



Sektoruntersuchung Walzasphalt

Unternehmensverflechtungen in Form von
Gemeinschaftsunternehmen

Abschlussbericht gemäß § 32e GWB - September 2012



Sektoruntersuchung Walzasphalt

Unternehmensverflechtungen in Form von Gemeinschaftsunternehmen

Abschlussbericht

September 2012

Sektoruntersuchung Walzasphalt

Bericht gem. § 32e Abs. 3 GWB

Az. B1 – 33/10

September 2012

(zit.: BKartA, B1-33/10, SU Walzasphalt, September 2012)

Bearbeiter

Michael Jungk, Dr. Fabian Theurer LL.M. (Brügge), Franz Heistermann

Kontakt

Bundeskartellamt

1. Beschlussabteilung

Kaiser-Friedrich-Straße 16

53113 Bonn

poststelle@bundeskartellamt.bund.de

www.bundeskartellamt.de

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	3
A. Überblick zur Sektoruntersuchung Walzasphalt	10
I. Anlass und Verlauf	10
II. Wirtschaftlicher Gegenstand der Untersuchung	12
B. Marktverhältnisse und Verflechtungen	17
I. Einleitung	17
II. Gesamtmarkt nach Werken, Absatz und Umsatz	18
1. Anzahl der Werke	18
2. Absatz und Umsatz der Werke	21
3. Absatz und Umsatz pro Werk	23
III. Marktkonzentration	24
1. Auswahl der vier großen Unternehmen	24
1.1. Werhahn	26
1.2. STRABAG	26
1.3. EUROVIA	27
1.4. KEMNA	27
1.5. Vergleich der G4-Unternehmen mit den Unternehmen MHI und Wegener	28
1.6. Vergleich der G4-Unternehmen mit Dritten Unternehmen	29
2. Die Gruppe der G4-Unternehmen	29
2.1. Erwägungen und Kriterien für die Bildung der G4-Gruppe	30
2.1.1. Verbindungen der G4-Unternehmen untereinander	30
2.1.2. Verbindungen der G4-Unternehmen mit Dritten Unternehmen	31
2.1.3. Die Verbindungen zwischen Dritten Unternehmen im Vergleich	31
IV. Das Konzept der Marktdurchdringung	32
1. Grundlagen	32
1.1. Zurechnung von Beteiligungen	34
1.2. Andere Zurechnungskonzepte	36
V. Beteiligungsstruktur und Marktdurchdringung	38
1. Beteiligungsstruktur und Marktdurchdringung nach Werken	40
1.1. Beteiligungsstruktur nach Werken	41
1.2. Marktdurchdringung nach Werken	42
2. Beteiligungsstruktur und Marktdurchdringung nach Absatz	42
2.1. Beteiligungsstruktur nach Absatz	43
2.2. Marktdurchdringung nach Absatz	43
3. Beteiligungsstruktur und Marktdurchdringung nach Umsatz	44
VI. Durchschnittspreise	45
1. Regionale Preisunterschiede	45
2. Durchschnittspreise der Werke im Alleineigentum	46
3. Durchschnittspreise der GU-Werke	48
4. Zusammenfassung zu den Durchschnittspreisen	49
5. Minimale und maximale Asphaltpreise	50
C. Marktconstellations bei Gemeinschaftsunternehmen und Grundlagen der kartellrechtlichen Beurteilung	52
I. Gemeinschaftsunternehmen und kartellrechtliche Vorfragen	52
1. Definition von Gemeinschaftsunternehmen	56
2. Gründe für Verflechtungen	57
3. Sachliche Marktabgrenzung	58
4. Räumliche Marktabgrenzung	60
5. Marktzutrittsschranken	62

6.	Kartellverbot und Fusionskontrolle.....	64
II.	GU-Typen, weitere Verflechtungen und § 1 GWB.....	66
1.	Vorbemerkung.....	66
2.	Unkritische Fälle (Typ-U Fälle).....	70
3.	Die Gesellschafter und das GU sind auf dem gleichen sachlich und räumlich relevanten Markt tätig (Typ-A Fälle)	71
3.1.	Beschreibung des Sachverhaltes bei Typ-A Fällen	72
3.2.	Wettbewerbsbeschränkung bei Typ-A Fällen (Regelvermutung)	73
3.3.	Kriterien für die Einzelfallprüfung der Regelvermutung bei Typ-A Fällen	74
3.3.1.	Strategisches Interesse.....	76
3.3.2.	Wirtschaftliche Bedeutung	77
4.	Weitere wettbewerbskritische Fälle mit möglichen horizontalen Effekten außerhalb der Regelvermutung (Typ-B Fälle).....	78
4.1.	Mindestens zwei Gesellschafter sind neben dem GU über Beteiligungsgesellschaft(en) auf demselben sachlich und räumlich relevanten Markt tätig, aber nur ein Gesellschafter beherrscht eine dieser Beteiligungsgesellschaften (Typ-B 1 Fälle).....	79
4.2.	Mindestens ein Gesellschafter ist nicht auf demselben räumlich relevanten Markt wie das GU und ein anderer Gesellschafter tätig, sondern nur auf einem räumlich eng benachbarten Markt (Typ-B2 Fälle).....	81
4.3.	Mindestens zwei Gesellschafter eines GU sind zwar nicht im Markt oder räumlich eng benachbarten Märkten des GU tätig, treffen aber in anderen räumlichen Märkten als Wettbewerber aufeinander (Typ-B 3 Fälle)	83
5.	Wettbewerbsbeschränkungen durch Informationsflüsse zwischen dem GU und einzelnen oder mehreren Gesellschaftern (Typ-C Fälle)	85
5.1.	Das Verhältnis der Typ-C Fälle zu den anderen GU-Typen	87
5.2.	Informationsfluss als wettbewerbsbeschränkende abgestimmte Verhaltensweise und Vereinbarung gemäß § 1 GWB	88
5.2.1.	Kartellverbot, gesellschaftsrechtliche Informationsrechte und gesellschaftsrechtliche Beschränkungen	93
(a)	Gesellschaftsrechtliche Informationsrechte	94
(b)	Gesellschaftsrechtliche Beschränkungen	95
(c)	Das Verhältnis der gesellschaftsrechtlichen Beschränkungen und des Kartellverbots	97
5.2.2.	Informationsrechte und -möglichkeiten der Gesellschafter aus anderen Verbindungen	99
5.2.3.	Verneinung oder Widerlegung der Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall	99
III.	Ergebnisse der ersten kartellrechtlichen Beurteilung	100
1.	Typisierung der GU-Betreibergesellschaften und GU-Werke.....	100
2.	Verteilung der Falltypen nach der Beteiligungsstruktur	101
3.	Wirtschaftliche Bedeutung der kartellrechtlich problematischen Unternehmensverflechtungen in Form von GU-Betreibergesellschaften	103
D.	Auflösung von kartellrechtswidrigen Verflechtungen und weiteres Vorgehen	106

Zusammenfassung

- i. Der vorliegende Abschlussbericht befasst sich mit Verflechtungen zwischen Anbietern von Walzasphalt. Diese bestehen regelmäßig in der Form von Gemeinschaftsunternehmen und sind im gesamten Bundesgebiet anzutreffen. Ziel der Sektoruntersuchung war es, typische kartellrechtswidrige Verflechtungen zwischen Anbietern zu ermitteln. Im Anschluss daran sollen die Beteiligten die Kartellrechtsverstöße wirksam abstellen.
- ii. **Gemeinschaftsunternehmen** (GU) sind rechtlich selbständige Unternehmen, an denen mindestens zwei Unternehmen beteiligt sind. Praktisch alle erfassten GU bestehen seit vielen Jahren und haben eine stabile Gesellschafterstruktur. Die Gemeinschaftsunternehmen haben eine erhebliche Marktbedeutung:
 - Sie stellen im Referenzjahr 2009 annähernd zwei Drittel der bundesweit erfassten 207 Gesellschaften, die Asphaltmischwerke betreiben.
 - Die GU betreiben die Hälfte der bundesweit erfassten 541 Asphaltmischwerke und erzielen auch die Hälfte des Absatzes in Höhe von 47,9 Mio. t und des Umsatzes in Höhe von ca. 1,9 Mrd. Euro.
- iii. Zahlreiche GU wurden bislang nicht systematisch kartellrechtlich geprüft. Häufig waren die GU auch dem Anwendungsbereich der Fusionskontrolle entzogen, zum Beispiel wegen der Bagatellmarktklausel und den Umsatzschwellen.
- iv. Neben den GU sind vor allem die Unternehmen Werhahn, STRABAG, EUROVIA und KEMNA präsent, die hier gemeinsam als **G4-Unternehmen** (in Abgrenzung zu Dritten Unternehmen) bezeichnet werden. Sie sind mit Blick auf die Unternehmens- und Werksbeteiligungen, die Absätze und Umsätze deutlich größer als andere Marktteilnehmer. Die einzelnen G4-Unternehmen sind jeweils weitgehend im gesamten Bundesgebiet tätig, während andere Marktteilnehmer eher regional begrenzt produzieren und verkaufen.
- v. Die G4-Unternehmen sind an 405 der insgesamt 541 Werke beteiligt, was einem Anteil von ca. 75 % mit weitgehend entsprechenden Anteilen am bundesweiten Absatz und

Umsatz entspricht.¹ Die überwiegende Zahl dieser 405 Werke steht nicht im Alleineigentum dieser Unternehmen - hierauf entfallen nur ca. 40 % der Werke. Die übrigen 60 % der Werke werden in Form von Gemeinschaftsunternehmen betrieben.

- vi. Die G4-Unternehmen verfügen untereinander über zahlreiche und die wirtschaftlich bedeutsamsten Beziehungen in Form von Gemeinschaftsunternehmen. Die bundesweiten wechselseitigen Verbindungen von G4-Unternehmen stellen sich wie folgt dar:
- Jedes G4-Unternehmen ist mit jedem anderen G4-Unternehmen an mehreren GU-Betreibergesellschaften beteiligt. 118 GU-Mischwerke werden unter Beteiligung von jeweils zwei G4-Unternehmen und weitere 38 GU-Werke sogar unter Beteiligung von drei G4-Unternehmen bewirtschaftet. Diese 156 GU-Werke stehen gleichzeitig für einen Anteil von 29 % am bundesweiten Absatz und Umsatz.
 - Die Mehrfachbeteiligungen von G4-Unternehmen an GU-Betreibergesellschaften sind regelmäßig mit erheblichen Einflussmöglichkeiten verbunden. Die G4-Unternehmen halten zusammen bereits bei drei Viertel ihrer 156 gemeinsamen GU-Werke die Anteilsmehrheit.
- vii. Gleichzeitig haben die G4-Unternehmen im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen auch intensive und bedeutsame Verbindungen mit Dritten Unternehmen. Diese GU-Betreibergesellschaften kommen auf 16,6 % der 541 Werke im Bundesgebiet und entsprechende Absatz- und Umsatzanteile.
- viii. Die G4-Unternehmen werden wegen der Verbindungen untereinander (und der Einbindung von Dritten Unternehmen) im beschreibenden Teil des Abschlussberichts und bei den Ergebnissen der Sektoruntersuchung als **G4-Gruppe** dargestellt. Zwischen den Dritten Unternehmen liegen keine entsprechenden wechselseitigen Beziehungen vor, die sie zu einer Gruppe verbinden. Die betroffenen 25 GU sind nur regional beschränkt tätig.
- ix. Die ersten Ermittlungsergebnisse zu den häufig komplexen Verflechtungen zwischen den G4-Unternehmen führten dazu, dass diese einen Schwerpunkt der Untersuchung bildeten. Sie sind bei insgesamt 126 von 207 Betreibergesellschaften vertreten.

¹ Die Zusammenfassung konzentriert sich im Folgenden auf die Werksbeteiligungen. Damit sind regelmäßig entsprechende Absatz- und Umsatzanteile verbunden.

Beteiligungen werden häufig über eine Kette von Zwischengesellschaften über bis zu 6 Ebenen gehalten, bei denen jeweils verschiedene weitere Unternehmen mit wechselnden Anteilen eingebunden sind und die teilweise selbst Walzasphalt produzieren.

- x. Für die Darstellung der bundes- und landesweiten Verflechtungen wurde das deskriptive **Konzept der Marktdurchdringung** verwendet, welches sämtliche G4-Beteiligungen an Betreibergesellschaften erfasst. Das Konzept spiegelt das Potenzial der Einflussmöglichkeiten der Mitglieder der G4-Gruppe auf die Markttätigkeit und Planung der Betreibergesellschaften wider. Für sämtliche Beteiligungen eines oder mehrerer G4-Unternehmen an einer Betreibergesellschaft erfolgt eine volle Zuordnung von Werken, Absatz und Umsatz. Die entsprechenden Beteiligungen von Dritten Unternehmen gehen damit in der Marktdurchdringung der G4-Gruppe auf. Die vollständige Zuordnung zur G4-Gruppe erfolgt vor dem Hintergrund der tatsächlichen Beteiligungsstrukturen von GU. Diese Strukturen verschaffen den Mitgliedern der G4-Gruppe regelmäßig zumindest einen wettbewerblich erheblichen Einfluss:
- Die Mitglieder der G4-Gruppe halten mit Mehrfachbeteiligungen, wie bereits ausgeführt, bei drei Viertel der betroffenen 156 GU-Werke die Anteilsmehrheit und beim übrigen Viertel regelmäßig gemeinsam Anteile zwischen 25 % und 45 %.
 - Daneben besitzen die einzelnen G4-Unternehmen in mehr als 50 % der Fälle Mehrheitsbeteiligungen an weiteren GU mit Dritten Unternehmen und weitere 40 % mit Anteilen zwischen 20 % und 45 %.
- xi. Die **Verflechtungsanalyse** ergab die folgenden **Ergebnisse**:
- Die bundesweite Marktdurchdringung der G4-Gruppe nach Werken, Absatz und Umsatz beträgt jeweils zwischen 72,3 % und 74,9 %. Die entsprechende Marktdurchdringung in den Bundesländern liegt in einer Bandbreite zwischen 51 % und 92 %.

- Die individuelle bundesweite Marktdurchdringung der G4-Mitglieder beim Absatz beträgt für Werhahn 53,1 %, für STRABAG 28,6 %, für EUROVIA 17,9 % und für KEMNA 8,9 %.²
- xii. Die **Ermittlungen zu den Walzasphalt-Preisen** im Referenzjahr ergaben einen bundesweiten Durchschnittspreis von 39,96 EUR pro Tonne. Die Preise in Norddeutschland sind grundsätzlich höher als in den Bundesländern in der Mitte und im Süden Deutschlands. Dies beruht unter anderem auf dem dort fehlenden Vorkommen des Asphaltvorprodukts Naturstein und den längeren Transportwegen.
- xiii. Die durchschnittlichen Verkaufspreise von Werken mit G4-Beteiligung sind bundesweit tendenziell höher als die von Werken ohne G4-Beteiligung. So liegen die **Verkaufspreise von Werken im Alleineigentum** der G4-Unternehmen 8 % über dem bundesweiten Durchschnittspreis, die entsprechenden Durchschnittspreise der Dritten Unternehmen befinden sich dagegen 12,6 % darunter. Auch die **Durchschnittspreise von GU-Werken** mit G4-Beteiligung liegen über dem Bundesdurchschnitt. Je höher die Zahl der am GU beteiligten G4-Unternehmen, desto größer ist generell die Preisdifferenz. Die Durchschnittspreise von GU ohne G4-Beteiligung sind 7 % günstiger als der bundesweite Durchschnittspreis.
- xiv. In jedem Bundesland - mit einer Ausnahme - erheben Werke mit G4-Beteiligung den **maximalen Asphaltpreis**. In drei Vierteln der Bundesländer sind dies GU-Werke und in einem Viertel Werke im Alleineigentum der Mitglieder der G4-Gruppe.
- xv. Nicht jedes einzelne GU im Walzasphaltsektor ist kartellrechtlich problematisch. Zunächst werden daher im Abschlussbericht Kriterien beschrieben, bei deren Vorliegen Gemeinschaftsunternehmen grundsätzlich nicht dem Kartellverbot des § 1 GWB unterfallen (Typ-U Fälle). Als weiterer Schwerpunkt der Untersuchung wurden häufig auftretende Marktconstellations bei Gemeinschaftsunternehmen herausgearbeitet, typisiert und Hinweise für deren kartellrechtliche Beurteilung im Einzelfall gegeben. Dies betrifft in räumlicher Hinsicht grundsätzlich kleinere Regionalmärkte. Bei der kartellrechtlichen Prüfung einzelner Betreibergesellschaften und deren Werken sind die zuvor ermittelten bundes- und landesweiten Unternehmensverflechtungen jedoch von

² Diese Werte korrespondieren mit der Marktdurchdringung nach Werken und Umsatz. Die Summe der individuellen Absatzquoten beträgt hier wegen der Mehrfachbeteiligungen von G4-Unternehmen an GU 108,5 % statt 72,3 %; das Gleiche gilt für die individuellen Werks- und Umsatzquoten.

Bedeutung, insbesondere wenn sie die Anreize der beteiligten Unternehmen zu wettbewerblicher Koordinierung zusätzlich beeinflussen.

- xvi. Die **Typ A-Fälle** sind an der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes³ orientiert. Danach besteht eine Regelvermutung für eine kartellrechtswidrige Rücksichtnahme im Wettbewerb unter den (mittelbaren) Gesellschaftern und dem GU, wenn mindestens zwei Gesellschafter und die GU-Betreibergesellschaft mit Werken auf ein und demselben sachlichen und räumlichen Markt tätig sind.
- xvii. Drei weitere Marktkonstellationen im Walzasphaltsektor mit möglichen horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen wurden als **Typ B-Fälle** eingeordnet. Diese unterscheiden sich von Typ A-Fällen hinsichtlich der Beteiligungsverhältnisse sowie der räumlichen Nähe der Asphaltwerke der GU-Gesellschafter zu den GU-Werken.
- xviii. In den **Typ-B 1 Fällen** sind mindestens zwei Gesellschafter neben dem GU über Beteiligungsgesellschaften auf demselben sachlichen und räumlichen Markt vertreten, aber nur ein Gesellschafter beherrscht eine dieser Beteiligungsgesellschaften. In dieser Konstellation sind die Anreize zur wettbewerblichen Koordination zwischen den Beteiligten im konkreten Einzelfall weitgehend analog zu den Typ A-Fällen zu beurteilen.
- xix. Bei den **Typ-B 2 Fällen** ist nur ein Gesellschafter auf demselben räumlichen Markt wie das GU tätig und mindestens ein weiterer Gesellschafter nur auf einem räumlich eng benachbarten Markt. Hier ist besonders zu prüfen, ob ein Gesellschafter seine Wettbewerbsmöglichkeiten auf dem Markt des GU beschränkt, bzw. umgekehrt, ob das GU auf Wettbewerbsimpulse auf dem Markt des Gesellschafters verzichtet.
- xx. Sind wenigstens zwei GU-Gesellschafter nicht auf dem konkreten Markt des GU oder in einem räumlich eng benachbarten Markt tätig und treffen diese jedoch zusätzlich in anderen räumlichen Märkten als Wettbewerber aufeinander, liegen **Typ-B 3 Fälle** vor. Beschränkungen des aktuellen oder potenziellen Wettbewerbs zwischen den Gesellschaftern können sich aus dem Verzicht der Gesellschafter auf eine eigenständige wettbewerbliche Tätigkeit im Markt des GU aufgrund des GU ergeben, obwohl diese individuell in den Markt eintreten können. Desweiteren können spill-over Effekte auf anderen Märkten auftreten. Die wettbewerbliche Koordinierung durch spill-over Effekte kann sich aus dem erforderlichen Interessenausgleich bei der GU-

³ S. nur BGH, Beschluss vom 4.3.2008, KVZ 55/07 - Nord-KS.

Beteiligung sowie aus dem Interesse ergeben, diese Zusammenarbeit durch „Konflikte“ in anderen Märkten nicht zu gefährden. Diese Fallkonstellationen wurden nur im Hinblick auf die Verflechtungen zwischen den vier großen Wettbewerbern untersucht.

- xxi. Die **Typ-C Fälle** erfassen Wettbewerbsbeschränkungen durch Informationsflüsse zwischen dem GU und einzelnen oder mehreren mit dem GU konkurrierenden Gesellschaftern. Erhält beispielsweise ein Gesellschafter aufgrund gesellschaftsrechtlich angelegter Informationsmöglichkeiten wettbewerbsrelevante Informationen zur Strategie oder Geschäftsergebnissen des GU, beschränkt dies grundsätzlich unzulässig den Geheimwettbewerb gemäß § 1 GWB. Das Konzernprivileg schließt den Kartellrechtsverstoß im Einzelfall aus. Der Typ C-Fall liegt regelmäßig auch parallel vor, wenn ein GU unter einen der Typen A und B fällt.
- xxii. Die **erste kartellrechtliche Prüfung anhand der Falltypen** ergab die folgenden Ergebnisse:

	Typ A	Typ B 1	Typ B 2	Typ B 3	reiner Typ C	Summe Typen A bis C	Typ U	Gesamt
GU-Betreiber-gesell. Anteil in %	57,7%	10,8%	1,5%	1,5%	7,7%	79,2%	20,8%	100,0%
GU-Werke Anteil in %	48,5%	11,6%	2,2%	6,7%	10,1%	79,1%	20,9%	100,0%

- xxiii. Der **G4-Gruppe** lassen sich im Ergebnis 73 % aller GU-Betreibergesellschaften und 75 % aller GU-Werke zuordnen, welche unter mindestens einen der Falltypen A bis C fallen. Davon macht der Typ A mit 55 % aller GU-Betreibergesellschaften und 46 % aller GU-Werke den deutlich größten Anteil aus.
- xxiv. Die in die Falltypen A bis C eingeordneten GU-Betreibergesellschaften und GU-Werke von **Dritten Unternehmen** (ohne G4-Beteiligung) machen 6 % aller GU-Betreibergesellschaften und 4 % aller GU-Werke aus.

