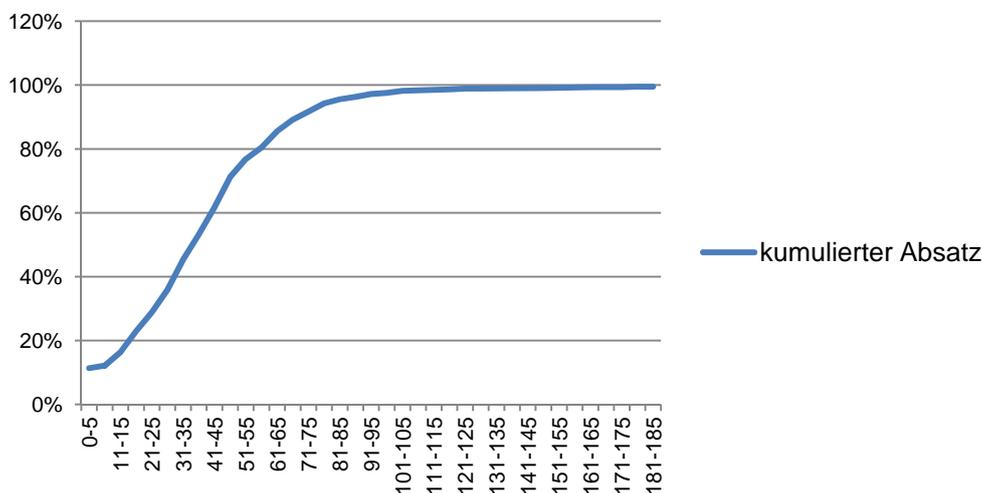
<sup>38</sup> Neben den wesentlichen Überschneidungen der Marktgebiete können im Einzelfall zum Beispiel die Lage zu Mischwerken anderer Anbieter, die wirtschaftliche Bedeutung der gemeinsam belieferten Postleitzahlgebiete sowie die Wettbewerber- und Nachfragerstruktur berücksichtigt werden.

<sup>39</sup> Die Datenbank besteht aus individuellen und punktgenauen Entfernungsmatrizen von per LKW erreichbarem Mittelpunkt eines Postleitzahlgebietes (Mischanlage) zum Mittelpunkt eines Postleitzahlgebietes (Einbauort).

Einbauorten auch nachgefragt werden. Für die Bestimmung des Fahrzeitfensters wurden die Angaben der erfassten Mischwerke zu o.g. Lieferströmen innerhalb des jeweiligen Ermittlungsgebiets zugrundegelegt.<sup>40</sup>

65. Die Lieferströme in die fünfstelligen Postleitzahlen wurden mithilfe der o.g. Datenbank in Zeitintervallen von 5 Minuten (auf der x-Achse) betrachtet. Die folgende Grafik zeigt die Ergebnisse zu über 350 Werken sämtlicher Anbieter in verschiedenen Ermittlungskomplexen in Nord-, Mittel- und Südwestdeutschland wieder.

66. **Grafik 1:** Kumulierter Absatz nach Zeitintervallen



67. Aus obiger Grafik ergibt sich, dass im Fahrzeitfenster von 65 Minuten jeweils ca. 86 % des Gesamtabsatzes von Walzasphalt ausgeliefert wurden. Die verbleibenden 14 % des Gesamtabsatzes mit längerer Fahrzeit als 65 Minuten verteilten sich auf zahlreiche eher kleinere Lieferungen verschiedener Anbieter von (teils deutlich) unter 5000 to pro Jahr und Werk. Dabei hat sich zusätzlich herausgestellt, dass die über 350 Werke ermittelten durchschnittlichen Fahrzeitfenster auch für einzelne regionale Märkte, zusammengefasste regionale Märkte im Rahmen der Wolkenbildung als auch bei einer überregionalen Betrachtung außerordentlich stabil waren.

68. Die Transportkosten innerhalb des Fahrzeitfensters von 65 Minuten spielen für die nachfragenden Straßenbauunternehmen bzw. deren Auftraggeber angesichts der be-

<sup>40</sup> Unterschiede beim jeweiligen Straßennetz und bei der Geografie spielen für das Fahrzeitfenster selbst keine Rolle. Sie sind für das jeweilige Ermittlungsgebiet bereits in der Datenbank mit entsprechenden vektoriiellen Daten für alle Marktteilnehmer berücksichtigt und können sich lediglich auf die Größe des jeweils abzugrenzenden Marktgebietes auswirken.

schränkter Entfernung keine entscheidende Rolle für die Entscheidung, ob eine näher gelegene oder weiter entfernte Mischanlage im Fahrzeitfenster angefragt wird.<sup>41</sup>

69. Bei vereinfachter Betrachtung war ein Vergleich der inkrementellen Transportkosten für längere und eher kurze Entfernungen (jeweils abzüglich Bereitstellungskosten) im Verhältnis zum durchschnittlichen Gesamtwarenwert pro LKW anzustellen. Eine entsprechende Auswertung der Transportkosten der Entfernung von 60 km bis zu 70 km (bei optimalen Bedingungen) und bei kürzeren Strecken ergab, dass die zusätzlichen Transportkosten jeweils unbedeutend sind. Regelmäßig tragen allein der Gesamtwarenwert für Walzasphalt (mit dessen Preissetzungsspielräumen) und gegebenenfalls zusätzliche Gesichtspunkte wie Liefer- und Produktzuverlässigkeit und vorherige Geschäftsbeziehungen die Auswahlentscheidung der Nachfrager.
70. Vor dem Hintergrund der technisch beschränkten Transportzeit von Walzasphalt, der üblichen Wartezeit bis zur Beladung des Asphaltfertigers am Einbauort und der detaillierten und repräsentativen Ermittlungen, erscheint das Fahrzeitenfenster von 65 Minuten auch im Rahmen künftiger Fusionskontroll- bzw. Kartellrechtsprüfungen als sachgerecht.<sup>42</sup> Diese Methode kann bei sich ändernden Produkt- und Transportbedingungen bspw. vermehrter Thermotransporte bei Bedarf angepasst werden.

---

<sup>41</sup> Die meisten Nachfrager halten keine eigenen Fahrzeuge für den Walzasphalttransport. Die Transportkosten werden den Nachfragern typischerweise vom Asphaltproduzenten oder den von ihnen, bzw. vom Nachfrager beauftragten Transportunternehmen in Rechnung gestellt.

<sup>42</sup> Für die bislang sehr begrenzt eingesetzten mobilen, häufig für die Projektdauer in der Nähe des Einbauorts aufgebauten Mischanlagen gilt das Fahrzeitfenster entsprechend. Je nach zeitlicher Betrachtung (vergangenes, aktuelles oder künftiges Marktverhalten) und angesichts der häufig hauptsächlich für einen nahe gelegenen Einbauort mobilen Anlagen kann eine andere Abgrenzung erforderlich werden.

## F. Kartellrechtliche Prüfung

71. Die Entflechtungsverfahren haben über die sektorweite Beseitigung von wettbewerbshindernden bzw. -beschränkenden Unternehmensverflechtungen und den konkreten Verfahrensrahmen hinaus verschiedene Kriterien und Ergebnisse aufgezeigt, welche im vorliegenden Kapitel - nach einem Überblick zu den beschränkten Wettbewerbsparametern und entflochtenen Marktconstellations (unten I.) - zusammengefasst werden. Die Ergebnisse beziehen sich auf die vom Bundesgerichtshof etablierte Regelvermutung und deren Einzelfallprüfung (unten II. und III.). Darüber hinaus betreffen sie sog. „überschießende“ Verhaltensweisen und Auswirkungen mit und ohne Bezug zu kartellrechtswidrigen GU-Verflechtungen (unten IV.) sowie die für den Walzasphaltmarkt bedeutsamen Aspekte der Liefergemeinschaften und der öffentlichen Nachfrage im Bereich der Verkehrsinfrastrukturen (unten V.).

### I. Überblick

72. Bei den kartellrechtlichen Prüfungen standen die Verhinderung bzw. Beschränkung des Preis- und des Geheimwettbewerbs bei der Produktion und dem Vertrieb von Walzasphalt im Vordergrund.<sup>43</sup> In einigen Fällen waren zusätzlich Verhinderungen bzw. Beschränkungen des Lieferwettbewerbs in Form räumlicher Marktaufteilungen zwischen den Teilhabern mittels des GU von Bedeutung.
73. Legt man die ursprüngliche Typisierung in der Sektoruntersuchung und der vorläufigen kartellrechtlichen Prüfung zugrunde<sup>44</sup>, sind (bisläng) 57 Typ A-Fälle, 8 Typ B1-Fälle und 3 Typ B2-/B3-Fälle in den Verfahren B1-100/12 entflochten. Die vorgenannten Entflechtungen beendeten häufig gleichzeitig wettbewerbssensitive Informationsflüsse aus den GU-Beteiligungen (Typ C-Fälle).
74. Weitere 9 Typ C-Fälle mit nachgewiesenen Informationsflüssen wurden, mit einer Ausnahme, durch strukturelle Maßnahmen wie dem GU-Austritt des konkurrierenden Teilhabers oder seinem Erwerb der alleinigen Kontrolle oder Mitkontrolle über das GU gelöst. Diese Typ C-Fälle betrafen ausschließlich Informationsflüsse aus den GU an

---

<sup>43</sup> In den Fällen Nord KS und Ost-Fleisch wurde die Wettbewerbsbeschränkung mit Bezug auf den Preismechanismus geprüft und bejaht.

<sup>44</sup> Vgl. Abschlussbericht, Rn. 145 – 228.

den einzelnen konkurrierenden Teilhaber, welche vom Konzernprivileg erfasst werden. Diese strukturellen Maßnahmen waren vor dem Hintergrund der in den gesamten Entflechtungsverfahren festgestellten Praktiken zu Informationsflüssen erforderlich.

## II. Regelvermutung

75. Bereits im Abschlussbericht der Sektoruntersuchung war der Typ A-Fall mit der gleichzeitigen Tätigkeit zweier oder mehr GU-Teilhaber auf dem demselben sachlichen und räumlichen Markt wie das GU als, die den Walzasphaltmarkt prägende Konstellation beschrieben worden.<sup>45</sup> Die vom BGH als Rechtsmittelgericht in ständiger Rechtsprechung bei der Prüfung des Kartellverbots auf solche Konstellationen angewandte und geprüfte Regelvermutung<sup>46</sup> betrifft die durch das GU veränderten, mit anderen Worten „verzerrte“ Wettbewerbsanreize seiner grundsätzlich zweckrational handelnden Teilhaber<sup>47</sup> im Verhältnis zu dem GU und untereinander. Deren veränderte Wettbewerbsanreize ergeben sich aus der direkten Wechselwirkung ihrer vorstoßenden Wettbewerbshandlungen auf das unternehmerische Gesamtkalkül zu den Gewinnen aus ihrer eigenen Markttätigkeit und aus ihrer GU-Beteiligung.<sup>48</sup>
76. Die Ermittlungen in den Entflechtungsverfahren haben zusätzlich die Bedeutung der regelmäßig langfristigen Kapitalbeteiligung am GU mit festem Schlüssel für die Gewinn- und Verlustbeteiligung an dem direkten Konkurrenten (GU) als Stabilitätsfaktor für die vorgefundene Kollusion aufgezeigt.<sup>49</sup> Bei der Entscheidung über die Höhe der Gewinnausschüttungen aus den GU an die Teilhaber waren praktisch gar keine relevanten Auseinandersetzungen über individuelle Ergebniszuteilungen feststellbar, was die Teilhaber ohne eigene Werke einschloss.<sup>50</sup> Auch hinsichtlich der regelmäßig

---

<sup>45</sup> Vgl. Abschlussbericht, Rn. 232 f.

<sup>46</sup> Ebenda, Rn. 165.

<sup>47</sup> BGH, Beschl. v. 04.03.2008, KVZ 55/07 - Nord-KS, Rn. 14; BGH, Beschl. v. 08.05.2001, KVR 12/99 - Ost-Fleisch, Rn. 36 mit Nachweis; vgl. auch: BGH, Urt. v. 04.10.1983, KVR 3/82, Rn. 21.

<sup>48</sup> Dieser ökonomische Grundzusammenhang besteht unabhängig davon, ob die Geschäftsleitung des GU entsprechende Anreize zu gemeinsamer Gewinnmaximierung hat, bzw. ob ihre Anreize mit denen des Gesellschafters im weiteren Sinn kompatibel sind. Aus der Dämpfung des Wettbewerbs einzelner oder mehrerer Teilhaber gegenüber dem gemeinsamen GU folgt aufgrund der Scharnierfunktion des GU eine entsprechende Wettbewerbsbeschränkung zwischen den miteinander konkurrierenden Gesellschaftern.

<sup>49</sup> Vgl. dazu Abschlussbericht, Rn. 124.

<sup>50</sup> Vgl. im Einzelnen Rn. 112.

präsentierten und diskutierten Geschäftsergebnisse der einzelnen mit dem GU konkurrierenden GU-Teilhaber lagen keine solchen kontroversen Diskussionen im Verhältnis zum GU und den anderen Teilhabern vor.

77. Die Regelvermutung geht von einer Wettbewerbsbeschränkung aufgrund wirtschaftlicher Erfahrung in einer bestimmten Markt- und Beteiligungskonstellation aus.<sup>51</sup> Sie weist im Vergleich zu anderen widerleglichen (insb. zu tatsächlichen) Erfahrungssätzen eine Besonderheit auf. Denn sie wird jeweils im konkreten Einzelfall im Rahmen der Gesamtbetrachtung auf Grundlage der kartellbehördlichen und beschwerdegerichtlichen Ermittlungen in gewissem Umfang selbst „konkretisiert“ oder, anders formuliert, „überprüft“.<sup>52</sup> Die dabei vom BGH verwendeten Prüfkriterien wie das strategische Interesse, die wirtschaftliche Bedeutung und der konkrete Marktkontext dienen ungeachtet ihrer wechselseitigen Beziehung zueinander der Überprüfung der Regelvermutung.<sup>53</sup>
78. Im Vorgriff auf die Darstellung der Einzelfallprüfungen im nächsten Abschnitt III. kann an dieser Stelle festgestellt werden, dass die Entflechtungsverfahren die vom BGH etablierte Regelvermutung (zu Typ A-Fällen) über die jeweiligen Einzelfallprüfungen hinaus - auch empirisch - bestätigt hat.<sup>54</sup> Denn die Regelvermutung hat sich für die darunter fallenden 57 entflochtenen GU konkret als zutreffend erwiesen.
79. Auch die Prüfungen von weiteren 17 GU (Typ A-Fälle) kommen zum gleichen Ergebnis. Sie betrafen zum einen GU auf Grundlage der vorläufigen kartellrechtlichen Beurteilung, die zuvor stillgelegt, wegen frühzeitiger Wechselwirkungen anderer Entflechtungen oder wegen der alleinigen Produktion anderer Asphaltarten als Walzasphalt nicht weiter geprüft worden sind. Zum anderen dauern einzelne Entflechtungsverfahren betreffend solche GU an. Die gesamten Ermittlungen zu den GU haben auch keine konkreten Anhaltspunkte ergeben, welche für sich betrachtet der Regelvermutung entgegenstanden bzw. sie widerlegten.

---

<sup>51</sup> BGH, Beschl. v. 8.5.2001, KVR 12/99 - Ost-Fleisch, Rn. 34; Beschl. v. 4.3.2008, KVZ 55/07 - Nord-KS, Rn. 14.

<sup>52</sup> Vgl. ganz allgemein: Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 6. Aufl., Rn. 307 a.

<sup>53</sup> In der folgenden Zusammenfassung der Einzelfallprüfung (Rn. 80 ff.) wird dies regelmäßig erkennbar, wenn z.B. ein Prüfkriterium durch ein folgendes Prüfkriterium bestätigt wird oder dies - gemeinsam - ein anderes Kriterium erläutert oder belegt.

<sup>54</sup> Solche empirischen Überprüfungen von Erfahrungssätzen bilden in der regelmäßig auf den konkreten Verfahrens- oder Streitgegenstand beschränkten Rechtsanwendung die Ausnahme.

### III. Einzelfallprüfung

80. Im folgenden Abschnitt fasst die Beschlussabteilung die Vorgehensweisen und Ergebnisse der zahlreichen Einzelfallprüfungen mit Blick auf die Regelvermutung (sog. Typ A-Fälle) zusammen. Die vom BGH verwendeten objektiven Prüfkriterien der wirtschaftliche Bedeutung (1.), des strategischen Interesses (2.), und des konkreten Marktkontextes (3.) waren im Einzelfall erfüllt und bestätigten in der Gesamtbetrachtung die Regelvermutung. Die vorgenannten Prüfkriterien sind nach Auffassung der Beschlussabteilung grundsätzlich auch bei der Gesamtbetrachtung der im Bereich Walzasphalt wenig relevanten GU (Typ-B Fälle<sup>55</sup>) übertragbar, die nach derzeitiger Rechtspraxis nicht unter die Regelvermutung fallen. Die folgende Darstellung konzentriert sich auf die Einzelfallprüfungen der unter die Regelvermutung fallenden GU.

#### 1. Wirtschaftliche Bedeutung

81. Die konkrete wirtschaftliche Bedeutung der wettbewerblichen Koordinierung mittels der einzelnen (d.h. durch die und mit den) GU bestätigte, regelmäßig sogar mit Gewissheit, die Regelvermutung.
82. Die Beschlussabteilung legte bei der Prüfung die in der Rechtsprechung anerkannten objektiven Kriterien der Marktbedeutung des GU (unten 1.1.), seine Bedeutung im Verhältnis zu den konkurrierenden Teilhabern und den dahinter stehenden Unternehmen (unten 1.2.) kumulativ zugrunde.<sup>56</sup> Diese grundsätzlich beteiligungs- bzw. marktanteilsbezogenen Betrachtungen wurden anschließend in einer kombinierten Betrachtung zusammengeführt, welche die wirtschaftlichen Anreizstrukturen der adressierten Unternehmen zusätzlich konkretisierte (unten 1.3.).
83. Bei der häufiger durchgeführten Prüfung von mehreren GU auf demselben Markt oder auf unmittelbar angrenzenden Märkten wurde berücksichtigt, ob und in welchem Umfang diese unmittelbar oder mittelbar an mehreren geprüften GU beteiligt waren. Häufig waren einzelne oder mehrere GU-Teilhaber an mehreren GU gleichzeitig beteiligt, was die wirtschaftliche Bedeutung der Koordinierung bei den einzelnen GU steigerte.

---

<sup>55</sup> Vgl. Abschlussbericht, Rn. 178 ff. und unten Rn. 110.

<sup>56</sup> Abschlussbericht, Rn. 175 f.

### 1.1. Bedeutung des GU auf dem Markt

84. In einem Marktgebiet um ein einzelnes Werk sind regelmäßig zwischen 3 bis 10 Werke aktiv. Einheitliche Marktgebiete mehrerer Werke betrafen insbesondere GU mit mehreren beinander liegenden Werken. Die Marktbedeutung der geprüften GU mit einem oder mehr Werken war angesichts der regional begrenzten Märkte und der damit einhergehenden erhöhten Anbieterkonzentration jeweils mit Blick auf die Marktanteile und die Werkszahl gegeben. Die GU waren mit Blick auf ihr jeweiliges Wettbewerbspotenzial grundsätzlich jeweils in der Lage, Preiserhöhungsbemühungen der konkurrierenden Teilhaber und Dritter, zu erschweren oder gar zu verhindern.<sup>57</sup>
85. Der BGH hat im Ost-Fleisch-Beschluss mit Blick auf die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung mittels des GU festgestellt, dass bereits ein kleineres, aber keineswegs unbedeutendes Gemeinschaftsunternehmen ausreichen kann.<sup>58</sup>

### 1.2. Bedeutung des GU im Verhältnis zu den konkurrierenden Teilhabern

86. Die GU waren im Verhältnis zu ihren konkurrierenden Teilhabern (einschließlich deren weiteren Beteiligungen) und deren Erlös- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten jeweils so bedeutend, dass die Wettbewerbsberuhigung durch die selbständig agierenden GU für die Teilhaber wirtschaftlich sinnvoll und mit Blick auf ihre eigene Marktpräsenz auch praktikabel war. Dies ergab sich aus der konkreten Marktpräsenz der beteiligten Unternehmen (1.2.1.), den GU-Beteiligungsquote(n) der konkurrierenden Teilhaber (1.2.2.) und deren kombinierter Betrachtung (1.2.3.).

#### 1.2.1. Marktpräsenz der beteiligten Unternehmen

87. Im Folgenden wird zunächst die Marktpräsenz der beteiligten Unternehmen bei den 57 unter die Regelvermutung fallenden GU beschrieben, die im Rahmen der einzelnen Verfahren zu B1-100/12 entflochten worden sind. Häufig hielten die betroffenen GU-Teilhaber im GU-Marktgebiet weitere Minderheitsbeteiligungen an anderen konkurrierenden GU. Dies war im Rahmen der Gesamtbetrachtung ebenfalls zu

---

<sup>57</sup> Dass die Teilhaber das angestrebte Preisniveau möglicherweise aufgrund eines von anderen Marktteilnehmern ausgehenden Preisdrucks nicht oder nicht vollständig durchsetzen können, steht dem nicht entgegen (BGH, Beschl. v. 08.05.2001, KVR 12/99 - Ost-Fleisch, Rn. 38).

