



Bußgeldverfahren gegen Hersteller von Asphaltmischgut; DAV-Leitlinien

Branche: Herstellung von Asphaltmischgut

Aktenzeichen: B1-189/13; B1-11/15

Datum der Entscheidung: 7. Dezember 2018

Das Bundeskartellamt hat am 7. Dezember 2018 eine Geldbuße in Höhe von 1,43 Mio. Euro gegen die Gaul GmbH (nachfolgend „Gaul“) mit Sitz in Spremlingen wegen ihrer Teilnahme an Preis-, Gebiets-, Kunden- und Quotenabsprachen im Zusammenhang mit Liefergemeinschaften für Asphaltmischgut verhängt. Dieser Bußgeldbescheid ist mittlerweile rechtskräftig geworden. Gaul ist die Rechtsnachfolgerin der K.H. Gaul GmbH & Co. KG, die seit 2011 zum STRABAG-Konzern gehört.

Eingeleitet wurde das Verfahren mit einer branchenweiten Durchsuchung im Februar 2014 auf der Grundlage eines Kronzeugenantrages der Südhessische Asphalt-Mischwerke GmbH & Co. KG mit Sitz in Hanau (nachfolgend „SHM“), einer Tochtergesellschaft der Werhahn-Gruppe. Im weiteren Verfahrensverlauf hatte auch Gaul einen Bonusantrag gestellt und danach mit dem Bundeskartellamt umfassend kooperiert. Ein weiterer Bonusantrag wurde für die Mitteldeutsche Hartstein-Industrie GmbH mit Sitz in Hanau (nachfolgend „MHI GmbH“) und die übrigen Unternehmen der MHI-Gruppe von ihrer Obergesellschaft Mitteldeutsche Hartstein-Industrie AG („MHI AG“) eingereicht.

Die im Verfahren des Bundeskartellamtes untersuchten wettbewerbsbeschränkenden Absprachen betrafen die regelmäßige Bildung von Liefergemeinschaften für Asphaltmischgut. Es handelt sich dabei um Gemische aus Gesteinskörnungen und Bindemitteln wie insbesondere Bitumen, die in mehreren Schichten auf Straßen und sonstige Flächen aufgetragen und zu Walzasphalt verarbeitet werden. Die Abnehmer von Asphaltmischgut sind die einbauenden Bauunternehmen. Deren wichtigster Auftraggeber ist die öffentliche Hand. Insbesondere bei großen Infrastrukturprojekten im Straßenbau reichen die Kapazitäten der Asphaltmischanlagen einzelner Hersteller mitunter nicht aus, um die vom Auftraggeber geforderte unterbrechungsfreie Belieferung der Baustellen jederzeit garantieren zu können. Dies kann in diesem Wirtschaftsbereich im

Einzelfall zur Bildung einer Bieter- und Liefergemeinschaft von zwei oder mehr Herstellern von Asphaltmischgut führen.

Im Bußgeldbescheid festgestellter Sachverhalt

Die Gaul verfügte in Büttelborn, Ludwigshafen, Sprendlingen und Wiesbaden über eigene Asphaltmischanlagen, die mittlerweile anderen Konzerngesellschaften der STRABAG zugeordnet worden sind. Die bedeutendsten Wettbewerber der Gaul waren die SHM sowie die MHI GmbH einschließlich deren Schwestergesellschaft Odenwälder Hartstein-Industrie GmbH mit Sitz in Hanau (nachfolgend „OHI“), die in den relevanten Markträumen ebenfalls eine Reihe von Asphaltmischanlagen betreiben.

Auf Grundlage der o.g. Bonusanträge von SHM und Gaul sowie weiterer Beweismittel stellt sich der im Bußgeldbescheid gegenüber der Gaul festgestellte Sachverhalt wie folgt dar: Basierend auf einer wesentlich vom damaligen Geschäftsführer der SHM initiierten und von den Verantwortlichen der Gaul sowie der MHI GmbH und der OHI mitgetragenen Grundabsprache aus dem Jahr 1999, deren Modalitäten seither praktiziert wurden, beteiligte sich die Gaul mindestens im vom Bußgeldbescheid erfassten Zeitraum von Anfang 2005 bis Ende 2013 regelmäßig an Bieter- bzw. Liefergemeinschaften zur Lieferung von Asphaltmischgut. Daneben kam es zur Gründung zahlreicher bilateraler Liefergemeinschaften zwischen der SHM und der MHI GmbH bzw. der OHI. Die kartellrechtliche Zulässigkeit dieser Liefergemeinschaften unter engen Wettbewerbern wurde von den beteiligten Unternehmen im Einzelfall weder geprüft noch auch nur hinterfragt.