- xxv. Die bundesweite **wirtschaftliche Bedeutung** von kartellrechtlich problematischen Unternehmensverflechtungen in Form von GU stellt sich wie folgt dar:

	Alle GU-Werke Typ A bis C	Beteiligte Werke der Gesellschafter im Alleineigentum	Wirtschaftliche Bedeutung GU + Gesellschafterwerke (Typ A bis C) in %
Anteil am Gesamtumsatz	42,87%	26,2%	69,03%
Anteil am Gesamtabsatz	42,11%	25,8%	67,88%

- xxvi. Die Lösung der kartellrechtlich problematischen Verflechtungen soll grundsätzlich durch die Unternehmen selbst geschehen. Der Abschlussbericht enthält Hinweise zum weiteren Vorgehen und zum zeitlichen Ablauf der erforderlichen Maßnahmen.

A. Überblick zur Sektoruntersuchung Walzasphalt

I. Anlass und Verlauf

1. Die 1. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes (im Folgenden: die Beschlussabteilung) hat die Sektoruntersuchung Walzasphalt im Juni 2010 eingeleitet. Anlässlich abgeschlossener Fusionskontrollverfahren hatte sich im Bereich Walzasphalt gezeigt, dass im gesamten Bundesgebiet überproportional viele Gemeinschaftsunternehmen (im Folgenden: GU) anzutreffen sind, an denen jeweils mehrere Wettbewerber beteiligt sind.⁴
2. Die 1. Beschlussabteilung hat den Wettbewerb auf den Märkten für die Herstellung und den Verkauf von Walzasphalt bundesweit untersucht. Gussasphalt und andere Baustoffe - insbesondere Baustoffe des Verkehrswegebbaus - waren hingegen nicht Gegenstand der Untersuchung.
3. Grundlage der Untersuchung ist § 32 e des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)⁵. Danach kann das Bundeskartellamt einen bestimmten Wirtschaftszweig durchleuchten, sofern Umstände darauf hindeuten, dass der Wettbewerb in diesem Sektor in Deutschland eingeschränkt ist. Die Untersuchung richtet sich nicht gegen einzelne Unternehmen, sondern zielt auf die wettbewerbliche Verfassung eines Wirtschaftssektors insgesamt. Das Bundeskartellamt kann auf Grundlage der dazu gewonnenen Informationen und im Rahmen seines Aufgreifermessens Verfahren zur Durchsetzung des Kartellrechts betreffend Verhaltensweisen von einzelnen oder mehreren Unternehmen einleiten. Die Sektoruntersuchung liefert zugleich eine Marktdatengrundlage für zukünftige Fusionskontrollverfahren.
4. Im Rahmen der Sektoruntersuchung wurde unter anderem ermittelt, dass
 - fast zwei von drei der bundesweit erfassten Betreibergesellschaften von Asphaltmischwerken Gemeinschaftsunternehmen sind (133 von 207) und

⁴ BKartA, TB 2009/10, S. 75, Abschnitt 2.1. (um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Veröffentlichungen des BKartA sind grundsätzlich einsehbar unter <http://www.bundeskartellamt.de>).

⁵ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.07.2005 (BGBl. I 2114; 2009 I 3850), zuletzt geändert durch Art. 13 Abs. 21 des Gesetzes v. 25.05.2009 (BGBl. I 1102) - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

- jedes zweite Asphaltmischwerk im Eigentum eines Gemeinschaftsunternehmens steht (271 von 541). Diese Erlöse insgesamt 50 % des jährlichen Gesamtabsatzes und Gesamtumsatzes von Walzasphalt.
5. Die Gesellschafter dieser Gemeinschaftsunternehmen sind häufig selbst auf denselben sachlichen und räumlichen Märkten wie die Gemeinschaftsunternehmen oder in deren Nähe tätig. Es hat sich über Jahrzehnte ein teilweise schwer überschaubares Netzwerk mit Beziehungen und gegenseitigen Abhängigkeiten zwischen an sich unabhängigen Marktteilnehmern gebildet, welches die Anreize zum selbständigen Marktverhalten dämpft und zur Koordinierung über Wettbewerbsbedingungen, -strategien, Preise, sonstige Angebotsparameter und geplante Investitionen führen kann. Darüber hinaus können Marktteilnehmer unter Umständen als Gesellschafter von Gemeinschaftsunternehmen Zugang zu deren strategischen Informationen wie Geschäftsgeheimnissen erlangen. Diese Anreize und Informationsflüsse fördern insbesondere in stabilen bzw. rückläufigen Angebotsmärkten mit homogenen Gütern die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Wettbewerber untereinander.
 6. Die Sektoruntersuchung hat nicht den Schwerpunkt, die Verbreitung klassischer Kartelle wie zum Beispiel geheime Absprachen zwischen Wettbewerbern über die direkte Festsetzung von Preisen oder Absatzquoten sowie Absprachen über die Aufteilung von Märkten und Submissionsabsprachen zu ermitteln. Solche Absprachen sind regelmäßig verbotene Ordnungswidrigkeiten. Missbräuchliche Verhaltensweisen im Sinne der §§ 19 ff. GWB standen ebenfalls nicht im Fokus.
 7. Die Beschlussabteilung hat die Branche während der gesamten Untersuchung eingebunden. Sie hat mit mehreren Auskunftersuchen von insgesamt 46 Walzasphaltherstellern Informationen und Daten angefordert, verarbeitet sowie individuelle Stellungnahmen entgegengenommen und einzelne Auskünfte auf informeller Basis eingeholt. Die Beschlussabteilung hat daneben mehrere Asphaltmischwerke besichtigt. Die Geschäftsgeheimnisse und vergleichbare schutzwürdige Informationen der Marktteilnehmer werden vertraulich behandelt. Wettbewerbslich wichtige Informationen werden im vorliegenden Abschlussbericht in aggregierter Form veröffentlicht.

8. In einer ersten Befragungsrunde wurden förmliche Auskunftsbeschlüsse mit Fragebögen an 13 Marktteilnehmer verschickt. In einer zweiten Befragungsrunde wurden ein Jahr später entsprechende Auskunftsbeschlüsse an 33 weitere Asphalthersteller versandt. Die Fragen bezogen sich im Wesentlichen auf das Jahr 2009 als Referenzjahr.⁶ Die Marktteilnehmer übermittelten eine Absatzmenge von 47,9 Mio. t. Sie stehen mit Blick auf den Gesamtabsatz von ca. 55 Mio. t (2009) gemäß der Statistik des Deutschen Asphaltverbandes e.V. (DAV) zusammen für 87 % der deutschen Walzasphaltproduktion. Mit dem vorliegenden Bericht schließt die Beschlussabteilung die Sektoruntersuchung Walzasphalt ab.

9. Insgesamt wurden 541 Werke in Deutschland erfasst. Der DAV gibt die Gesamtzahl der produzierenden Werke einschließlich der nur zeitweise stillgelegten und nicht vollständig demontierten Werke deutschlandweit mit bis zu 650 im Jahr 2009 an. Diese Zahl ergibt sich aus den bis ins Jahr 2009 summierten Werksmeldungen der sechzehn Bundesländer.⁷ Wesentliche Änderungen sind nach Einschätzung des DAV - mit Ausnahme einiger weiterer endgültig stillgelegter Werke - in den Folgejahren nicht eingetreten. Die von der Sektoruntersuchung erfassten 541 Werke stehen für (mindestens) 83 % der deutschen Werke im Referenzjahr gemäß der DAV-Statistik. Die gemäß der DAV-Statistik 2009 nicht berücksichtigten 17 % der Werke werden nicht von den befragten 46 Herstellern sondern von Privatpersonen, anderen kleinen Betrieben oder im Einzelfall von Straßenbaubetrieben der öffentlichen Hand unterhalten.

II. Wirtschaftlicher Gegenstand der Untersuchung

10. Die Untersuchung konzentriert sich auf die Marktstufe Herstellung und Verkauf von Walzasphalt. Der im Rahmen der Sektoruntersuchung ermittelte deutschlandweite Jahresumsatz im Referenzjahr 2009 beim Verkauf von Walzasphalt betrug ca. 1,9 Mrd. Euro (EUR). Auf dieser Marktstufe sind bundesweit verteilt wenige große sowie zahlreiche mittelständische und kleine Wettbewerber entweder mit eigenen Werken oder mit Beteiligungen an GU vertreten. Die Unternehmen unterscheiden sich nach der Größe, Finanzkraft und dem weiteren Produktportfolio stark voneinander.

⁶ Zur Datengrundlage s. unten Kapitel B. Abschnitt I., Rn. 21.

⁷ Bis zum 31.12.2008 erstellten die Bundesländer im Rahmen der sog. technischen Fremdüberwachung von Asphaltmischwerken Listen sämtlicher Werke in ihren Grenzen. Die aktuell betriebenen, bzw. nicht dauerhaft stillgelegten Werke wurden dabei grundsätzlich halbjährlich überprüft und in die Liste aufgenommen. Mit der Einführung der Euronorm 13108 wurden diese Statistiken mit Ausnahme der „neuen“ Bundesländer (freiwillige Listung) eingestellt.

Einige Anbieter sind vertikal integriert. Sie sind auf den vorgelagerten Märkten für Vorprodukte wie Gesteinskörnungen (Steinbrüche und Aufbereitung des Gesteins) vertreten und verwenden diese in Teilen für die Eigenproduktion von Walzasphalt. Kein Hersteller des Vorproduktes Bitumen ist selbst oder über nennenswerte Beteiligungen im Bereich Walzasphalt vertreten. Häufiger sind die Anbieter von Walzasphalt auf den nachgelagerten Märkten für den Bau von Infrastruktureinrichtungen wie (Fern)Straßen, Autobahnen, Radwegen, im Wasser- und Gleisbau sowie im Brückenbau tätig und nutzen den Walzasphalt auch für die eigene Bautätigkeit.

11. Walzasphalt wird in Mischanlagen aus Gesteinskörnungen unter Zugabe von Bundemitteln, insbesondere von Bitumen hergestellt. Die **Entwicklung der Walzasphaltproduktion** wird wesentlich durch die Nachfrage der öffentlichen Hand geprägt.⁸ Größere private Nachfrager sind Flughäfen und Lebensmitteleinzelhändler (für Parkplätze und Zufahrten). Im Jahr 2009 lag der Gesamtabsatz vergleichsweise höher als im Vorjahr 2008 und in den Folgejahren 2010 und 2011.

12. **Tabelle 1:** Gesamtabsatz Walzasphalt 2008-2011 gemäß DAV

Jahr	Gesamtabsatz DE (in Mio. t)
2008	51
2009	55
2010	45
2011	[>50]

Auszug aus DAV, Asphaltproduktion in Deutschland (Stand April 2011)⁹

13. Walzasphalt wird weit überwiegend für den Bau von Straßen und deren Renovierung verwendet. Das bundesweite Netz der öffentlichen überörtlichen Straßen und

⁸ BKartA, B 1-29/05 - Werhahn/NMW, Rn. 36 (mit historischen Absatzzahlen im Zeitraum 1999 bis 2005).

⁹ Einsehbar unter: <http://www.asphalt.de/site/startseite/aktuelles/asphaltproduktion>. Das Statistische Bundesamt (Destatis) hat für das Jahr 2009 die Produktion von 17,26 Mio. t bituminösem Mischgut einschließlich Walzasphalt und einen Gesamtumsatz von etwa 712 Mio. EUR ermittelt (Produktion des Verarbeitenden Gewerbes sowie des Bergbaus und der Gewinnung von Steinen und Erden, Fachserie 4 Reihe 3.1 - 2010 (einsehbar unter www.destatis.de). Die beiden Werte geben das Marktvolumen für Walzasphalt für die Zwecke der Sektoruntersuchung nicht realistisch wieder. Zum einen wird der Anteil des Produktes Walzasphalt am bituminösen Mischgut nicht näher beziffert. Zum anderen werden Betriebe mit weniger als 20 Mitarbeitern von dieser Statistik nicht erfasst. Die absolute Mehrzahl der Mischwerke sowie eine Vielzahl von Betreibergesellschaften erreichen diese Beschäftigtenzahl nicht.

Gemeindestraßen hat eine Gesamtlänge von etwa 688 Tsd. km.¹⁰ Davon sind geschätzte 98 % vollständig oder überwiegend mit Walzasphalt belegt.¹¹ Der Jahresgesamtumsatz bei Straßenbauleistungen lag 2009 laut Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e.V. und dem Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. bei ca. 11,9 Mrd. EUR.¹² Der von der Beschlussabteilung recherchierte Umsatz bei Walzasphalt macht mit ca. 1,9 Mrd. EUR etwa 16 % des Umsatzes bei Straßenbauleistungen aus.

14. Der Vertrieb von Walzasphalt erfolgt regelmäßig auf regionaler Ebene.¹³ Zahlreiche mittlere und kleinere Anbieter sind dauerhaft in ihren angestammten Marktregionen tätig. Größere Anbieter sind in einer Vielzahl von Bundesländern tätig und bauen ihr Werksnetz nur in Einzelfällen weiter aus. So haben Unternehmen wie Werhahn, STRABAG, EUROVIA und KEMNA zwischen 2008 bis März 2012 zwar einzelne Werke eröffnet oder übernommen. Gleichzeitig haben sie jedoch mehr bestehende Werke endgültig stillgelegt oder Anteile an Betreibergesellschaften (teils untereinander) veräußert.
15. Walzasphalt setzt sich mengenmäßig aus 90 bis 95 % Mineralstoffen (Gesteinskörnungen) und ca. 5 bis 10 % Bitumen als Bindemittel zusammen.¹⁴ Zusätzliche chemische Bitumenbindemittel (wie Wachse) für geringere Verarbeitungstemperaturen und eine längere Transportzeit machen durchschnittlich weniger als 2 % aus. Wertmäßig und ohne Berücksichtigung von Fixkosten entfallen - je nach Art des Asphalts - zwischen 40 bis 60 % auf die Gesteine, ca. 30 bis 50 % auf Bitumen und bis zu 10 % auf weitere Bindemittel.

¹⁰ Lippold (Hrsg.), Der Elsner - Handbuch für Straßen- und Verkehrswesen (2012), S. 119, 136 (Stand 1. Januar 2010). Genauere statistische Angaben liegen nicht vor.

¹¹ Etwa 0,5 % der gesamten öffentlichen Straßen haben Betondecken und ca. 0,6 bis 1,5 % sind mit Gussasphalt beschichtet. Gussasphalt wird regelmäßig nur als oberste Straßendecke aufgetragen. Darunter befinden sich häufig Trag- und Deckschichten (s. unten Rn. 127) aus Walzasphalt.

¹² Zentralverband des Deutschen Baugewerbes, Baumarkt 2010 – Ergebnisse, Entwicklungen, Tendenzen, S. 83; Hauptverband der deutschen Bauindustrie, Aktuelles Zahlenbild Ausgabe 274 (26. Februar 2010). Das Statistische Bundesamt erfasst Betriebe ab 20 Mitarbeitern und kommt auf einen Gesamtumsatz 9,4 Mrd. EUR im Jahr 2009 (Ausgewählte Zahlen für die Bauwirtschaft, Januar 2010, S. 6).

¹³ Siehe unten Kapitel C. Abschnitt I.4., Rn. 131 ff.

¹⁴ Musanke/Rühl/Höber/Mansfeld, Einsatz von Bitumen im Straßenbau, in: Bitumen 2010, S. 285.

16. Durchschnittlich 10 bis 20 % des verbauten Walzasphalts ist recycelter Asphalt, der in neuen oder entsprechend modernisierten Mischanlagen aus einer zweiten Mischtrommel beigefügt wird. Bei einigen hochwertigen Deckschichten wird kein recycelter Asphalt eingesetzt.
17. **Bitumen** wird für den Bereich Walzasphalt hauptsächlich als Nebenprodukt (Derivat) bei der Raffination von Erdöl gewonnen.¹⁵ Die Preise für Bitumen (aus Erdöl) sind in den letzten Jahren erheblich gestiegen.¹⁶ Sie werden in der Regel für eine kurze Lieferdauer verhandelt und unterliegen teilweise erheblichen kurzfristigen Schwankungen. Die größeren Nachfrager bündeln die konzernweite Abnahmemenge regelmäßig. Die Abnahmemenge ist - nach den Ermittlungen im Verfahren Werhahn/NMW - ein wichtiger, jedoch nicht notwendig allein entscheidender Aspekt bei Preisverhandlungen.¹⁷
18. **Mineralstoffe** wie Kies, Sand und gebrochene Natursteine werden nach Angaben des Bundesverbandes Mineralische Rohstoffe e.V. (MIRO) zu über 90 % im Hoch- und Tiefbau einschließlich beim Bau von Straßen verwendet.¹⁸ Für die Asphaltproduktion werden etwa 10 % der inländischen Kies- und Sandproduktion von etwa 239 Mio. t (2010)¹⁹ und 80 % des gebrochenen²⁰ Natursteins von ca. 208 Mio. t (2010)²¹ verwendet. Statistisch genaue Angaben zur Preisentwicklung bei den Mineralstoffen (Gesteinskörnungen) für die Produktion von Walzasphalt in Deutschland liegen nicht vor. Neben der konkreten Marktsituation beeinflussen die Gesteinsart und die Auf-

¹⁵ Daneben gibt es auch natürliche Bitumenvorkommen.

¹⁶ Vgl. Statistisches Bundesamt (Destatis), Preise und Preisindizes für gewerbliche Produkte (Erzeugerpreise) - Fachserie 17 Reihe 2 - Dezember 2011, S. 12, Lfd.-Nr.185.

¹⁷ BKartA, B 1-29/05 – Werhahn/NMW, Rn. 307 f. Die bisherige Praxis zu Preisgleitregelungen beim Endprodukt Walzasphalt fängt kurzfristige Preissteigerungen bei Bitumen häufig nicht auf. Es wird darüber diskutiert, ob die öffentliche Hand in der Zukunft Preisgleitklauseln für Bitumen akzeptieren wird, damit kurzfristige Preissteigerungen nicht ausschließlich von den Asphaltherstellern getragen werden.

¹⁸ Vgl. Bundesverband Mineralische Rohstoffe e. V. (MIRO) unter: <http://www.bv-miro.org/index.php/unsere-industrie/verwendung-von-a-z.html>.

¹⁹ MIRO-Geschäftsbericht 2010/2011, S. 110, Anhang 2: Kies-/Sand-Produktion 1980 bis 2010 (Quelle-Statistisches Bundesamt).

²⁰ Gebrochene Natursteine machen nach Angaben des MIRO - gegenüber ungebrochenen - bei der Walzasphaltherstellung etwa 90 % der Natursteine aus. Industriell hergestellte Gesteinskörnung sind in diesem Bereich von ungeordneter Bedeutung.

²¹ MIRO-Geschäftsbericht 2010/2011, S. 111, Anhang 3: Naturstein-Produktion 1980 bis 2010 (Quelle-Statistisches Bundesamt).

bereitungs- und Qualitätsanforderungen²² für die Walzasphaltproduktion die Verkaufspreise. In der Regel werden Jahreslieferverträge mit Grundkonditionen zu Preisen und geplanter Abnahmemenge geschlossen.

19. Der Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte des Statistischen Bundesamtes zeigt für den durchschnittlichen **Preis von Asphaltmischgut** im Monat April 2009 einen Anstieg von 10,9 % gegenüber dem Vorjahr an.²³ Die Aussagekraft dieses Wertes ist jedoch für die bundesweite Betrachtung aufgrund der wenigen einbezogenen und nicht offengelegten Meldestellen (11) sehr begrenzt.²⁴

20. Die **Verhandlungsmodalitäten und die Vorlaufzeit der Asphaltbestellungen** variieren. Für größere Einbauprojekte werden die Konditionen regelmäßig vorab verhandelt. Für kleinere Abnahmemengen fahren die Kunden häufig beim Werk vor oder bestellen kurzfristig vor Eintreffen des Lkw. Sind die erforderlichen Vorprodukte vorhanden und die Anlagenkapazitäten frei, kann der Walzasphalt innerhalb von 5 bis 20 Minuten abnahmefertig gemischt werden.

²² Härtere Gesteine erfordern einen höheren Aufbereitungsaufwand und die Qualitätsanforderungen von Steinen für die verschiedenen bituminösen Walzasphaltschichten (s. unten Rn. 127) liegen vergleichsweise höher als die für andere Tragschichten ohne Bitumenbindung.

²³ Vgl. auch Kapitel B. Abschnitt VI. zu Durchschnittspreisen, Rn. 94 ff.

²⁴ Statistisches Bundesamt (Destatis), Handbuch zur Methodik – Anlagen, Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte (Inlandsabsatz), April 2009, S. 14 (Meldenummer 239913200). Die Zahl der Meldestellen wurde zwischenzeitlich weiter gesenkt.