<sup>58</sup> BGH, Beschl. v. 08.05.2001, KVR 12/99 - Ost-Fleisch, Rn. 36; unter Bezugnahme auf verschiedene Marktanteilsberechnungen. Bei der Prüfung der Spürbarkeit sind die Marktpositionen der konkurrierenden Teilhaber hinzuzurechnen.

berücksichtigen. Zum Zwecke der einfacheren Nachvollziehbarkeit der folgenden Abbildungen werden jedoch ausschließlich solche Werke der Teilhaber im GU-Marktgebiet berücksichtigt, die von ihnen wenigstens mittelbar mitkontrolliert<sup>59</sup> waren.

88. Nicht alle der betroffenen 57 GU-Marktgebiete sind hinsichtlich der Marktanteile auf Basis von Fahrzeit-Isochronen vollständig ausermittelt worden. Für einzelne GU waren bereits vor Aufnahme der förmlichen Ermittlungen Entflechtungsvorschläge akzeptiert worden.<sup>60</sup> Die deutliche Mehrzahl der Marktdaten in den ausermittelten Marktgebieten verteilten sich in etwa paritätisch auf verschiedene Jahre (2013 und 2014). Die tatsächlichen Produktionskapazitäten der allermeisten Mischwerke im Bundesgebiet liegen zwischen 160 und 200 to/h. Ungeachtet unterschiedlicher Jahresproduktionen der einzelnen Werke verfügen praktisch sämtliche Werke über beachtliche Überkapazitäten.<sup>61</sup>
89. Die Marktpräsenz der 57 GU und ihrer konkurrierenden Teilhaber wird vor diesem Hintergrund allein auf Grundlage der im GU-Marktgebiet tätigen Werke der Teilhaber auf Basis der jeweiligen Produktionskapazitäten betrachtet. Die Prozentangaben zur relativen Bedeutung bei der Marktpräsenz ergaben sich aus dem Verhältnis der GU-Werke zur Summe der Werke ihrer Teilhaber. Diese Darstellung in der folgenden Grafik ist weniger genau als die Angabe der Marktanteile. Die damit einhergehende Vereinfachung erscheint aus vorgenannten Gründen im Rahmen der zusammenfassenden Darstellung jedoch vertretbar.

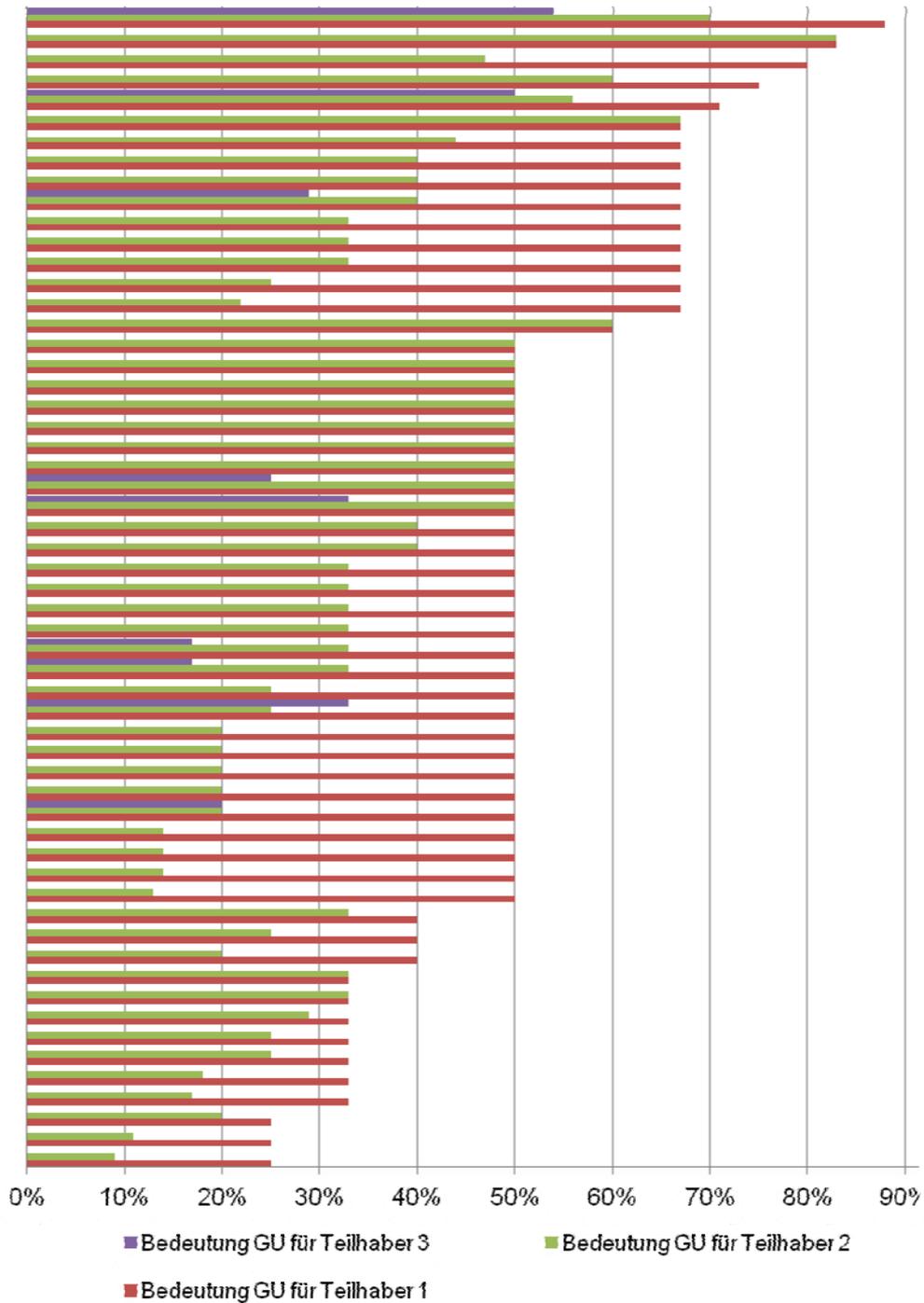
---

<sup>59</sup> Soweit zwei GU-Teilhaber ein Werk gemeinsam kontrollieren, wird es nur insg. einmal berücksichtigt.

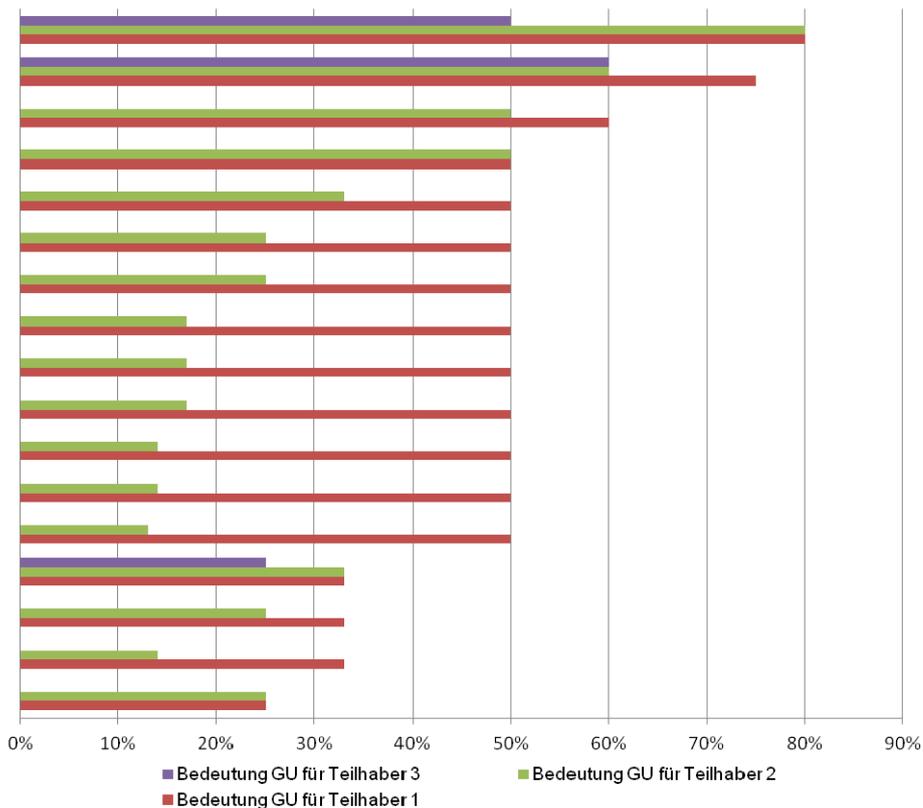
<sup>60</sup> Für die nicht (mehr) auf Basis von Fahrzeit-Isochronen ermittelten Märkte liegen lediglich ältere Marktschätzungen seitens der Unternehmen auf Grundlage der Radienbetrachtung aus den Jahren 2009 bzw. 2010 vor.

<sup>61</sup> Rn. 160 ff.

90. **Grafik 2: Marktpräsenz von 57 GU und ihrer Teilhaber (Verfahren B1-100/12)**



91. Die vorstehende Grafik zeigt, dass die Marktpräsenz und damit das Wettbewerbspotenzial der einzelnen GU für die mit ihm konkurrierenden Teilhabern erheblich und eine Wettbewerbsberuhigung wirtschaftlich sinnvoll und praktikabel waren. Die jeweiligen GU standen bei mindestens einem Teilhaber regelmäßig für 50 % bis 85 % seiner Marktpräsenz und bei mindestens einem weiteren Teilhaber regelmäßig für 13 % bis 83 % dessen Marktpräsenz. Lagen diese Anteile im Einzelfall darunter, war die anteilige Marktpräsenz der GU mit 20 % bis 40 % für beide konkurrierenden Teilhaber jeweils regelmäßig gleich bedeutend.
92. Die vorangegangenen Betrachtung kann um weitere 17 Walzasphalt-GU und mit gleichem Ergebnis ergänzt werden (siehe folgende Grafik), deren kartellrechtliche Bewertung sich aus anderen Gründen (Entflechtung vor Verfahrenseinleitung, Wechselwirkungen) erledigt hat oder deren Entflechtungsverfahren andauert (oben Rn. 79).
93. **Grafik 3:** Marktpräsenz von weiteren 17 GU und ihrer Teilhaber



### 1.2.2. GU-Beteiligungsquoten der konkurrierenden Teilhaber

94. Die Anreize und die Wahrscheinlichkeit einer Einschränkung des Wettbewerbsverhaltens steigen mit zunehmender Ergebnis-/Gewinnbeteiligung der Teilhaber beim GU. Diese Beteiligungen wurden regelmäßig durch die Kapitalbeteiligung (Einlage) und die daraus folgenden Ergebnisbeteiligungen am GU vermittelt. Grundsätzlich reicht eine geringe Beteiligung aus, um einen dämpfenden Effekt auf die Gewinnaussicht eines konkurrierenden GU-Teilhabers im Falle eigener wettbewerblicher Vorstöße zu entwickeln. Dieser Effekt nimmt mit steigenden Beteiligungsquoten zu.
95. Bei der Einzelfallprüfung wurden zusätzlich die Themen und Ergebnisse der Beschlussfassung in den Teilhaberversammlungen betrachtet. In den allermeisten Fällen erfolgten Entscheidungen der Teilhaber und der GU-Geschäftsführung zur Finanzierung der GU, Ergebnisausschüttung, zu Investitionen, Leasinggeschäften, Mitarbeiterprämien Wirtschaftsprüfung, zeitweisen Stilllegungen, Standortverlegungen und Inbetriebnahmen von Werken mit Blick auf deren Bedeutung für die GU einstimmig.
96. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Reihenfolge der in den beiden folgenden Grafiken zu GU-Beteiligungsquoten aufgeführten GU nicht mit den vorangehenden Grafiken zur Marktpräsenz (oben Rn. 90 und 93) übereinstimmt. Ziel der beiden Darstellungen ist die Angabe der vorgefundenen Bandbreiten der Prüfkriterien der Marktpräsenz und der GU-Beteiligungsquoten. Einer direkten Zuordnung bedarf es auch deshalb nicht, da, vereinfacht gesagt, jede der angegebenen Marktpräsenzen zu jeder Beteiligungsquote passen und beide bei kombinierter Betrachtung (dazu unten 1.2.3.) bei Vorliegen der weiteren Prüfkriterien der Einzelfallprüfung (strategische Bedeutung (unten 2.) und konkreter Marktcontext (unten 3.) voraussichtlich zum selben Ergebnis führen dürfte.
97. In der nächsten Grafik sind die GU-Beteiligungshöhen<sup>62</sup> der im GU-Marktgebiet konkurrierenden Teilhaber der 57 in den Verfahren B1-100/12 entflochtenen GU abgebildet. Nicht jedem GU sind stets alle seiner Anteile zugeordnet, da die Beteiligungen der nicht konkurrierenden Teilhaber nicht dargestellt werden. In

---

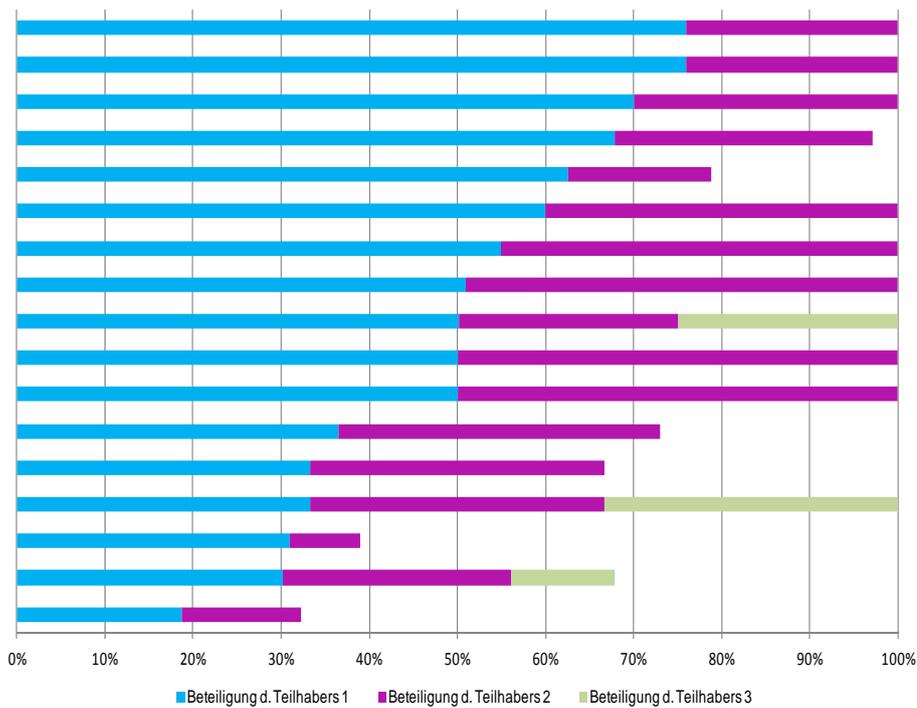
<sup>62</sup> Bestanden GU aus mehr als einer Einheit (insb. sog. GmbH & Co. KG) übte regelmäßig nur eine davon eine Marktätigkeit im Bereich Walzasphalt aus und die Ergebnisse und Gewinne fielen regelmäßig nur bei ihr an.

einzelnen Fällen hielten GU unmittelbare Beteiligungen bis zu 100 % an anderen GU. Die dahinter stehenden mittelbaren Teilhaber waren teilweise selbst im Marktgebiet des anderen GU tätig.

98. **Grafik 4:** Beteiligungsquoten konkurrierender Teilhaber an 57 GU (Verfahren)



99. Aus der vorstehenden Grafik folgt, dass regelmäßig (mindestens) ein konkurrierender Teilhaber bis zu 50 % am GU beteiligt war und weitere Teilhaber ihrerseits Anteile zwischen 18 % und 50 % innehatten. In den anderen Fällen (ohne 50%ige Beteiligung) hielten zwei solcher Teilhaber häufig jeweils mindestens 24 % oder drei oder vier solcher Teilhaber zwischen 18 % und 33,3 %. Die damit verbundenen individuellen Gewinnaussichten führten zu offenkundigen, dämpfenden Effekten auf die Teilhaber im Preis- und Mengenwettbewerb.
100. Die vorangegangene Betrachtung zu den Beteiligungsquoten kann mit gleichem Ergebnis um weitere 17 GU (oben Rn. 79) ergänzt werden.
101. **Grafik 5:** GU-Beteiligungsquoten an weiteren 17 GU



## Beteiligung und Einflussmöglichkeiten

102. Die Regelvermutung erfasst die wettbewerbliche Koordinierung unterhalb der vollständigen alleinigen Beherrschung eines GU durch ein Unternehmen. Die oben aufgeführten (Ergebnis)Beteiligungsquoten vermittelten den konkurrierenden GU-Teilhabern bereits auf Grundlage der vorgelegten Gesellschaftsverträge gemeinsamen wettbewerblich erheblichen Einfluss bzw. gemeinsame oder alleinige Beherrschung über das einzelne GU.<sup>63</sup> Nicht selten kamen teilweise weitere Verträge oder Verbindungen und andere Einflussmöglichkeiten durch einen oder mehrere der betroffenen Teilhaber dazu.
103. Bei den o.g. 57 unter die Regelvermutung fallenden GU wurden folgende Einfluss-/Kontrollmöglichkeiten der konkurrierenden Teilhaber festgestellt: 32 GU wurden von einem Teilhaber allein und weitere 10 GU von zwei oder mehr Teilhabern gemeinsam beherrscht. Die übrigen 15 GU wurden von einem oder zwei konkurrierenden Teilhabern gemeinsam mit nicht auf dem Walzasphaltmarkt tätigen Dritten beherrscht oder die konkurrierenden Teilhaber hatten gemäß den vorgelegten Gesellschaftsverträgen und der tatsächlichen Unternehmenspraxis einen gemeinsamen erheblichen Einfluss in Fragen der Marktpolitik des GU.
104. In der behördlichen Rechtspraxis wurden bislang Fälle aufgegriffen, bei denen die konkurrierenden Teilhaber neben der Ergebnisbeteiligung gemeinsam einen wettbewerblich erheblichen (Nord KS) oder einen gemeinsamen beherrschenden Einfluss (Ost-Fleisch) auf das jeweilige GU hatten. In der ökonomischen Literatur zu kollusiven Wirkungen von (bilateralen) Beteiligungen zwischen Wettbewerbern werden teilweise die Wirkungen von Anteilen mit Stimmrecht und solchen mit rein wirtschaftlichem Interesse (d.h. reine Gewinnbeteiligung ohne Stimmrecht) auf die beteiligten Unternehmen unterschieden.<sup>64</sup> Das Gesamtkalkül und die Wettbewerbsanreize der konkurrierenden Teilhaber gegenüber der Beteiligungsgesellschaft (dem GU) vermindern sich bei dieser Betrachtung - übereinstimmend mit der Einzel-

---

<sup>63</sup> Nicht bei allen GU jedoch bei der überwiegenden Mehrzahl wurden Entscheidungen zur Marktpolitik der GU häufig von der Teilhaberversammlung (oder einem zusätzlichen „Beirat“) besprochen und teilweise mit einfacher Mehrheit oder von der GU-Geschäftsführung mit Unterstützung der Teilhaber (zur sog. kaufmännischen Verwaltung: unten Rn. 178 ff.) getroffen. Soweit die Gesellschaftsverträge nichtig waren, wandten die GU-Teilhaber deren Regelungen gleichwohl an und hatten damit mindestens faktischen Einfluss bzw. Beherrschung auf das GU.

<sup>64</sup> Brito/Cabral/Vasconcelos, Duopoly Competition with Competitor Partial Ownership (September 2011); O Brien/Salop, Competitive effects of partial ownership and corporate control, Antitrust Law Journal 2000 (67) 559 ff.; dies., Antitrust Law Journal 2001 (69) 611 ff.

fallprüfung der Regelvermutung - durch die wirtschaftlichen Interessen bei der Beteiligungsgesellschaft. Die Wettbewerbsanreize der Beteiligungsgesellschaft gegenüber dem konkurrierenden Teilhaber folgen bei dieser Betrachtung dagegen aus dessen Einflussmöglichkeit und dem wirtschaftlichen Gesamtinteresse. Die Möglichkeit der konkurrierenden Teilhaber, das GU jeweils einzeln anzuweisen oder zu kontrollieren, wird weder in der Rechtsprechung<sup>65</sup> noch der angeführten ökonomischen Literatur als notwendige Voraussetzung für den Nachweis der Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall betrachtet. Die Beschlussabteilung hat dies in den Entflechtungsverfahren berücksichtigt.