Die Grundabsprache aus dem Jahr 1999 sah vielmehr vor, dass unter den an der Grundabsprache beteiligten Unternehmen für Ausschreibungen von Liefermengen ab 10.000 t Asphaltmischgut grundsätzlich Liefergemeinschaften gebildet werden sollten. Später wurde die Mengenschwelle für die Liefergemeinschaftsbildung noch deutlich abgesenkt. Entscheidend für die auf diese Weise nahezu automatisierte und dauerhafte Bildung von Liefergemeinschaften war demnach allein das zu erwartende Liefervolumen, nicht jedoch die objektive Erforderlichkeit oder die subjektive Überlegung, dass eine Belieferung durch nur ein Unternehmen nicht in Frage gekommen wäre. Mithilfe einer Standortkarte wurden gemeinsame „Markträume“ mit sich überschneidenden Absatzradien identifiziert, in denen die zuvor konkurrierenden Anbieter von Asphaltmischgut nun für größere Aufträge stets Liefergemeinschaften bilden sollten. Der Gaul wurde dabei der Marktraum Wiesbaden zugewiesen, in dem sie Liefergemeinschaften vorwiegend mit der dort ebenfalls vertretenen SHM bilden sollte, der Marktraum Darmstadt sollte grundsätzlich von trilateralen Liefergemeinschaften unter Beteiligung der Gaul und der SHM bearbeitet werden.

Auf diese Weise kamen im vom Bußgeldbescheid erfassten Zeitraum von Anfang 2005 bis Ende 2013 nachweislich mindestens 81 bilaterale Liefergemeinschaften zwischen der Gaul und der SHM sowie mindestens 28 trilaterale Liefergemeinschaften zwischen der Gaul, der SHM und der MHI GmbH/OHI oder Dritten zustande.

Zur Anbahnung neuer sowie zur Besprechung laufender Liefergemeinschaften fanden zahlreiche Gespräche zwischen Verantwortlichen der an der Grundabsprache beteiligten Unternehmen statt, darunter im tatrelevanten Zeitraum ab Anfang 2005 bis Ende 2013 mindestens 120 Gespräche unter der Beteiligung der Gaul. Ein wichtiges Dauergesprächsthema zwischen der Gaul und den übrigen beteiligten Unternehmen waren die Soll- und Ist-Lieferquoten und Quotenausgleichsmaßnahmen. So kamen im Rahmen der Liefergemeinschaften zumeist pauschale Soll-Lieferquoten zur Anwendung, d.h. in der Regel eine Soll-Lieferquote von 50% der Gesamttonnage an Asphaltmischgut für jeden Teilnehmer an einer bilateralen Liefergemeinschaft und eine entsprechende Soll-Lieferquote von 33% an einer trilateralen Liefergemeinschaft.

Da die Ist-Lieferquoten später häufig von den verabredeten Soll-Lieferquoten abwichen, etablierten die an der Grundabsprache beteiligten Unternehmen im Laufe der Zeit ein Ausgleichssystem. Dafür wurden von den beteiligten Unternehmen zunächst individuelle handschriftliche Listen bzw. Übersichtstabellen geführt, in denen die mit den Baumaßnahmen verbundenen Liefermengen notiert, Abweichungen zwischen Soll- und Ist-Liefermengen saldiert und bei nachfolgenden Einzelaufträgen oder Liefergemeinschaften mengenmäßig ausgeglichen wurden. Später tauschten die betroffenen Unternehmen elektronische Soll-Ist-Listen in Form von Excel-Tabellen aus, die die Grundlage für Ausgleichsmaßnahmen unter den an der Grundabsprache beteiligten Unternehmen bildeten.

Über die quasi institutionalisierte Bildung von Liefergemeinschaften für Asphaltmischgut hinaus sah die Grundabsprache aus dem Jahr 1999 für Aufträge mit kleineren Liefermengen Absprachen darüber vor, welches Unternehmen den Auftrag als Ganzes übernehmen sollte und welcher Preis hierfür verlangt werden sollte. Zum Teil wurde die interne Zuteilung solcher Objekte gezielt dazu genutzt, um damit einen Quotenausgleich zu bewirken. Neben den objektbezogenen Absprachen gab es zwischen der Gaul und der SHM zumindest Ansätze kundenbezogener Absprachen sowie einen regelmäßigen Austausch über die Festlegung der Ab-Werk-Preise für Kleinmengen.

Zusammenfassend nahm die Gaul im vom Bußgeldbescheid erfassten Zeitraum von Anfang 2005 bis Ende 2013 in Bezug auf Lieferungen von Asphaltmischgut im Rhein-Main-Gebiet systematisch an Gebiets-, Kunden- und Mengenaufteilungen einschließlich von Preisabsprachen teil. Übergeordnetes Ziel der Grundabsprache und ihrer verschiedenen Komponenten war es,

die Marktanteile der beteiligten Unternehmen abzusichern und das bereits niedrige Preisniveau bei größeren Aufträgen zumindest nicht weiter abzusenken.