B. Marktverhältnisse und Verflechtungen

I. Einleitung

21. In diesem Kapitel werden die Ergebnisse der Marktermittlungen zum Ausmaß der Verflechtungen zwischen den Walzasphaltherstellern dargestellt. Der Stand der Ermittlung gibt die Verhältnisse im abgeschlossenen Jahr 2009 als Referenzjahr wieder.²⁵ Die Beschlussabteilung hat auch die danach eingetretenen Veränderungen bei Beteiligungen und anderen verwendeten Daten bis zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Abschlussberichts erhoben. Die Entscheidungen über Verfahren und deren Durchführung betreffend bestimmte Unternehmen werden im Anschluss an die Sektoruntersuchung auf Grundlage der jeweils aktuellen Verhältnisse erfolgen.²⁶
22. Das Kapitel ist deskriptiver Natur und unmittelbare kartellrechtliche Folgerungen sind in seinem Rahmen zunächst nicht verbunden. Die Darstellung umfasst insbesondere die Beteiligungsstruktur von Werken²⁷ sowie Wirtschaftsdaten wie Absatz²⁸, Umsatz²⁹ und Durchschnittspreise³⁰. Die Angaben beziehen sich jeweils auf die Ebene des Bundesgebietes und die Ebene der teils zusammengefassten Bundesländer.³¹ Der Abschnitt II. des Kapitels beginnt mit einer Betrachtung des Gesamtmarktes. Im Abschnitt III. wird die Marktkonzentration beschrieben. Der Abschnitt IV. führt das Konzept der sog. Marktdurchdringung ein. Die Marktdurchdringung beschreibt insbesondere den Einfluss mehrerer Unternehmen, deren Potenzial aus Beteiligungen an Gemeinschafts-

²⁵ Der Absatz, Umsatz und die Durchschnittspreise gelten für das Gesamtjahr, während sich die Beteiligungsstruktur auf dem Stand vom 31.12.2009 befindet.

²⁶ S. unten Kapitel D. Rn. 244 ff.

²⁷ S. unten Kapitel B. Abschnitt II.1., Rn. 25 ff. und Abschnitt V.1.n Rn.79 ff..

²⁸ S. unten Kapitel B. Abschnitt II.2., Rn. 29 ff., Abschnitt II.3., Rn. 33 ff., Abschnitt III.1., Rn. 37 ff. und Abschnitt V.2., Rn.89 ff.

²⁹ S. unten Kapitel B. Abschnitt II.2., Rn. 29 ff., Abschnitt II.3., Rn. 33 ff., Abschnitt III.1., Rn. 37 ff. und Abschnitt V.3., Rn.92 ff.

³⁰ S. unten Kapitel B. Abschnitt VI.1. bis 5, Rn. 94 ff.

³¹ Die 16 Bundesländer wurden hier zu 12 Einheiten zusammengefasst. Stadtstaaten wie Hamburg (HH), Berlin und Bremen sowie das Saarland wurden mit den sie umgebenden oder angrenzenden Flächenstaaten verbunden. Zahlreiche Werke, die in diese Bundesländer einliefern, liegen im benachbarten Flächenstaat. Die folgenden Gebietseinheiten („Bundesländer“) wurden wie folgt zusammengefasst: das Saarland und Rheinland-Pfalz, Bremen und Niedersachsen, Hamburg und Schleswig-Holstein sowie Berlin und Brandenburg. Die teils anfallenden grenzüberschreitenden Umsätze zwischen den so festgelegten 12 Bundesländern bleiben bei der deskriptiven Darstellung außer Betracht.

unternehmen und eigenen Markttätigkeiten aufgrund ihrer zahlreichen Verflechtungen zusammenzurechnen ist. Die Marktdurchdringung bildet auch die individuelle Bedeutung von Marktteilnehmern ab. Die Darstellung erfolgt im Wesentlichen anhand von erläuterten Tabellen und insbesondere auf der Grundlage von Unternehmensangaben.

23. Im Walzasphaltsektor bestehen zahlreiche Formen von Unternehmensbeteiligungen. Dies sind Beteiligungen mehrerer Marktteilnehmer und alleinige Beteiligungen einzelner Marktteilnehmer an Walzasphaltherstellern. Die aus der Erhebung gewonnenen und aufbereiteten marktbezogenen Daten zu Beteiligungsstruktur und Wirtschaftsdaten lassen sich den Marktteilnehmern in gewissem Umfang zuordnen. Für die Zurechnung solcher Werte auf Unternehmen und Unternehmensgruppen werden an verschiedenen Stellen unterschiedliche Zurechnungskonzepte verwendet: Bei einer unternehmensindividuellen Betrachtung werden den Anteilseignern die Beteiligungen an Gemeinschaftsunternehmen unterhalb von 100 % mit Blick auf den Bezugswert wie den Absatz oder Umsatz anteilig zugerechnet.³² Für die Beschreibung der Marktdurchdringung erfolgt eine volle Zurechnung des Bezugswertes.³³
24. Als Gemeinschaftsunternehmen (GU) werden für die Darstellung Unternehmen bezeichnet, an denen mindestens zwei voneinander unabhängige Unternehmen beteiligt sind.³⁴ GU-Werke sind Werke, die von GU betrieben werden und für die diese Verfügungsrechte wie Eigentumsrechte oder andere Nutzungsrechte aus Miete oder Pacht innehaben.

II. Gesamtmarkt nach Werken, Absatz und Umsatz

1. Anzahl der Werke

25. Die Darstellung des Gesamtmarktes beginnt mit der Anzahl der Werke und GU-Werke im Bundesgebiet und in den Bundesländern.³⁵ Eine Gesamtdarstellung aller einzelnen regionalen Märkte, welche sich je nach Betrachtungsweise im Einzelfall verschieben, ist

³² S. unten Kapitel B. Abschnitt III.1., Rn. 39 f.

³³ S. unten Kapitel B. Abschnitt IV.1.1 Rn. 63 ff.

³⁴ Vgl. im Einzelnen zur Definition in Kapitel C. Abschnitt I.1., Rn. 122 f.

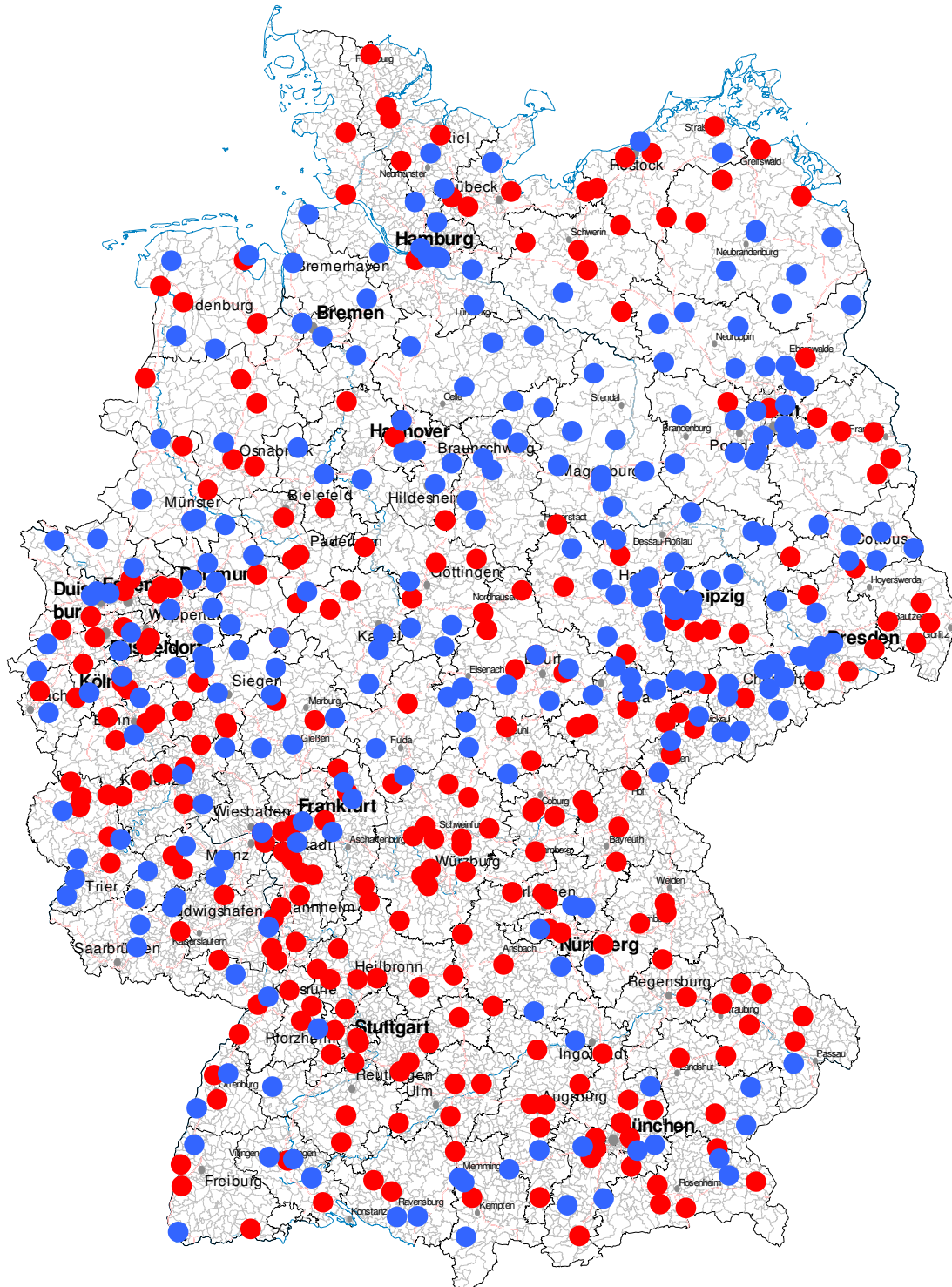
³⁵ Die Reihenfolge der Bundesländer in den folgenden Tabellen orientiert sich ausschließlich an der Anzahl der ermittelten Werke gemäß der Tabelle 2.

nicht Ziel oder Gegenstand der bundesweiten Sektoruntersuchung und des vorliegenden Kapitels. Einzelne regionale Märkte werden zum Beispiel in Verfahren betreffend einzelne GU ermittelt.

26. **Tabelle 2:** Anzahl der Werke

	Anzahl Werke			
	Gesamt		davon GU	
	Anzahl	Anteil in %	Anzahl	Anteil in %
BRD	541	100%	271	50,1%
Aufteilung nach Bundesländern				
Bayern	94	17,4%	70	74,5%
Nordrhein-Westfalen	71	13,1%	32	45,1%
Baden-Württemberg	52	9,6%	39	75,0%
Niedersachsen/Bremen	49	9,1%	16	32,7%
Sachsen	47	8,7%	17	36,2%
Berlin-Brandenburg	44	8,1%	14	31,8%
Rheinland-Pf./Saarland	44	8,1%	23	52,3%
Hessen	34	6,3%	18	52,9%
Thüringen	32	5,9%	12	37,5%
Sachsen-Anhalt	30	5,5%	4	13,3%
Schleswig-Holstein/HH	22	4,1%	12	54,5%
Mecklenburg-Vorp.	22	4,1%	14	63,6%

27. Bundesweit bestehen 541 Werke. Gemeinschaftsunternehmen betreiben bundesweit 271 Werke (GU-Werke) und damit 50,1 % aller erfassten Werke.³⁶ Die folgende **Abbildung 1** (Werksstandorte BRD) gibt diese Verteilung für das Bundesgebiet wieder. Die Werke im Alleineigentum sind **blau** und die GU-Werke sind **rot** markiert.



³⁶ Zu den unterschiedlichen Produktionskapazitäten von Mischwerken siehe unten Kapitel C. Abschnitt I.4., Rn. 131.

28. Die Anteile der GU-Werke in den einzelnen Bundesländern weisen im Gesamtüberblick teils erhebliche Schwankungen auf. In Bayern, Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg stehen die meisten Werke pro Bundesland. Der addierte Anteil dieser drei Bundesländer an sämtlichen Werken beträgt 40 %. Zugleich befinden sich in den drei Bundesländern 52 % aller GU-Werke. In Bayern und Baden-Württemberg beträgt der Anteil der GU-Werke an den Werken pro Bundesland jeweils etwa 75 %, während Nordrhein-Westfalen mit 45 % leicht unter dem bundesweiten Wert von 50,1 % liegt. Die Anteile der GU-Werke der anderen Bundesländer liegen zwischen 63,6 % (in Mecklenburg-Vorpommern) und 13,3 % (in Sachsen-Anhalt). Trotz der festgestellten unterschiedlichen Quoten der GU-Werke ergibt sich im Gesamtüberblick, dass in sechs Bundesländern GU jeweils mehr als 50 % der dortigen Werke betreiben.

2. Absatz und Umsatz der Werke

29. In der folgenden Tabelle werden die Kennzahlen Absatz und Umsatz der Werke einschließlich der GU-Werke angezeigt.

30. **Tabelle 3:** Absatz und Umsatz der Werke

	Absatz				Umsatz			
	Gesamt		davon GU		Gesamt		davon GU	
	in Tsd. t	Anteil in %	in Tsd. t	Anteil in %	in Mio. EUR	Anteil in %	in Mio. EUR	Anteil in %
BRD	47.861	100%	23.925	50,0%	1.912	100%	969	50,7%
Aufteilung nach Bundesländern								
Bayern	8.492	17,7%	5.939	69,9%	284	14,9%	215	75,6%
Nordrhein-Westfalen	7.643	16,0%	3.038	39,8%	293	15,3%	119	40,4%
Baden-Württemberg	4.938	10,3%	3.652	74,0%	199	10,4%	155	77,9%
Niedersachsen/Bremen	5.236	10,9%	2.083	39,8%	242	12,7%	92	37,9%
Sachsen	2.940	6,1%	1.176	40,0%	111	5,8%	43	38,7%
Berlin-Brandenburg	3.159	6,6%	856	27,2%	127	6,6%	35	27,9%
Rheinland-Pf./Saarland	3.710	7,8%	1.764	47,6%	143	7,5%	69	48,7%
Hessen	3.791	7,9%	1.902	50,2%	158	8,3%	79	50,2%
Thüringen	2.702	5,6%	986	36,5%	102	5,3%	41	40,1%
Sachsen-Anhalt	1.546	3,2%	291	18,8%	66	3,4%	13	20,3%
Schleswig-Holstein/HH	2.405	5,0%	1.278	53,2%	130	6,8%	66	50,4%
Mecklenburg-Vorp.	1.297	2,7%	955	73,6%	57	3,0%	41	72,7%

31. Die Ergebnisse zu den Anteilen der GU-Werke gemäß der Tabelle 2 finden ihre Fortsetzung in den Absatz- und Umsatzquoten. Der bundesweite Absatz der erfassten Werke beträgt 47,9 Mio. t. Davon entfallen 50 % auf GU-Werke. Die Anteile von GU am Absatz in den einzelnen Bundesländern weisen im Gesamtüberblick wiederum Schwankungen auf. Bayern, Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg sind die absatzmäßig größten Bundesländer. Sie erreichen zusammengerechnet einen Anteil von 44 % des bundesweiten Absatzes. In Bayern und Baden-Württemberg veräußern die GU 69,9 %, bzw. 74 % des Walzasphalts. In Nordrhein-Westfalen, dem Bundesland mit der zweitgrößten Absatzmenge, setzen die GU 39,8 % der Liefermenge ab. Nordrhein-Westfalen liegt damit innerhalb der Bandbreite der anderen Bundesländer. Diese reicht von 53,2 % (in Schleswig-Holstein/Hamburg) bis 18,8 % (in Sachsen-Anhalt). Mit Ausnahme von Mecklenburg-Vorpommern liegen die Absatzanteile von GU in den anderen östlich gelegenen Bundesländern Sachsen, Thüringen, Berlin/Brandenburg und Sachsen-Anhalt teils deutlich unter dem bundesweiten GU-Anteil von 50 %.³⁷
32. Die Ergebnisse zu den Umsatzanteilen der Bundesländer und der Werke entsprechen den Ergebnissen zum Absatz. Die jeweiligen Anteilsgrößen korrelieren jeweils weitgehend positiv und negativ miteinander.³⁸ So beträgt der GU-Anteil am bundesweiten Absatz 50 % und beim Umsatz 50,7 %. Die Absatz- und Umsatzanteile je Bundesland liegen - bezogen auf ihren Anteil am bundesweiten Absatz und Umsatz - in neun von zwölf Bundesländern innerhalb eines Intervalls von +/- 0,75 % beieinander. Die GU-Anteile beim Umsatz und Absatz je Bundesland liegen in acht von zwölf Bundesländern innerhalb eines Intervalls von +/- 2 %.³⁹ Vor diesem Hintergrund wird von einer weiteren Illustration der Umsatzanteile abgesehen.

³⁷ Diese 4 Bundesländer machen 21,5 % des bundesweiten Absatzes aus.

³⁸ Damit korrelieren die jeweiligen Anteile außerhalb von GU (als Quote: 100 % - GU-Quote) ebenfalls.

³⁹ Das größere Intervall von +/- 2 % bei den GU-Anteilen beruht insbesondere auf Schwankungen in einigen Bundesländern wie zum Beispiel in Bayern (Intervall: 5,7 %), Baden-Württemberg (Intervall: 3,9 %) und Thüringen (Intervall: 3,6 %). Die Schwankungen bei den Bundesländern inner- und außerhalb der Intervalle beruhen insbesondere auf regionalen Preisunterschieden, S. zu den Durchschnittspreisen nach Bundesländern unten Kapitel B. Abschnitt VI.2. f., Rn. 99 ff.

3. Absatz und Umsatz pro Werk

33. Als nächstes richtet sich der Blick auf das Werk als „kleinste operative Einheit“. Angezeigt werden der durchschnittliche bundes- und landesweite Absatz und Umsatz pro Werk.⁴⁰

34. **Tabelle 4:** Absatz und Umsatz pro Werk

	Absatz pro Werk		Umsatz pro Werk	
	alle Werke in Tsd. t	Abweichung in %	alle Werke in Mio. EUR	Abweichung in %
BRD	94,7	—	3,8	—
Aufteilung nach Bundesländern				
Bayern	93,3	-1,5%	3,2	16,0%
Nordrhein-Westfalen	114,1	20,4%	4,4	15,2%
Baden-Württemberg	98,8	4,2%	4,0	4,6%
Niedersachsen/Bremen	113,8	20,1%	5,3	38,4%
Sachsen	70,0	-26,1%	2,6	32,4%
Berlin/Brandenburg	77,0	-18,7%	3,1	18,6%
Rheinland-Pf./Saarland	95,0	0,2%	3,8	-1,4%
Hessen	118,4	25,0%	4,9	30,0%
Thüringen	84,4	-10,9%	3,2	16,0%
Sachsen-Anhalt	64,4	-32,0%	2,7	27,8%
Schleswig-Holstein/HH	114,5	20,8%	6,2	63,3%
Mecklenburg-Vorp.	64,8	-31,6%	2,9	25,0%

35. Der durchschnittliche bundesweite Absatz pro Werk beläuft sich auf etwa 95 Tsd. t.⁴¹ Der durchschnittliche Absatz pro Werk in den Bundesländern unterscheidet sich teilweise deutlich vom Bundesdurchschnitt. Die größte positive Abweichung gibt es in Hessen mit 25 % über dem Bundesdurchschnitt. Dagegen findet sich die größte negative Abweichung in Sachsen-Anhalt und in Mecklenburg-Vorpommern mit jeweils etwa 32 %. Die Abweichungen beim Absatz pro Werk in den Bundesländern beruhen

⁴⁰ Die beiden Durchschnittswerte beinhalten die 505 erfassten Werke, welche im Referenzjahr aktiv waren. Die in diesem Zeitraum inaktiven Werke wurden nicht berücksichtigt. Dies sind Werke, die dauerhaft stillgelegt, bzw. demontiert waren sowie Werke, die erst nach Ablauf des Referenzjahres in Betrieb genommen worden sind.

⁴¹ Die Bandbreite bei den einzelnen Werken reicht von 0,39 bis 262,7 Tsd. t.

insbesondere auf unterschiedlichen Werkskapazitäten⁴², Nutzungsdauern über das Referenzjahr und Werksauslastungen während der Nutzung⁴³.

36. Der durchschnittliche bundesweite jährliche Umsatz pro Werk beträgt 3,8 Mio. Euro.⁴⁴ Die landesweiten Umsätze pro Werk weichen ebenfalls teils deutlich vom Bundesdurchschnitt ab. Während beispielsweise der entsprechende Umsatz in Schleswig-Holstein um 63,3 % höher ausfällt, liegen die Umsätze pro Werk in Sachsen oder Sachsen-Anhalt 32,4 %, bzw. 27,8 % unter dem Bundesdurchschnitt. Die Abweichungen beim Umsatz pro Werk in den Bundesländern beruhen insbesondere auf regionalen Preisunterschieden⁴⁵.

III. Marktkonzentration

37. In diesem Abschnitt werden die beiden wesentlichen Ermittlungsergebnisse zur Marktkonzentration vorgestellt: Erstens gibt es im Bereich Walzasphalt vier große Unternehmen, die jeweils deutlich größer sind als die zahlreichen übrigen Marktteilnehmer und die im Folgenden als **G4-Unternehmen** bezeichnet werden.⁴⁶ Zweitens können diese G4-Unternehmen insbesondere wegen ihrer zahlreichen Verbindungen untereinander als eine Gruppe, die **G4-Gruppe**, verstanden werden. Die Gruppenbildung geht mit einer gemeinsamen Darstellung ihrer Tätigkeiten im Bereich Walzasphalt einher.⁴⁷

1. Auswahl der vier großen Unternehmen

38. Die vier Unternehmen Werhahn, STRABAG, EUROVIA (VINCI⁴⁸) und KEMNA wurden auf der Grundlage ihrer bundesweiten konzernweiten Marktanteile nach Absatz und Umsatz im Bereich Walzasphalt ausgewählt. Ihre Kennzahlen wurden mit Blick auf die

⁴² S. dazu Kapitel C. Abschnitt I.4., Rn. 131 (Durchschnittswerk).