105. Vor diesem Hintergrund können auch **allein kontrollierte GU** mit weiteren GU-Teilhabern unter die Regelvermutung und im Einzelfall unter das Kartellverbot fallen, vorausgesetzt mindestens ein weiterer GU-Teilhaber konkurriert mit dem GU. Der allein kontrollierende Teilhaber kann im bilateralen Verhältnis zum GU grundsätzlich ein Konzernprivileg einwenden. Letzteres erfasst jedoch weder das bestehende Wettbewerbsverhältnis des anderen Minderheitsteilhabers zum GU noch zu möglichen weiteren Marktaktivitäten des allein kontrollierenden Teilhabers neben dem GU.<sup>66</sup> Sind die konkreten Wettbewerbsanreize des Minderheitsteilhabers gegenüber dem allein kontrollierten GU aufgrund des oben dargestellten ökonomischen Grundzusammenhangs verändert, gilt dies entsprechend der vom BGH formulierten Scharnierwirkung des GU auch in Beziehung zu den weiteren dem allein kontrollierenden GU-Teilhaber zuzurechnenden Marktaktivitäten.<sup>67</sup> Letzteres war, wie oben beschrieben, mit 32 entflochtenen GU eine häufig anzutreffende Konstellation.
106. Die kartellrechtliche Prüfung erfasst auf Grundlage der Ostfleisch-Entscheidung des BGH von konkurrierenden Teilhabern **gemeinsam beherrschte GU**. Im Fall Ostfleisch war das GU über seine (künftige) Marktaktivität am Verstoß beteiligt und

---

<sup>65</sup> Abschlussbericht, Rn. 168, die Regelvermutung wurde vom BGH im Fall Nord KS im Rahmen der Einzelfallprüfung bejaht. Die betroffenen zwei Gesellschafter hatten einen wettbewerblich erheblichen Einfluss mit Stimm- und Kapitalanteilen von 32,6 %, bzw. 17,5 % der KG-Anteile (BGH, Beschl. v. 04.03.2008, 55/07 - Nord KS, Rn. 14 f.). Die Mehrheit der beiden im Beirat war mit Ausnahme einiger Grundlagengeschäfte für die Beschlussfassung ausreichend (siehe BKartA, Beschl. v. 09.08.2006, B1-116/04, Rn. 17 f. - Nord KS).

<sup>66</sup> Die oben angeführte ökonomische Literatur betrifft unmittelbar kollusive Wirkungen von *bilateralen* Beteiligungen, die keine zusätzlichen Tätigkeiten des alleinkontrollierenden GU-Teilhaber neben dem GU voraussetzen. In den Entflechtungsverfahren wurden solchen Konstellationen nicht vorgefunden.

<sup>67</sup> Vgl. im Einzelnen Theurer, FIW Schwerpunkte des Kartellrechts 2013, S. 124.

zugleich Mechanismus der wettbewerblichen Abstimmung unter den konkurrierenden Teilhaber. Der Anwendungsbereich des Kartellverbots ist auch in dieser Konstellation eröffnet. Denn das damit von jedem dieser Teilhaber abhängige GU führt nicht zur (wechselseitigen) Zurechnung der verbleibenden Markttätigkeiten der Teilhaber. Die Teilhaber können weder im Verhältnis zum GU noch untereinander und damit weder ein gemeinsames noch ein „geteiltes“ Konzernprivileg in Anspruch nehmen, das zur Nichtanwendbarkeit des Kartellverbots führen könnte.<sup>68</sup> Wenn die Teilhaber weiterhin am Markt tätig sind, bestehen zudem keine<sup>69</sup> das Kartellverbot verdrängenden gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten zu Gunsten des GU und<sup>70</sup> oder des jeweils anderen Teilhabers und dem entsprechend keine Möglichkeiten zur Rücksichtnahme im Wettbewerb aufgrund von Wettbewerbsverboten.<sup>71</sup>

107. Mit zunehmender Zahl und Dichte der Ermittlungen stellte sich die Frage nach der Erforderlichkeit bzw. der Bedeutung von stimmrechtsbezogenen oder vergleichbaren Einflussmöglichkeiten auf das GU für den Nachweis der konkret veränderten Wettbewerbsanreize. Hintergrund waren die bereits angesprochenen regelmäßig fehlenden Anzeichen für Meinungsunterschiede unter den GU-Teilhabern bei den relevanten wirtschaftlichen Entscheidungen der GU. In der Kartellrechtspraxis ist außerdem anerkannt, dass sich konkrete wirtschaftliche Anreize zur wettbewerblichen Rücksichtnahme oder Koordinierung aus Vereinbarungen zwischen

---

<sup>68</sup> Für die Zwecke der Anwendung des insoweit inhaltsgleichen Art. 101 AEUV ist ein kartellbeteiligtes, von zwei nicht kartellbeteiligten Teilhabern gemeinsam kontrolliertes GU kein mit einem oder beiden Teilhabern vertikal integriertes Unternehmen (vgl. EUGH, C-227/14, Rn. 46 - LG Display u.a.). Sind die Teilhaber neben dem GU auf demselben (hier: Angebots-) Markt tätig, würden sie allein durch diese bloße tatsächliche Ergänzung nicht zu einem einheitlichen Unternehmen (vgl. dazu auch BKartA, B1-116/04, Rn. 115).

<sup>69</sup> A.A. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juni 2013, VI-Kart 9/12 (V) - Chemievertriebs-GU, S. 8 ff. bei der Prüfung von Art. 101 AEUV.

<sup>70</sup> Vgl. zu Interessengegensätzen bei personellen Verflechtungen unten Rn. 155 ff.

<sup>71</sup> Vgl. KOM-Bekanntmachung, Rn.37 einschl. deren Fn.2. Die vom OLG Düsseldorf im Eilverfahren Chemievertriebs-GU herangezogene Rechtsprechung Gratiszeitung Hallo (BGH, Beschl. v. 23.06.2009, KZR 58/07), welche ein Wettbewerbsverbot zugunsten eines GU betrifft, ändert die Bewertung nicht. Denn dort war zunächst keiner der Teilhaber auf dem Markt des GU tätig (vgl. Theurer, FIW Schwerpunkte des Kartellrechts 2013, S. 122 - 124).

Darüber hinaus erscheinen die gleichzeitige Annahme einer Treuepflicht der gemeinsam kontrollierenden GU-Teilhaber und deren Leitungsmacht gegenüber dem GU nicht tragfähig. Denn wer das GU anweisen kann, der muss ihm gegenüber (vor Insolvenzgefahr) grundsätzlich keine Treuepflicht erfüllen. Die Bedenken verstärken sich zusätzlich, wenn man die aus einer solchen Leitungsmacht der GU-Teilhaber für das GU erwachsende Folgepflicht (vergleichbar einer „Treuepflicht“) betrachtet. Denn dann offenbart sich ein kartellrechtswidriges Paradox „wechselseitiger Treue- bzw. Folgepflichten“ zwischen den konkurrierenden Teilhabern und dem GU, welche die wettbewerblichen Rücksichtnahmen jeweils verbindlich vorgeben.

Wettbewerbern ergeben können, denen keine zusätzlichen ein- oder wechselseitigen Einfluss- oder Beherrschungsmöglichkeiten im Sinne von Kontrolle zugrunde liegen.<sup>72</sup>

108. Insoweit könnte erwogen werden, die Einflussmöglichkeit der konkurrierenden Teilhaber auf das GU bspw. durch die Betrachtung der Wettbewerbsanreize der GU selbst zu ersetzen. Dessen wirtschaftliches Gesamtkalkül war im Vergleich zu den Teilhabern und mit Blick auf das eigene Geschäftsergebnis weniger stark ausgeprägt<sup>73</sup>, da seine eigenen Gewinne an die Teilhaber weitestgehend abgeführt wurden und diese dem GU keine Gewinne aus ihrer eigenen Markttätigkeit zukommen ließen. Sein Anreiz zu vorstoßendem Wettbewerb gegenüber den Teilhabern war jedoch ebenfalls konkret verändert. Denn solches Verhalten hätte - entgegen den Interessen der gesamten Teilhaber - seinen eigenen Fortbestand jeweils in Frage gestellt.
109. Letztlich musste die Frage zur Erforderlichkeit o.g. Einflussmöglichkeiten nicht entschieden werden. Denn alle konkurrierenden Teilhaber in den 57 GU (sowie den anderen 17 GU) verfügten neben der bedeutenden Ergebnisbeteiligung (Quote) über mit ihrer Beteiligung deckungsgleiche Stimmrechte und damit, wie in aus den obigen Grafiken 4 und 5 erkennbar, gemeinsam und teilweise in Verbindung mit weiteren Einflussmöglichkeiten (mindestens) über wettbewerblich erheblichen Einfluss auf das jeweilige GU.
110. An dieser Stelle ist ein Ergebnis zu 14 GU zu ergänzen, welche in der vorläufigen kartellrechtlichen Beurteilung als sog. Typ B 1-Fälle eingestuft worden waren und im Rahmen der Einzelfallprüfung vorliegend nicht gesondert behandelt werden. Der Typ-B1 Fall unterscheidet sich von der Regelvermutung (Typ A) darin, dass nur einem GU-Teilhaber eigene Werke im GU-Marktgebiet zuzurechnen sind und ein oder mehrere andere Teilhaber dort allein über nicht (mit)kontrollierte Beteiligungen tätig sind.<sup>74</sup> In mindestens 10<sup>75</sup> dieser Fälle ergaben die Ermittlungen entgegen der

---

<sup>72</sup> Dies wird - außerhalb der hier dargestellten GU-Konstellationen - bspw. unter dem Gesichtspunkt des Abkaufs von Wettbewerb behandelt (vgl. KOM, Beschl. v. 19.06.2013, AT 39226 - Lundbeck, Rn. 957 ff. und KOM, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (Horizontal-Leitlinien), ABl. 2011 C 11 Rn. 27).

<sup>73</sup> Die GU-Geschäftsführer erhielten häufiger auch eine ergebnisbezogene Komponente als Entgelt.

<sup>74</sup> Vgl. Abschlussbericht, Rn. 181 - 183.

<sup>75</sup> 8 solcher GU wurden selbst entflochten oder waren aufgrund Wechselwirkungen nicht mehr kartellrechtlich problematisch.

vorläufigen Beurteilung, dass der andere Teilhaber mindestens das GU und/oder die weitere Beteiligung über personelle Verflechtungen der Geschäftsführer, kaufmännische Dienstleistungsverträge und weitere Verbindungen (mit)beherrschte. Dies eröffnete den Anwendungsbereich der Regelvermutung.

### 1.2.3. kombinierte Betrachtung

111. Noch deutlicher erkennbar wurden die konkret veränderten Wettbewerbsanreize bei der kombinierten Betrachtung der Marktbedeutung der Walzasphalt-GU und der Beteiligungsquoten als Einflussgrößen für vorstoßenden Preis- und Lieferwettbewerb der Teilhaber. Eine solche kombinierte Betrachtung wurde bereits im Fall Nord-KS von der Beschlussabteilung vorgenommen.<sup>76</sup>
112. Gegen zweckrationales Handeln der einzelnen konkurrierenden Teilhaber, der GU oder der anderen Teilhaber sprechende Anhaltspunkte konnten in den Entflechtungsverfahren nicht ermittelt werden. Zunächst war einerseits bemerkenswert, dass Diskussionen oder Konflikte zwischen den GU und seinen konkurrierenden Teilhabern über die Marktpolitiken, einzelne Asphaltlieferungen und die sich daraus ergebenden Geschäftschancen und -ergebnisse nicht feststellbar waren. Es fehlten andererseits auch jegliche Anhaltspunkte, dass GU-Teilhaber ohne eigene Werke im betroffenen Marktgebiet sich über wettbewerbliche Interessenkonflikte der konkurrierenden Teilhaber oder deren Auswirkungen auf die Geschäftsergebnisse der GU und ihrer Ergebnisbeteiligung beschwert haben. Dies allein deutete auf fehlenden wirksamen Wettbewerb zwischen den GU und ihren konkurrierenden Teilhabern hin und wurde durch die dichte Information der Teilhaber zur Entwicklung des GU und seiner einzelnen Werke (unten Rn. 151ff.) zusätzlich bestätigt.
113. Die kombinierte Betrachtung konkretisiert die tatsächliche Veränderung der wettbewerblichen Anreize des einzelnen wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig handelnden Teilhabers aufgrund seiner Beteiligung an dem GU. Schließlich betrachtet jeder Teilhaber im Rahmen der Abwägungsüberlegung zwischen zusätzlichem Gewinn aus einem Preisvorstoß auf der Habenseite und Verlustpotential auf der Sollseite eine kalkulatorische Größe, die sich aus der Multiplikation der jeweiligen Beteiligungsquote mit der Marktposition des GU ergibt. Je höher die Kapital-

---

<sup>76</sup> BKartA, B1-116/04, Rn. 90 f.

beteiligung an dem GU und je stärker dieses auf dem relevanten Markt aktiv ist, umso deutlicher wird der Effekt ins Gewicht fallen.

114. Aus Sicht der selbst aktiv im jeweiligen GU-Markgebiet tätigen Teilhaber wurden daher deren Ergebnisbeteiligungen am GU (in Prozent) mit dem Marktanteil des GU als Ausdruck seiner Marktbedeutung multipliziert. Dies ergab jeweils einen „effektiven“ rechnerischen Marktanteil des GU in Beziehung auf die einzelnen Teilhaber. Dieser GU-Beitrag wurde anschließend mit den eigenen Marktanteilen der Teilhaber im GU-Markgebiet in Beziehung gesetzt und auf seine Wirkung auf Wettbewerbsvorstöße auf dem relevanten Markt bewertet.
115. Die Betrachtung ergab jeweils, dass die Teilhaber bei eigenen Preis- oder Mengenvorstößen neben dem auf den eigenen nicht unwesentlichen Marktanteil entfallenden Erlös- und Gewinnanteil zugleich ihr Beteiligungsergebnis aus dem GU („effektiver Marktanteil“) vollständig gefährden oder beide zumindest wesentlich vermindern würden.
116. Im Folgenden werden zwei Beispiele für die kombinierte Betrachtung gegeben. Das Beispiel 1 betrifft den am häufigsten Fall, bei dem die Wettbewerbsanreize der Teilhaber und die Wahrscheinlichkeit für deren vorstoßenden Preiswettbewerb aufgrund der kombinierten Betrachtung nahezu mit Gewissheit auszuschließen waren. Aus der Dämpfung des Wettbewerbs der einzelnen Teilhaber gegenüber dem gemeinsamen GU folgte durch die Scharnierfunktion des GU zwingend eine Beruhigung des Preiswettbewerbs zwischen den konkurrierenden Teilhabern.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> Zugleich waren die GU und ihre konkurrierenden Teilhaber regelmäßig die größten und wären ohne die Kollusion häufig die wettbewerblich nächsten Wettbewerber im Regionalmarkt gewesen. Insoweit können auch Preiserhöhungsstrategien durch ein oder mehrere dieser Unternehmen im Rahmen der kombinierten Betrachtung profitabel sein, wenn ein Teil der Kunden vom GU zu den Teilhabern oder umgekehrt wandert. Solche Szenarien werden im Rahmen der Fusionskontrolle als unilaterale Erstrundeneffekte von Zusammenschlüssen nach §§ 37, 36 Abs. 1 GWB (neben sog. Zweitrundeneffekten auf andere enge Wettbewerber) geprüft.

118. **Tabelle 4:** Beispiel 1

	<b>GU-Beteiligung</b>	<b>Rechnerischer Anteil der Teilhaber am Marktanteil d. GU</b>	<b>Marktanteil des Teilhabers</b>	<b>Eigener und rechnerischer Marktanteil am GU</b>
Teilhaber 1	42,2 %	17,4 %	6 %	23,4 %
Teilhaber 2	24,5 %	10 %	18 %	28 %
Teilhaber 3	33,3 %	13,6 %	9,7 %	23,3 %
GESAMT	100 %	ca. 41 %	33,7%	74,7 %

119. Das Beispiel 2 behandelt eine seltenere Konstellation, bei der auf den ersten Blick keine konkret veränderten Wettbewerbsanreize von zwei konkurrierenden Teilhabern vorlagen. Der Teilhaber 2 erreichte hier trotz wesentlicher räumlicher Überschneidungen der Marktgebiete mit dem GU nur relativ geringe Marktanteile aus der GU-Ergebnisbeteiligung („effektiver Marktanteil“) und der eigenen Markttätigkeit.

 120. **Tabelle 5:** Beispiel 2

	<b>GU-Beteiligung</b>	<b>Rechnerischer Anteil der Teilhaber am Marktanteil d. GU</b>	<b>Marktanteil des Teilhabers</b>	<b>Eigener und rechnerischer Marktanteil am GU</b>
Teilhaber 1	78 %	18,8 %	40 %	58,8 %
Teilhaber 2	22 %	5,2 %	2,5 %	7,7 %
GESAMT	100%	24%	42,5	66,5 %

121. Das Beispiel 2 widerlegte die konkreten veränderten Wettbewerbsanreize des Teilhabers 2 im Verhältnis zum GU im Ergebnis nicht. Vielmehr indizierten die tatsächliche Werkskapazität sowie der geringe Anteil der eigenen Lieferungen des Teilhabers 2 im GU-Marktgebiet, der Gründungszusammenhang des GU (dazu unten 2.1.) und die nachgelagerten Straßenbauaktivitäten des Teilhabers 2 im GU-Marktgebiet, dass die Rücksichtnahme gegenüber dem ertragreichen GU (auch) eine räumliche Komponente im Sinne der Marktaufteilung zugunsten des GU und des Teilhabers 1 hatte.<sup>78</sup> Dies schlug sich unmittelbar in den niedrigen Marktanteilen des Teilhabers 2 im GU-Marktgebiet nieder. Vor diesem Hintergrund war bei der kombinierten Betrachtung in Einzelfällen dem Umstand Rechnung zu tragen, dass

<sup>78</sup> Im konkreten Verfahren waren die Anreize beider Teilhaber zu Preiswettbewerb im GU-Marktgebiet ebenfalls konkret verändert.

neben den Wettbewerbsanreizen betreffend die Preisgestaltung auch die Anreize zu Lieferwettbewerb bzw. Marktaufteilungen durch das GU beeinflusst oder herbeigeführt werden können.

122. In der fallübergreifenden Betrachtung stellten sich die Teilvergemeinschaftungen von Markttätigkeiten (GU) und die gleichzeitige eigene Tätigkeit der Teilhaber aus rein ökonomischer Perspektive als eine der profitabelsten Kombinationen von Anlagealternativen auf dem homogenen Walzasphaltmarkt dar. Die geprüften GU verfügten jeweils nur über eher niedrige und von den Teilhabern geteilte Kapital- sowie Sacheinlagen wie z.B. eingebrachte oder angepachtete Werke<sup>79</sup>. Durch die Einbindung mehrerer relevanter Wettbewerber konnten diese GU-Verflechtungen unter reinen Profitmaximierungsgesichtspunkten mittel- und langfristig vorteilhafter als ein Monopol sein. Denn sie beugten (zusätzlichen) Markteintritten der bereits im GU beteiligten Anbieter von vornherein vor. Gegenüber Oligopolen ohne zugrunde liegende, bzw. unterstützende Verflechtungen, Vereinbarungen oder juristisch nachweisbare abgestimmte Verhaltensweisen konnten diese GU-Verflechtungen deutlich stabiler sein.

## 2. Strategische Bedeutung

123. In den Entflechtungsverfahren wurde jeweils ein gemeinsames, strategisches (langfristiges) Interesse der GU-Teilhaber an einer umfassenden Wettbewerbsberuhigung mittels der GU erkennbar. Dies galt für GU welche bereits bei Gründung, durch Aufnahme neuer konkurrierender Teilhaber und/oder durch veränderte Werkszuordnungen und Ausweitung der Marktgebiete unter die Regelvermutung fielen.
124. Bedeutende GU-Komplexe bestanden aus bis zu vierstufigen Beteiligungsebenen zwischen mehreren GU. Die größeren und mittleren Asphaltanbieter waren letztlich alle auf mehreren Stufen und häufig mehrfach miteinander verflochten.<sup>80</sup> In solchen Komplexen verfügten die nur mittelbar beteiligten Teilhaber teilweise über gar keine Asphaltwerke im Alleineigentum. In diesen Beteiligungsstrukturen wurde die Regelvermutung zunächst allein aufgrund der parallelen Markttätigkeiten verschiedener GU überprüft. Mit der Beteiligung zwischen GU verstärkten sich die

---

<sup>79</sup> Teilweise waren die von den GU betriebenen Werke oder die Betriebsgrundstücke von den Teilhabern angepachtet.

<sup>80</sup> Eine wechselseitige Beteiligung zwischen zwei kartellrechtswidrigen GU wurde nur in einem Fall ermittelt und beide GU jeweils vollständig entflochten.

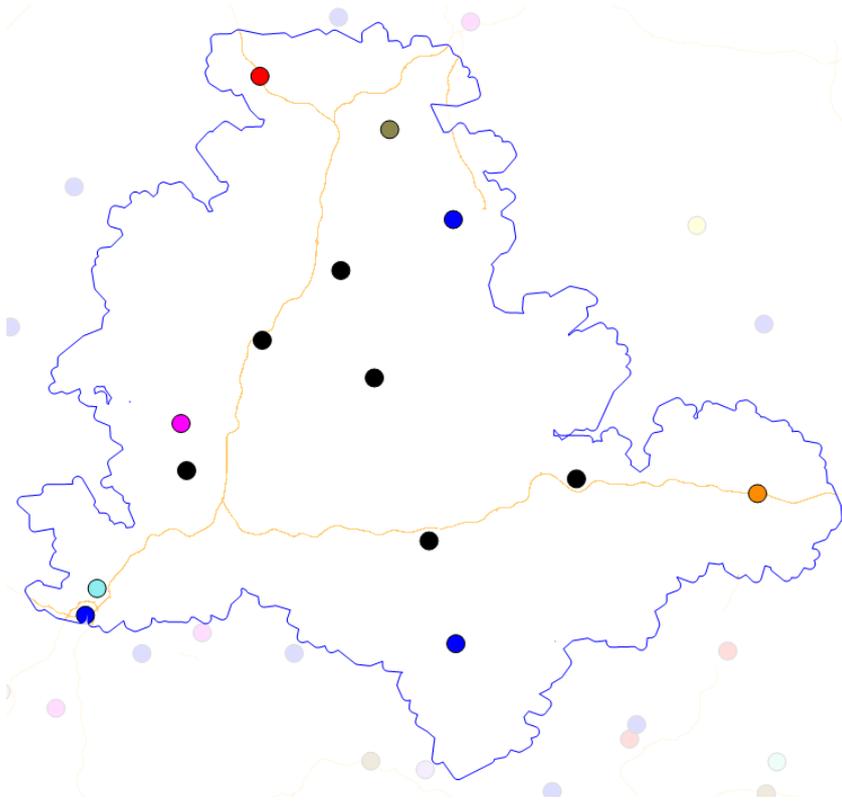
nachweisbaren objektiven Koordinierungsinteressen regelmäßig in Bezug auf die einzelnen GU.