Bonusanträge

In Anwendung der Bonusregelung wurde gegen die SHM keine Geldbuße verhängt. Bei der Bußgeldfestsetzung gegen Gaul wurde berücksichtigt, dass diese im Rahmen der Bonusregelung umfassend mit dem Bundeskartellamt kooperierte und dabei wesentliche Beiträge zur Aufklärung des Sachverhalts sowie zum Nachweis des Verstoßes erbrachte.

Verfahrenseinstellungen

Das Verfahren gegen die Rechtsnachfolgerin der MHI GmbH und der OHI wurde wegen der als „Wurstlücke“ bekannt gewordenen Gesetzeslücke eingestellt, das Verfahren gegen die MHI AG aus Ermessensgründen nicht weitergeführt. Eine Klärung der Tatbeteiligung der MHI-Gruppe ist in diesem Verfahren daher nicht mehr erfolgt. Die Verfahren gegen einige weitere Hersteller von Asphaltmischgut wurden ebenfalls eingestellt, da sich der anfängliche Tatverdacht ihrer Beteiligung an den wettbewerbsbeschränkenden Absprachen letztlich nicht erhärtete. Eingestellt wurden schließlich auch sämtliche Verfahren, die gegen persönlich Betroffene geführt wurden.

Mit dem gegen Gaul ergangenen Bußgeldbescheid wurde der Vorwurf eines vorwerfbar ordnungswidrigen Verhaltens nur gegenüber der Gaul GmbH erhoben, nicht aber gegenüber anderen Unternehmen, so dass damit auch keine bindende Feststellung der Beteiligung an den Absprachen gegenüber anderen Unternehmen verbunden ist. Ihnen gegenüber gilt die Unschuldsvermutung. Eine förmliche Anhörung der anderen Verfahrensbeteiligten ist deshalb vor Erlass des Bußgeldbescheides gegen Gaul nicht erfolgt.

Leitlinien für die Prüfung der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Arbeits- bzw. Liefergemeinschaften des Deutschen Asphaltverbands (DAV) e.V.

Parallel zum Abschluss des Bußgeldverfahrens begleitete das Bundeskartellamt den Deutschen Asphaltverband bei der Erstellung von Leitlinien, welche die Verbandsmitglieder bei ihrer gebotenen, selbständigen Prüfung der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Liefergemeinschaften unterstützen sollen (folgend dem sog. Prinzip der Selbstveranlagung).

Die Leitlinien erläutern die folgenden Grundsätze einer sachgerechten Selbstveranlagung:

Das Kartellrecht verpflichtet Unternehmen, unabhängig von einander am Markt tätig zu werden. Die Eingehung einer Liefergemeinschaft mit einem Wettbewerber ist jedoch kartellrechtlich zulässig, wenn

- (1) das die Eingehung der Liefergemeinschaft erwägende Unternehmen allein nicht in der Lage ist, ein eigenes Angebot abzugeben, und
- (2) die Kooperation wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig ist, und
- (3) erst die Kombination der eigenen Ressourcen mit den Ressourcen des Wettbewerbers die Abgabe eines Angebotes erlaubt.

Diese drei Bedingungen sind kumulativ zu erfüllen.

Sollten diese Voraussetzungen nicht gegeben sein, so kann im Ausnahmefall die Eingehung einer Liefergemeinschaft gleichwohl zulässig sein, wenn die Beschränkung des Wettbewerbs nach § 2 GWB gerechtfertigt werden kann. Die entsprechenden Anforderungen sind allerdings hoch.

Die kartellrechtliche Zulässigkeit einer Liefergemeinschaft ist für jeden Einzelfall, in dem die Abgabe eines gemeinsamen Angebotes in Erwägung gezogen wird, vor der Kontaktaufnahme mit einem Wettbewerber individuell zu prüfen und zu dokumentieren. Dies gilt insbesondere für die Prüfung, ob das eigene Unternehmen alleine in der Lage ist, den Auftrag durchzuführen.

Schließlich ist darauf zu achten, dass sowohl bei der Anbahnung und Verhandlung einer Liefergemeinschaft als auch während der Zusammenarbeit keine wettbewerblich sensiblen Informationen ausgetauscht werden, die für die Durchführung der Liefergemeinschaft nicht unverzichtbar sind.

Hinweis

Personen, denen aus dem Verstoß ein Schaden entstanden ist, können diesen bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen von den Beteiligten ersetzt verlangen. Soweit die Entscheidung bereits rechtskräftig ist, kommt ihr im Hinblick auf die Feststellung des Verstoßes eine Bindungswirkung nach § 33b GWB gegenüber dem Adressaten des Bußgeldbescheides zu.

Der Fallbericht gibt den Stand vom Tag der Veröffentlichung wieder und trägt etwaigen späteren Ereignissen (Einspruchseinlegung) keine Rechnung.