⁴³ S. dazu Kapitel C. Abschnitt I.3. Rn. 129 (saisonale Schwankungen in Halbjahren).

⁴⁴ Innerhalb einer Bandbreite von 0,1 Mio. EUR bis 15,7 Mio. EUR für einzelne Werke.

⁴⁵ Diese beruhen auf regional unterschiedlichen Preisen von Vorprodukten wie Gesteinskörnungen, s. dazu Kapitel B. Abschnitt VI.1., Rn. 98.

⁴⁶ S. sogleich Kapitel B. Abschnitt III. 1.

⁴⁷ S. unten Kapitel B. Abschnitt III. 2, Rn. 52 ff.

⁴⁸ Die EUROVIA Industries GmbH ist die in Deutschland operativ tätige Tochtergesellschaft der VINCI S.A. Für die weitere Darstellung wird lediglich die Bezeichnung EUROVIA verwendet.

absolute Größe im gesamten Bundesgebiet betrachtet und die relative Größe gegenüber den anderen Marktteilnehmern verglichen.

39. In der nächsten Tabelle wird für den Unternehmensvergleich die folgende Zurechnungsregel verwendet: Werke, bei denen eines der genannten Unternehmen das Alleineigentum an der Betreibergesellschaft (100 %-Beteiligung) hält, werden diesem voll zugerechnet. Jede Beteiligung an einem Werk, bei dem kein Alleineigentum an der Betreibergesellschaft besteht, wird den Unternehmen in der Höhe der jeweiligen Beteiligung **anteilig** zugerechnet.⁴⁹

40. **Tabelle 5:** Bundesweiter Absatz und Umsatz bei Walzasphalt (gerundet)

Unternehmen	Absatz in Mio. t	Marktanteil Absatz in %	Umsatz in Mio. EUR	Marktanteil Umsatz in %
G4-Unternehmen				
Werhahn	14,7	31 %	616	32 %
STRABAG	6,8	14 %	270	14 %
EUROVIA	3,7	8 %	153	8 %
KEMNA	2,5	5,2 %	120	6 %
G4 Gesamt	27,7	58 %	1.159	60,6 %
Dritte Unternehmen⁵⁰				
MHI	1,3	3 %	53	2,8 %
Wegener	1	2 %	39	2,1 %
Papenburg	0,6	1,2 %	25	1,3 %
Weiss	0,6	1,2 %	25	1,3 %
Debus	0,6	1,2 %	24	2,1 %
Matthäi	0,5	1,1 %	22	1,9 %
42 Dritte Gesamt⁵¹	20,1	42 %	753	39,4 %
Dritte (Durchschnitt)	0,5	1 %	18	1 %
Gesamt	47,8	100 %	1.912	100 %

⁴⁹ Dies führt tendenziell zu einer Unterschätzung der Marktstellung, da z.B. auch eine bestehende Mehrheitsbeteiligung von 51 % nur anteilmäßig zugerechnet wird. In den Abschnitten IV. und V. des Kapitels B. wird beim Konzept der Marktdurchdringung daher eine andere Zurechnungsmethode gewählt, s. unten Rn. 63 ff. und 79 ff.

⁵⁰ Im Folgenden: MHI Mitteldeutsche Hartstein Industrie AG, Hermann Wegener GmbH & Co. KG, GP Günter Papenburg AG, Leonhard Weiss GmbH & Co. KG, Arno Debus GmbH & Co. KG, Rudolf Matthäi GmbH & Co. KG.

⁵¹ MHI, Wegener, Papenburg, Weiss, Debus, Matthäi und 36 Andere Unternehmen.

41. Aus der vorangegangenen Tabelle ergibt sich, dass die Unternehmen Werhahn, STRABAG, EUROVIA und KEMNA neben ihrer absoluten Größe beim Absatz, Umsatz und den Marktanteilen auch bei nur anteilmäßiger Zurechnung deutlich größer sind als die nachfolgenden Dritten Unternehmen.
42. Darüber hinaus unterscheiden sich die einzelnen G4-Unternehmen von Dritten Unternehmen hinsichtlich der Gesamtzahl der Werksbeteiligungen und der Anteile von GU-Werken und GU-Betreibergesellschaften. Zunächst werden die Ergebnisse für die einzelnen G4-Unternehmen angezeigt.⁵² Anschließend erfolgt der Vergleich der G4-Unternehmen mit den Unternehmen MHI und Wegener⁵³ und durchschnittlichen Dritten Unternehmen anhand weiterer Kriterien.⁵⁴

1.1. Werhahn

43. Mehr als jedes zweite Werk wird unter Beteiligung von Werhahn betrieben. Werhahn ist als absatz- und umsatzstärkstes Unternehmen an 49 % aller Betreibergesellschaften beteiligt.⁵⁵ Diese führen insgesamt 56 % aller Werke.⁵⁶ Werhahn hält Beteiligungen an 97 GU-Betreibergesellschaften mit 218 GU-Werken. Damit liegt der Anteil der gemeinschaftlich betriebenen GU-Werke an den 301 Werhahn-Werksbeteiligungen bei 73 %. Die 218 GU-Werke mit Werhahn-Beteiligung stellen zugleich einen Anteil von 80 % an allen 271 GU-Werken dar. Werhahn verfügt darüber hinaus über das Alleineigentum an fünf Betreibergesellschaften mit weiteren 83 Werken. Eine Besonderheit ist die Tochtergesellschaft Deutag GmbH & Co. KG als bundesweit größte Betreibergesellschaft mit allein 60 Werken und zahlreichen weiteren GU-Beteiligungen.

1.2. STRABAG

44. Der STRABAG-Konzern ist an ungefähr jedem dritten Werk beteiligt. STRABAG ist als absatz- und umsatzmäßig zweitgrößtes Unternehmen an 20 % der Betreibergesell-

⁵² S. unten Rn. 43 ff.

⁵³ Kapitel B. Abschnitt III.1.5., Rn. 47 ff.

⁵⁴ Kapitel B. Abschnitt III.1.6., Rn. 50 f.

⁵⁵ 102 von 207 Betreibergesellschaften.

⁵⁶ 301 von 541 Werken.

schaften beteiligt. Diese führen insgesamt 30 % aller Werke.⁵⁷ 50 GU-Betreibergesellschaften mit STRABAG-Beteiligungen kommen auf 120 GU-Werke. Die 120 GU-Werke machen 74 % der insgesamt 162 Werke mit STRABAG-Beteiligung aus. Die 120 GU-Werke mit STRABAG-Beteiligung stehen für einen Anteil von 44 % an allen 271 GU-Werken. STRABAG hält außerdem das Alleineigentum an drei Betreibergesellschaften mit insgesamt 42 Werken.

1.3. EUROVIA

45. Ungefähr jedes sechste Werk wird von einer EUROVIA-Beteiligung erfasst. EUROVIA ist als absatz- und umsatzmäßig drittgrößtes Unternehmen an 17 % aller Betreibergesellschaften beteiligt.⁵⁸ Diesen unterstehen insgesamt auch 17 % aller Werke.⁵⁹ EUROVIA ist Gesellschafter von 32 GU-Betreibergesellschaften mit 69 GU-Werken. Dies führt bei 93 EUROVIA-Werksbeteiligungen zu einem GU-Werksanteil von 74 %. Diese GU-Werke stehen für 25 % sämtlicher 271 GU-Werke. EUROVIA besitzt zudem vier konzerneigene Betreibergesellschaften mit 24 Werken.

1.4. KEMNA

46. Ungefähr jedes elfte Werk wird unter Beteiligung von KEMNA betrieben. KEMNA ist als absatz- und umsatzmäßig viertgrößtes Unternehmen an 6 % aller Betreibergesellschaften beteiligt.⁶⁰ Diese führen insgesamt 8 % aller Werke.⁶¹ 12 GU-Betreibergesellschaften mit KEMNA als Gesellschafter unterhalten 33 GU-Werke. Dies macht einen GU-Werksanteil von 77 % bei 43 KEMNA-Werksbeteiligungen aus. Die 33 GU-Werke stehen für 12 % sämtlicher 271 GU-Werke. Die einzige Betreibergesellschaft im Alleineigentum von KEMNA verfügt über weitere 10 Werke.

⁵⁷ 162 von 541 Werken.

⁵⁸ 36 von 207 Betreibergesellschaften.

⁵⁹ 93 von 541 Werken.

⁶⁰ 13 von 207 Betreibergesellschaften.

⁶¹ 43 von 541 Werken.

1.5. Vergleich der G4-Unternehmen mit den Unternehmen MHI und Wegener

47. KEMNA wurde als viertes großes Unternehmen eingeordnet. Der relative und absolute Abstand zwischen KEMNA und der nachfolgenden MHI beim **Absatz**⁶² und beim **Umsatz**⁶³ liegt deutlich über den entsprechenden Abständen zwischen MHI und dem nachfolgenden Unternehmen Wegener.⁶⁴ Die Abstände von Werhahn, STRABAG und EUROVIA gegenüber MHI und Wegener sind noch größer.⁶⁵
48. MHI und Wegener verfügen mit insgesamt 20, bzw. 11 **Werksbeteiligungen** (selbst zusammen) über weniger Werksbeteiligungen als KEMNA mit 43. MHI und Wegener liegen mit GU-Anteilen bei Werken mit 45 %⁶⁶ und 9 %⁶⁷ deutlich hinter KEMNA mit 77 % und den Unternehmen Werhahn, STRABAG und EUROVIA.
49. Auch die **Ausbreitung in den 12** zusammengefassten⁶⁸ **Bundesländern** zeigt erhebliche Unterschiede zwischen den einzelnen G4-Unternehmen und MHI und Wegener. Werhahn, STRABAG und EUROVIA haben unmittelbare oder mittelbare Werksbeteiligungen in allen 12 und KEMNA in 8 Bundesländern⁶⁹. Letztere 8 Bundesländer decken im Wesentlichen die gesamte nördliche Hälfte Deutschlands ab. MHI und Wegener sind mit Beteiligungen in jeweils 5 Bundesländern vertreten. Beide konzentrieren sich auf jeweils kleinere regionale Korridore.⁷⁰

⁶² 2,469 Mio. t im Vergleich zu 1,315 Mio. t.

⁶³ 119,61 Mio. EUR im Vergleich zu 53,13 Mio. EUR.

⁶⁴ Beim Absatz standen 1,315 Mio. t von MHI im Vergleich zu 0,969 Mio. t von Wegener und beim Umsatz 53,13 Mio. EUR von MHI im Vergleich zu 38,53 Mio. EUR von Wegener.

⁶⁵ Die absolute Größe der Unternehmen und die jeweiligen Konzernumsätze in anderen Bereichen, wie Vorprodukten für die Herstellung von Walzasphalt, die nachgelagerte Verwendung von Walzasphalt im Straßenbau sowie Umsätze in sonstigen Märkten bleiben dabei unberücksichtigt. Die VINCI S.A. erzielte als Muttergesellschaft von EUROVIA im Jahr 2009 einen Gesamtumsatz von ca. 31,9 Mrd. EUR. Im besonderen Fall der viertgrößten KEMNA lagen die Konzernumsätze 2009 mit ca. 306 Mio. EUR unter denen einzelner Dritter Unternehmen wie Johann Bunte Bauunternehmung GmbH & Co.KG (ca. 500 Mio. EUR), Matthäi (ca. 386 Mio. EUR) und Papenburg (ca. 528 Mio. EUR). Diese Dritten Unternehmen erzielten große Anteile ihres Konzernumsatzes außerhalb des Walzasphaltsektors.

⁶⁶ 9 GU-Werke von 20 Werken.

⁶⁷ 1 GU-Werk von 11 Werken.

⁶⁸ S. oben Fn. 31.

⁶⁹ KEMNA hält Beteiligungen in Schleswig-Holstein/Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen/Bremen, Sachsen-Anhalt, Sachsen, Berlin/Brandenburg, Thüringen und Nordrhein-Westfalen.

⁷⁰ MHI ist in NRW, Hessen, Sachsen-Anhalt, Thüringen, Bayern vertreten und Wegener in Bayern, Hessen, Niedersachsen-Bremen, Berlin-Brandenburg und Sachsen-Anhalt.

1.6. Vergleich der G4-Unternehmen mit Dritten Unternehmen

50. Die durchschnittlichen **bundesweiten Marktanteile** von Dritten Unternehmen beim Absatz- und Umsatz liegen mit jeweils etwa 1 %⁷¹ deutlich hinter denen von KEMNA⁷² und den drei anderen G4-Unternehmen.⁷³ Auch mit Blick auf **Werksbeteiligungen** bestehen deutliche Unterschiede zwischen Dritten Unternehmen gegenüber den G4-Unternehmen. Die Dritten Unternehmen unterhalten zum Beispiel regelmäßig lediglich eine Betreibergesellschaft in Alleineigentum mit durchschnittlich 2,6 Werken.⁷⁴ Dies entspricht einem Anteil von jeweils etwa 1 % an sämtlichen Werken im Alleineigentum.⁷⁵ Dritte Unternehmen halten daneben GU-Beteiligungen häufig in Form von Minderheitsbeteiligungen. Dies soll unter anderem zusätzliche sichere Abnahme- und Lieferbeziehungen für ihre anderen Geschäftsbereiche gewährleisten. Die bundesweite Bedeutung dieser einzelnen GU-Beteiligungen ist jedoch ebenfalls gering.
51. Die durchschnittliche **Ausbreitung** der Dritten Unternehmen **in den Bundesländern** beschränkt sich im Gegensatz zu den G4-Unternehmen praktisch immer auf höchstens drei Bundesländer und ist damit regional geprägt.

2. Die Gruppe der G4-Unternehmen

52. Ein weiterer Schwerpunkt der Sektoruntersuchung lag in der Untersuchung der **gesellschaftsrechtlichen Beziehungen der G4-Unternehmen untereinander**, welche regelmäßig im Rahmen von GU-Betreibergesellschaften bestehen. Ein Teilergebnis der Untersuchung ist, dass die einzelnen G4-Unternehmen Werhahn, STRABAG, EUROVIA und KEMNA mit Blick auf die bundesweiten Verflechtungen auch zu einer G4-Gruppe zusammenzufassen sind. Die Gruppenbildung führt zu einer zusammengefassten Darstellung von Beteiligungen und Absatzergebnissen der G4-Unternehmen. Im folgenden Abschnitt wird die Bildung der G4-Gruppe erläutert. Die G4-Gruppe ist auch ein Baustein für das Konzept der Marktdurchdringung, welches im Abschnitt IV. (unten) vorgestellt wird.

⁷¹ S. oben Kapitel B. Abschnitt III.1., Rn. 40 (Tabelle 5).

⁷² 5 % vom Absatz und 6 % vom Umsatz.

⁷³ S. Fn. 71.

⁷⁴ 42 Unternehmen halten 111 Werke, s. unten Kapitel B. Abschnitt V.1., Rn. 80 (Tabelle 7).

⁷⁵ 2,6 von bundesweit 270 Werken im Alleineigentum.

2.1. Erwägungen und Kriterien für die Bildung der G4-Gruppe

53. Dem Begriff der G4-Gruppe liegt ein besonders hohes Maß von tatsächlichen gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen zwischen den einzelnen G4-Unternehmen zugrunde. Diese bundesweiten Verflechtungen bestehen mit Blick auf die Werke, den Absatz und den Umsatz. Dem Begriff der G4-Gruppe liegt mit Blick auf die deskriptive Natur der Darstellung kein vorgefundenes rechtliches Konzept zugrunde. Er bezieht sich im Wesentlichen auf die gesellschaftsrechtlichen **Beziehungen der G4-Unternehmen untereinander** (dazu sogleich). Die G4-Unternehmen weisen gleichmäßig die meisten und wirtschaftlich bedeutsamsten Verbindungen auf. Vor diesem Hintergrund spielen die relativen Größenunterschiede zwischen den einzelnen G4-Unternehmen untereinander für die Zusammenfassung als G4-Gruppe keine Rolle.⁷⁶ Gleichzeitig verfügen die einzelnen G4-Unternehmen über die intensivsten Verbindungen mit Dritten Unternehmen.⁷⁷

2.1.1. Verbindungen der G4-Unternehmen untereinander

54. Wie bereits dargestellt, halten die G4-Unternehmen ca. 30 % aller Werke im Alleineigentum.⁷⁸ Darüber hinaus sind zwei oder drei Unternehmen aus der G4-Gruppe **bundesweit** gleichzeitig an weiteren 29 % aller Werke beteiligt.⁷⁹ Ihr Anteil am Absatz (28,5 %) und Umsatz (29,4 %) entspricht damit in etwa dem Werksanteil.

⁷⁶ Für die Feststellung der Wettbewerbsverhältnisse in einem möglichen marktbeherrschenden Oligopol gemäß § 19 Abs. 3 S. 2 GWB ist die Symmetrie der beteiligten Unternehmen hinsichtlich der Produktpalette, der verwendeten Technologie und der Kostenstruktur ein relevanter Gesichtspunkt im Rahmen der Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände (vgl. aus der Fusionskontrolle z.B. BGH, Beschluss v. 11.11.2008, KVR 60/07, Rn. 39 zitiert nach juris). Die G4-Gruppe ist jedoch nicht automatisch mit dem Rechtsbegriff des Oligopols gemäß § 19 Abs. 3 S. 2 GWB gleichzusetzen oder darunter zu subsumieren. Letzteres scheidet u.a. deswegen aus, da die G4-Gruppe sich aus bundesweiten Erhebungen ergibt und die Oligopolprüfung sich grundsätzlich auf einen räumlich enger abgegrenzten Markt beziehen würde (s. dazu Kapitel C. Abschnitt I.4. Rn. 131).

⁷⁷ S. unten Kapitel B. Abschnitt III. 2.1.2. und 2.1.3., Rn. 57 f.

⁷⁸ Insg. 159 von 541 Werken (Zusammenfassung aus Kapitel B. Abschnitt III. 1.1. bis 1.4., Rn. 43 ff.), vereinzelt bestehen zwischen zwei G4-Unternehmen auch sog. Ergebnisbeteiligungsverträge für Werke im Alleineigentum eines G4-Unternehmens. Der Eigentümer verpflichtet sich darin, einen bestimmten Anteil am Ergebnis des einzelnen Werks an den Vertragspartner abzuführen.

⁷⁹ 156 von 541 Werken. Zusätzlich halten Dritte Unternehmen daneben häufiger Minderheitsanteile an solchen GU-Betreibergesellschaften.

55. **Jedes G4-Unternehmen ist mit jedem anderen G4-Unternehmen an mehreren GU-Betreibergesellschaften und somit an GU-Werken beteiligt.** Im Einzelnen sind drei der G4-Unternehmen nebeneinander bei 38 GU-Werken vertreten. Darüber hinaus verfügen jeweils zwei der G4-Unternehmen über weitere 118 GU-Werke. Die G4-Unternehmen halten zusammen bei 76 % der 156 gemeinsamen GU-Werke⁸⁰ die absolute Mehrheit der Anteile.⁸¹ Die kumulierten Beteiligungen bei 21 % der weiteren GU-Werke⁸² liegen jeweils zwischen 25 % und 45 % der Anteile.⁸³
56. Die G4-Unternehmen betreiben in sechs **Bundesländern**⁸⁴ mit wechselnder Beteiligung von zwei oder drei G4-Unternehmen die jeweils nach Absatz und Umsatz größten Betreibergesellschaften als GU. Sie sind in diesen Bundesländern gleichzeitig über Betreibergesellschaften im Alleineigentum tätig und halten teilweise Beteiligungen an weiteren GU mit anderen G4-Unternehmen. In den anderen 6 Bundesländern sind Betreibergesellschaften im Alleineigentum von G4-Unternehmen zwar die größten Marktteilnehmer. Dort sind die G4-Unternehmen jedoch regelmäßig an GU mit anderen G4-Unternehmen beteiligt.

2.1.2. Verbindungen der G4-Unternehmen mit Dritten Unternehmen

57. Die **einzelnen G4-Unternehmen** sind darüber hinaus **gemeinsam mit Dritten** mittelbare Anteilseigner bei 16,6 % aller Werke im Bundesgebiet.⁸⁵ Sie halten in über 50 % dieser Fälle Mehrheitsbeteiligungen und in 40 % Anteile zwischen 20 % und 45 %.⁸⁶

2.1.3. Die Verbindungen zwischen Dritten Unternehmen im Vergleich

58. Sämtliche Dritte Unternehmen sind zwar über das gesamte Bundesgebiet verteilt, gleichwohl sind die einzelnen Dritten Unternehmen aber in der Regel nur regional

⁸⁰ 119 von 156 Werken.

⁸¹ In der Regel und unabhängig von der Gesellschaftsform sind jedem einzelnen Gesellschaftsanteil an einer Betreibergesellschaft proportionale Stimmrechte zugeordnet.

⁸² 32 von 156 Werken.

⁸³ Die übrigen 3 % der kumulierten Beteiligungen lagen unter 25 %.

⁸⁴ Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein/Hamburg.

⁸⁵ 90 von 541 Werken.