125. Im Folgenden werden die objektiven Prüfkriterien zusammengefasst, welche einzeln oder nebeneinander am häufigsten das konkrete strategische Interesse belegten. Dies waren der Gründungszusammenhang der GU (2.1.), der spätere GU-Beitritt von konkurrierenden Teilhaber (2.2.) und deren Interessen an der Verhinderung bzw. Beschränkung des Preiswettbewerbs und der Marktaufteilung. Das letztgenannte Prüfkriterium war in den vorgefundenen unterschiedlichen Beteiligungskonstellationen in jedem Einzelfall belegbar (dazu unten 2.3.).

## **2.1. Gründungszusammenhang und Erweiterung des Marktauftritts**

126. Prägnant waren solche Fälle, bei denen der Gründungszusammenhang oder die Erweiterung des Marktauftritts der GU durch Aufnahme weiterer Werke von neuen oder bestehenden konkurrierenden Teilhabern das geteilte Interesse insb. an der Beruhigung des Preiswettbewerbs und/oder der (teilweisen) Markzuteilung an das GU konkret belegten.
127. In der folgenden Abbildung wird beispielhaft dargestellt, wie die von drei Teilhabern in ein GU eingebrachten sechs Werke (schwarze Punkte) entlang der in Nord-Süd- und West-Ost-Ausrichtung verlaufenden Verkehrsachsen eine gesamte Region abdeckten, wobei die GU-Werke ein einheitliches Marktgebiet bildeten und weitere Werke der Teilhaber im Marktgebiet (blaue,..Punkte) lagen bzw. darin einliefern konnten.

129. **Abbildung 3:** Gründung zwecks Marktzeilung



130. Vor der Einbringung in das oben abgebildete GU waren dessen sechs Werkstandorte ausgehend vom nördlichsten Werk in der Reihenfolge Teilhaber 1, Teilhaber 2, Teilhaber 3, Teilhaber 2, Teilhaber 3, Teilhaber 1 individuell zugeordnet und betrieben worden. In solchen und in vergleichbaren Konstellationen wurden zwischen den GU-Teilhabern teilweise zur selben Zeit oder zeitnah auch in anderen Regionen im Bundesgebiet weitere GU gleicher oder ähnlicher Struktur gegründet.
131. Vereinzelt kam hinzu, dass ein seinerseits kartellrechtswidriges GU 1 mit anderem geografischen Tätigkeitsbereich alleiniger Gründungsteilhaber eines weiteren GU 2 war. Diese Beteiligung gab es innerhalb weniger Monate an seine eigenen Teilhaber gemäß deren Beteiligungsquoten beim GU 1 weiter, welche wie oben beschrieben, ihrerseits eigene Werke im Gebiet des neu gegründeten GU 2 (weiter) betrieben.<sup>81</sup>

<sup>81</sup> In einem Fall war nachweisbar, dass weder die GU-Gründung noch die Weiterreichung der Anteile an die Teilhaber trotz fusionsrechtlicher Pflichten dem Bundeskartellamt (nach damaligem Recht) angezeigt worden war. In anderen Fällen dienten die GU-Gründung bzw. die Beteiligung als Mittel zur Vermeidung weiterer fusionsrechtlicher und kartellrechtlicher Prüfungen (Doppelkontrolle). Dieser Aspekt wurde bereits im Verfahren Nord KS (BKartA, B1-116/04) thematisiert.

Die Anteilsübertragung seitens des GU 1 auf seine eigenen Teilhaber erschien mit Blick auf die angestrebte Wettbewerbsberuhigung im Marktgebiet des GU 2 logisch und wirtschaftlich zwingend. Denn die wettbewerbliche Koordinierung bzw. Rücksichtnahme im Marktgebiet des GU 2 konnte objektiv nur effizient funktionieren, wenn die Teilhabervertreter im GU 2, wie hier, über Kenntnisse und/oder Verantwortlichkeiten bei den eigenen Werken verfügen. Dies traf jedoch nur auf die Teilhaber des GU 1 zu, nicht jedoch auf das in einem anderen räumlichen Markt tätige GU 1 selbst.

132. In zwei benachbarten großen GU-Komplexen mit jeweils einem großen GU und dessen Unterbeteiligungen<sup>82</sup> ließ sich bei näherer Betrachtung zusätzlich das strategische Interesse der beiden paritätischen GU-Teilhaber an der regionsübergreifenden Wettbewerbsberuhigung im Wege der Marktaufteilung nachweisen. Die Marktgebiete beider GU grenzten unmittelbar aneinander. Die tatsächliche kaufmännische Verwaltung und Marktpolitik der beiden paritätischen, jeweils marktbeherrschenden GU war ungeachtet bestehender Stimmbindungsverträge bei beiden GU unter den beiden Teilhabern nach deren jeweiligem „Heimatmarkt“ aufgeteilt, so dass jeder Teilhaber in seinem „Heimatmarkt“ die operative Verantwortung für die eigenen Werke, das dort tätige GU und dessen Walzasphalt-Unterbeteiligungen innehatte.
133. Die Erweiterung des Marktauftritts von GU ging nicht nur in einzelnen Fällen mit der zusätzlichen Einbringung von konkurrierenden Teilhaber-Werken gegen eine Erhöhung der Beteiligungsquote einher. Teilweise war dies mit Blick auf die bereits veränderten Wettbewerbsanreize der Teilhaber erkennbar von dem Bestreben getragen, über die „gleichmäßigere“ Verteilung der GU-Gewinne hinaus ein neues kollusives Gleichgewicht zwischen den größeren GU-Teilhabern im GU-Marktgebiet herzustellen.

## **2.2. Späterer Beitritt zu GU**

134. In einigen Fällen waren GU ursprünglich zwischen kleineren Asphaltanbietern gegründet worden, welche ihre gesamten Werke einbrachten. In weiteren Fällen hatten sich kleinere Straßenbauunternehmen zusammengetan und für das GU Werke erworben. Später übernahmen größere Walzasphalt-Anbieter mit eigenen Werken im Marktgebiet aufgrund von Unternehmenskäufen häufig nicht kontrollierende GU-

---

<sup>82</sup> Mit weiteren in den GU-Marktgebieten konkurrierenden Mitteilhabern.

Beteiligungen. Sie brachten entweder gar keine oder nur einzelne eigene Werke in das GU ein. Dass insbesondere die verbliebenen ursprünglichen GU-Teilhaber ohne eigene Werke der langjährigen „parallelen Tätigkeit“ der neuen Teilhaber nicht widersprachen, ließ sich jeweils nur plausibel damit begründen, dass ihre jährlichen Ergebnisbeteiligungen aus dem GU nicht von der „parallelen Tätigkeit“ der neuen Mitteilhaber beeinträchtigt worden sind.

### 2.3. Beruhigung des Preiswettbewerbs und Marktaufteilung

135. Mit Blick auf ihre konkurrierenden Teilhaber ließen sich drei Konstellationen bei GU beschreiben: GU mit ausschließlich im Bereich Walzasphalt tätigen Teilhabern, solche zwischen Walzasphaltanbietern und Unternehmen mit dem Schwerpunkt Straßenbau sowie GU zwischen Unternehmen, die schwerpunktmäßig im Straßenbau tätig sind.
136. Das geteilte strategische Interesse aller Teilhaber der drei Konstellationen bei GU an der langfristigen Beruhigung des Preiswettbewerbs konnte unter Anknüpfung an die konkreten Ergebnisbeteiligungen beim GU (oben Rn. 94 ff.) jeweils belegt werden.
137. Dabei konnte insbesondere gezeigt werden, wie die wesentlichen Interessen der Straßenbauunternehmen an günstigen und verlässlichen Bezugsmöglichkeiten für Walzasphalt dauerhaft mit dem Hauptabsatzinteresse der reinen Asphaltanbieter dauerhaft in Einklang gebracht worden waren.
138. Die jährlichen Ergebnisbeteiligungen aller GU-Teilhaber waren von der Preissetzung des GU am Markt abgrenzbar, und dies unabhängig davon, ob alle Nachfrager gleich behandelt wurden oder die nachfragenden GU-Teilhaber beim GU im Vergleich zu dritten Asphaltkunden von (mindestens) gleichen Bezugskonditionen (sog. Meistbegünstigung) profitierten.<sup>83</sup> Diese individuellen Ergebnisbeteiligungen erfolgten auf Grundlage der zumeist detailliert zwischen den Teilhabern und dem GU besprochenen Ergebniskennzahlen. Der darin ausgedrückte wirtschaftliche Erfolg des GU bestand insbesondere in der Stabilisierung bzw. Anhebung des

---

<sup>83</sup> Zum Vergleich: Der EUGH geht in seiner Rechtsprechung zu sog. „internen“ Verkäufen eines kartellbeteiligten GU an seine gemeinsam kontrollierenden Teilhaber davon aus, dass diese kartellbefangen und bei der gesamtumsatzbezogenen Bußgeldberechnung nach Art. 23 Abs. 2 VO 1 zu berücksichtigen sind. Dies gilt auch dann, wenn das GU zugunsten seiner Teilhaber aufgrund deren Beteiligungen zu günstigeren Konditionen an diese verkauft als an Dritte und insoweit einen absprachebedingten Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Anbietern erhält (C-227/14, Rn. 46, 56 - 68 - LG Display u.a.).

durchschnittlichen Deckungsbeitrages, dem Erreichen oder Übertreffen der Planpreise, der Senkung des Deckungsbedarfs, der Stabilisierung bzw. Anhebung des Rohertrags und der Durchschnittserlöse pro Tonne Asphalt. Die Ergebnissteigerung geht mit dem Verzicht auf preisliche Vorstöße im Wettbewerb einher.

139. Bei allen drei Konstellationen von GU wurde jeweils jährlich oder in kürzeren Abständen über die Ergebnisverwendung wie Gewinnrücklagen und -vorträge und insbesondere über Entnahmen entschieden und die Gewinne (ggfs. nach Abzug der genehmigten Investitionen) regelmäßig vollständig an die Teilhaber ausgeschüttet. Die GU verfügten über ihre eher geringen Kapitaleinlagen hinaus regelmäßig (nur) bis zur Gewinnfeststellung und Ausschüttung über wesentliche Geldvermögenswerte aus dem cash-flow. Das operative Geschäft wurde nicht selten über Banken (fremd-)finanziert, teilweise wurden verzinsliche Teilhaberdarlehen in Anspruch genommen.
140. Im Gesamtkalkül der vertikal integrierten Asphalt- und Straßenbauunternehmen war, bzw. ist die Ergebnisbeteiligung beim GU zudem nicht allein der Asphalt-Beteiligungsverwaltung oder den nachfragenden eigenen Straßenbauniederlassungen zuzuordnen. Solange sämtliche Nachfrager vom GU, einschließlich der GU-Teilhaber zu konstant gehaltenen oder angehobenen Preisen Asphalt einkauften, schlug sich das in der individuellen Ergebnisbeteiligung aller GU-Teilhaber nieder.<sup>84</sup> Angesichts der erheblichen gemeinsamen Marktpräsenz der einzelnen GU und ihrer konkurrierenden Teilhaber erschien die Koordinierung des Preisniveaus über die GU jedoch häufig sogar dann wirtschaftlich (dazu oben 1.) und strategisch (dazu oben 2.) sinnvoll, wenn die GU-Teilhaber als Nachfrager bei ihren eigenen Werken die gleichen (erhöhten) Einkaufspreise wie Dritte bezahlten. Auf diese Weise wurden die (teilweise) unterschiedlichen Hauptinteressen der GU-beteiligten reinen Asphaltanbieter an einem erhöhten Marktbeitrag beim Asphaltabsatz einerseits und der im Straßenbau aktiven GU-Teilhaber bei der Asphaltnachfrage andererseits langfristig in Einklang gebracht.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> Im Gegensatz dazu beziehen die GU-Teilhaber beim Bezug in ihren eigenen Werken häufig zu günstigeren Preisen als andere Nachfrager, was für sich betrachtet grundsätzlich kartellrechtlich unbedenklich ist.

<sup>85</sup> Die im Bereich Walzasphalt konkurrierenden GU-Teilhaber lieferten einigen GU zudem Vorprodukte wie Gesteinskörnungen, welche einen erheblichen Anteil der variablen Kosten der Walzasphaltproduktion ausmachen. Ihre Absatz- und Gewinninteressen bei den Vorprodukten liefen mit der wettbewerblichen Koordinierung über das GU bei der Produktion und Vertrieb von Walzasphalt konform. Die insoweit näher betrachteten GU erhielten beim Erwerb der Vorprodukte keine über die allgemeinen mengenbezogenen Rabatte reichenden Nachlässe. Die

141. Angesichts der Bedeutung der GU und ihrer Teilhaber und des konkreten Marktkontextes (dazu sogleich Rn. 143 ff.) konnten die anderen Asphaltanbieter gemäß den Ermittlungen regelmäßig das erhöhte Preisniveau bei ihrem eigenen Angebot berücksichtigen und taten dies auch (dazu unten Rn. 154).
142. Bei einer Standortverteilung, wie sie beim Gründungszusammenhang (oben 2.1.) abgebildet ist, war das konkrete strategische Interesse der Teilhaber an der Wettbewerbsberuhigung durch die weitgehende räumliche Zu- bzw. Aufteilung des Marktgebiets mittels des GU neben der angestrebten Beruhigung des Preiswettbewerbs verifizierbar. Bei der Prüfung wurden u.a. die Lage der Werke der GU, ihrer Teilhaber und der mit diesen konkurrierenden Werken betrachtet.

### 3. Konkreter Marktkontext

143. Neben der wirtschaftlichen und der strategischen Bedeutung der wettbewerblichen Koordinierung hat die Beschlussabteilung im Einzelfall den konkreten Marktkontext im betroffenen GU-Marktgebiet zugrundegelegt. Der konkrete Kontext in den betroffenen Marktgebieten erforderte, bzw. erleichterte jeweils die Koordinierung über das geprüfte GU und bestätigte so die Regelvermutung.
144. Die Beschlussabteilung hat bei der Prüfung den homogenen Charakter von Walzasphalt aus Anbieter- und Nachfragersicht<sup>86</sup> (3.1.) unter Berücksichtigung des Umfangs der Markttransparenz (3.2.), der Informationsflüsse aus den GU und personellen Verflechtungen (3.3.), der Angebots- und Nachfragebedingungen und der weiteren Marktstrukturen (3.4.) zugrunde gelegt.

#### 3.1. Produktcharakter und Wettbewerbsparameter

145. Fallübergreifend relevant war, dass Walzasphalt bzw. die drei Walzasphaltschichten ein homogenes Gut sind, bei denen Merkmale wie Qualität, besondere Eigenschaften, die Ausgestaltung des Produkts (und damit einhergehende Spezialisierungen), hersteller- und produktidentifizierende Kennzeichen als Wettbewerbsfaktoren weit-

---

Stabilisierung oder Erhöhung des Preisniveaus bei Walzasphalt über und durch das GU ermöglichte den GU-Teilhabern, einen weiteren Anteil des daraus erwachsenden Gewinns bereits mit Gesteinsverkauf an das GU zu erlangen. Erhielt ein GU zusätzliche Nachlässe, profitierte der Lieferant anteilig über seine Ergebnisbeteiligung am GU.

<sup>86</sup> BGH, Beschl. v. 08.05.2001, KVR 12/99 - Ost-Fleisch, Rn. 36.

gehend ausscheiden und im Wesentlichen der Preis und das effektive Lieferverhalten als Wettbewerbsparameter verbleiben.

### 3.2. Markttransparenz

146. Bereits ohne Berücksichtigung der sehr häufig festgestellten Informationsflüsse aus den GU an seinen konkurrierenden Teilhaber (unten 3.3.) sind Informationen zu Listenpreisen, Preisen für Einzelaufträge, Verkaufsmengen und zur Auslastung der einzelnen Mischwerke von sämtlichen Asphaltanbietern ohne größeren Aufwand zeitnah ermittelbar.
147. Die Angebotsunterlagen und Walzasphalt-Lieferverträge mit den Einbauern oder dessen Kunden sind erheblich standardisiert. Aufträge für den deutlich überwiegenden Anteil der öffentlichen Straßen und Flughäfen werden regelmäßig öffentlich ausgeschrieben, was die Asphaltlieferung in der Regel einschließt. Darüber hinaus steigern die in den GU und in Liefergemeinschaften mitgeteilten oder ausgetauschten Informationen sowie die teils nach Zuschlag bei Ausschreibung zeitnah zugänglichen Informationen zum Asphaltgeschäft zusätzlich die Transparenz. Zugleich erhielten die ihrerseits beim GU einkaufenden Teilhaber aufgrund der sog. Meistbegünstigung vor und unmittelbar nach der Ausschreibung die Information zum Angebotspreis der mit ihnen beim Straßenbauauftrag konkurrierenden Unternehmen.<sup>87</sup>
148. Die zeitnahe Verfügbarkeit der Informationen, die Überschaubarkeit der einzelnen Regionalmärkte und die Frequenz von Transaktionen (ein Werk beliefert grob geschätzt durchschnittlich über 100 Einbauprojekte verschiedener Größenordnungen) ermöglichte den Marktteilnehmern eine zeitnahe Überwachung des Marktverhaltens ihrer Wettbewerber (wie GU, dessen weiteren konkurrierenden Teilhaber und anderen Wettbewerbern).
149. Bei der weiteren Prüfung wurden insbesondere die häufig sehr weitreichenden Informationsflüsse aus den GU, zusätzliche personelle Verflechtungen mit Bezug zum GU, die Angebots- und Nachfragebedingungen und die weiteren Marktstrukturen zugrundegelegt.

---

<sup>87</sup> Sind an einem GU mehrere Straßenbauunternehmen beteiligt, ermöglicht die Meistbegünstigung diesen beim konkreten Auftrag insbesondere dann eine abgestimmte Wettbewerbsverhalten auch ohne direkte Absprache, wenn der Asphaltpreis bei Fahrbahnrenovierungen den wesentlichen Anteil am Gebot ausmacht.

### 3.3. Informationsflüsse aus den GU und personelle Verflechtungen

150. Bei der Prüfung der Informationsflüsse aus den GU (3.3.1.) zeigte sich, dass insbesondere, aber nicht ausschließlich, die konkreten personellen Verflechtungen mit den konkurrierenden Teilhabern (3.3.2.) regelmäßig zu einer sehr hohen Transparenz zwischen den am GU beteiligten Wettbewerbern führten.

#### 3.3.1. Informationsflüsse

151. Die vorgefundenen Informationsflüsse stellten für sich genommen (mit Ausnahme der vom Konzernprivileg erfassten Fälle) regelmäßig die Verhinderung bzw. Beschränkung des Geheimwettbewerbs bezweckende Vereinbarungen bzw. abgestimmte Verhaltensweisen dar.<sup>88</sup> Die Regelvermutung erfasst, wie bereits erwähnt, die wettbewerbliche Koordinierung unterhalb der vollständigen alleinigen Beherrschung eines GU durch ein Unternehmen. Für die Einzelfallprüfung der konkret veränderten Wettbewerbsanreize aufgrund der Regelvermutung (Typ A-Fall) spielte es in Bezug auf die einseitigen Informationsflüsse aus dem GU daher keine Rolle, ob die konkurrierenden Teilhaber im Einzelfall das GU gemeinsam oder allein kontrollierten oder nicht.<sup>89</sup>
152. Letztlich konnten die Teilhaber aufgrund der zeitnahen und regelmäßigen Einsichts- und Überwachungsmöglichkeiten bei den GU ihr eigenes Marktverhalten und ihr wirtschaftlichen und strategischen Interessen mit ihrer geteilten Investition (dem GU) und darüber letztlich mit den anderen konkurrierenden Teilhabern abstimmen.<sup>90</sup>
153. Grundlagen dafür waren insb. die Informationsflüsse im Rahmen der Teilhaberversammlungen<sup>91</sup>, deren Vorbereitung durch „Tischvorlagen“ und bilaterale Anfragen

---

<sup>88</sup> Vgl. Abschlussbericht, Rn. 204 – 214.

<sup>89</sup> Ebenda, Rn. 199 – 203.

<sup>90</sup> Diese Koordinierungseffekte auf den Walzasphaltpmärkten könnten - bei Fehlen einer koordinierenden Vereinbarung gemäß § 1 GWB (GU-Vertrag), grundsätzlich als anreizbezogene nicht-koordinierte Erstrundeneffekte im Sinne der Zusammenschlusskontrolle verstanden werden.