⁸⁶ Die übrigen Anteile entfallen auf Beteiligungen unter 20 %. S. zu den Beziehungen der G4-Gruppe zu Dritten und zur Marktdurchdringung im Einzelnen unten Kapitel B. Abschnitt V., Rn. 59 ff. (66).

beschränkt tätig. Sie weisen untereinander nicht solch enge Verflechtungen auf wie die G4-Unternehmen untereinander und bilden daher keine vergleichbare Gruppe. Dritte Unternehmen sind in einigen Fällen mit anderen Dritten Unternehmen im Rahmen von bis zu drei GU-Betreibergesellschaften ohne G4-Beteiligung verbunden. Diese einzelnen Verbindungen stehen jedoch - im Unterschied zu den Verbindungen der G4-Unternehmen untereinander - regelmäßig nicht in einer wechselseitigen Beziehung: Das heißt, ein Gesellschafter einer ersten GU-Betreibergesellschaft ist nicht notwendig mit weiteren Dritten Unternehmen an anderen GU-Betreibergesellschaften beteiligt und die Gesellschafter anderer GU-Betreibergesellschaften sind nicht mit einem anderen Gesellschafter der ersten GU-Betreibergesellschaft verbunden. Zudem halten zum Beispiel Dritte Unternehmen mit GU-Beteiligungen in Süddeutschland regelmäßig keine entsprechenden Beteiligungen mit Sitz in Norddeutschland und umgekehrt.

IV. Das Konzept der Marktdurchdringung

1. Grundlagen

59. Zu Beginn der Sektoruntersuchung lagen der Beschlussabteilung nur Hinweise auf zahlreiche Verflechtungen⁸⁷ zwischen Walzasphalt-Herstellern vor. Insbesondere größere Hersteller sind - über das gesamte Bundesgebiet verteilt - verbunden. Dabei kommt den GU-Betreibergesellschaften und den dazugehörigen Werken eine besondere Bedeutung für die Verflechtungen zu. Beide bildeten einen Schwerpunkt der Sektoruntersuchung.
60. Das für die Zwecke der Sektoruntersuchung entwickelte **Konzept der Marktdurchdringung** umfasst sämtliche Beteiligungen auf der Werksebene sowie den damit verbundenen Absatz und Umsatz. Es beschreibt für die Zwecke der Sektoruntersuchung den Umfang der bundes- und landesweiten Verflechtungen zwischen Unternehmen im Bereich Walzasphalt. Das Konzept der Marktdurchdringung stellt gleichzeitig dar, auf welche Werksanteile sowie Absatz- und Umsatzanteile Marktteilnehmer einen gewissen Einfluss bei der Markttätigkeit und Planung der Werke ausüben können. Es kann bei der Kartellrechtsanwendung für die im Einzelfall vorzunehmende Gesamtbetrachtung des Marktkontextes herangezogen werden. Die Marktdurchdringung lässt sich für einzelne Unternehmen und mehrere Unternehmen

⁸⁷ S. Kapitel A. Abschnitt I., Rn. 1 und Kapitel C. Abschnitt I., Rn. 116.

gemeinsam darstellen. Der Einfluss läuft über die Betreibergesellschaften, die entweder im Alleineigentum einzelner oder mehrerer Unternehmen stehen oder er ergibt sich aufgrund geringerer stimmberechtigter⁸⁸ Beteiligungen. Mit der Stellung als Gesellschafter gehen zudem grundsätzlich Informationsrechte und -möglichkeiten über die Geschäfte der Betreibergesellschaften einher.⁸⁹ Die **Beteiligungsstruktur** ist der Zwischenschritt für die abschließende Berechnung der Marktdurchdringung der G4-Gruppe. Die Marktdurchdringung ergibt sich aus dem Anteil der der G4-Gruppe zuzuordnenden Menge am bundes- oder landesweiten Gesamtwert. Die Anwendung des Konzepts im folgenden Abschnitt V. beschränkt sich wegen deren herausragender bundes- und landesweiter Bedeutung auf die Mitglieder der G4-Gruppe.⁹⁰

61. Im Walzasphaltsektor finden sich im Einzelfall bis zu 6 Ebenen mit Zwischengesellschaften⁹¹ unterhalb einer Konzernobergesellschaft und oberhalb der Beteiligungsgesellschaft.⁹² Die Beteiligungshöhen der Anteilseigner bei diesen Zwischengesellschaften entsprechen nicht notwendig der Beteiligungshöhe an der Betreibergesellschaft. Eine vollständige und gleichzeitig nachvollziehbare Berücksichtigung und übersichtliche Abbildung aller Zwischengesellschaften für die bundesweit 207 erfassten Betreibergesellschaften ist nicht möglich. Vor diesem Hintergrund werden für die Darstellung der Werksebene die unmittelbar und mittelbar gehaltenen gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen an den Betreibergesellschaften betrachtet.

⁸⁸ In der Regel sind bei den erfassten Betreibergesellschaften jedem einzelnen Gesellschaftsanteil proportionale Stimmrechte zugeordnet (vgl. allgemein auch die gesetzliche „Normalregelung“ des § 47 Abs. 2 GmbHG für die GmbH, diese Verteilung entspricht auch der bei Kommanditgesellschaften sowie Offenen Handelsgesellschaften verbreiteten Praxis (Baumbach/Hopt, HGB, § 119, Rn.12, 14).

⁸⁹ Vgl. unten Kapitel C. Abschnitt II.5., Rn. 194 ff.

⁹⁰ S. oben Kapitel B. Abschnitt III., Rn. 37 ff. Dabei wird der Begriff der G4-Gruppe als ein Baustein verwendet. Eine bundes- und landesweite Abbildung der Marktdurchdringung der 42 Dritten Unternehmen ist zudem aufgrund deren regional begrenzten Verbreitung wenig aussagekräftig.

⁹¹ Diese sind teilweise selbst operativ tätig im Bereich Walzasphalt oder auf anderen Märkten und teilweise reine Beteiligungsgesellschaften.

⁹² Die Betreibergesellschaft ist durch ihre möglichen eigenen Beteiligungen an anderen Betreibergesellschaften sowie durch die Beteiligung ihrer eigenen Gesellschafter an ihr selbst eine Beteiligungsgesellschaft. Die Begriffe Betreibergesellschaft und Beteiligungsgesellschaft werden im Folgenden weitgehend synonym verwendet. Die Betreiber- und Beteiligungsgesellschaften fallen grundsätzlich selbst als Unternehmen unter das Kartellrecht. Sie können gleichzeitig als Tochtergesellschaften einer größeren (Konzern-) Struktur angehören und Teil eines großen Unternehmens sein. Auch GU-Beteiligungsgesellschaften mit Werken (sog. GU-Beteiligungsgesellschaften) sind regelmäßig - neben ihren eigenen Anteilseignern - Adressaten des Kartellrechts (s. unten Kapitel C. Abschnitt I.1., Rn. 122. f.).

62. Die Wahl der Werke als „kleinste operative Einheit“ anstelle der Betreibergesellschaften erklärt sich mit der durchgehend höchst unterschiedlichen Verteilung der Werke pro Betreibergesellschaft. Betreibergesellschaften können im Einzelfall 1 Werk oder bis zu 60 Werke halten. Die Anzahl der einem (Konzern)Unternehmen zuzurechnenden Betreibergesellschaften sagt wenig über die werksbezogene Betrachtung oder absatz- und umsatzmäßige Bedeutung des Unternehmens aus. So kann ein Unternehmen mit einer Betreibergesellschaft und deren 50 Werken wirtschaftlich bedeutsamer sein als ein Unternehmen mit 5 Betreibergesellschaften, welche jeweils 5 Werke unterhalten.⁹³

1.1. Zurechnung von Beteiligungen

63. Für sämtliche (einzelnen) gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen der G4-Unternehmen, das heißt für 100 %-Beteiligungen sowie sonstige Gesellschaftsbeteiligungen eines oder mehrerer G4-Unternehmen erfolgt eine volle Zurechnung der Werke, des Absatzes und des Umsatzes. Die Gesamtsumme beschreibt die Marktdurchdringung der G4-Gruppe.
64. Dem Konzept der Marktdurchdringung liegt kein strenges rechtliches Konzept der „Zurechnung“ oder „Zusammenrechnung“ mit Anwendungsvoraussetzungen wie beispielsweise beim Zusammenschlussbegriff gemäß § 37 Abs. 1 GWB, bei der Verbundklausel § 36 Abs. 2 GWB⁹⁴ oder bei der Verschmelzung von zwei oder mehr Gesellschaften (durch Aufnahme oder Neugründung) gemäß §§ 2 ff. Umwandlungsgesetz zugrunde. Die volle Zurechnung erfolgt bei der Darstellung der Marktdurchdringung ohne qualitative oder quantitative Schwelle für die jeweilige gesellschaftsrechtliche Anteilshöhe und ohne sonstige zusätzliche Anwendungsvoraussetzungen. Weitere oder zusätzliche Einflussmöglichkeiten aufgrund von Konzernverträgen⁹⁵, Managementverträgen⁹⁶, Geschäftsführungs- oder

⁹³ Die Gesamtheit der Betreibergesellschaften hält durchschnittlich 2,6 Werke (207 Betreibergesellschaften mit 541 Werken). Regionale (oder größerflächige) Muster mit einheitlichen oder ähnlichen Werkzahlen pro Betreibergesellschaft sind nicht erkennbar. Auch bei einer unternehmensindividuellen Betrachtung ergeben sich keine entsprechenden Muster mit Blick auf die Werke. Für die Kartellrechtsanwendung lässt sich ergänzen, dass die einer Betreibergesellschaft rechtlich zuzurechnenden Werke nicht immer auf dem räumlich abgegrenzten (Regional)Markt liegen (s. dazu Kapitel C. Abschnitt I.4., Rn. 131 ff.).

⁹⁴ Dazu sogleich unter Abschnitt IV.1.2.

⁹⁵ Konzernverträge zwischen den Gesellschaftern und den GU-Betreibergesellschaften sind im Bereich Walzasphalt praktisch nicht anzutreffen. Etwas anderes kann für die im Alleineigentum stehenden Betreibergesellschaften gelten. In bestimmten Fällen wird der Alleineigner zusätzlich

Vertriebsverträgen, Vorleistungen oder die Eigenschaft als größter Abnehmer können im Einzelfall die Einflussmöglichkeiten erhöhen⁹⁷. Diese wurden jedoch an dieser Stelle aus Gründen der Handhabbarkeit nicht berücksichtigt.

65. Die Zurechnung von sonstigen Gesellschaftsbeteiligungen eines oder mehrerer G4-Unternehmen umfasst auch die Werke vollständig, welche von Dritten Unternehmen mit Mehrheitsbeteiligungen an der GU-Betreibergesellschaft beherrscht werden und die Werke, bei denen die Dritten oder die G4-Unternehmen keine gemeinsamen kontrollierenden Mehrheitsbeteiligungen halten.⁹⁸ Die Beteiligungen der betroffenen Dritten gehen insoweit in der Marktdurchdringung der G4-Gruppe auf.
66. Die vollständige Zurechnung sämtlicher Beteiligungen erfolgt vor dem Hintergrund der tatsächlichen Beteiligungsstrukturen von GU, welche der G4-Gruppe und ihren Mitgliedern regelmäßig Einfluss verschaffen.
67. Für GU-Betreibergesellschaften und deren Werke mit zwei oder drei Mitgliedern der G4-Gruppe (G4-Unternehmen) wurde bereits beschrieben, dass die G4-Unternehmen bei 76 % dieser Werke jeweils die absolute Mehrheit der Anteile halten. Die **kumulierten** Beteiligungen der G4-Unternehmen bei weiteren 21 % der GU mit mehrfacher Beteiligung von G4-Unternehmen sind mit Beteiligungen von regelmäßig zwischen 25 % und 45 % der Anteile erheblich.⁹⁹ Daneben besitzen die **einzelnen** G4-Unternehmen an GU mit Dritten¹⁰⁰ in mehr als 50 % der Fälle Mehrheitsbeteiligungen und weitere 40 % als Anteile zwischen 20 % und 45 %. Die GU-Minderheitsbeteiligungen der einzelnen G4-Unternehmen unterhalb von 20 % und ohne Beteiligung weiterer G4-Unternehmen kommen praktisch nicht vor.

einen Konzernvertrag abschließen. Dies ändert die Bewertung zur Marktdurchdringung jedoch nicht.

⁹⁶ In einzelnen Fällen ist vertraglich vereinbart, dass ein Anteilseigner einzelne oder mehrere Leistungen wie zum Beispiel die Buchführung oder den Betrieb des GU-Werks gegen Entgelt erbringt.

⁹⁷ S. unten Kapitel C. Abschnitt II.1., Rn. 152.

⁹⁸ Ein Beispiel dafür sind Werke einer Betreibergesellschaft, an der ein G4-Unternehmen und zwei Dritte Unternehmen jeweils 1/3 der Anteil halten.

⁹⁹ S. oben Kapitel B. Abschnitt III.2.1.1., Rn. 55.

¹⁰⁰ Das betrifft mit 90 von 541 zusätzlich 17 % aller Werke im Bundesgebiet.

68. Hält ein Unternehmen tatsächlich 20 % oder mehr Anteile an einer Betreibergesellschaft, ist damit regelmäßig ein gewisser Einfluss auf das Marktverhalten dieser Beteiligungsgesellschaft einschließlich der Werke verbunden.
69. **Tabelle 6:** Anteil der Beteiligungen ≥ 20 % bei G4-Beteiligungen (ohne Alleineigentum)

Unternehmen	Beteiligungen ≥ 20 %	Gesamtzahl Beteiligungen (ohne 100%)	Quote für Beteiligungen ≥ 20 %
Werhahn	192	218	88 %
STRABAG	94	120	78 %
EUROVIA	47	69	68 %
KEMNA	31	33	94 %
Gesamt G4	364	440	83 %¹⁰¹

70. Der Einfluss der G4-Gruppe neben deren Mehrheitsbeteiligungen lässt sich ergänzend auch für **gleichzeitige GU-Beteiligungen zweier oder mehr G4-Unternehmen** ab einer Höhe von jeweils 20 % pro G4-Unternehmen abbilden. Die G4-Gruppe hat allein mit solchen kumulierten Beteiligungen erheblichen Einfluss auf 43 % aller GU-Werke¹⁰².

1.2. Andere Zurechnungskonzepte

71. Die Marktdurchdringung beschreibt, wie unter Rn. 60 ff. dargestellt, die Einflussmöglichkeiten einzelner G4-Unternehmen und der G4-Gruppe aufgrund der Verflechtungen und der Betreibergesellschaften im Alleineigentum. Sie erfasst sowohl Werke im Alleineigentum als auch Minderheitsbeteiligungen.
72. Die entsprechende Anwendung der **Verbundklausel** des § 36 Abs. 2 GWB, des kontrollbezogenen **Zusammenschlussbegriffs** gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB und des Zusammenschlussbegriffs in der Form des (gemeinsamen) wettbewerblich erheblichen Einflusses gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB scheidet im Rahmen der Marktdurchdringung aus mehreren Gründen aus. Erstens handelt es sich bei der Marktdurchdringung um ein eigenes Analysekonzept im Rahmen des deskriptiven Teils B dieses

¹⁰¹ Inklusive Beteiligungen von mehr als einem G4-Unternehmen (Mitglied der G4-Gruppe) am GU.

¹⁰² 116 von 271 GU-Werken.

Abschlussberichts.¹⁰³ Zweitens kann allein aus Praktikabilitätsgründen die Verbundklausel und der kontrollbezogene Zusammenschlussbegriff für die Analyse der Verflechtungen zwischen den G4-Unternehmen nicht zugrundegelegt werden. Denn eine eindeutige Zuordnung wäre nur möglich, wenn in jedem Einzelfall nicht nur die Beteiligungshöhe sondern auch die individuellen gesellschaftsrechtlichen und faktischen Einflussmöglichkeiten bewertet werden könnten. Dies ist aber allein aufgrund der Vielzahl der betroffenen Betreibergesellschaften und der sich z. T über sechs Ebenen erstreckenden Beteiligungsgeflechte nicht praktikabel. Insoweit bietet eine rein beteiligungsbezogene Beurteilung nur einen ersten Anhaltspunkt für eine Einschätzung des wettbewerblichen Gewichts der G4-Gruppe. Allein unter der Voraussetzung, dass - außer den 100 % Gesellschaften - zumindest auch Mehrheitsbeteiligungen und 50 %-Beteiligungen durch die entsprechenden Anteilseigner beherrscht werden, würde auf die G4-Unternehmen ein gemeinsamer absatzbezogener Marktanteil von 54 % fallen. Allerdings sind Unternehmen der G4-Gruppe mit weiteren Minderheitsbeteiligungen an Betreibergesellschaften beteiligt, die für weitere 26,5 % des bundesweiten Absatzes stehen. Für eine realistische Darstellung des wettbewerblichen Einflusspotenzials der G4-Unternehmen kann dieser Anteil nicht unberücksichtigt bleiben (siehe hierzu auch unter Rn. 61).

73. Drittens wäre die Bildung der G4-Gruppe unter der Verbundklausel und dem kontrollbezogenen Zusammenschlussbegriff nicht möglich und der hohe Grad der mittelbaren Verflechtungen zwischen deren Mitgliedern bliebe unberücksichtigt. Das gilt auch für den Zusammenschlussbegriff des (gemeinsamen) wettbewerblich erheblichen Einflusses. Diese drei rechtlichen Begriffe erfassen grundsätzlich nur eindimensionale Weisungs- und Einflussmöglichkeiten, das heißt zum Beispiel, die Kontrollmöglichkeiten einer oder mehrerer Unternehmen gegenüber einem anderen Unternehmen. Das Konzept der Marktdurchdringung und die G4-Gruppe als Baustein der Marktdurchdringung beschreiben dagegen die wechselseitigen Verflechtungen zwischen den G4-Unternehmen einschließlich der Gemeinschaftsunternehmen und deren Werken. Desweiteren behandelt die Sektoruntersuchung nicht die Frage, ob die festgestellten Verflechtungen zwischen Unternehmen, insbesondere den Anteilseignern an GU, bei Anwendung der Verbundklausel zu einer wirtschaftlichen Einheit im Sinne des Unternehmensbegriffs führen. Es geht vielmehr darum, die Verflechtungen

¹⁰³ Eine analoge Anwendung im rechtlichen Sinne scheidet bereits deswegen aus, weil das Konzept der Marktdurchdringung nicht rechtlicher Natur ist, auch wenn die Verbindungen auf gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen beruhen.

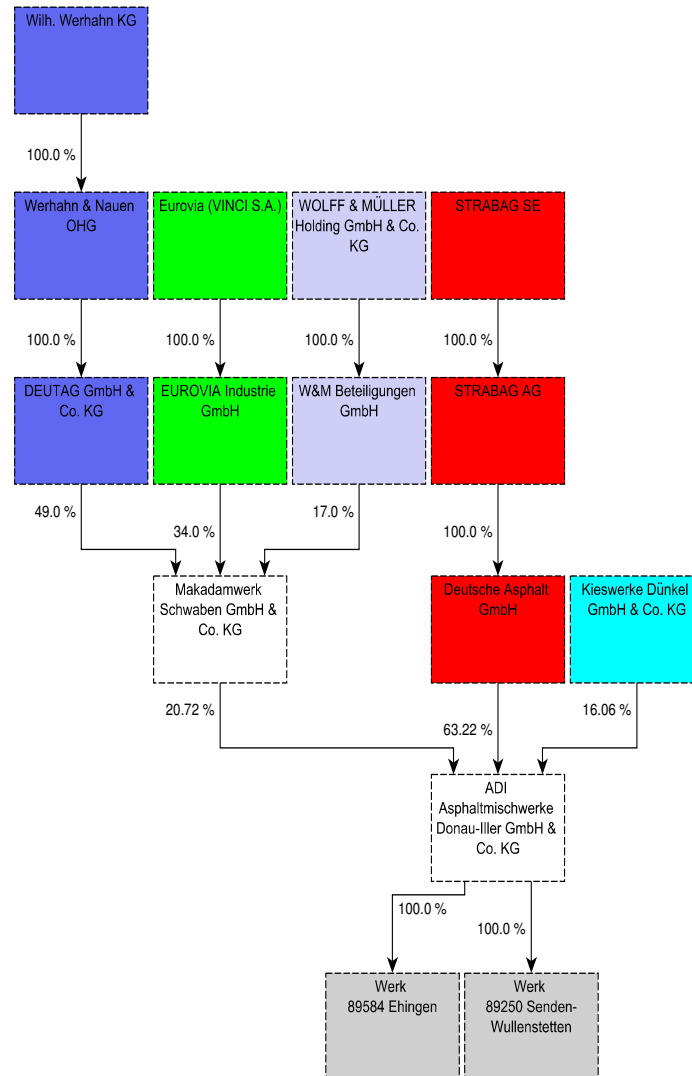
zwischen Unternehmen zu beschreiben und anschließend insbesondere die Gemeinschaftsunternehmen als Vereinbarungen im Sinne des § 1 GWB zu prüfen.

V. *Beteiligungsstruktur und Marktdurchdringung*

74. In diesem Abschnitt wird eine unternehmens- und marktstrukturbezogene Betrachtung der Beteiligungsstruktur und der Marktdurchdringung vorgenommen. Die Tabellen 7-9 geben einen Überblick zur werks-, absatz- und umsatzbezogenen Beteiligungsstruktur. Letztere betrifft die einzelnen G4-Unternehmen, die G4-Gruppe und Dritte Unternehmen.¹⁰⁴ Die Darstellung unterscheidet grundsätzlich zwischen Werken im Alleineigentum und von verschiedenen Typen von GU und GU-Werken.
75. Die **G4-GU (3er)** sind GU unter Beteiligung von drei G4-Unternehmen, an denen teilweise auch Dritte Unternehmen Gesellschaftsanteile halten. Die folgende Abbildung 2 zeigt zur Einführung und aus Gründen der Übersichtlichkeit ein eher selten anzutreffendes Beispiel für ein G4-GU mit einer wenig komplexen Beteiligungsstruktur.

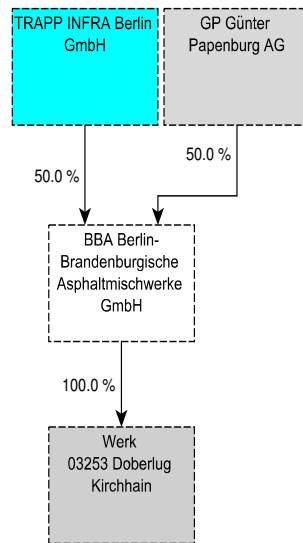
¹⁰⁴ Die Dritten werden teils individuell dargestellt und teils zusammengefasst.

76. **Abbildung 2:** Verflechtungsgraph ADI Asphaltmischwerke Donau-Iller GmbH & Co. KG



77. Die **G4-GU (2er)** sind GU mit Beteiligungen von 2 G4-Unternehmen, gegebenenfalls zusammen mit Dritten. Die **G4-GU (1er)** haben ein G4-Unternehmen als Gesellschafter und mindestens einen weiteren Dritten Gesellschafter. Bei **GU zwischen Dritten** (GU zw. Dritten) sind G4-Unternehmen gar nicht beteiligt. In der nächsten Abbildung 3 findet sich ein regelmäßig vorzufindendes Beispiel für GU zwischen Dritten mit einer wenig komplexen Beteiligungsstruktur.

78. **Abbildung 3:** Verflechtungsgraph BBA Berlin-Brandenburgische Asphaltmischwerke GmbH



1. **Beteiligungsstruktur und Marktdurchdringung nach Werken**

79. Die Anwendung des Marktdurchdringungskonzepts beginnt mit der Betrachtung der Anzahl der Walzasphaltmischwerke.

80. **Tabelle 7:** Beteiligungsstruktur und Marktdurchdringung nach Anzahl der Werke

	Anzahl Werke	G4-Werke			Marktdurchdringung G4 in %	Werke Dritter	
		im Alleineigentum	G4-GU (3-/2er)	G4-GU (1er)		im Alleineigentum	GU zw. Dritten
BRD	541	159	156	90	74,9%	111	25
Bayern	94	0	60	5	69,1%	24	5
Nordrhein-Westfalen	71	29	14	16	83,1%	10	2
Baden-Württemberg	52	5	22	15	80,8%	8	2
Niedersachsen/Bremen	49	24	6	10	81,6%	9	0
Sachsen	47	15	7	10	68,1%	15	0
Berlin/Brandenburg	44	23	5	7	79,5%	7	2
Rheinland-Pf./Saarland	44	12	2	20	77,3%	9	1
Hessen	34	6	10	2	52,9%	10	6
Thüringen	32	11	7	3	65,6%	9	2
Sachsen-Anhalt	30	18	2	1	70,0%	8	1
Schleswig-Holstein/HH	22	9	11	0	90,9%	1	1
Mecklenburg-Vorp.	22	7	10	1	81,8%	1	3

1.1. Beteiligungsstruktur nach Werken

81. **Bundesweit** stehen 270 **Werke im Alleineigentum**. Davon betreibt die G4-Gruppe 58,8 %¹⁰⁵ und 42 Dritte Unternehmen kommen auf insgesamt 41,2 %.¹⁰⁶ Die gemeinsame Darstellung der Dritten Unternehmen erfolgt an dieser Stelle aus Gründen der Übersichtlichkeit. Sie bilden mangels hinreichender Verflechtungen¹⁰⁷ bei der bundes- und landesweiten Betrachtung keine Gruppe.¹⁰⁸ Der geringe Grad der Verbindungen zwischen Dritten Unternehmen zeigt sich im Übrigen auch bei den **GU-Werken**. Bundesweit gibt es 271 GU-Werke. Die G4-Gruppe kommt auf einen Anteil von 90,8 %.¹⁰⁹ Ohne Beteiligung von G4-Mitgliedern halten Dritte Unternehmen lediglich 9,2 % der GU-Werke. Mit Blick auf den bundesweiten Werksbestand unterhält die G4-Gruppe mit 60,7 % mehr als die Hälfte aller ihr in der Marktdurchdringung zuzurechnenden Werke im Rahmen von GU.
82. Die **Beteiligungsstrukturen in den Bundesländern** weisen Unterschiede und teilweise Besonderheiten auf. In jedem Bundesland - mit Ausnahme von Bayern - verfügen Mitglieder der G4-Gruppe über **Werke im Alleineigentum**. In Bayern sind jedoch zwei G4-Unternehmen nebeneinander an GU-Werken beteiligt, welche einen Anteil von 64 % aller bayerischen Werke ausmachen. Beide G4-Unternehmen sind daneben nicht mit weiteren nennenswerten Mehrheitsbeteiligungen und insbesondere nicht mit Werken im Alleineigentum vertreten. In jedem Bundesland verfügt die G4-Gruppe über 2¹¹⁰ bis zu 60¹¹¹ **GU-Werke** mit Beteiligung mehrerer G4-Mitglieder.
83. Im Bereich Thüringen, südliches Sachsen und in Franken ist eine GU-Betreiber-gesellschaft aus einem mittelständischen (kontrollierenden) Unternehmen und zwei G4-Unternehmen tätig, die über zahlreiche eigene Werke und GU-Beteiligungen mit einem großen Werksbestand verfügt.

¹⁰⁵ 159 von 270 Werken im Alleineigentum.

¹⁰⁶ 111 von 270 Werken im Alleineigentum.

¹⁰⁷ S. oben Kapitel B. Abschnitt III. 2.1.3. Rn. 58.

¹⁰⁸ Entsprechendes gilt für die Beteiligungsstruktur und Marktdurchdringung nach Absatz und Umsatz in Kapitel B. Abschnitt II. f., Rn. 89 ff. und 92 ff.

¹⁰⁹ 246 von 271 GU-Werken. Davon sind zwei oder mehr G4-Mitglieder gleichzeitig an 156 GU-Werken beteiligt.

¹¹⁰ In Rheinland-Pfalz/Saarland und Sachsen-Anhalt.

¹¹¹ In Bayern.

84. Der Großraum Stuttgart wird bis kurz vor Würzburg stark von einigen konglomerativen GU-Betreibergesellschaften mit im Wesentlichen gleicher participationsstruktur geprägt. Zwei bis drei G4-Unternehmen und eine Reihe bedeutender Dritter Unternehmen sind jeweils minderheitsbeteiligt.
85. Südlich von Bonn bis kurz vor Trier ist kein G4-Unternehmen mit Werken im Alleineigentum vertreten. Ein G4-Unternehmen ist über mehrere nicht zusammenhängende GU-Beteiligungen gemeinsam mit Dritten Unternehmen im Markt tätig.
86. Im nördlichen Rheinland und im Ruhrgebiet sind alle vier G4-Unternehmen mit Werken im Alleineigentum sowie mit GU-Beteiligungen in fast allen bilateralen participationskonstellationen von zwei G4-Unternehmen zu finden.
87. In den Bundesländern Schleswig-Holstein und Mecklenburg befinden sich entlang eines Korridors an der Ostsee mehrere GU-Betreibergesellschaften mit jeweils paritätischen participations von G4-Unternehmen. Südlich von Hamburg bis nach Hannover gibt es weit überwiegend Werke im Alleineigentum eines G4-Unternehmens.

1.2. Marktdurchdringung nach Werken

88. Die G4-Gruppe verfügt über eine **bundesweite Marktdurchdringung nach Werken** von 74,9 %. In den **einzelnen Bundesländern** liegt die Marktdurchdringung zwischen 52,9 % in Hessen und 90,9 % in Schleswig-Holstein/Hamburg.¹¹²

2. participationsstruktur und Marktdurchdringung nach Absatz

89. Die Ergebnisse zur participationsstruktur und Marktdurchdringung der G4-Gruppe nach Werken finden ihre Fortsetzung bei einer absatzbezogenen Perspektive.¹¹³ Die Absatzzahlen vermitteln, wie die Umsatzzahlen, einen Eindruck zur objektiven wirtschaftlichen Bedeutung der GU und der G4-Gruppe im Walzasphaltsektor.

¹¹² In 75 % der Fälle liegt die Marktdurchdringung eines Bundeslandes innerhalb eines Intervalls von +/- 8,29 % des Bundesdurchschnitts.

¹¹³ Der Gesamtabsatz und -umsatz umfasst jeweils den konzerninternen Absatz und Umsatz sowie den Absatz und Umsatz mit Dritten.

90. **Tabelle 8:** Beteiligungsstruktur und Marktdurchdringung nach Absatz

	Absatz Werke in Tsd. t	G4-Werke			Marktdurchdringung G4 in %	Werke Dritter	
		im Alleineigentum in %	G4-GU (3-/2er) in %	G4-GU (1er) in %		im Alleineigentum in %	GU zw. Dritten in %
BRD	47.861	27,3%	28,5%	16,4%	72,3%	22,7%	5%
Bayern	8.492	0%	56,5%	5,7%	62,2%	30,1%	7,8%
Nordrhein-Westfalen	7.643	42,8%	17,7%	18,8%	79,3%	17,4%	3,3%
Baden-Württemberg	4.938	10,3%	44,6%	25,4%	80,4%	15,7%	3,9%
Niedersachsen/Bremen	5.237	42,2%	10,5%	29,3%	81,9%	18,1%	0%
Sachsen	2.94	23,1%	16,1%	23,9%	63,1%	36,9%	0%
Berlin/Brandenburg	3.159	50,5%	12,2%	9,8%	72,4%	22,3%	5,3%
Rheinland-Pf./Saarland	3.710	25,1%	5,3%	39,8%	70,4%	27,3%	2,4%
Hessen	3.791	22,1%	30,5%	6,2%	58,7%	27,7%	13,5%
Thüringen	2.702	29,3%	20,5%	9,5%	59,3%	34,2%	6,5%
Sachsen-Anhalt	1.546	60,6%	8,1%	8,3%	77,1%	20,6%	2,3%
Schleswig-Holstein/HH	2.045	42,6%	45,1%	0%	87,7%	4,3%	8,0%
Mecklenburg-Vorp.	1.297	22,5%	60,6%	4,4%	87,5%	3,9%	8,7%

2.1. Beteiligungsstruktur nach Absatz

91. Der **bundesweite Absatz** beläuft sich auf 47,9 Mio. t. Der Anteil der G4-Gruppe daran beträgt 72,3 %. Die G4-Gruppe erzielt mit **Werken im Alleineigentum** 27,3 % und mit ihren **GU** etwa weitere 45 % des bundesweiten Absatzes¹¹⁴. Dritte Unternehmen veräußern - ohne Beteiligung von Mitgliedern der G4-Gruppe - bundesweit insgesamt 22,7 % alleine und zusammen mit anderen Dritten weitere 5% am Gesamtabsatz bei.

2.2. Marktdurchdringung nach Absatz

92. Die G4-Gruppe kommt auf eine **bundesweite Marktdurchdringung nach Absatz** von 72,3 %. Werhahn hat eine individuelle bundesweite Marktdurchdringung von 53,1 %. STRABAG kommt auf 28,6 %, während EUROVIA 17,9 % und KEMNA 8,9 %

¹¹⁴ Dies sind zugleich 88,8 % des bundesweiten Absatzes von sämtlichen GU.

erreichen.¹¹⁵ In den **einzelnen Bundesländern** liegt die Marktdurchdringung der G4-Gruppe zwischen 58,7 % in Hessen und 87,5 % in Schleswig-Holstein/Hamburg und erreicht damit jeweils mehr als die Hälfte des landesweiten Gesamtabsatzes.¹¹⁶

3. Beteiligungsstruktur und Marktdurchdringung nach Umsatz

93. Die Beteiligungsstruktur und Marktdurchdringung beim Umsatz korreliert weit gehend mit derjenigen beim Absatz. Aus diesem Grund wird nur die einschlägige Tabelle 9 abgebildet.

94. **Tabelle 9:** Beteiligungsstruktur und Marktdurchdringung nach Umsatz

	Umsatz Werke	G4-Werke			Marktdurch- dringung G4 in %	Werke Dritter	
		im Alleinei- gentum in %	G4-GU (3-/2er) in %	G4-GU (1er) in %		im Alleinei- gentum in %	GU zw. Dritten in %
BRD	1.912	29,5%	29,4%	16,6%	75,5%	19,8%	4,7%
Bayern	284	0%	62,9%	6,8%	69,7%	24,4%	5,8%
Nordrhein-Westfalen	293	42,9%	18,2%	19,0%	80,0%	16,7%	3,3%
Baden-Württemberg	199	9,3%	48,5%	25,2%	83,0%	12,8%	4,2%
Niedersachsen/Bremen	242	45,4%	11,1%	26,7%	83,3%	16,7%	0%
Sachsen	111	25,2%	15,4%	23,3%	63,8%	36,2%	0%
Berlin/Brandenburg	127	51,5%	12,4%	9,7%	73,7%	20,6%	5,8%
Rheinland-Pf./Saarland	143	26,6%	6,0%	40,4%	73,0%	24,6%	2,3%
Hessen	158	22,7%	31,0%	6,8%	60,5%	27,1%	12,4%
Thüringen	102	31,8%	21,8%	11,0%	64,6%	28,2%	7,3%
Sachsen-Anhalt	66	57,7%	8,1%	10,1%	75,9%	21,9%	2,2%
Schleswig-Holstein/HH	130	45,6%	43,0%	0%	88,6%	4,1%	7,4%
Mecklenburg-Vorp.	57	23,1%	57,4%	5,4%	86,0%	4,2%	9,8%

¹¹⁵ Die Summe der unternehmensindividuellen Absatzquoten beträgt hier wegen der teilweise mehrfachen Berücksichtigung von GU-Werken bei Beteiligung mehrerer G4-Unternehmen 108,5 % statt 72,3 % (der G4-Gruppe).

¹¹⁶ In 50 % der Fälle liegt die Marktdurchdringung des Bundeslandes innerhalb eines Intervalls von +/- 8,93 % des Bundesdurchschnitts.

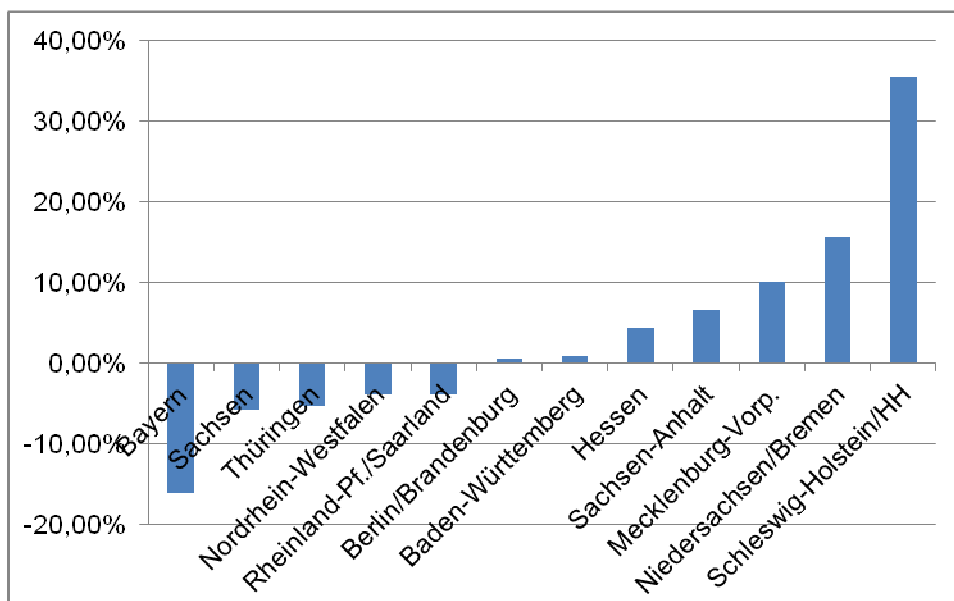
VI. Durchschnittspreise

95. Im diesem Abschnitt werden die Durchschnittspreise nach Bundesländern¹¹⁷ und Werkstypen¹¹⁸ angezeigt und erläutert.¹¹⁹ Die Zusammenfassung greift einige Besonderheiten zu den Durchschnittspreisen pro Tonne auf.

1. Regionale Preisunterschiede

96. Der **bundesweite Durchschnittspreis** im Jahr 2009 beträgt 39,96 EUR/t.¹²⁰ Die folgende Abbildung stellt die bereits angesprochenen regionalen Preisunterschiede vor.¹²¹

97. **Abbildung 4:** Abweichungen zum bundesweiten Durchschnittspreis in den Bundesländern



¹¹⁷ S. sogleich im Abschnitt VI.1.

¹¹⁸ S. oben Kapitel B. Abschnitt V., Rn. 75 ff.

¹¹⁹ Der Gesamtumsatz und die Gesamtabsatzmenge wurden als Grundlage der Berechnung für einzelne oder mehrere zusammengehörige Werk ermittelt.

¹²⁰ Der Durchschnittspreis beinhaltet die 505 erfassten Werke, welche im Referenzjahr aktiv waren. Die in diesem Zeitraum inaktiven Werke sind nicht berücksichtigt. Dies sind Werke, die dauerhaft stillgelegt, bzw. demontiert waren sowie Werke, die nach Ablauf des Referenzjahres in Betrieb genommen worden sind.

¹²¹ S. oben Fn. 39.

98. Die **südlich gelegenen Bundesländer** wie Bayern, Sachsen, Thüringen, Rheinland-Pfalz/Saarland, Baden-Württemberg und die **zentraler gelegenen Bundesländer** wie Nordrhein-Westfalen, Hessen, Berlin/Brandenburg und Sachsen-Anhalt weisen im Wesentlichen geringere Durchschnittspreise auf als die **nördlich gelegenen** Schleswig-Holstein/Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern und Niedersachsen/Bremen. Die abgebildeten Preisunterschiede beruhen zum Teil auf höheren Transportkosten für Vorprodukte wie Gesteinskörnungen bzw. den Preisunterschieden der unterschiedlich verfügbaren Vorprodukte.¹²² Südlich einer Linie Berlin-Hannover-Nordhorn liegen Steinbrüche der Lieferanten in der Regel nicht allzu weit von Asphaltmischwerken entfernt.¹²³ Die Gesteinskörnungen werden in den nördlicheren Bundesländern per Schiff¹²⁴ aus Ländern wie Norwegen, Großbritannien¹²⁵ oder auf längeren Fahrstecken per LKW und Bahn aus der Mitte Deutschlands angeliefert.

2. Durchschnittspreise der Werke im Alleineigentum

99. Die Betrachtung nach Werkstypen beginnt im Folgenden mit den Durchschnittspreisen von Werken im Alleineigentum.

¹²² Erhebliche Preisschwankungen beim Vorprodukt Bitumen wurden für die drei Gebiete nicht ermittelt.

¹²³ Die Statistik des MIRO e.V. weist für ihre Verbandsmitglieder für Schleswig-Holstein/Hamburg in den Jahren 2009 und 2010 z.B. keine Natursteinproduktion als eine Grundlage der Gesteinskörnungen (Vorprodukt) für Walzasphalt aus (MIRO-Geschäftsbericht 2010/2011, S. 117, Anhang 9: Natursteinproduktion 2010/2009 in den Bundesländern).

¹²⁴ Großfrachter mit 30 bis 60 Tsd. Kubikmeter Tonnage.

¹²⁵ Vgl. Anhang 11: Import und Export von gebrochenem Naturstein, MIRO-Geschäftsbericht 2010/2011, S. 119.

100. **Tabelle 10:** Durchschnittspreise von Werken im Alleineigentum

	Durchschnitts- preis	Werke im Alleineigentum	
		von G4	von Dritten
	in EUR/t	in EUR/t	in EUR/t
BRD	39,96	43,17	34,93
Bayern	33,48	—	27,20
Nordrhein-Westfalen	38,39	38,47	36,71
Baden-Württemberg	40,28	36,43	32,74
Niedersachsen/Bremen	46,23	49,79	42,85
Sachsen	37,60	40,89	36,87
Berlin/Brandenburg	40,19	41,03	37,05
Rheinland-Pf./Saarland	38,41	40,77	34,59
Hessen	41,73	42,80	40,75
Thüringen	37,84	41,06	31,14
Sachsen-Anhalt	42,60	40,56	45,43
Schleswig-Holstein/HH	54,19	58,00	[48-53]
Mecklenburg-Vorp.	44,00	45,19	[46-51]

101. Der Durchschnittspreis von Werken im Alleineigentum von G4-Unternehmen übersteigt den **bundesweiten Durchschnittspreis** 39,96 EUR um 8 %. Werke im Alleineigentum Dritter Unternehmen sind dagegen 12,6 % niedriger als der Gesamtdurchschnittspreis. In 8 von 12 **Bundesländern** sind die Durchschnittspreise der Werke Dritter günstiger als der Landesdurchschnitt und die Durchschnittspreise der G4-Werke.¹²⁶ Im Ergebnis gilt das Gleiche für Bayern. Dort befinden sich keine Werke im Alleineigentum der G4-Unternehmen. Jedoch liegen sämtliche GU mit G4-Beteiligung über dem landesweiten Durchschnittspreis und über dem Durchschnittspreis von Werken im Alleineigentum Dritter Unternehmen.

¹²⁶ In Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen-Bremen, Sachsen, Berlin-Brandenburg, Rheinland-Pfalz/Saarland, Hessen, Thüringen und Schleswig-Holstein/Hamburg.