<sup>91</sup> In Einzelfällen ließ sich die von den Teilhabervertretern angeregte bzw. beschlossene Ausweitung des Umfangs der wirtschaftlichen Ergebnisberichte, Hochrechnungen und GU-Plan-  
daten konkret rekonstruieren. Die Teilhaber begründeten dies mit einer zu verbesserten „Vergleichbarkeit“, „Transparenz“ und „Analysefähigkeit der Informationen“ (Zitate) gegenüber den Vorperioden. Die kaufmännischen Verwaltungen der GU-Teilhaber forderten auch periodische Ergebnisberichte des GU zur eigenen „Hochrechnung und Planung“ (Zitat) an.

der Teilhaber beim GU.<sup>92</sup> Die „Tischvorlagen“ und Anhänge der Versammlungsprotokolle enthielten regelmäßig detaillierte Übersichten, Statistiken und Graphen zur Entwicklung des GU und seiner einzelnen Werke. In der Mehrzahl der Fälle betraf dies sämtliche oder die Mehrheit der nachfolgend aufgeführten Informationen:

- den Durchschnittserlös und Rohertrag pro Tonne Asphaltsschicht
- das Betriebsergebnis mit aufgeschlüsselten Kostenstrukturen
- die historischen, aktuellen und geplanten Ergebnisse je Asphaltsschicht
- Ergebniskennzahlen wie (Brutto-)Umsatzrendite, EBIT/ EBITDA (-Marge)
- die einzelnen jährlichen Kundenabnahmen über 1000 Tonnen
- den Auftragsbestand mit Durchschnittserlösen und teils mit angepassten Planpreisen für die einzelnen Asphaltsschichten,
- halbjährliche Submissionslisten der einzelnen GU-Mischanlagen
- die Liquiditäts- und Finanzierungsplanung des GU
- die Ergebnisausschüttungen
- zeitweise Stilllegungen, Standortverlegungen oder Inbetriebnahmen einzelner GU-Werke
- „Markteinschätzungen“ des GU zur eigenen Produktion und Marktstellung an seine Teilhaber.

154. Die Informationsflüsse und die hohe Markttransparenz ermöglichten es den betroffenen GU und ihren Teilhabern zudem, sich auch auf anderen Regionalmärkten ohne weitere Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweisen zu verständigen. Denn insbesondere Informationen zur Preisbildung, Kundenbeziehungen mit überregional tätigen Abnehmern und internen Kostenstrukturen waren sehr häufig leicht auf andere oder benachbarte räumliche Märkte übertragbar, bei denen dieselben Teilhaber entweder mit den gleichen Teilhabern GU unterhielten und/oder mit eigenen Werken (teilweise) miteinander konkurrierten. Entsprechendes galt im Verhältnis zu anderen Wettbewerbern. Angesichts der Markttransparenz konnten sich andere Wettbewerber im GU-Marktgebiet und auf anderen Regionalmärkten grundsätzlich auch daran orientieren, was beim selbständigen Anpassen seitens

---

<sup>92</sup> In der Praxis geschah dies häufig auf „Grundlage“ vermeintlicher gesellschaftsrechtlicher Informationsrechte beim GU, welche kartellrechtlich jedoch ausgeschlossen waren (dazu Abschlussbericht, Rn. 215 - 227).

dieser Wettbewerber kartellrechtlich unbedenklich war, jedoch letztlich die Auswirkung der Wettbewerbsbeschränkung mittels der GU vergrößerte.<sup>93</sup>

### 3.3.2. Personelle Verflechtungen

155. Aufgrund personeller Verflechtungen zwischen den GU und ihre konkurrierenden Teilhabern unterlagen die konkret handelnden natürlichen Personen insbesondere bei nicht kontrollierenden GU-Beteiligungen evidenten und unauflösbaren Interessengegensätzen im Verhältnis zum GU und dessen betroffenen Teilhabern. Die Ausübung von doppelten Funktionen<sup>94</sup> belegten zusätzlich die auf der Unternehmensebene eindeutig veränderten Wettbewerbsanreize der konkurrierenden GU-Teilhaber.
156. Praktisch immer waren die verantwortlichen Teilhabervertreter in den Teilhaberversammlungen der GU für deren eigene Asphaltaktivitäten im GU-Marktgebiet zuständig. Teilweise hatten sie darüber hinaus im GU und bei den Teilhabern zeitgleich oder direkt nacheinander verantwortliche Positionen (z.B. als Geschäftsführer oder Prokurist) und/oder entsprechende Anstellungsverhältnisse inne.<sup>95</sup> Besonders prägnant waren insoweit mehrere Konstellationen im SÜDWEST-Komplex. Dort übernahm ein seinerseits kartellrechtswidriges GU 1 und letztlich dessen Geschäftsführer im Rahmen eines Dienstleistungsvertrages u.a. die „Geschäftsführungstätigkeit“ für ein anderes GU 2, das seinerseits der Regelvermutung unterfiel und vom GU 1 nicht kontrolliert war. Das GU 1 betrieb im Marktgebiet des GU 2 zugleich eigene Werke.
157. Die konkreten Personen waren jeweils beiden Unternehmen tatsächlich rechnungspflichtig und hätten einerseits beim Teilhaber und dem GU deren (anderen) Anteilseignern erklären müssen, aus welchem Grund sie einseitig eines von beiden Unternehmen „bevorzugen“. Die in der Geschäftspraxis durch die vorgenannten

---

<sup>93</sup> Solche möglichen Reaktionen von Drittanbietern auf den zwischen den Teilhabern sowie dem GU beschränkten Preiswettbewerb werden in der Fusionskontrolle als sog. unilaterale Zweitrundeneffekte und im Schadensersatzrecht als Preisschirmeffekte auf Kartellaußenseiter (sog. umbrella pricing) geprüft (EUGH, C-557/12 - Kone/ÖBB, Rn. 29 f.).

<sup>94</sup> Dies ergab sich regelmäßig aus den Protokollen der GU-Teilhaberversammlungen, den weiteren Angaben der dazu befragten Beteiligten, öffentlich zugänglichen Informationen und aus den Handelsregisterauszügen der o.g. Einheiten. In den Fällen die unmittelbar vor der förmlichen Gewährung des rechtlichen Gehörs standen, war außerdem die elektronische Kommunikation erfasst und ausgewertet worden.

<sup>95</sup> In einigen Fällen waren die doppelt verantwortlichen Personen in Bezug auf ihre Tätigkeiten und Verantwortungsbereiche beim GU zugleich über sog. Directors & Officers-Konzernversicherungsverträge eines anderen konkurrierenden Teilhabers in den Versicherungsschutz einbezogen. Ob dies zivilrechtlich wirksam war, war von der Beschlussabteilung nicht zu prüfen.

Personen hergestellte „Konkordanz der Interessen“ ihrer beiden miteinander konkurrierenden Geschäftsherren führte bei den konkreten Marktpolitiken, aber auch mit Blick auf den sonstigen Betrieb und Bestand des GU selbst (z.B. seine Finanzierung) zu kartellrechtlich verbotener Rücksichtnahme untereinander.<sup>96</sup>

158. Bei den zahlreichen GU unter Beteiligung von zwei oder mehr G4-Unternehmen trafen deren Vertreter relativ häufig mit bundesweiten oder regionsübergreifenden Zuständigkeiten für Asphaltbeteiligungen in den Teilhaberversammlungen verschiedener GU aufeinander. Dies ermöglichte es ihnen, auch angesichts der bereits bestehenden marktübergreifenden Transparenz<sup>97</sup>, großflächig die Stabilität der GU-Verflechtungen zu überwachen und die Einhaltung der letztlich gemeinsamen wirtschaftlichen und strategischen Interessen an der Wettbewerbsberuhigung zu wahren.<sup>98</sup>

### 3.4. Angebots- und Nachfragebedingungen

#### 3.4.1. Angebotsbedingungen

159. Bei der Betrachtung der Angebotsbedingungen wurde zunächst berücksichtigt, dass nicht jeder Auftrag mit derselben Mischung aus Gesteinskörnungen und Bitumen hergestellt wird und Walzasphalt grundsätzlich nicht „auf Halde“ produziert werden kann. Andererseits werden die verschiedenen Vorprodukte vor dem Mischvorgang in

---

<sup>96</sup> Soweit die betroffenen Unternehmen vereinzelt vortrugen, es habe eine (angebliche) Funktionstrennung der doppelt tätigen Personen gegeben, war dieser unsubstantiiert gebliebene bzw. widerlegte Vortrag für die kartellrechtliche Prüfung ohne Bedeutung. Rechtlich bestanden weder gegenüber dem Teilhaber noch dem GU entsprechende gesellschaftsrechtliche oder dienstvertragliche Treuepflichten, einen Kartellverstoß mittels des GU zu begehen (vgl. zu den fehlenden Treuepflichten auf Unternehmensebene oben Fn. 71 f.).

Nähme man - rein experimentell - ein Szenario gleichzeitiger Treuepflichten aus den Organisations- bzw. Anstellungen an (was rechtlich ausgeschlossen war), würde dies zu einem Paradox „geteilter Treuepflichten“- mit dem gleichen kartellrechtlichen Ergebnis eines Verstoßes führen. Darauf, dass die beteiligten Unternehmen eine oder mehrere Freistellungen von Treuepflichten erteilt hätten (dies war regelmäßig nicht feststellbar) käme es mit Blick auf den davon abweichenden Schutzzweck und die abweichenden Voraussetzungen des § 1 GWB auch in diesem Szenario nicht an (vgl. zum Schutzzweck entsprechend die Abgrenzung bei den Informationsrechten im Abschlussbericht, Rn. 215, 224 - 227).

<sup>97</sup> Oben Rn. 146 ff.

<sup>98</sup> Tatsächlich ließen sich in keinem Fall relevante Auseinandersetzungen zu Marktpolitiken zwischen den konkurrierenden Teilhabern mit Blick auf ihre GU feststellen. Selbst wenn dies anders gewesen wäre, hätten die Vielzahl der gemeinsamen Beteiligungen (sowie der Einkaufs- und Absatzbeziehungen bei Walzasphalt und Vorprodukten) zahlreiche Möglichkeiten zur gemeinsamen Lösung von wettbewerblichen Interessengegensätzen geboten. Letzteres wurde mittelbar im Rahmen der Entflechtungen bestätigt. Gerade die großen Unternehmen verfügten über zahlreiche GU-Verflechtungen und konnten insoweit über den Regionalmarkt hinaus (hier: kartellrechtskonforme) Lösungen verhandeln und erzielen (oben Rn. 28).

technisch automatisierten und direkt steuerbaren Prozessen in die Mischtrommeln geführt. Die konkreten Mischverhältnisse der Vorprodukte sind technisch standardisiert und vorher mit den Nachfragern besprochen oder werden von Letzteren vorgegeben. Ein Werk kann daher grundsätzlich unmittelbar nacheinander unterschiedliche Asphaltmischungen herstellen.

160. Sowohl die einzelnen GU, ihre Teilhaber als auch die anderen konkurrierenden Asphalthersteller wiesen bundesweit dauerhafte und wesentliche Produktionsüberkapazitäten (geringe Auslastungsquoten)<sup>99</sup> auf. Die durchschnittliche jährliche Auslastung bei knapp 350 insoweit voll ausermittelten Werken in GU-Komplexen in Nord-, Mittel- und Südwestdeutschland betrug ca. 35 %.<sup>100</sup> Dem stand eine relativ konstant bleibende, leicht stagnierende Nachfragemenge gegenüber. Zugleich waren die auf die o.g. 350 Werke und die einzelnen Werke der geprüften GU, ihrer konkurrierenden Teilhaber und Dritter entfallenden Nachfragemengen in den verschiedenen GU-Marktgebieten über mindestens zwei Jahre größtenteils relativ konstant.<sup>101</sup>
161. Diese Überkapazitäten waren weder marktmachtbegrenzend noch standen sie den konkret veränderten Wettbewerbsanreizen der GU-Teilhaber gegenüber den GU und gegenüber einander entgegen. Aufgrund der gerade beschriebenen hohen Markttransparenz verfügten sie vielmehr über glaubhafte Drohmöglichkeiten, solche Wettbewerbsvorstöße im GU-Kontext zeitnah und wirksam zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der letztlich geteilten wirtschaftlichen und strategischen Interessen gegenüber allen Teilhabern und dem/den GU zu sanktionieren. Im Verhältnis der konkurrierenden GU-Teilhaber kamen regelmäßig weitere gemeinsame GU-Beteiligungen sowie wechselseitige Absatzbeziehungen auf dem GU-Marktgebiet oder andernorts hinzu. Die konkurrierenden Teilhaber waren im Verhältnis zum GU praktisch ausnahmslos deutlich finanzkräftiger.<sup>102</sup> Sie hätten folglich Wettbewerbsvorstöße der GU, ungeachtet ihrer oben beschriebenen Einflussmöglichkeiten, kurzfristig wirtschaftlich abschreckend sanktionieren können.

---

<sup>99</sup> Die mögliche Monatskapazität pro Werk wurde aus der von den Unternehmen angegebenen individuellen Produktionskapazitäten in Tonnen pro Stunde (to/h) einheitlich mit der Arbeitszeit von 8 Stunden (Ein-Schicht-Betrieb) und 20 Tagen ermittelt. Anschließend wurde der Anteil der angegebenen tatsächlichen Monatsproduktionen in (mindestens) zwei Jahren an der möglichen Monatskapazität und eine jährliche Jahresauslastung mit einer Mischsaison von 9 Monaten pro Jahr berechnet.

<sup>100</sup> Teilweise sind die regelmäßig langfristig genutzten Werke wirtschaftlich abgeschrieben.

<sup>101</sup> Nur in Ausnahmefällen waren in einzelnen Verfahren aggregierte Absatzminderungen erkennbar, welche die Überkapazitäten kurzfristig vergrößerte.

<sup>102</sup> Oben Rn. 139 und 122.

Tatsächliche Wettbewerbsvorstöße seitens einzelner GU-Teilhaber oder der GU (auch) gegeneinander waren in Ermittlungszeiträumen von jeweils mindestens einem Jahr nicht feststellbar.

162. Neben den marktübergreifenden und individuellen Überkapazitäten der geprüften GU und ihrer Teilhaber wurden in bestimmten Entflechtungsverfahren mehrjährige Marktanteilsverläufe auf Jahresbasis ermittelt.<sup>103</sup> Die Marktanteilsverteilungen waren in diesen Fällen jeweils sehr stabil, was im Zusammenhang mit den individuellen Überkapazitäten zusätzlich die konkret fehlenden Anreize für Preiswettbewerb zwischen den betroffenen Unternehmen bestätigte.
163. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes im Fall Ost-Fleisch standen konkret geplante Werksstilllegungen im Raum.<sup>104</sup> Den wirtschaftlichen Hintergrund der durch eine Strukturkrise hervorgerufenen Überkapazitäten hat der Bundesgerichtshof im Fall Ost-Fleisch als (weiteres) Indiz für die Einzelfallprüfung berücksichtigt.
164. Im Bereich Walzasphalt war dies in Bezug auf die GU dagegen anders, was deren Beurteilung als Kartellrechtsverstöße jedoch nicht beeinflusste. So waren bereits keine konkreten Strukturkrise(n) erkennbar, die zu Überkapazitäten geführt hätte, und ebenso keine dadurch verursachten wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Marktteilnehmer.
165. Der fehlende marktübergreifende Kapazitätsabbau ließ sich zudem nicht auf Grundlage des in der Spieltheorie gebräuchlichen Gefangenendilemmas auf Basis sog. nicht-kooperativer („wettbewerblicher“) Spiele erklären. Danach verbleiben Marktteilnehmer trotz (möglicherweise) verlustträchtiger geringer Auslastung ggfs. im Markt, wenn die Kosten des frühzeitigen Marktaustritts höher sind als die antizipierten langfristigen Kosten beim Verbleib im Markt mit Blick auf die künftigen Ertragsmöglichkeiten bei vorzeitigem Ausscheiden von Konkurrenten.
166. Im Bereich Walzasphalt waren grundlegende Annahmen für diese Betrachtung nicht erfüllt. Die Markttätigkeiten der GU und ihrer Teilhaber waren jeweils nicht verlust-

---

<sup>103</sup> Soweit dies nicht geschah und lediglich Einjahreszeiträume geprüft worden sind, standen (allein) die Marktanteilsschätzungen der befragten Unternehmen aus der SU Walzasphalt für 2009 bzw. 2010 als Vergleichsbasis zu Verfügung.

<sup>104</sup> BKartA, Beschluss B2 - 15111 – U – 13/97, Moxsel/Südfleisch, Seite 18.

trächtig. Insbesondere standen den GU im Vergleich zu ihren konkurrierenden Teilhabern keine vergleichbaren („unbeschränkten“) Finanzierungsmöglichkeiten bei der Entscheidung über den Verbleib oder den Marktaustritt zur Verfügung. Das konkrete Wettbewerbsproblem bestand vielmehr in der Wettbewerbsbeschränkung zwischen den konkurrierenden Teilhabern und den flächendeckend vertretenen GU. Beide befanden sich nicht in einer Situation, tatsächlich gegeneinander zu planen oder zu handeln sondern vielmehr zu „kooperieren“.

167. Die regelmäßig gewinnabführenden<sup>105</sup> GU waren wesentlich (mit)verantwortlich für den fehlenden (marktübergreifenden) Abbau von Überkapazitäten und trugen durch die von ihnen ausgehende Wettbewerbsbeschränkung zu deren Erhalt bei. Sie konnten folglich weder hinreichend wahrscheinlich eine Wettbewerbsfähigkeit des Sektors wiederherstellen, dies beschleunigen noch waren sie dazu unerlässlich oder lagen im Sinne von § 2 GWB im Interesse der Verbraucher.<sup>106</sup>
168. Die erfolgten GU-Entflechtungen stellen in diesem Zusammenhang weder einen auf einen bestimmten Zeitraum beschränkten, koordinierten Kapazitätsabbau dar, noch war dies das Hauptziel der Entflechtungsverfahren. Jedoch bestehen aktuell die oben beschriebenen erheblichen Überkapazitäten noch in erheblichen Teilen fort. Vor und während der Entflechtungsverfahren waren bundesweit Marktaustritte bei GU oder einigen Werken zu verzeichnen.<sup>107</sup> Insoweit hat die Beschlussabteilung den Ansatz vertreten, dass die nunmehr selbständig wirtschaftenden Einheiten eigenständig über die Marktätigkeit der ihnen nun einzeln zugeordneten Werke zu entscheiden haben.<sup>108</sup> Diese unternehmensseitige Prognose kann u.a. vor dem Hintergrund bereits beschlossener Maßnahmen zur verstärkten Erneuerung der Verkehrsinfrastruktur und dem aktuell verstärkt geführten Diskurs dazu erfolgen.<sup>109</sup>

---

<sup>105</sup> Im Bereich Walzasphalt war festzustellen, dass die erzielten Roh- und Deckungsbeiträge (nach Abzug der Personalkosten) und die Reingewinne der GU und ihrer konkurrierenden Teilhaber häufig bedeutend waren. Im Einzelfall waren vom Deckungsbeitrag für bereits abgeschriebene Werke nur sehr geringe Unterhaltskosten abzuziehen. Mit Blick auf die festgestellten Überkapazitäten wies dies zusätzlich auf wenig wirksamen Wettbewerb hin.

<sup>106</sup> Vor diesem Hintergrund schieden Freistellungsmöglichkeiten nach § 2 GWB in sämtlichen Fällen evident aus.

<sup>107</sup> Oben Rn. 21 und 38.

<sup>108</sup> Vgl. EUGH, C-7/95 - Deere, Rn. 86. Dementsprechend wurden im Rahmen der Entflechtungsverfahren keine Stilllegungen zur Lösung konkreter kartellrechtlicher Bedenken gefordert.

<sup>109</sup> Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi), Investitionsstrategie (unter: <http://www.bmw.de/DE/Themen/Wirtschaft/investitionsstrategie.did=666568.html>); Bericht der Expertenkommission, Stärkung von Investitionen in Deutschland (April 2015, unter:

### 3.4.2. Nachfragebedingungen

169. Vereinzelt wurde von Marktteilnehmern anekdotisch berichtet, dass Straßenbauunternehmen bei bestimmten großen Einbaumaßnahmen erhebliche Preisnachlässe beim Bezug von Walzasphalt eingefordert und durchgesetzt haben. Anhaltspunkte für Ermittlungen von Nachfragemacht ergaben sich daraus jedoch nicht. Es fehlten bereits Anhaltspunkte, dass die eingeforderten Preisnachlässe über die bei Großmengen aufgrund Skalenvorteilen und Fixkostendegression üblichen Rabatte hinausgingen. Solche größeren Projekte oder Bauabschnitte wurden bisher zudem regelmäßig durch Liefergemeinschaften aus mehreren, häufig konkurrierenden Anbietern bedient. Das wiederum reduzierte sehr häufig die Anbieterzahl und die Ausweich- und Drohmöglichkeiten der Nachfrager. Indikativ für fehlende Nachfragemacht war desweiteren, dass an Walzasphalt-GU beteiligte Straßenbauunternehmen häufig keine besseren Bezugskonditionen einforderten und/oder erhielten und sich angesichts ihrer Ergebnisbeteiligung am GU und ihren eigenen Werken gegenüber konkurrierenden Straßenbauunternehmen mit einer sog. Meistbegünstigung gegenüber Dritten durch das GU zufrieden gaben).<sup>110</sup>

### 3.4.3. Marktstrukturen

170. Zur Marktstruktur kann zunächst auf die obigen Ausführungen zur jeweiligen wirtschaftlichen Bedeutung der GU und ihrer Teilhaber verwiesen werden (oben Rn. 84 und 87). Ein oligopolistisch strukturierter Markt ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine entscheidende oder notwendige Voraussetzung bei der Einzelfallprüfung der Regelvermutung mit Blick auf den konkreten Marktkontext. In den allermeisten Entflechtungsverfahren lagen mit Blick auf das homogene Produkt Walzasphalt, die Markttransparenz und die Angebots- und Nachfragebindungen auch ohne Berücksichtigung der GU-Verflechtungen oligopolistische, teilweise auch monopolistisch durch die GU und ihre Teilhaber geprägte Märkte vor.<sup>111</sup>
171. In zahlreichen Regionalmärkten zeigte sich einhergehend mit den dauerhaften Überkapazitäten, dass teilweise über Zeiträume von bis zu 20 Jahren keine neuen Werkstandorte in Betrieb genommen worden waren, die im untersuchten Marktgebiet

---

<http://www.bmwi.de/DE/Mediathek/publikationen,did=702188.html>); Zentralverband deutsches Baugewerbe, Geschäftsbericht 2014, S. 20-21.