3. Durchschnittspreise der GU-Werke

102. Die Tabelle mit den Durchschnittspreisen von GU-Werken ergibt folgendes Bild.

103. **Tabelle 11:** Durchschnittspreise der GU-Werke

	Durchschnittspreis	GU-Werke			
		G4-GU (3-er)	G4-GU (2-er)	G4-GU (1-er)	GU zw. Dritten
	in EUR/t	in EUR/t	in EUR/t	in EUR/t	in EUR/t
BRD	39,96	43,25	40,43	40,29	37,14
Bayern	33,48	42,72	37,17	40,18	25,13
Nordrhein-Westfalen	38,39	37,69	40,68	38,83	37,95
Baden-Württemberg	40,28	43,87	43,54	39,91	43,21
Niedersachsen/Bremen	46,23	46,60	53,39	42,12	—
Sachsen	37,60	—	35,91	36,68	—
Berlin/Brandenburg	40,19	42,18	34,22	40,03	43,71
Rheinland-Pf./Saarland	38,41	—	43,78	38,95	[33-38]
Hessen	41,73	—	42,48	46,06	38,35
Thüringen	37,84	40,89	39,90	43,51	42,43
Sachsen-Anhalt	42,60	45,75	40,69	[48-53]	[36-41]
Schleswig-Holstein/HH	54,19	58,21	50,89	—	[46-51]
Mecklenburg-Vorp.	44,00	43,80	40,13	[52-57]	49,82

104. Die bundesweiten Durchschnittspreise von sämtlichen GU-Werken mit G4-Beteiligung liegen über dem **bundesweiten Durchschnittspreis**. Je höher die Zahl der beteiligten G4-Unternehmen, desto größer ist tendenziell der Preisunterschied. Die bundesweiten Durchschnittspreise von GU zwischen Dritte sind 7 % günstiger als der bundesweite Durchschnittspreis. Die Durchschnittspreise einzelner GU-Werkstypen mit G4-Beteiligung stellen sich auf der **Ebene der Bundesländer** wie folgt dar. In 8 von 12 Bundesländern sind mindestens zwei solcher GU-Werkstypen im Durchschnitt teurer als der Landesdurchschnittspreis.¹²⁷ In den übrigen 4 Bundesländern liegt zumindest ein G4-GU-Werkstyp teilweise über¹²⁸ und teilweise unter¹²⁹ dem Landesdurch-

¹²⁷ In Bayern, Thüringen, Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg, Niedersachsen/Bremen und Sachsen-Anhalt, Rheinland-Pfalz/Saarland und Hessen.

¹²⁸ Schleswig-Holstein/Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern.

¹²⁹ In Sachsen und Berlin-Brandenburg befinden sich keine 4G-GU 3er.

schnittspreis. GU-Werke ohne G4-Beteiligung sind in 10 Bundesländern vertreten. Sie unterbieten den Landesdurchschnittspreis in sechs Bundesländern¹³⁰ sowie nahezu sämtliche G4-GU-Werkstypen.

4. Zusammenfassung zu den Durchschnittspreisen

105. Zieht man die vorangegangenen Betrachtungen zu Werken im Alleineigentum und GU-Werkstypen zusammen, ergibt sich folgendes Gesamtbild.

106. Bundesweit und in 7 Bundesländern¹³¹ sind die Durchschnittspreise sämtlicher Werke zwischen Dritten günstiger als der Landesdurchschnittspreis und in vier der sieben Bundesländer günstiger als alle G4-Werke. In 2 Bundesländern ist die Mehrzahl der Durchschnittspreise von G4-Werken niedriger als der Landesdurchschnittspreis.¹³² In 3 Bundesländern liegen die Durchschnittspreise einzelner G4-GU-Werkstypen unter denjenigen einzelner Werkstypen Dritter.

107. In 6 Bundesländern übersteigen die Durchschnittspreise mindestens zweier G4-GU-Typen diejenigen sämtlicher Werke im Alleineigentum.¹³³ In 5 anderen Bundesländern ist ein GU-Typ mit G4-Beteiligung teurer als Werke im Alleineigentum.¹³⁴ Lediglich in Sachsen sind die vorhandenen G4-GU-Werkstypen günstiger als Werke im Alleineigentum.

108. Die folgende Tabelle 12 fasst die zwei vorangegangenen Tabellen zu Durchschnittspreisen zusammen.

¹³⁰ Bayern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz/Saarland, Hessen, Sachsen-Anhalt, und Schleswig-Holstein/Hamburg.

¹³¹ Bayern, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen-Bremen, Sachsen, Rheinland-Pfalz/Saarland, Hessen und Schleswig-Holstein/Hamburg.

¹³² Baden-Württemberg und Sachsen-Anhalt.

¹³³ In Baden-Württemberg, Bayern, Nordrhein-Westfalen, Berlin/Brandenburg, Schleswig-Holstein/Hamburg und Sachsen-Anhalt.

¹³⁴ Niedersachsen/Bremen, Rheinland-Pfalz/Saarland, Hessen und Mecklenburg-Vorpommern.

109. **Tabelle 12:** Durchschnittspreise aller Werke

	Durchschnittspreis	Werke im Alleineigentum		GU-Werke			
	Gesamt	G4	Dritte	G4-GU (3-er)	G4-GU (2-er)	G4-GU (1-er)	GU zw. Dritten
	in EUR	in EUR	in EUR	in EUR	in EUR	in EUR	in EUR
BRD	39,96	43,17	34,93	43,25	40,43	40,29	37,14
Bayern	33,48	—	27,20	42,72	37,17	40,18	25,13
Nordrhein-Westfalen	38,39	38,47	36,71	37,69	40,68	38,83	37,95
Baden-Württemberg	40,28	36,43	32,74	43,87	43,54	39,91	43,21
Niedersachsen/Bremen	46,23	49,79	42,85	46,60	53,39	42,12	—
Sachsen	37,60	40,89	36,87	—	35,91	36,68	—
Berlin/Brandenburg	40,19	41,03	37,05	42,18	34,22	40,03	43,71
Rheinland-Pf./Saarland	38,41	40,77	34,59	—	43,78	38,95	36,72
Hessen	41,73	42,80	40,75	—	42,48	46,06	38,35
Thüringen	37,84	41,06	31,14	40,89	39,90	43,51	42,43
Sachsen-Anhalt	42,60	40,56	45,43	45,75	40,69	51,49	39,64
Schleswig-Holstein/HH	54,19	58,00	51,46	58,21	50,89	—	49,81
Mecklenburg-Vorp.	44,00	45,19	48,00	43,80	40,13	55,02	49,82

5. Minimale und maximale Asphaltpreise

110. Die nächsten Preisangaben geben die maximalen und minimalen im Durchschnitt verlangten Verkaufspreise (EUR/t) einzelner oder mehrerer zusammengehöriger Werke in den Bundesländern wieder. In der Regel sind diese Werke einer Betreibergesellschaft zuzuordnen.

111. **Tabelle 13:** Minimale und maximale Asphaltpreise in den Bundesländern

	Minimaler Preis	Maximaler Preis	Maximale Spanne
	in EUR/t	in EUR/t	in EUR/t
Bayern	25,13	50,26	25,13
Nordrhein-Westfalen	36,40	41,17	4,77
Baden-Württemberg	31,06	44,61	13,55
Niedersachsen/Bremen	42,12	53,52	11,40
Sachsen	35,90	48,13	12,23
Berlin/Brandenburg	34,22	43,80	9,58
Rheinland-Pf./Saarland	34,59	48,38	13,79
Hessen	38,35	48,38	10,03
Thüringen	31,14	43,51	12,37
Sachsen-Anhalt	37,93	51,49	13,56
Schleswig-Holstein/HH	46,07	58,21	12,14
Mecklenburg-Vorp.	35,48	55,02	19,55

112. Aus der Tabelle 13 ergibt sich kein Zusammenhang zwischen der Höhe der einzelnen Spannen und der geografischen Lage (nördliches, südliches und zentraleres Bundesgebiet). So gibt es zum Beispiel in Bayern und Mecklenburg-Vorpommern jeweils die größte Spanne. In Sachsen, Thüringen, Hessen, Niedersachsen/Bremen und Schleswig-Holstein/Hamburg liegt die Spanne unabhängig von der geografischen Lage im mittleren Bereich.

113. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass in jedem Bundesland Werke mit G4-Beteiligung den **maximalen Preis** fordern. In neun von zwölf Bundesländern sind dies GU-Werke¹³⁵ und in den 3 übrigen Bundesländern Werke im Alleineigentum von Mitgliedern der G4-Gruppe.¹³⁶ In sieben Bundesländern erheben GU-Werke mit G4-Beteiligung die **niedrigsten Preise** während in den fünf weiteren Bundesländern Werke Dritter am günstigsten sind.

¹³⁵ Bayern, Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg, Niedersachsen-Bremen, Berlin-Brandenburg, Hessen, Thüringen, Sachsen-Anhalt und Mecklenburg-Vorpommern.

¹³⁶ Sachsen, Rheinland-Pfalz/Saarland und Schleswig-Holstein/Hamburg.

C. Marktkonstellationen bei Gemeinschaftsunternehmen und Grundlagen der kartellrechtlichen Beurteilung

114. In diesem Kapitel werden verschiedene Typen von Gemeinschaftsunternehmen beschrieben, voneinander abgegrenzt und kartellrechtlich eingeordnet. Die Perspektive richtet sich auf den einzelnen regionalen Markt. Sie behält jedoch zugleich die im vorangegangenen Kapitel B. für größere räumliche Gebiete wie das Bundesgebiet dargestellten Unternehmensverflechtungen im Blick.
115. Zunächst werden der Begriff des Gemeinschaftsunternehmens (für die Zwecke der Sektoruntersuchung) sowie kartellrechtliche Vorfragen beispielsweise zur Marktabgrenzung erörtert (siehe unter C.I.). Im Anschluss daran werden die im Rahmen der Sektoruntersuchung am häufigsten aufgetretenen Marktkonstellationen bei Gemeinschaftsunternehmen vorgestellt und Hinweise zur kartellrechtlichen Bewertung gegeben (siehe unter C.II.). Zum Schluss werden die Ergebnisse der ersten kartellrechtlichen Beurteilung der vorgefundenen Gemeinschaftsunternehmen im Überblick wiedergegeben (siehe unter C.III.).

I. Gemeinschaftsunternehmen und kartellrechtliche Vorfragen

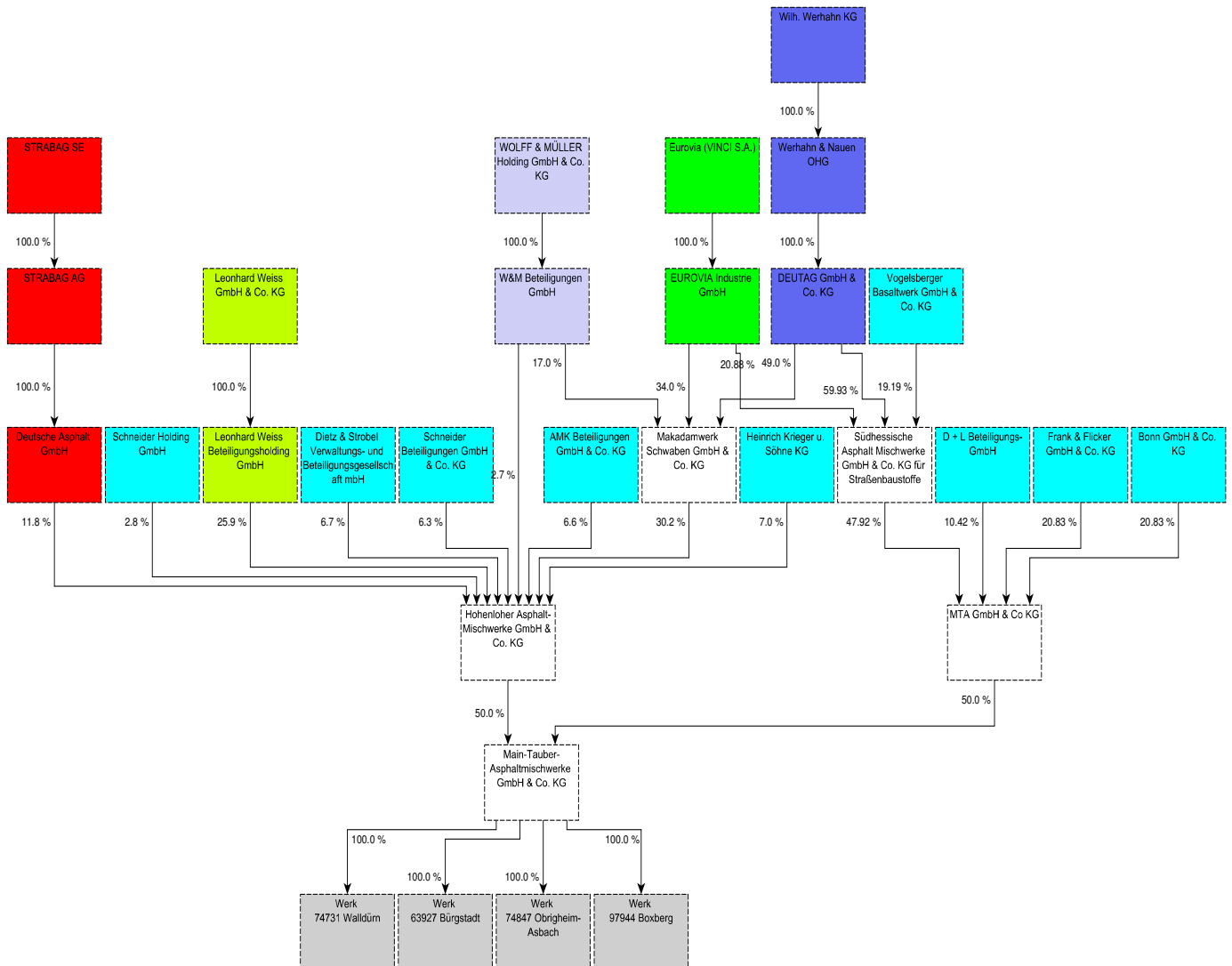
116. Die Sektoruntersuchung bezieht sich auf Verbindungen zwischen Wettbewerbern, die man im weitesten Sinne als vollständige oder teilweise **Verflechtungen** oder auch als **Netzwerke** beschreiben kann. Die G4-Unternehmen allein und die G4-Gruppe verfügen über eine sehr erhebliche Marktdurchdringung.¹³⁷ Vor dem Hintergrund der bundesweiten Einbindung Dritter Unternehmen im Rahmen von GU ist die G4-Gruppe, bzw. sind ihre Mitglieder auch zentrale Knotenpunkte des Netzwerks. Die Verbindungen zwischen Wettbewerbern beinhalten rechtliche und tatsächliche Mechanismen und Potenziale für die wirtschaftliche Koordination zwischen den beteiligten Unternehmen. Diese Koordination tritt neben die internen Koordinationsmechanismen der einzelnen Unternehmen und neben den Wettbewerb der selbständigen Unternehmen auf dem Markt und kann das Wettbewerbsverhalten der beteiligten Unternehmen verändern. Im Bereich Walzasphalt bestehen die Verflechtungen in der absoluten Mehrzahl in Form von GU. Über das einzelne GU hinaus bestehen Verflechtungen durch Beteiligungen an

¹³⁷ S. oben Kapitel B. Abschnitt V. Rn. 74 ff.

mehreren GU auf einem Markt oder durch Beteiligungen an GU auf anderen (insbesondere benachbarten) Märkten. An den jeweiligen GU sind dieselben Unternehmen, zusätzliche weitere Wettbewerber oder ausschließlich andere Wettbewerber beteiligt.¹³⁸

117. Zur Verdeutlichung von typischen Verflechtungen in der Form von GU-Betreiberesellschaften dienen die folgenden zwei Beispiele. Diese betreffen ein G4-GU (3er) und ein G4-GU (1er).

118. **Abbildung 5:** Verflechtungsgraph G4-GU (3er) Main-Tauber-Asphaltmischwerk GmbH & Co. KG



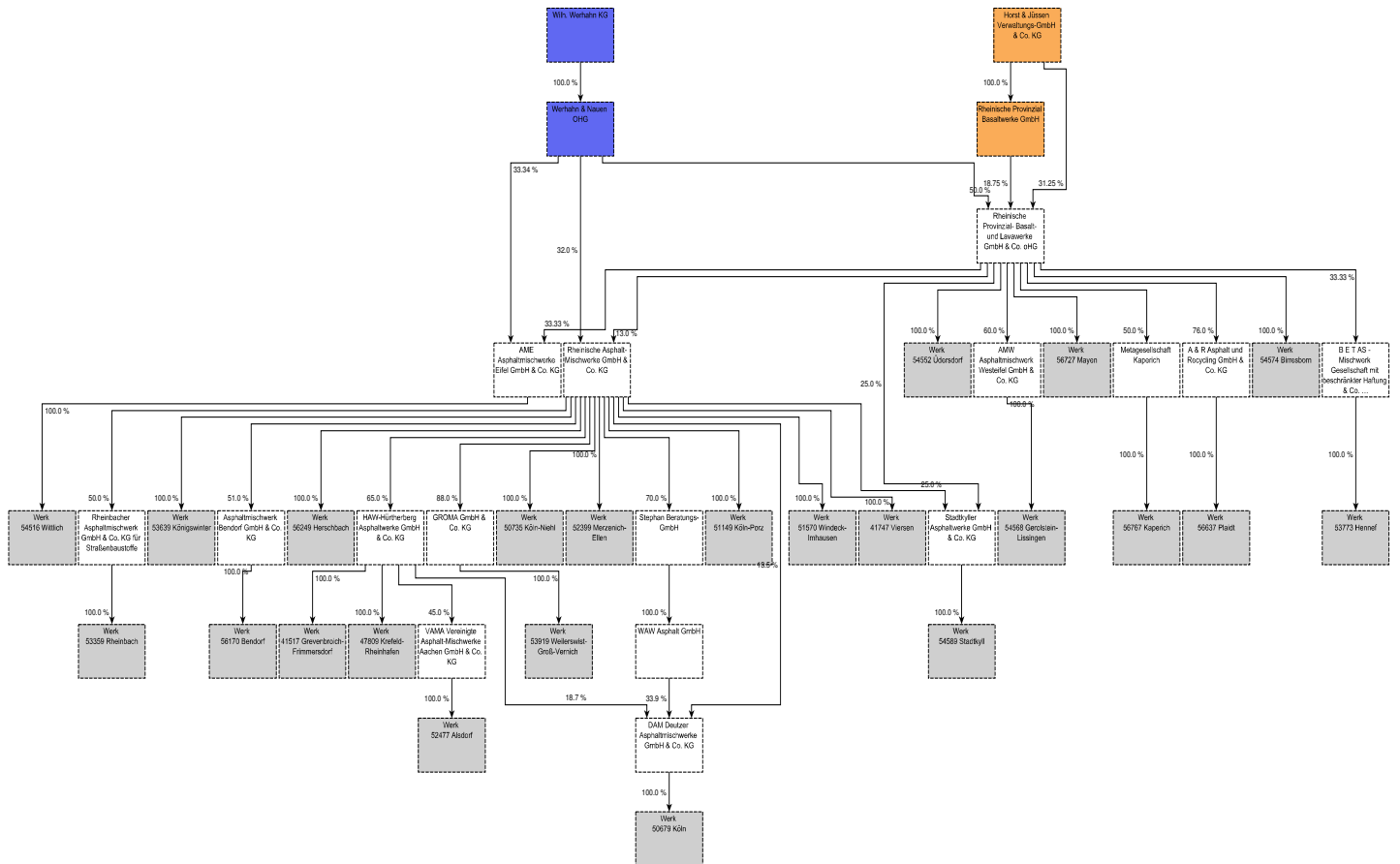
¹³⁸ Vgl. die Beschreibungen in: BKartA, TB 1999/00, S. 110, Abschnitt 4 und TB 2005/06, S. 94 f., Abschnitt 5.

119. Die G4-Unternehmen Werhahn, STRABAG und EUROVIA sind in mehrfacher Hinsicht mittelbar an der Main-Tauber-Asphaltmischwerk GmbH & Co. KG beteiligt. Daneben ist das Unternehmen Leonhard Weiss mittelbarer Anteilseigner an der Main-Tauber-Asphaltmischwerk GmbH & Co. KG und zwar über die gemeinsame Zwischengesellschaft Hohenloher Asphalt-Mischwerke GmbH & Co. KG. In der Kette der Beteiligungsgesellschaften sind GU-Betreibergesellschaften wie die Südhessische Asphalt Mischwerke GmbH & Co. KG für Straßenbaustoffe und die Makadamwerk Schwaben GmbH & CO. KG vertreten, die über die mittelbaren Beteiligungen hinaus jeweils Werhahn und EUROVIA als unmittelbare Anteilseigner haben. Diese beiden GU-Betreibergesellschaften unterhalten eigene Werke¹³⁹ und sind an weiteren GU-Betreibergesellschaften beteiligt¹⁴⁰. Eine solche **Konstellation, in der sich die Anteilseigner auf verschiedenen Ebenen mehrfach treffen und in der weitere Unternehmen eingebunden werden**, tritt bundesweit regelmäßig auf. Sie ist zudem nicht auf die Beteiligung von zwei oder mehr G4-Unternehmen beschränkt. Sie findet sich auch bei zahlreichen G4-GU (1er). Die folgende Abbildung 6 verdeutlicht ein solches Beispiel.

¹³⁹ Die Südhessische Asphalt Mischwerke GmbH & Co. KG für Straßenbaustoffe hat 10 eigene Werke und die Makadamwerk Schwaben GmbH & CO. KG hat zwei eigene Werke.

¹⁴⁰ Die Südhessische Asphalt Mischwerke GmbH & Co. KG für Straßenbaustoffe hat 2 GU-Beteiligungen mit insgesamt 5 Werken und die Makadamwerk Schwaben GmbH & CO. KG kommt auf 8 GU-Beteiligungen mit insgesamt über 20 Werken.