<sup>110</sup> Damit erhielten sie aus ihren GU zugleich Informationen zu den für andere Nachfrager angebotenen bestmöglichen Bedingungen (dazu oben Rn. 138 und 147).

<sup>111</sup> Vgl. die Kriterien des § 18 Abs. 3 (auch ohne Nr. 4) sowie Abs. 6 GWB.

liefern oder darin einliefern können. Dies bestätigte u.a. die dauerhaft verfestigte Marktstellung der untereinander verflochtenen Unternehmen.

#### **4. Prüfung des Bezweckens und Bewirkens**

172. In der bisherigen Rechtspraxis wurde bei der Einzelfallprüfung der Regelvermutung die Entscheidung zu den beiden alternativen Merkmalen des Bezweckens und Bewirkens der Wettbewerbsbeschränkung regelmäßig offengelassen. In den vorliegend berichteten Entflechtungsverfahren war das Kriterium des strategischen Interesses der GU-Teilhaber an einer umfassenden Wettbewerbsberuhigung (oben Rn. 123) ein Anknüpfungspunkt für die Prüfung der alternativen und letztlich ineinander übergreifenden Merkmale. Legt man das gesamte, im Rahmen des vorliegenden Abschnitts F. Einzelfallprüfung dargelegte Prüfprogramm zugrunde, waren beide Merkmale regelmäßig erfüllt.

#### **IV. Überschießende Verhaltensweisen und Auswirkungen mit teilweise Bezug auf GU**

173. Im Folgenden werden weitere Vereinbarungen, abgestimmte Verhaltensweisen und deren tatsächliche Auswirkungen benannt, die im Rahmen zahlreicher, aber nicht aller Entflechtungsverfahren vorgefunden worden sind. Es handelte sich um sog. überschießende Verhaltensweisen und Auswirkungen, die soweit nachweisbar, sämtlich (zumindest) in gewissem Zusammenhang mit den geprüften kartellrechtswidrigen GU standen. Dies betraf sog. kaufmännische Dienstleistungen der Teilhaber mit Bezug zur Preisbildung in GU (1.), die tatsächliche Aufteilung von tatsächlichen Liefergebieten zwischen GU-Teilhabern (2.), Ergebnisbeteiligungen bei Teilhaber-Werken, teils mit Bezug zum GU-Marktgebiet (3.) und Kollegenlieferungsverträge, teils zwischen GU-Teilhabern (4.).
174. Die vorgenannten Verhaltensweisen und ihre tatsächlichen Auswirkungen werden nachfolgend jeweils zusammenfassend dargestellt. Sie konnten im Rahmen der kartellrechtlichen Gesamtbetrachtung des GU (oben II. und III.) berücksichtigt werden und verstärkten teilweise die durch die GU-Beteiligung konkret geänderten Wettbewerbsanreize der konkurrierenden GU-Teilhaber.

175. Andererseits waren sie einer gesonderten eigenständigen kartellrechtlichen Prüfung zugänglich.<sup>112</sup> Denn weder die GU-Verträge, ihre Durchführung (d.h. Gründung und Betrieb des GU) noch die weiteren Vereinbarungen und Verhaltensweisen standen typischerweise oder im Einzelfall in notwendiger Verbindung zueinander oder waren ineinander integriert. Dies zeigte sich bspw. daran, dass die betroffenen Unternehmen die weiteren Vereinbarungen mit Bezug zum GU teilweise „rückwirkend“ aufgehoben haben und die GU-Verträge bis kurz vor der förmlichen Gewährung rechtlichen Gehörs weiter durchführen wollten. Teilweise betrafen die weiteren Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen auch ausschließlich das Marktverhalten zwischen den konkurrierenden GU-Teilhabern und waren insoweit nicht in die GU-Verträge integriert. Die GU-Verträge und die weiteren Vereinbarungen bzw. abgestimmten Verhaltensweisen wurden im Einzelfall regelmäßig auch zeitlich unabhängig voneinander abgeschlossen.<sup>113</sup> Die weiteren Verhaltensweisen bezweckten im konkreten Marktcontext bereits für sich betrachtet eigenständige, spürbare und nicht freistellungsfähige Wettbewerbsbeschränkungen, was teils zusätzlich durch ihre tatsächlichen Auswirkungen bestätigt wurde.<sup>114</sup>
176. Das in der Rechtsprechung und den Entflechtungsverfahren angewendete Prüfprogramm für die unter die Regelvermutung fallenden GU-Verträge betrifft, wie dargelegt (oben II. und III.), die konkret veränderten bzw. verzerrten Wettbewerbsanreize. Die darüber hinaus reichende tatsächliche Verhaltenskoordinierung im Wettbewerb, zusätzliche wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen und deren jeweilige tatsächliche Auswirkungen sind für diese kartellrechtliche Prüfung unter Nachweisgesichtspunkten nicht notwendig.<sup>115</sup> Ihre jeweilige grundsätzlich mögliche Berücksichtigung in der Gesamtbetrachtung des GU bewirkt folglich keine dahin lautenden kartellbehördlichen Ermittlungs- oder Nachweispflichten.

---

<sup>112</sup> Das Thema der sog. Liefergemeinschaften zwischen Asphaltanbietern wies keinen direkten Zusammenhang zu den GU-Verflechtungen auf und wird im nächsten Abschnitt V. behandelt.

<sup>113</sup> Dies galt entsprechend bei GU-Verflechtungen außerhalb der Regelvermutung.

<sup>114</sup> Vgl. zur Abgrenzung auch KOM, Horizontal-Leitlinien, Rn. 13 f.: Im Rahmen der EU-kartellrechtlichen Prüfung „integrierter“, d.h. mehrschichtiger Kooperationen wird mit Blick auf die üblichsten Formen von horizontalen Vereinbarungen und die Anwendung der sog. safe harbour-Bestimmungen zur Vereinfachung der Selbstveranlagung ein sog. Schwerpunkt bestimmt. Die in den Entflechtungsverfahren behandelten GU-Verträge und die weiteren Verhaltensweisen und tatsächlichen Auswirkungen hatten keinen gemeinsamen Schwerpunkt und werden in den Horizontal-Leitlinien nicht behandelt.

<sup>115</sup> Vgl. Abschlussbericht, Rn. 170. Die Prüfung der „bewirkten“ Wettbewerbsbeschränkung ist im Übrigen nicht allein mit dem Nachweis der tatsächlichen Koordinierung und deren tatsächlichen (im Sinne von messbaren) Auswirkungen gleichzusetzen (vgl. KOM, Horizontal-Leitlinien, Rn. 26 - 28).

177. So wurde bei der kartellrechtlichen Gesamtbetrachtung im Fall Nord-KS die von den Teilhabern auf Grundlage der Entwürfe der GU-Geschäftsführung (regelmäßig) erörterte und beschlossene Preispolitik des GU berücksichtigt. Dies war bereits für sich betrachtet eine abgrenzbare, weitere und als solche grundsätzlich verfolgbare bezweckte Wettbewerbsbeschränkung in Form einer horizontalen Preisabsprache.<sup>116</sup>

## **1. Kaufmännische Dienstleistungen der GU-Teilhaber**

178. In diesem Unterabschnitt werden die ermittelten Verhaltensweisen auf Grundlage sog. kaufmännischer Dienstleistungen bei den GU wiedergegeben, welche jeweils auch Preisfestsetzungen zwischen den Teilhaber umfassten.

### **1.1. Preisfestsetzung beim GU und Koordinierung der Teilhaber**

179. Prägnant waren die zwischen einem nicht (mit)kontrollierenden GU-Teilhabern und den GU geschlossenen und durchgeführten Verträge über kaufmännische Dienstleistungen. Diese Verträge gaben dem GU-Teilhaber unmittelbaren Einfluss u.a. auf die Preisbildung im GU, welche von diesem vor dem eigenen Verkauf teilweise nur formal vorgenommen wurde. Dies stellte im Verhältnis von Dienstleister(n) und GU eine Preisfestsetzung dar oder kam dieser sehr nahe und wäre im Rahmen der Regelvermutung und deren Einzelfallprüfung nicht notwendig konkret nachzuweisen gewesen.
180. Diese Dienstleistungsverträge umfassten häufig sämtliche für den üblichen Geschäftsbetrieb der GU notwendigen kaufmännischen (Vor-)Arbeiten.<sup>117</sup> Dies betraf in der Mehrzahl jeweils sämtliche oder zahlreiche der folgenden Leistungen:
- die Unterstützung beim Einkauf von Vorprodukten
  - die gesamte Datenerfassung und -verarbeitung
  - die monatliche Ergebnisrechnung einschließlich Ist- und Plan-Vergleich

---

<sup>116</sup> BKartA, B1-116/04 (Fassung mit Geschäftsgeheimnissen), Rn. 125 - 127 - Nord KS Die Beschlussabteilung hatte insoweit offen gelassen, ob es sich um eine bezweckte und/oder bewirkte (schwerwiegende) Wettbewerbsbeschränkung handelte. Das OLG Düsseldorf kam in der Gesamtbetrachtung dieses GU unter Mitberücksichtigung dieser Preisabsprache zu dem Ergebnis, dass es als sog. Kernbeschränkung eine solche bewirkte (Beschl. v. 20.06.2007, VI-Kart 14/06 (V), Rn. 19 - 23).

<sup>117</sup> Bestimmte Steuersachen, Rechtsberatung, Revision, Ein- und Verkaufstätigkeiten wurden teilweise auch von einem anderen Teilhaber erbracht.

- Ergebnisberichte in Gestalt von Betriebsabrechnungsbögen für das GU einschließlich der bisherigen und geplanten und periodisch angepassten Planpreise und -mengen für die einzelnen Walzasphaltschichten und der Berechnung des Deckungsbedarfs/-beitrags (mit aufgeschlüsselten variablen Kosten)
- das aktuelle und geplante Betriebsergebnis
- die Anlagen- und Betriebsbuchhaltung einschließlich der Einarbeitung der von der GU-Geschäftsführung erstellten Betriebs-Plandaten
- Vertriebsstatistik und Auswertungen für die GU-Geschäftsführung
- Einzelaufstellungen für die Gewinn- und Verlustrechnung
- Rechnungsstellung, Kreditoren- und Debitorenbuchhaltung einschließlich wöchentlich aktualisierten Zahlungsständen und -zielen der Debitoren
- Adressenpflege (Stammdaten)
- Finanzbuchhaltung einschließlich Kontenführung.

181. Die vorgenannten Leistungen wurden von Mitarbeitern des GU-Teilhabers erbracht, die für dessen eigene Werke im GU-Marktgebiet und anderswo entsprechende Arbeiten ausführten. Häufiger wurden auch die Marktbeobachtung, Akquisition und Betreuung von Kunden durch den Teilhaber erbracht. In Einzelfällen kamen Tagesproduktions-Meldungen des GU dazu, welche den anderen GU-Teilhabern über GU-Geschäftsführung oder geteilte Zugänge zu IT-Infrastrukturen zeitnah zugänglich waren.

182. Den übrigen GU-Teilhabern wurden die vorgenannten Informationen übermittelt.<sup>118</sup> Dies ermöglichte die ständige Koordinierung des Preis- und sonstigen Marktverhaltens auch zwischen den konkurrierenden Teilhabern (dazu sogleich Rn. 185 f.).

## 1.2. Preisfestsetzung auch zwischen den Teilhabern

183. Teilweise praktizierten die GU-Teilhaber über die wettbewerbsbeschränkende GU-Beteiligung und die gerade beschriebene bilaterale Preisfestsetzung im Verhältnis zum GU hinaus nachweislich auch untereinander eine gemeinsame Festsetzung der Verkaufspreise. Solche Absprachen werden in der behördlichen Praxis üblicherweise im Bußgeldverfahren adressiert und gehen über die vom BGH mit Blick auf die Regelvermutung und Einzelfallprüfung beschriebene Scharnierfunktion des GU im

---

<sup>118</sup> Was bereits für sich betrachtet mindestens eine abgestimmte Verhaltensweise mit dem Zweck der Beschränkung des Geheimwettbewerbs unter Verletzung des Selbstständigkeitspostulats darstellte (vgl. oben Rn. 151 - 154).

Wettbewerbsverhältnis zwischen den konkurrierenden GU-Teilhaber hinaus. Im Folgenden wird ein solcher Fall beschrieben.

184. Zwei konkurrierende GU-Teilhaber brachten im Rahmen ihrer kaufmännischen Dienstleistung beim GU<sup>119</sup> abwechselnd und über mindestens acht Jahre ihre eigenen ein- und mehrjährigen Planungsprämissen für die Anpassung der künftigen Preise der einzelnen Walzasphaltschichten ein. Die zugrunde liegenden Prognosen betrafen u.a. Änderungen bei den für die variablen Kosten wesentlichen Gesteinen, Bitumina und Energiestoffe. Das GU und der jeweils andere GU-Teilhaber übernahmen diese Preisbestandteile regelmäßig bzw. gestalteten ihre Preispolitik in Kenntnis derselben. Dies führte zur Anpassung der unternehmensintern kalkulierten jährlichen Planpreise für die einzelnen Walzasphaltschichten, welche als interne betriebswirtschaftliche Kalkulation die Grundlage der im kommenden oder laufenden Jahr mittels Preisliste oder in Einzelverhandlungen bei größeren Auftragsvolumina angebotenen Walzasphaltpreise bilden. Beide GU-Teilhaber kannten aufgrund der kaufmännischen Dienstleistung für das GU dessen Preisstrategie bei anstehenden Ausschreibungen, die künftigen Preislisten und dessen bisherige und aktuelle Rabattstrategie.<sup>120</sup> Vor diesem Hintergrund war eine andauernde Festsetzung der Verkaufspreise zwischen GU und den beiden konkurrierenden Teilhabern belegbar.<sup>121</sup>
185. Die Beschlussabteilung hat in einzelnen Entflechtungsverfahren mit kaufmännischen Dienstleistungen auf Grundlage der marktüblich verwendeten Betriebsabrechnungsbögen versuchsweise einen kostenbasierten Vergleich der Planpreise für die Asphalt-schichten von GU und konkurrierenden Teilhabern über ein bis zwei Jahre vorgenommen.
186. Die Ermittlungen wurden aufgrund der Verfahrensverläufe letztlich nicht vollständig zu Ende geführt. Jedoch lassen sich einige relevante Ergebnisse zusammenfassen. In

---

<sup>119</sup> Der Dienstleistungsvertrag war nur mit einem GU-Teilhaber abgeschlossen.

<sup>120</sup> Letzteres auch aufgrund ihrer sog. Meistbegünstigung beim Einkauf vom GU.

<sup>121</sup> Dabei spielte es keine Rolle, ob bereits das Ausgangsniveau der Planpreise bei den vorge-nannten Unternehmen (nahezu) identisch war oder nicht. Denn nach der Rechtspraxis setzen verbotene Preisfestsetzungen zwischen Konkurrenten nicht voraus, dass diese zu (nahezu) identischen Preisen führen. Auch das Regelbeispiel des Art. 101 AEUV Abs. 1 a AEUV setzt keine Festsetzung identischer Verkaufspreise voraus. Im Übrigen stellte die Übermittlung der wettbewerbsrelevanten Planungsprämissen zwischen den GU-Teilhabern und dem GU auch eine bezweckte Beschränkung des Geheimwettbewerbs dar.

einzelnen Verfahren waren deutliche Übereinstimmungen zwischen den variablen und fixen Kosten, den Deckungsbeiträgen der konkurrierenden Werke und den Planumsatzrenditen angesichts unterschiedlichen Umsatz-Mengenplanungen zu erkennen, teils war dies nicht der Fall.<sup>122</sup> Unabhängig davon, ob die vorgenannten Übereinstimmungen bestanden, lagen die individuellen Planpreise der betroffenen Unternehmen stets sehr nah beieinander. Dies wies zusätzlich darauf hin, dass die GU und ihre Teilhaber die erhaltenen Informationen auf Grundlage der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen zu kaufmännischen Dienstleistungen tatsächlich berücksichtigten, bzw. noch einhielten.<sup>123</sup>

## 2. Ergebnisbeteiligungen bei Teilhaber-Werken

187. In mehreren Verfahren wurden sog. Ergebnis- bzw. Kostenstellenbeteiligungsverträge zwischen GU-Teilhabern betreffend einzelne ihrer eigenen Werke geprüft. Darin wurden einem GU-Teilhaber dauerhafte quotale Ergebnisbeteiligungen in Höhe von 20 % bis zu 50 % am konkurrierenden Werk des anderen Teilhabers eingeräumt.<sup>124</sup> Der Begünstigte betrieb im konkreten Marktgebiet jeweils eigene Werke. Dabei lag nicht immer ein räumlicher Bezug zu einem geprüften GU zugrunde. Bei Verträgen mit einem solchen GU-Bezug deuteten der Inhalt und Abschlusszeitpunkt mit Blick auf die GU-Gründung teilweise darauf hin, dass die beteiligten Unternehmen damit ihre gemeinsame Interessenbindung beim gemeinsamen GU zusätzlich verstärkten.
188. Diese bilateralen Ergebnisbeteiligungen wiesen einerseits den gleichen ökonomischen Grundzusammenhang auf, der oben für die GU-Konstellationen unter Regelermutung (oben Rn. 75 - 77) beschrieben ist. Andererseits veränderten sie konkret

---

<sup>122</sup> Dass die an „typischen“ Preisabsprachen beteiligten Unternehmen häufig unterschiedliche interne Kostenstrukturen und Geschäftsergebnisse bei den kartellierten homogenen Gütern aufweisen, ist allgemein bekannt. Bei solchen Absprachen kann es im Interesse der Unternehmen liegen, nicht mehr als die Preise oder Preisaufschläge mit den anderen Kartellmitgliedern festzusetzen und die eigenen internen Kostenstrukturen den absprachebeteiligten Unternehmen nicht offenzulegen. Außerdem ist die Überwachung der Kartelldisziplin mittels der Preise häufig deutlich weniger aufwändig als die vollständige Anpassung und Überwachung der internen Kalkulationen. Dies schließt selbstverständlich nicht aus, dass solche Anpassungen der internen Kostenstrukturen - wie im vorliegenden Fall - auch bei Absprachen zu homogenen Gütern erfolgen können.

<sup>123</sup> Vgl. dazu nur: EUGH, C-8/08, Rn. 44, 49 - 53, 58 - T-Mobile Netherlands.

<sup>124</sup> Dies ging teilweise mit der Einräumung von Informationsrechte einher, vergleichbar denen von Kommanditisten oder GmbH-Gesellschaftern und ermöglichte den Zugang des Begünstigten zu aktuellen (und künftigen) vertraulichen Geschäftszahlen wie der jährlichen Betriebsabrechnung oder mehr. Teilweise wurden „Entscheidungen zur Marktpolitik“, Standort- und Investitionsentscheidungen der gemeinsamen Entscheidung unterworfen.

und unabhängig von einem GU die Wettbewerbsanreize der miteinander konkurrierenden GU-Teilhaber, was wiederum über die vom BGH beschriebene Scharnierfunktion des GU hinaus reicht.

189. Die Gegenleistung für die Ergebnisbeteiligungen war in den untersuchten Fällen die Wettbewerbsbeschränkung zwischen Begünstigtem und dem anderen Teilhaber. Solche Konstellationen werden als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung in Form des Abkaufs von Wettbewerb bezeichnet. Soweit die Ergebnisbeteiligung darüber hinaus überhaupt mit einer potentiell kartellrechtlich zulässigen Gegenleistung wie z.B. einem vom Begünstigten gewährten Darlehen, verknüpft war, ergab sich im Einzelfall, dass beide offensichtlich in keinem Bezug zueinander standen und ihre Verknüpfung zum Schein hergestellt war.<sup>125</sup>

### **3. Lieferverhalten zwischen konkurrierenden GU-Teilhabern bzw. im Verhältnis zum GU**

190. In einzelnen Entflechtungsverfahren ließ sich die tatsächliche Rücksichtnahme zwischen den konkurrierenden GU-Teilhabern im GU-Marktgebiet in Form der praktizierten Marktaufteilung zusätzlich veranschaulichen, was seinerseits über die Scharnierfunktion des GU für das Wettbewerbsverhältnis der miteinander konkurrierenden GU-Teilhaber hinaus reichte.<sup>126</sup>
191. Die folgende Abbildung gibt ein Beispiel anhand der tatsächlichen, den fünfstelligen Postleitzahlengebieten zugeordneten Lieferströme über ein Jahr. Beide Werke liegen 9 Minuten Fahrzeit auseinander und haben praktisch deckungsgleiche Marktgebiete. Die Breite der Lieferströme gibt die jeweiligen Absatzanteile an der Gesamtproduktion des Werks an. Die schmalsten Lieferströme in der Abbildung stehen für jährliche Kleinlieferungen von 5 bis ca. 600 to je Postleitzahlengebiet.

---

<sup>125</sup> So waren die Darlehen bereits auf Grundlage der damaligen Marktzinsen für Unternehmenskredite gewährt. Diese Zinsen standen in keinem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang zur Auszahlung der unbefristeten Ergebnisbeteiligung und zur Einsichtnahme zum Werksergebnis aufgrund von zusätzlich eingeräumten „Informationsrechten“ (dazu vorherige Fn.). Die Laufzeit der verzinslichen Darlehen war, anders als die faktisch unbefristete Ergebnisbeteiligung regelmäßig abgelaufen.

<sup>126</sup> Die folgende grafische Darstellung der Lieferströme kann die mit der Marktaufteilung verbundene Beschränkung des Wettbewerbsparameters Preis oder dessen alleinige Beschränkung mangels des erforderlichen räumlichen Bezugs nicht abbilden.

192. **Abbildung 4:** Lieferströme konkurrierender Teilhaber



193. Die obige Abbildung zeigt im Ergebnis deutlich, dass die Werke beider GU-Teilhaber die tatsächlichen Liefergebiete trotz praktisch deckungsgleicher Marktgebiete untereinander abgrenzen. Soweit die Lieferströme beider Werke in einem Postleitzahlensgebiet aufeinander treffen, lässt sich daraus kein wettbewerbliches Lieferverhalten ableiten. Es gab ein einziges Postleitzahlensgebiet mit gleichzeitigen, über eine Tagesproduktion hinaus gehenden Liefermengen von 2.000 to bzw. 8.000 to. Beide Werke waren im Erfassungsjahr lediglich zu 40 % bzw. 15% ausgelastet und haben teilweise sog. Kollegenlieferungen zu Kleinmengen an einzelne Einbauorte erbracht. Dies erklärt einen Teil der aufeinander treffenden Lieferströme mit Klein- und Kleinstmengen. Lediglich in einem Postleitzahlensgebiet erfolgten gleich große Jahreslieferungen von jeweils etwa 400 to. Solche Mengen werden von beiden Werken innerhalb von weniger als drei Stunden produziert und sind über ein Jahr betrachtet zu vernachlässigen, unabhängig davon, ob die belieferten Projekte vom jeweils anderen Werk Lieferangebote erhalten haben. Für die diametral auseinander laufenden wesentlichen Lieferströme nach Nordwesten bzw. Südosten entlang der Verkehrsachsen war keine plausible alternative Erklärung ermittelbar.<sup>127</sup>

<sup>127</sup> In vergleichbaren Fällen, in denen die Werksbetreiber oder deren verbundenen Unternehmen gleichzeitig Straßenbauniederlassungen im Marktgebiet betreiben und regelmäßig in erheblichem Umfang intern mit Asphalt beliefern, können solche Lieferströme zugleich Anhaltspunkte für eine Marktaufteilung im Bereich Straßenbau geben.

#### 4. Kollegenlieferverträge

194. In mehreren Verfahren wurden langfristige, teils wechselseitige Kollegenlieferverträge zwischen zwei Unternehmen mit jeweils eigenen Werken in sich (häufig wesentlich) überschneidenden Marktgebieten geprüft. Solche Verträge bestanden zwischen GU-Teilhabern oder zwischen einem GU-Teilhabern und einem anderen Walzasphalt-Anbieter und wiesen teilweise einen Bezug zu GU-Marktgebieten auf. Die betroffenen Liefermengen waren häufig gering und die zugrunde liegenden Vereinbarungen waren insoweit grundsätzlich kartellrechtlich unbedenklich.
195. Dem Abnehmer wurde teilweise jedoch, wie im nachfolgend behandelten Beispiel, unter folgenden nicht kumulativen Voraussetzungen ein sog. Bezugsrecht für ein jährliches Liefervolumen von 2.500 to<sup>128</sup> mit „wirtschaftlich sinnvoller Grundlage“<sup>129</sup> eingeräumt:
- Das Werk des Lieferanten lag „deutlich näher“, d.h. die Frachtdifferenz zwischen dem Abnehmer-Werk und dem Lieferanten-Werk betrug mehr als 2,50 EURO/to
  - der Abnehmer legte sein eigenes Werk (zeitweise) still, reparierte es o.ä. und der Abnehmer war daher nicht in der Lage die Asphaltmenge oder -qualität selbst zu liefern oder
  - der Abnehmer konnte wegen eigener Kapazitätsengpässe selbst nicht alleine liefern.
196. Die vorgenannten Voraussetzungen waren im konkreten Marktgebiet erkennbar unrealistisch. Die jeweiligen Marktgebiete der konkurrierenden Werke überschnitten sich wesentlich. Beide lagen, über Verkehrswege erreichbar, teils nur einige Kilometer voneinander entfernt. Die Frachtdifferenz von „mehr als 2,50 EURO/to“ war aus Sicht des selbständig kalkulierenden Abnehmers bereits kein brauchbarer Anknüpfungspunkt. Denn die Abrechnung erfolgte jeweils auf Grundlage der periodisch angepassten Kleinmengen-Preislisten des Lieferanten. Diese Preise waren als Kosten des Abnehmers jeweils deutlich höher als seine internen Kosten bei Eigenproduktion. Die degressiv bis konstant verlaufenden Frachtkosten entfielen im

---

<sup>128</sup> Dies wird bei voller Auslastung der betroffenen Werke im Ein-Schichtbetrieb in weniger als 2 Tagen produziert.

<sup>129</sup> Die im folgenden Unterabschnitt in Anführungszeichen gesetzten Ausführungen entstammen einem solchen Vertrag.

konkreten Fall jeweils auf dieselben Transportunternehmen. Die o.g. vertraglich festgelegte Frachtkostendifferenz war angesichts der Lage der Werke zueinander entweder gar nicht erreichbar oder angesichts der o.g. Preisunterschiede bei Walzasphalt-Kleinmengen für die Auswahlentscheidung des selbst lieferfähigen Abnehmers wirtschaftlich nicht relevant.

197. Auch die zeitweise Werksstilllegung oder fehlende sonstige Liefermöglichkeit des Abnehmers war als Vertragsgrundlage oder „wirtschaftlicher Vorteil“ des Abnehmers im Sinne des Vertrags erkennbar ungeeignet. Zum einen bestanden jeweils beiderseitig erhebliche Überkapazitäten und die beteiligten Unternehmen waren jeweils in der Lage, sämtliche Asphaltmischungen kurzfristig selbst herzustellen. Zum Anderen sahen die Verträge keine - in der Lieferpraxis jedoch häufig wichtige - zeitliche Bevorzugung im Verhältnis zu vorher entstandenen Lieferverpflichtungen gegenüber Dritten oder Eigenabnahmen des Lieferanten vor. Der Abnehmer wäre vom Lieferanten angesichts der betroffenen Kleinmengen in den seltenen Fällen des Ausfalls des eigenen Werks ohne vorherigen Kollegenliefervertrag bedient worden. Zudem waren jeweils weitere kurzfristig lieferwillige und -fähige Anbieter im Marktgebiet tätig.
198. Solche Vereinbarungen bezweckten vielmehr die Beruhigung des Preis- und Lieferwettbewerbs für eine vorab festgelegte Jahresmenge der für beide Unternehmen profitablen Klein- und Mittelmengenangebote. Die Frachtdifferenz diente den Unternehmen als ein Orientierungspunkt der wettbewerblichen Abstimmung. Sie zeichnete vor, ab welcher Nähe der Einbaumaßnahme zum Lieferanten-Werk der einbauende Abnehmer zu deutlich gesteigerten Preisen beim Lieferanten einkaufte und auf Eigenlieferungen verzichtete.

## **V. Liefergemeinschaften**

199. Im Rahmen der Entflechtungsverfahren wurde zusätzlich die Praxis zu gemeinsamen Lieferungen ermittelt (Liefergemeinschaften, LG, auch Innen-ARGE, Arbeits- oder Bietergemeinschaft genannt). Dies sind Lieferungen aus regelmäßig zwei oder mehr Werken, die sich regelmäßig für einen bestimmten Zeitraum auf einen Einbauort oder ein Projekt beziehen. Entweder werden sie vorab schriftlich auf Grundlage von Standardvereinbarungen getroffen oder kurzfristig vor der Lieferung eingegangen. Teilweise reichen Liefergemeinschaften über das einzelne Projekt hinaus und nähern sich, z.B. bei Ergänzungs- oder vollständigem Ersatzlieferungen den sog.

Kollegenlieferungsbeziehungen<sup>130</sup> an. Ein besonderer Bezug von Liefergemeinschaften zu den oben behandelten GU-Verflechtungen war nicht ermittelbar. GU-Teilhaber lieferten miteinander, mit ihrem GU oder mit Dritten und auch Dritte bildeten untereinander Liefergemeinschaften.

## 1. Anlass der Prüfung

200. In einem Ermittlungskomplex mit einer erheblichen Anzahl von betroffenen Werken wurde eine große Zahl von Liefergemeinschaften über einen Zweijahreszeitraum (2011-2012) angegeben. Deren deutliche Mehrzahl betraf unternehmensinterne Lieferungen (einschließlich GU-interne Lieferungen) aus mehreren Werken Diese Liefergemeinschaften werden im Folgenden nicht näher betrachtet.<sup>131</sup>

201. Die Ergebnisse der ersten Unterscheidung zu anderen Liefergemeinschaften sind in der folgenden Tabelle dargestellt. Die gewählten Tonnagen sind rein darstellerischer Natur und stellen keine fallübergreifend geltenden absoluten Größenordnungen für eine kartellrechtliche Bewertung im Einzelfall dar.

202. **Tabelle 6:** Gemeinsame Lieferungen (LG)

LG Gesamtzahl	> 2000
Anteil:	
LG unternehmensintern	ca. 82 %
Anteil LG mit Wettbewerbern mit bis 5.000 to <sup>132</sup>	ca. 9 %
Anteil LG mit Wettbewerbern von 5000 bis 10.000 to <sup>133</sup>	ca. 5 %
Anteil LG mit Wettbewerbern mit mehr als 10000 to	ca. 4 %

203. Aufgrund der Zahl der Liefergemeinschaften zwischen Wettbewerbern (auch zwischen GU-Teilhabern und nicht allein kontrollierten GU) mit einer Tonnage von häufig deutlich

<sup>130</sup> Oben Rn. 194.

<sup>131</sup> Soweit kartellrechtswidrige GU aus mehreren Werken lieferten, wurde dies bei der kartellrechtlichen Prüfung des GU-Betriebs erfasst.

<sup>132</sup> Bei einer Produktion von 170 to/h werden bei voller Auslastung eines Werks im Ein-Schichtbetrieb (8 Stunden) weniger als 4 Arbeitstage benötigt.

<sup>133</sup> Bei einer Produktion von 170 to/h werden bei voller Auslastung eines Werks im Ein-Schichtbetrieb 7,5 Arbeitstage benötigt.

weniger als 10.000 to und sich abzeichnenden Überkapazitäten wurden die Ermittlungen zu Liefergemeinschaften in zwei anderen GU-Komplexen mit mehr als 250 Werken über einen Zweijahreszeitraum (2012-2013) ausgeweitet. Deren in der folgenden Tabelle dargestellten Ergebnisse entsprachen im Wesentlichen dem vorgenannten ersten Ermittlungskomplex.

204. **Tabelle 7:** Gemeinsame Lieferungen in zwei weiteren GU-Komplexen (LG)

LG Gesamtzahl	> 2.000
Anteil:	
LG unternehmensintern	ca.78 %
Anteil LG mit Wettbewerbern mit bis 5.000 to <sup>134</sup>	ca. 10% %
Anteil LG mit Wettbewerbern von 5000 bis 10.000 to <sup>135</sup>	ca. 3 %
Anteil LG mit Wettbewerbern mit mehr als 10000 to	ca. 9 %

## 2. Zu den angegebenen Gründen für Liefergemeinschaften

205. Für die zwei letztgenannten GU-Komplexe (oben Tabelle 7) wurde anschließend der von den Marktteilnehmern angegebene ausschlaggebende Grund für die einzelnen Liefergemeinschaften mit Wettbewerbern betrachtet.
206. Für einzelne Liefergemeinschaften wurden pauschal mehrere Gründe benannt, welche sich im Wesentlichen auf die Abgrenzung zwischen ergänzenden Lieferungen für oder von Kollegen und neuen, bzw. bestehenden LG bezogen (dazu sogleich). In diesen Fällen wurde die LG in der folgenden Übersicht zunächst paritätisch aufgeteilt. Die wesentlichen und letztlich am häufigsten benannten Gründe werden in der folgenden Tabelle wiedergegeben.

<sup>134</sup> Bei einer Produktion von 170 to/h werden bei voller Auslastung eines Werks im Ein-Schichtbetrieb weniger als 4 Arbeitstage benötigt.

<sup>135</sup> Bei einer Produktion von 170 to/h werden bei voller Auslastung eines Werks im Ein-Schichtbetrieb 7,5 Arbeitstage benötigt.

207. **Tabelle 8:** Gründe für Liefergemeinschaften

Grund für LG	bis 5.000 to	5000 bis 10.000 to	mehr als 10.000 to
später ergänzende oder voll ersetzende Lieferung (Zukauf wg. techn. Störung, Auslastung, Reparatur)	82	7	11
beschränkte Produktionskapazitäten (Großmenge, Kompaktasphalt, Einbau mit Beschicker)	10	6	34
von Besteller ohne Eigenproduktion gefordert	-	1	2
vorangegangene Kooperation (Fräsgut/Asphalt)	-	1	3
betriebswirtschaftliche Tragfähigkeit angesichts hoher Liefermenge/Liefersicherheit/Kostenrisiko bei Ausfall	4	-	10
Kapazitäten für andere Kunden vorhalten	-	1	-
bestehende/neue Vereinbarung (LG, Vertrieb, Ergebnisbeteiligung)/vorher von Besteller mit eigener Produktion angefordert/kein Grund	128	27	114
Kein Grund angegeben	11	1	6
<b>Gesamt (480)</b>	<b>235</b>	<b>44</b>	<b>175</b>

208. Die weitere Betrachtung der obigen Antworten ergab zusammenfassend:

- das reine Durchführen und Eingehen oder die vorherige Mitbeauftragung von Wettbewerbern überwog als inhaltliche Begründung der Liefergemeinschaften mit 56 % von insgesamt 480 Nennungen mengenübergreifend deutlich
- die nach Zuschlag des Auftrags erfolgten ergänzenden oder voll ersetzenden Lieferungen durch einen anderen Anbieter bedürfen an dieser Stelle keiner näheren kartellrechtlichen Betrachtung<sup>136</sup>
- beschränkte Produktionskapazitäten als Grund von Liefergemeinschaften, insb. für Lieferungen von mehr als 10.000 to, wurde für 34 von 175 Liefergemeinschaften genannt was erheblich unterhalb der Erwartung der Beschlussabteilung lag

### 3. Kriterien der kartellrechtlichen Prüfung und Selbstveranlagung

209. Vor dem Hintergrund der oben behandelten Möglichkeiten unternehmensinterner Lieferungen sowie der ermittelten Gründe für eingegangene Liefergemeinschaften ist und bleibt der Bedarf ihrer kartellrechtlichen Prüfung auch nach Abschluss der Ent-

<sup>136</sup> Etwas anderes gilt, wenn solche „Ersatz“-Lieferungen bei Absprachen als ein Ausgleichsmechanismus zwischen den Kartellanten angewendet werden.

flechtungsverfahren evident. Dies gilt umso mehr, wenn man die bei Liefergemeinschaften übliche (häufig paritätische) Aufteilung von Quoten, die Festsetzung von Angebotspreisen und den ausdrücklichen oder konkludenten Wettbewerbsverzicht zu anderen Geboten sowie die durchschnittliche bundesweiten Werksauslastung von ca. 35 %<sup>137</sup> betrachtet.

210. Die Bildung solcher Liefergemeinschaften ist mit Blick auf den sog. Arbeitsgemeinschaftsgedanken nach § 1 GWB, ungeachtet der Prüfung der Freistellung nach § 2 GWB, allein unter folgenden kumulativen Voraussetzungen nicht wettbewerbsbeschränkend und zulässig: Anhand von Fakten muss jeweils belegbar und damit objektiv nachvollziehbar sein, dass keines der beteiligten Unternehmen allein leistungsfähig ist, die konkrete Zusammenarbeit eine im Rahmen wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Handelns liegende Unternehmerentscheidung darstellt und erst durch die Kooperation ein zusätzliches (für sich genommen wirtschaftlich tragfähiges) Angebot auf dem Markt erbracht werden kann.<sup>138</sup> Entscheidend und mit Blick auf die Ermittlungen im Bereich Walzasphalt relevant ist demnach, dass bei der kartellrechtlichen Prüfung keine bloß subjektive Betrachtungsweise zugrunde zu legen ist.
211. Das teilweise vorgebrachte Argument, man dürfe mit dem Wettbewerber auch bei Eingehung einer Liefergemeinschaft keine über die Festlegung von Preis und Quote hinausreichenden Informationen austauschen, und könne bzw. müsse daher auf eine genauere Prüfung der oben dargestellten Voraussetzungen verzichten, rechtfertigt nicht den Verzicht auf die unternehmensindividuelle Prüfung. Jedes Unternehmen muss im Rahmen der kartellrechtlichen Selbstveranlagung zunächst für sich allein und vor der Verhandlung oder Eingehung einer Liefergemeinschaft auf Grundlage seiner internen Kosten, Informationen und Pläne prüfen, ob ein selbständiges Angebot auf Grundlage der o.g. kumulativen Voraussetzungen möglich wäre. Erst wenn dies bei objektiver Betrachtung als nicht möglich angesehen wird, können die

---

<sup>137</sup> Oben Rn. 160.

<sup>138</sup> Vgl. zusammenfassend: BKartA, Beschl. v. 16.11.2004, B10-74/04, Rn. 209 - 211 mit Nachweisen zur Rechtsprechung; BGH, Urt. v. 05.02.2002, KZR 3/01, Rn. 19 - Jugend- und Nachtfahrten; vgl. auch: BKartA, 1. VK, Beschl. v. 16.01.2014, VK1-117/13, S. 11 -13; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.11.2011, VII-Verg 35/11, Rn. 23; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.02.2014, VII-Verg 2/14, Rn. 35 - 38.

Unternehmen gemeinsam prüfen, ob eine Liefergemeinschaft nach den o.g. Voraussetzungen sinnvoll erscheint.<sup>139</sup>

212. Die in den Entflechtungsverfahren vorgelegten schriftlichen Vereinbarungen enthielten praktisch ausnahmslos vorformulierte, abstrakte Gründe für die Bildung einzelner Liefergemeinschaften. Diese Gründe wurden innerhalb oder außerhalb der Vereinbarung regelmäßig unabhängig von der Auftragsmenge, der anstehenden Ausschreibung oder der jeweiligen tatsächlichen Grundlage der Unternehmerentscheidung angeführt und wiederholt. Vor diesem Hintergrund werden im Folgenden die in den Ermittlungen genannten Gründe (oben Rn. 207) mit Blick auf die jeweils erforderliche Nachvollziehbarkeit und Belegbarkeit bei der kartellrechtlichen Prüfung behandelt. Kartellrechtliche zulässige Liefergemeinschaften können selbstverständlich aus mehreren Sachgründen gebildet werden. Jedoch führt deren bloß abstrakte Aufzählung allein nicht zu deren Erfüllung.
213. Häufig ergab sich bereits aus der Vereinbarung, dass die Unternehmen jeweils von der wirtschaftlich, mengenmäßig und technisch möglichen selbständigen Belieferung durch einen oder beide Kooperationspartner ausgingen. So wurde regelmäßig vereinbart, dass im Bedarfsfall weitere Ersatz-Lieferwerke der Vertragspartner einbezogen werden können. Gleichzeitig wurde anschließend, quasi zur gegenseitigen Versicherung, nochmals festgehalten, dass der Verteilungsschlüssel (Quote) durch diese Lieferung unberührt bleiben sollte. Solche „Ersatzlieferungen“ aus anderen Werken fanden in der Praxis auch ohne vorherige Vereinbarung zu Ersatz-Lieferwerken der Kooperationspartner statt. Soweit in den vorgenannten Fällen die alleinige Belieferung durch mindestens einen Kooperationspartner möglich war, entfiel auch der nicht selten angeführte Aspekt der sog. Liefersicherheit als eine Grundlage für die Liefergemeinschaft.
214. Größere Mengen Walzasphalt werden in der Praxis regelmäßig mit einigem Abstand vor dem Lieferzeitpunkt angefragt. Daneben werden im Tagesgeschäft kleinere Mengen an andere Kunden teilweise auch ohne vorherige Ankündigung am Werk unmittelbar auf Nachfrage produziert und abgegeben. Die Asphalthersteller sind u.a. über die Ausschreibungen im Straßenbau oder über andere Medien regelmäßig früh-

---

<sup>139</sup> Berücksichtigt man zusätzlich, dass ein Auftrag mit 5.000 to ein Umsatzvolumen zwischen etwa 240.000 und 350.000 EURO betrifft, erscheint diese zunächst unternehmensindividuelle kartellrechtliche Selbstveranlagung bereits unabhängig von der unmittelbaren Geltung des Kartellverbots betriebswirtschaftlich vernünftig.

zeitig informiert. Angesichts der festgestellten Produktionsüberkapazitäten und der eher geringen Anzahl größerer gleichzeitiger Vorhaben in den einzelnen Regionalmärkten können sie regelmäßig zunächst individuell prüfen und entscheiden, für welche Vorhaben sie unter Berücksichtigung bestehender oder konkret absehbarer anderer Kapazitätenbindungen selbständige Gebote abgeben. Sie können die verschiedenen Projekte im Ein- oder Mehrschichtbetrieb<sup>140</sup> beliefern und verfügen bereits heute über Möglichkeiten und Know-How zur unternehmensinternen Prozessoptimierung bei der Angebots- und Produktionssteuerung, der Angebotskalkulation, der Lieferung und dem tatsächlichen Einbau. Vor diesem Hintergrund müssen Unternehmen individuell vor der Verhandlung bzw. Eingehung von Liefergemeinschaften die eigenen Produktionskapazitäten auch mit Blick auf andere Aufträge und die betroffene Ausschreibung prüfen.<sup>141</sup>

215. Die bloße Freihaltung von Kapazitäten für mögliche andere Kunden bildet keine kartellrechtlich relevante Grundlage für die Bildung einer Liefergemeinschaft. Denn die Absatzplanung und die damit einhergehende Planung künftiger Auslastung der Produktion ist notwendiger Teil selbständigen unternehmerischen Handelns.
216. Soweit bei großen Aufträgen erhebliche Preisnachlässe im Vergleich zu geringeren Einkäufen gefordert werden, bedarf die Begründung der fehlenden betriebswirtschaftlichen Tragfähigkeit eines selbständigen Angebots angesichts der in den Entflechtungsverfahren festgestellten erheblichen Deckungsbeiträge und Reingewinne<sup>142</sup> der plausiblen Prüfung und Darlegung, dass und in welchem Umfang ein individuelles Angebot verlustträchtig oder mit Blick auf alternative Vorhaben und deren voraussichtliche Gewinnmöglichkeiten wirtschaftlich untragbar wäre.<sup>143</sup> Der bloße Wunsch, durch die Bündelung und Verknappung der selbständigen Angebote eine möglichst optimale Vergütung zu erzielen bzw. die allein durch den Wegfall konkurrierender Angebote anfallenden Synergiepotenziale zu nutzen, begründen keinen Anwendungsfall des Arbeitsgemeinschaftsgedankens.<sup>144</sup>

---

<sup>140</sup> Bei größeren Baumaßnahmen werden die Einbaufahrzeuge teilweise über 17 Stunden und mehr mit Walzasphalt beliefert.

<sup>141</sup> Dies gilt auch für den Fall, wenn eine von mehreren Asphaltsschichten, Mischungen oder bestimmten Vorprodukte nur von einem der beteiligten Unternehmen hergestellt werden kann und dieser daneben die weiteren angeforderten Lieferungen erbringen kann.

<sup>142</sup> Oben Fn. 105.

<sup>143</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 13.12.1983, KRB 3/83, Rn. 15 - Bauvorhaben Schramberg.

<sup>144</sup> KG, Beschl. v. 08.11.1995, Kart 21/94 - Fernsehübertragungsrechte; KG, Beschl. v. 24.10.2013, Verg 11/13, Ziffer 4.a.bb. mit Nachweisen.

217. Teilweise werden seitens der nachfragenden Straßenbauunternehmen oder den dahinter stehenden Kunden Terminvorgaben für Lieferung (und Einbau) einer bestimmten Asphaltmenge vorgegeben.<sup>145</sup> Ein Grund dafür ist die möglichst kurze Beeinträchtigung des Verkehrsflusses, was teilweise zum Einbau vor der Urlaubsreisezeit oder am Wochenende oder nachts führt. Insoweit ist auch die tatsächliche Einhaltung der Vorgaben zu berücksichtigen.
218. Bei der kartellrechtlichen Prüfung ist bei der Lieferzeit und -sicherheit auch zu berücksichtigen, dass die Liefertermine gerade bei größeren Vorhaben und unabhängig von der individuellen oder gemeinsamen Belieferung mit den Straßenbauunternehmen abzustimmen sind. In der Praxis kommt es teilweise zu einer Auswahlmöglichkeit der Asphalthersteller zwischen mehreren Terminen und zur Terminverschiebung aufgrund konkreter Kapazitätsengpässe. Der Einbau zu sog. Sonderzeiten, d.h. nachts oder am Wochenende wird regelmäßig mit Sonderzuschlägen vergütet und vergrößert den Anreiz, ein selbständiges Angebot abzugeben, anstatt sich diese mit dem Wettbewerber zu teilen.
219. Für größere Einbaumengen von Walzasphalt werden seitens der öffentlichen Hand oder der Straßenbauunternehmen zunehmend ein oder mehrere Ersatzlieferwerke für den Ausfall ihrer Werke angefragt. Häufig können die einzelnen Anbieter die Asphaltmenge allein anbieten, sie verfügen jedoch nicht über die erforderlichen Ersatzkapazitäten. Eine solche Konstellation kann die Bildung einer Liefergemeinschaft kartellrechtlich regelmäßig nicht allein rechtfertigen. Denn es handelt sich jeweils um einzelne und zeitlich begrenzte Projekte und die Ausfallrisiken der langfristig betriebenen Werke sind nach dem aktuellen technischen Stand erfahrungsgemäß nicht so bedeutend.<sup>146</sup> Im Übrigen ist deren Bildung aus straßenbautechnischen, sicherheitsrelevanten oder übergeordneten verkehrsinfrastrukturellen Gesichtspunkten regelmäßig nicht erforderlich. Verhandeln individuell lieferfähige Anbieter ohne eigene Ersatzlieferwerke - auch wechselseitig - über mögliche, d.h. optionale Ersatzlieferungen, kann dies auf Basis von branchenbekannten kartellrechtskonformen Kollegienlieferungsverträgen erfolgen. Dabei können der optionale Charakter und die damit

---

<sup>145</sup> Regelmäßig erfolgt dies außerhalb der Ausschreibung, bzw. nach der Zuteilung des Auftrags.

<sup>146</sup> Wäre dies anders, dürften die betroffenen Werke regelmäßig weder als Erst- noch als Ersatzlieferwerke benannt werden.

verbundenen Kosten und Risiken von Ausfällen von den Marktteilnehmern berücksichtigt werden.

220. Die individuell lieferfähigen Anbieter ohne eigene Ersatzlieferwerke können ihr jeweiliges Gesamtangebot (einschließlich Ersatzlieferung) in vorgenannten Fällen anschließend selbständig kalkulieren und anbieten. Keinesfalls dürfen sie dabei untereinander ihr geplantes oder fertiges Gesamtangebot offenlegen oder gemeinsam vereinbaren. Gleiches gilt für ihre interne Kalkulation der geplanten eigenen Lieferungen ohne Ausfall, welche zusammen mit den ausgehandelten Ersatzlieferkonditionen die Grundlage des Gesamtangebots bilden. Beides ist für die Verhandlung über die ein- oder wechselseitigen optionale Ersatzlieferungen nicht erforderlich.
221. Die Asphalthersteller können das Kostenrisiko etwaiger Stillstandskosten für den Bauzug o.Ä. beim Ausfall des eigenen Werks beim eigenen Angebot einpreisen. Soweit im Rahmen wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Handelns ein tragfähiges Angebot nicht möglich erscheint, kann jedoch der Umstand, dass Kosten anfallen, nicht allein ausschlaggebend für das Eingehen einer Liefergemeinschaft sein. Die möglichen Kosten für den Asphaltanbieter müssen mit Blick auf das jeweilige Umsatz- und Ertragspotenzial des Angebots auch eine gewisse Höhe haben. Denn mit Blick auf Großvorhaben einschließlich großer Bauzüge und Transportinfrastruktur hat sich gezeigt, dass die tatsächlichen Stillstandskosten über ein bis mehrere Wochen mit Blick auf den Waren- und Ertragswert der später eingebauten und bezahlten Asphaltlieferungsmengen sowie den auf das gesamte Vorhaben entfallenden Waren- und Ertragswert von geringem Gewicht waren.<sup>147</sup>
222. Die Straßenbauunternehmen holen vor oder nach Abgabe ihrer Gebote zur Bauausschreibung Angebote für Asphaltlieferungen ein. Nicht selten geschieht dies auch dann, wenn sie die Nachfrage ganz oder teilweise über die eigenen Werke abdecken. Die Bildung einer Liefergemeinschaft ist in solchen Fällen des teilweisen Drittbezugs regelmäßig nicht erforderlich, um ein zusätzliches Angebot für Walzasphalt zu ermöglichen. Denn der teilweise Drittbezug kann grundsätzlich auch mit den lieferbereiten Asphaltherstellern unter Wettbewerbsbedingungen als Kollegenlieferungsauftrag verhandelt werden. In den von den Ermittlungen der Beschlussabteilung erfassten Zeiträumen wurden in solchen Fällen teilweise

<sup>147</sup> Nicht selten wurde ein Vergleich beschlossen.

gleichwohl Liefergemeinschaften gebildet. Solche Liefergemeinschaften für das in der Submission ausgewählte Straßenbauunternehmen waren auf den ersten Blick teilweise<sup>148</sup> unwirtschaftlich und dienten letztlich der gesamten kartellrechtswidrigen Koordinierung mit ihren Wettbewerbern im Bereich Walzasphalt.

#### **4. Kartellrechtliche Selbstveranlagung im Bereich der öffentlichen Nachfrage**

223. Der bundesweit deutlich überwiegende Anteil des Walzasphalts wird auf öffentlichen Straßen und Wegen verbaut. Die für den Betrieb von Fern- und Landesstraßen zuständigen (Landes-)Verwaltungen führen größere Bau- und Erhaltungsmaßnahmen in der Regel nicht selbst durch und schreiben Aufträge bei Erreichen der sog. Schwellenwerte öffentlich aus. Asphaltlieferungen bilden bislang sehr häufig einen Bestandteil der Bauausschreibung und werden insoweit nicht gesondert von den Straßenbauleistungen ausgeschrieben, was vergaberechtlich möglich ist.
224. Nach den mittel- bis langfristigen verkehrspolitischen Planungen und den Vorgaben des Bundes<sup>149</sup> macht das prioritäre Ziel der baulichen Erhaltung der Straßen (einschließlich Brücken) den größten Anteil am Gesamtbudget zur Erhaltung von Wasser-, Fernstraßen- und Schienenwegen aus.<sup>150</sup> Die Planungen zum Aus- und Neubau von öffentlichen Straßen erfolgen erst nach Abzug des grundsätzlich vorrangigen Erhaltungsbedarfs.<sup>151</sup> Bei typischen Erhaltungsmaßnahmen werden u.a. die oberen Asphaltsschichten abgetragen und erneuert. Sie stehen typischerweise für einen erheblichen Anteil der Projektkosten.
225. Mit Blick auf die vergabe- und haushaltsrechtlichen<sup>152</sup> Vorgaben zur Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit und den mittel- bis langfristigen erheblichen Finanzierungsbedarf

---

<sup>148</sup> Bei der unternehmensinternen Gesamtkalkulation der vertikal integrierten Asphalt- und Straßenbauunternehmen kam es nicht darauf an, ob die dadurch zu vereinnahmenden höheren Gewinne im Bereich Asphalt oder Straßenbau anfielen (vgl. oben Rn. 140).

<sup>149</sup> Unter Berücksichtigung der auf EU-Ebene geltenden Prognosen und Vorgaben.

<sup>150</sup> Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI), Bundesverkehrswegeplan 2015, S. 31 f.: gemäß der vorliegenden Erhaltungsbedarfsprognose für den Zeitraum 2010 bis 2025 etwa 3,6 Mrd. EURO pro Jahr.

<sup>151</sup> Ebenda, S. 52 (Abschnitt 5.2.), S. 65 - 72 (Abschnitt 6.1.: Grundzüge der Priorisierung und Abschnitt 6.2.3.1.): Im Rahmen der verfügbaren Mittel ist zusätzlich ein separater Finanzansatz ca. 70 % für Straßenaus- und -neubauten vorgesehen.

<sup>152</sup> Ebenda, S. 16: Etwa 2/3 der gesamten Investitionsausgaben des Bundes u.a. für den Verkehrsträger Straße wird konventionell haushaltsfinanziert.

beim Erhaltung, Aus- und Neubau von Straßen besteht seitens der öffentlichen Hand einschließlich der Fachaufsicht (nach Art. 85 Abs. 4 GG) ein besonderes Interesse daran, kartellrechtswidrige Liefergemeinschaften bei Vor- und Teilleistungen der öffentlichen Aufträge zu unterbinden.<sup>153</sup>

226. Angebote von Bietern, die in Bezug auf die Ausschreibung eine Absprache getroffen haben, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt (z.B. nach dem gesetzlichen Kartellverbot<sup>154</sup>), sind nach den geltenden vergaberechtlichen Bestimmungen auch nach einem Zuschlag vom Vergabeverfahren auszuschließen (vgl. § 16 Abs. 1 Nr. 1 d) VOB/A, bzw. § 16 Abs. 3 f) VOL/A). Die teilweise oder vollständige Walzasphalt-Beschaffung bei einer erkennbar kartellrechtswidrigen Liefergemeinschaft kann zudem Zweifel an der eigenen Zuverlässigkeit des Straßenbauunternehmens begründen.
227. Mit Blick auf die derzeitige vergaberechtliche Praxis zu Bietergemeinschaften lassen sich, stark verkürzt, weitere Aspekte zusammenfassen.
228. Teilweise werden klare und transparente Hinweise zur Erklärung und Glaubhaftmachung der kartellrechtlichen Zulässigkeit seitens der an der Bietergemeinschaft i.S.d. § 6 Abs. 1 VOB/A (2012) beteiligten Unternehmen eingefordert. Diese erfüllen teilweise (auch) die im vorangegangenen Abschnitt 3. bezeichneten kumulativen Voraussetzungen und Beweismaßstäbe für die notwendige kartellrechtliche Selbstveranlagung, bzw. setzen eine solche voraus (vgl. Rn. 210).
229. Daneben wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung teilweise gefordert, dass Bietergemeinschaften auf Aufforderung des Auftraggebers die Gründe für die Bildung der Bietergemeinschaft erläutern muss, wenn ihm zureichende Anhaltspunkte für einen Verstoß der Bietergemeinschaft nach § 1 GWB vorliegen.<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup> Vgl. zur ersten Stufe des Controllingsystems Bundesfernstraßenbau: Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Bundesverwaltung, Gutachten über das Kostenmanagement im Bundesfernstraßenbau v. 14.04.2014, V3 – 2013 – 5167, S. 13; Kostka/Anziger, Large Infrastructure Projects in Germany - Between Ambition and Realities: A Cross-sectoral Analysis (Working Paper, Hertie School of Governance, 05/2015), S. 8 - 10 (Fallstudie zu Kostenüberschreitungen mit Bezug u.a. zum Straßenbau).

<sup>154</sup> Vgl.: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.02.2014, VII-Verg 2/14, Rn. 19 f.

<sup>155</sup> Vgl. z.B.: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.12.2014, VII-Verg 22/14, Ziffer 3.

230. In den u.a. vom Beschleunigungsgrundsatz geprägten Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern und den Vergabesenaten der zuständigen Oberlandesgerichte wird ein (möglicher) Verstoß nach § 1 GWB in der Regel von den Verfahrensbeteiligten vorgetragen und von den Spruchkammer geprüft.<sup>156</sup>
231. Gemäß den derzeit auf nationaler Ebene umzusetzenden Vorgaben des reformierten EU-Vergaberechts, kann der Auftraggeber einen Bieter ausschließen, wenn er über hinreichend plausible Anhaltspunkte verfügt, dass eine eingegangene Bietergemeinschaft gegen § 1 GWB und/oder Art. 101 AEUV verstößt oder der Bieter bei anderer Gelegenheit einen solchen Verstoß begangen hat (vgl. Art. 57 Abs. 4 RL 2014/24/EU, § 124 Nr. 4 Referententwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts).
232. Die im Rahmen der Reform einzuführende Einheitliche Europäische Eigenerklärung der Bieter (Art. 59 RL 2014/24/EU) sieht entsprechende Erklärungen zum Nicht-Vorliegen von Ausschlussgründen vor (vgl. Teil III. C. des Entwurfs)<sup>157</sup>
233. Verstößt eine Bietergemeinschaft im konkreten Fall gegen das Kartellverbot, beseitigt die entsprechende Kenntnis des einbauenden Unternehmens und/oder des dahinter stehenden Nachfragers<sup>158</sup> den objektiven Verstoß nicht, auch dann nicht, wenn dessen negative wirtschaftliche Auswirkungen in Kauf genommen werden.
234. Aus den vorbezeichneten Gründen erscheint es zunächst notwendig und sinnvoll, dass die betroffenen Straßenbauunternehmen und die Auftraggeber bereits in der Ausschreibung von Walzasphalt bzw. Straßenbauleistungen von den an Bietergemeinschaften beteiligten Unternehmen künftig flächendeckend belastbare Angaben mit Blick auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit einfordern. Da die Unternehmen gesetzlich zur Selbstveranlagung verpflichtet sind, entstehen dadurch keine bedeutenden zusätzlichen Kosten.

---

<sup>156</sup> Vgl. z.B.: OLG Düsseldorf, VII-Verg 2/14, Rn. 20.

<sup>157</sup> Siehe BMWi, Reform des Vergaberechts, abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Wirtschaft/Oeffentliche-Auftraege-und-Vergabe/reform-des-vergaberechts.html>.

<sup>158</sup> Entsprechendes gilt für Eigentümer von privaten Straßen und Wegen.

235. Als weiteres Ergebnis der Ermittlungen im Bereich Walzasphalt sind die folgenden Anregungen der Beschlussabteilung zu Liefergemeinschaften im Bereich der Ausschreibung zu verstehen:
236. Bei Tagesmengen mit bis zu 2.000 to Walzasphalt sollten Liefergemeinschaften (auch als Teil einer Straßenbauausschreibung) grundsätzlich ausgeschlossen und nur bei Darlegung der vorgenannten Voraussetzungen für eine Liefergemeinschaft (vgl. Rn. 210 - 222). zugelassen werden.
237. Diese Tagesmenge kann ein Werk mit einer leicht unter dem Durchschnitt liegenden Kapazität von 170 to/h im 1,5fachen Schichtbetrieb herstellen, was eine Anwendung des Arbeitsgemeinschaftsgedankens sowie die Freistellungsmöglichkeiten nach § 2 GWB regelmäßig ausschließt.
238. Größere Mengen Walzasphalt sollten getrennt vom Straßenbauauftrag ausgeschrieben und in unterschiedlich große Lose aufgeteilt werden.
239. Damit sollen die Unternehmen einen Anreiz erhalten, auf das größte Los zu bieten. Bei größeren Asphaltmengen, deren Beschaffungswert die vergaberechtlichen Schwellenwerte deutlich überschreitet, rechtfertigt das wirtschaftliche Volumen eine getrennte Ausschreibung. Die Logistik und die Lieferzeitpunkt sind bereits heute zwischen dem Asphalthersteller und dem Straßenbauunternehmen abzustimmen und Gewährleistungsfragen in der Lieferkette zu klären. Bereits heute werden sehr häufig Dritte bei Straßenbau-Ausschreibungen mit Asphaltlieferung (wie Ingenieure) im Wege der öffentlichen Ausschreibung und auf werkvertraglicher Basis mit der Planung, Durchführung, Bauüberwachung, Abnahme und/oder Mängelprüfung beauftragt.<sup>159</sup> Sie führen die in Bezug auf Walzasphalt erforderlichen Prüfungen allein oder in Zusammenarbeit mit der Baustoffprüfstelle des öffentlichen Auftraggebers durch und können dies auch im Rahmen einer getrennten Ausschreibung für Walzasphalt leisten. Alternativ können die ihrerseits fachkundigen Straßenbauunternehmen vertraglich zur Prüfung des getrennt beschafften Asphalt und der erforderlichen

---

<sup>159</sup> Vgl. Handbuch für die Vergabe und Ausführung von freiberuflichen Leistungen im Straßen- und Brückenbau (HVA F-StB) und die Bezugnahmen auf beauftragte Dritte in Teil 3 des Handbuchs für die Vergabe und Ausführung von Bauleistung im Straßen- und Brückenbau (HVA B-StB) und des Handbuchs für die Vergabe und Ausführung von Lieferungen und Leistung im Straßen- und Brückenbau (HVA L-StB 2014).

Dokumentation verpflichtet werden, soweit dadurch keine Interessenkonflikte mit Blick auf den eigenen Einbau entstehen.

240. Alternativ zur vorgenannten getrennten Ausschreibung größerer Mengen sollte in der Leistungsbeschreibung des Straßenbauauftrags vorgegeben werden, dass der erfolgreiche Bieter ohne ausreichende Produktion entsprechend unterschiedlich große Mengenlose bei den Walzasphaltherstellern anfragt und einkauft. Insoweit ergäben sich lediglich wenige Änderungen zur bisherigen Vergabe- und Vertragsstruktur.
241. Beim Einbau größerer Mengen Walzasphalt können Ersatzlieferungen aus anderen Werken ebenfalls getrennt von den zuerst beauftragten beauftragten Asphaltherstellern ausgeschrieben werden. Dabei kann es, z.B. bei Großprojekten mit Kompaktasphalt, erforderlich sein, ein oder mehrere Ersatzwerke zu benennen, die sehr kurzfristig den Weiterbau bei Ausfall eines Lieferwerks gewährleisten. Größere Asphalthersteller oder die erfolgreichen Bieter auf die unterschiedlichen Lose (oben Rn. 238) können teilweise unternehmensintern Ersatzwerke benennen. Soweit dies voraussichtlich nicht der Fall ist, können solche Ersatzlieferungen ebenfalls getrennt ausgeschrieben werden.