120. **Abbildung 6:** Verflechtungsgraph G4-GU (1er) Rheinische Provinzial Basalt- und Lavawerke GmbH & Co. KG



121. Werhahn und die Horst & Jüssen Verwaltungs-GmbH & Co. KG sind Anteilseigner der GU-Betreibergesellschaft Rheinische Provinzial Basalt- und Lavawerke GmbH & Co. KG. Letztere verfügt über eigene Werke¹⁴¹ sowie Beteiligungen an mehreren GU-Betreibergesellschaften¹⁴², darunter die AME Asphaltmischwerke Eifel GmbH & Co. KG und die Rheinische Asphalt-Mischwerke GmbH & Co. KG. An diesen beiden ist Werhahn zusätzlich unmittelbar beteiligt. Beide GU-Betreibergesellschaften halten eigene Werke sowie Beteiligungen an weiteren GU-Betreibergesellschaften, welche teilweise selbst zusätzliche GU-Beteiligungen innehaben.

¹⁴¹ 3 eigene Werke.

¹⁴² 7 GU-Beteiligungen.

1. Definition von Gemeinschaftsunternehmen

122. Gemeinschaftsunternehmen sind Unternehmen, an denen mindestens zwei voneinander unabhängige Unternehmen beteiligt sind.¹⁴³
123. Es handelt sich um eine eigenständige Definition für die Zwecke der Sektoruntersuchung. Der Begriff Gemeinschaftsunternehmen ist in diesem Zusammenhang, ebenso wie die zuvor aufgeführten Verflechtungen und Netzwerke, kein eigenständiger Rechtsbegriff, an den jeweils unmittelbare Rechtsfolgen geknüpft sind. Die Begriffe Gemeinschaftsunternehmen, Verflechtungen und Netzwerke sind vielmehr Teil von vertypen Marktconstellations, auf welche das Kartellrecht angewendet wird.¹⁴⁴ Der Begriff Gemeinschaftsunternehmen geht über den Rechtsbegriff des Gemeinschaftsunternehmens mit den Kategorien des „konzentrativen“ oder „kooperativen“ Gemeinschaftsunternehmens in der Fusionskontrolle hinaus und weicht davon ab. Ziel der weiten Definition im Rahmen der Sektoruntersuchung ist es, so viele Verflechtungen wie möglich zu erfassen und zu bewerten, um die notwendigen kartellrechtlichen Folgerungen daraus zu ziehen. Auch Tochtergesellschaften von beherrschenden Unternehmen gemäß den aktienrechtlichen Wertungen des § 36 Abs. 2 GWB¹⁴⁵ werden erfasst, wenn Dritte eine oder mehrere Minderheitsbeteiligungen halten.
124. In der Regel bestehen die Verflechtungen durch GU auf der Grundlage von Gesellschaftsverträgen. Die beiden am häufigsten verbreiteten und branchentypischen Gesellschaftsformen der 133 erfassten GU-Betreibergesellschaften sind die GmbH &

¹⁴³ Natürliche Personen als direkte GU-Gesellschafter werden grundsätzlich nicht von der Sektoruntersuchung erfasst. Eine mögliche Ausnahme bildet die Unternehmensfiktion für Personen oder Personenvereinigungen aufgrund deren Mehrheitsbeteiligung an Unternehmen (§ 36 Abs. 3 GWB).

¹⁴⁴ Die Erweiterung des fusionskontrollrechtlichen Zusammenschlussbegriffs auf den Anteilerwerb durch verschiedene Unternehmen gemäß § 37 Abs. 1 S. 3 GWB hat für die Prüfung von Gemeinschaftsunternehmen gemäß § 1 GWB keine direkte Bedeutung (siehe unten Kapitel C. Abschnitt I.6., Rn. 140). § 37 Abs. 1 S. 3 GWB fingiert unter bestimmten Voraussetzungen eine Teilfusion der Muttergesellschaften, knüpft dabei an „Gemeinschaftsunternehmen“ an und ermöglicht die Prüfung des sog. Gruppeneffekts zwischen den konkurrierenden Gesellschaftern im Rahmen des § 36 Abs. 1 GWB. Der Begriff Verflechtung nimmt in Bezug auf die G4-Unternehmen und deren Verbindungen untereinander sowie ihrer Quote von bundesweiten Gesamtbeteiligungen (74,9 %) auch keine Anleihe beim Begriff der alleinigen oder kollektiven Marktbeherrschung gemäß § 19 Abs. 3 GWB.

¹⁴⁵ Vgl. die Auslegung des Unternehmensbegriffs gemäß Art. 101 AEUV: Europäische Kommission, Entscheidung 2004/104/EG, ABI. 2004 L 38/18 ff. - Methylglykamin, Rn. 203 f.; EUGH, Rs. C-201 u.a./09 - Arcelor Mittal, Rn. 99.

Co. KG (92) und die GmbH (36). Die GU fungieren regelmäßig als Betreibergesellschaft einzelner oder mehrerer rechtlich nicht verselbständigter Asphaltmischwerke. Weitere relevante Verträge und sonstigen Verbindungen zwischen den GU und den Gesellschaftern sind zum Beispiel Verträge mit Gesellschaftern zu Geschäftsbesorgung, Pacht, Lieferungen für die Asphaltmischwerke und relevante Verträge gegenüber Dritten. Auch personelle Verbindungen durch Gesellschaftervertreter, welche bei den GU und anderen konzerneigenen Gesellschaften im Bereich Walzasphalt vertreten sind, sowie die konkreten Entscheidungsstrukturen der GU und deren Gesellschafter sind im Einzelfall im Rahmen der materiellen Beurteilung zu berücksichtigen. Die genannten Verträge und Verbindungen außerhalb des Gesellschaftsrechts werden jedoch nicht als eigenständige Verflechtungen im Sinne der Sektoruntersuchung angesehen.

2. Gründe für Verflechtungen

125. Die insgesamt ermittelten Verflechtungen auf Grundlage von GU, die sich zu einem Netzwerk von Gemeinschaftsunternehmen entwickelt haben, beruhen auf mehreren, hier nicht abschließend zu gewichtenden Gründen:

- Einige GU wurden bereits vor der Einführung der Fusionskontrolle im GWB im Jahr 1973, vor der Normierung des mit Rechten einer (aktienrechtlichen) Sperrminorität verbundenen Anteilserwerbs als Zusammenschluss im Jahr 1980¹⁴⁶ bzw. vor der Erweiterung des Zusammenschlussbegriffs auf den „wettbewerblich erheblichen Einfluss“ im Jahr 1990¹⁴⁷ gegründet und in Betrieb gesetzt.
- Minderheitsbeteiligungen an GU liegen in einigen Fällen unterhalb der Schwelle des „wettbewerblich erheblichen Einflusses“ gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB.¹⁴⁸
- Die Fusionskontrolle findet auf zahlreiche Zusammenschlüsse wegen der Anschluss- und der Bagatellmarktklausel gemäß § 35 Abs. 2 GWB¹⁴⁹, bzw. wegen

¹⁴⁶ § 23 Abs. 2 Nr. 2 S. 4 GWB in der Fassung 4. GWB Novelle, BGBl. I 1980, 458.

¹⁴⁷ § 37 Abs. 1 Nr. 1 Nr. 4 GWB in der Fassung der 6. GWB Novelle, BGBl. I 1998, 2521, zuvor: § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB in der Fassung der 5. GWB Novelle, BGBl. I 1989, 2486.

¹⁴⁸ § 38 Abs. 5 des Referentenentwurfs für die 8. GWB-Novelle soll in Zukunft die Aufspaltung von bestimmten Erwerbsvorgängen von Unternehmensteilen erfassen.

¹⁴⁹ Vgl. BGH, Beschluss vom 14.10.2008, KVR 30/08 - Faber/Basalt, Rn. 15 f.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.4.2009, VI-Kart 18/07 (V) - Faber/Basalt, Rn. 33-34 (Rn. bei Urteilen jeweils zitiert nach www.juris.de).

des Nichterreichens der Inlandsumsatzschwellen gemäß § 35 Abs. 1 GWB keine Anwendung auf die Gründung oder die sonstige Beteiligung an GU.

- Einzelne GU in der Form eines Mittelstands- oder sonstige Kartells waren unter dem Anmeldesystem des GWB vor der 7. Novelle mangels spürbarer Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall zulässig.
- Diverse GU wurden insbesondere vor den BGH-Entscheidungen „Ost-Fleisch“¹⁵⁰ und „Nord-KS“¹⁵¹ aus Ermessensgründen unter anderem wegen der unklaren Rechtslage nicht aufgegriffen.

3. Sachliche Markabgrenzung

126. Der sachlich relevante Markt ist die Herstellung und der Verkauf von Walzasphalt. Walzasphalt ist ein hinsichtlich der Zusammensetzung und des Einbaus genormtes Asphaltmischgut¹⁵². Es wird aus Gesteinskörnungen von Mineralstoffen¹⁵³ wie Kies, Sand und gebrochenem Naturstein sowie bitumenhaltigem¹⁵⁴ Bindemittel in Mischanlagen hergestellt. Die konkrete Zusammensetzung richtet sich nach technischen und wirtschaftlichen Kriterien wie Beanspruchung der Fahrbahn, Witterungsbeständigkeit, Festigkeit, Haftverhalten zwischen den Vorprodukten und Verfügbarkeit. Nachfrager wie die öffentliche Hand machen regelmäßig konkrete Vorgaben anhand der Technischen Lieferbestimmungen und überprüfen gegebenenfalls den entsprechenden Mischvorschlag des Herstellers aufgrund eigener Sachkunde. Das Hauptanwendungsgebiet von Walzasphalt ist der Straßenbau, daneben aber auch der Wasser- und Gleisbau sowie der Brücken-, Sportplatz- und Wohnungsbau, ferner die Errichtung von Landebahnen auf Flughäfen und Deponieabdichtungen.

¹⁵⁰ BGH, Beschluss vom 8.5.2001, KVR 12/99 - Ost-Fleisch.

¹⁵¹ BGH, Beschluss vom 4.3.2008, KVZ 55/07 - Nord-KS.

¹⁵² Es gelten zahlreiche rechtliche und technische Regelwerke auf Grundlage der Euronorm EN 13108 wie z. B. die Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen und Richtlinien für den Bau sowie die Erhaltung von Verkehrsflächenbefestigungen und die Technischen Lieferbestimmungen für Asphalt im Straßenbau.

¹⁵³ Die auf Grundlage der Euronorm EN 13043 geltenden Vorgaben betreffend Gesteinskörnungen sind Teil der Technischen Lieferbedingungen für Gesteinskörnungen im Straßenbau.

¹⁵⁴ Bitumen ist nicht flüchtiges und abdichtendes erdölstämmiges Produkt mit temperaturabhängigem elastoviskosem Verhalten. Die auf Grundlage der Euronormen EN 12591 und EN 14023 geltenden Vorgaben ergeben sich aus den Technischen Lieferbedingungen für Straßenbaubitumen und gebrauchsfertige polymermodifizierte Bitumen.

127. Beim Straßenbau werden in der Regel drei Walzasphaltschichten nach ihrer Zusammensetzung unterschieden: die Tragschicht, die Bindeschicht und die Deckschicht.¹⁵⁵ Sie werden beim Einbau nacheinander durch Walzen verdichtet. Bei Neubauten werden regelmäßig alle drei Schichten verbaut, bei der Renovierung/Instandsetzung von Straßen werden nicht notwendig alle drei Schichten ersetzt. Die oberste Deckschicht wird regelmäßig neu eingebaut, während die beiden anderen Schichten (häufiger aus Kostengründen) nur in bestimmten Fällen ausgetauscht werden. Die Schichten weisen untereinander jeweils Preisunterschiede auf. Ihre Herstellung erfolgt grundsätzlich in demselben Mischwerk aufgrund einer Vielzahl von Mischungsvarianten, die bei den Produzenten jedoch im Wesentlichen gleich sind. Aus Sicht der Anbieter und Nachfrager handelt es sich bei Walzasphalt um ein homogenes (Massen-)Gut. Grundsätzlich sind die meisten Werke - in Abhängigkeit der jeweils benötigten Mineralstoffe - produktionstechnisch in der Lage, nahezu sämtliche genormten Asphalt-sorten herzustellen.
128. Die Nachfrage für Walzasphalt unterliegt erheblichen jahreszeitbedingten Schwankungen. Walzasphalt kann bei kälteren Bodentemperaturen nicht eingebaut werden.¹⁵⁶ Im Winterhalbjahr werden deshalb zahlreiche Werke stillgelegt. Zahlreiche Ausschreibungen der öffentlichen Hand für Straßenbau (oder Asphaltlieferungen zum Eigeneinbau) beginnen zwischen April und Mai. Im Sommerhalbjahr liegen die Kapazitätsauslastungen sämtlicher Werke deshalb deutlich höher als im Winterhalbjahr.¹⁵⁷
129. Im Straßenbau ist Asphaltmischgut schon aus wirtschaftlichen Gründen in nur ganz eingeschränktem Umfang gegen andere Werkstoffe austauschbar. Lediglich beim Bau von Autobahnen, die nur einen sehr geringen Teil des bundesdeutschen Straßennetzes ausmachen, wird anstelle von Asphaltmischgut teilweise Beton verwendet.

¹⁵⁵ Während die Tragschicht ca. 50 % der Höhe des gesamten Walzasphaltbelags ausmacht, entfallen auf Deck- und Bindeschicht jeweils ca. 25 %. Der Bitumenanteil beträgt mengenmäßig durchschnittlich 5 % (Tragschicht: 4 %, Deckschicht: 5 %, Bindeschicht: 6 %); s. auch: Asphalt 2011, Heft 8, S. 33 ff., Asphalt- und Bitumen-Serie: Teil 4. Daneben werden für Straßen mit geringerer Tragfähigkeit teilweise Asphalttragdeckschichten als vergleichsweise dünnere Befestigungskombination unter der Deckschicht verbaut.

¹⁵⁶ Vgl. BKartA, B 1-190/07 - Faber/BAG/AML, Rn. 77. Außerdem kühlt er beim Transport bei Frosttemperaturen schneller ab und der Lieferradius verkleinert sich unter Umständen (siehe dazu unten Kapitel C. Abschnitt I.4., Rn. 131).

¹⁵⁷ Zwischen Dezember und April werden Werke einer Revision und Reparatur unterzogen.

Demgegenüber verfügen Bundes-, Land- und Kommunalstraßen nahezu ausnahmslos über eine Asphaltdecke.¹⁵⁸

130. Nicht zum sachlichen Markt zählt das Asphaltmischgut Gussasphalt. Dieser Werkstoff wird als Abdichtung im Brücken- und Wasserbau, als Estrich im Wohnungs- und Industriebau sowie als hochwertige Deckschicht im Straßenbau eingesetzt. Gussasphalt weist gegenüber Walzasphalt signifikante Unterschiede auf. Er muss bei höheren Temperaturen (bis zu 230 Grad Celsius) verarbeitet werden und braucht andererseits aber nicht verdichtet zu werden. Gussasphalt wird in speziellen Thermocontainern über deutlich größere Entfernungen als Walzasphalt geliefert und ist bezogen auf dieselbe Einbaufläche fast doppelt so teuer wie Walzasphalt. Gussasphalt hat eine höhere Wasserdichtigkeit, ist langlebiger als Walzasphalt und erreicht nach dem bisherigen Stand noch nicht die Absorption von Verkehrslärm wie der sog. Flüsterwalzasphalt. Walzasphalt ist daher aus Nachfragersicht nicht funktionell durch Gussasphalt austauschbar.¹⁵⁹

4. Räumliche Marktabgrenzung

131. In räumlicher Hinsicht ist der Angebotsmarkt für Asphaltmischgut regional begrenzt. Walzasphalt wird im sogenannten Heißeinbauverfahren bei hohen Temperaturen (ca. 150 - 190° C) im Straßenbau eingebracht. Dem Lieferanten oder Selbstabholer von Walzasphalt steht wegen der Abkühlung des Produkts¹⁶⁰ nur eine beschränkte Transportzeit zur Baustelle zur Verfügung.¹⁶¹ Der Transport mit Lastkraftwagen vom Asphaltmischwerk (AMW) zur Baustelle ist zudem verhältnismäßig aufwändig. Die Herstellung von Walzasphalt erfolgt im Wesentlichen über ein dichtes Netz von stationären Aufbereitungsanlagen mit Kapazitäten von 80 t/h bis zu 300 t/h.

¹⁵⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.9.2009, VI-Kart 15/05 (V) - Eurovia, S. 16; KG, Beschluss vom 10.7.1985, Kart 26/83 – Mischguthersteller[, WuW/E OLG 3663, 3669;] BKartA, B 1-190/08 - Strabag SE/Kirchner; BKartA, B 1-190/07 - Faber/BAG/AML; BKartA, B 1-186/06 - Strabag/AMH; BKartA, B 1-169/05 - FIMAG; BKartA, B 1-29/05 - Werhahn/NMW.

¹⁵⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.9.2009, VI-Kart 15/05 (V) - Eurovia, S. 16, 57; BKartA, B 1-190/08 - Strabag SE/Kirchner; BKartA, B 1-190/07 - Faber/BAG/AML; vgl. zu den Marktzutrittschranken für Walzasphalt-hersteller in die Herstellung von Gussasphalt: BKartA, B 1-243/08 - Werhahn & Nauen, Rn. 58 f. (Ergänzungsbeschluss zu B 1-29/05).

¹⁶⁰ Grundsätzlich werden Planen über die Lkw-Ladeflächen gelegt um ein (wenigstens) gleichmäßiges Abkühlen zu erreichen. Vor dem Einbau wird der Asphalt vermischt und erhält damit eine recht einheitliche Temperatur.

¹⁶¹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.4.2009, VI-Kart 18/07 (V) - Faber/Basalt, Rn. 51.

132. Der räumliche Markt eines einzelnen Asphaltmischwerkes wird auf Grundlage der in diesem Bereich ergangenen Rechtsprechung und Verwaltungspraxis bisher regelmäßig auf einen Lieferradius von 25 km um das betreffende Werk beschränkt.¹⁶² Damit sind auf einem räumlichen Markt die Unternehmen als Wettbewerber anzusehen, die ihren Sitz im Markt haben sowie die Asphaltmischwerke, die zwar außerhalb des Marktgebiets ihren Standort haben, aber in das Marktgebiet einliefern können. Häufig erfolgen solche Lieferungen aus einem Einlieferungsgebiet mit einem Radius von maximal 50 km rund um die relevanten Standorte.¹⁶³ Für die Zwecke der Sektoruntersuchung wird auf diese vereinfachende Abgrenzung anhand der Radienbetrachtung abgestellt.
133. Eine Erweiterung dieser Methode kommt allerdings dann in Betracht, wenn ein Unternehmen mit mehreren Werken und/oder Beteiligungen an Asphaltmischgutherstellern in einer Region tätig ist und die sich daraus ergebenden 25-km-Lieferradien sich in erheblichem Umfang überschneiden (sog. Wolkenbildung).¹⁶⁴ In einem solchen Fall sehen sich die betroffenen Nachfrager letztlich einem Unternehmen gegenüber unabhängig davon, von welchem Werk sie beziehen. So wurden im Verfahren Strabag SE/Kirchner¹⁶⁵ für den „Regionalmarkt Erfurt“ die Gebiete um fünf Werke zu einem räumlichen Markt zusammengefasst und in der BAM-Entscheidung des Amtes sogar das gesamte Bundesland Bayern¹⁶⁶.
134. In einem konkreten Einzelfall wird die Beschlussabteilung ihrer Entscheidung aber nicht allein die vereinfachende Radienbetrachtung zugrunde legen, sondern die relevanten tatsächlichen Gegebenheiten des Einzelfalls¹⁶⁷, wie die Lieferströme, die konkreten Straßenverhältnisse um das Mischwerk und den Einbauort, die daraus resultierenden Fahrzeiten, die relative Nähe eines Mischwerks zu anderen Werken oder weitere

¹⁶² Vgl. auch BGH, Beschluss vom 30.09.1986, KVR 8/85 - Mischguthersteller, WuW/E BGH 2321, 2324; KG, Beschluss vom 10.7.1985, Kart. 26/83 - Mischguthersteller, WuW/E OLG 3663, 3669; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.4.2009, VI-Kart 18/07 (V), Rn. 37; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.9.2009, VI-Kart 15/05 (V) - Eurovia, S. 17.

¹⁶³ Ebenda.

¹⁶⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.9.2009, VI-Kart 15/05 (V) - Eurovia, S. 16 f.; BKartA, B1-190/08 - Strabag SE/ Kirchner; BKartA, B1-190/07 - Faber/BAG/AML; BKartA, B1-169/05 - FIMAG.

¹⁶⁵ BKartA B1-190/08 - Strabag SE/Kirchner, Rn. 23.

¹⁶⁶ BKartA, B1-104/00, WuW/E BKartA 2488, 2494.

¹⁶⁷ BGH, Beschluss vom 13.7.2004, KVZ 2/03 - Pharmagroßhandel, Rn. 11 - 14; BGH, Beschluss vom 11.11.2008, KVR 60/07 - E.ON/Stadtwerke Eschwege, Rn. 14 f.

Faktoren. Liefert ein Unternehmen nicht in das Marktgebiet des GU ein, obgleich dies grundsätzlich möglich ist, wird der räumliche Markt nicht automatisch verengt. Vertikal integrierte Straßenbauunternehmen können beispielsweise unter Umständen längere Fahrzeiten und höhere Kosten für die Belieferung durch eigene Mischwerke aufgrund einer Mischkalkulation in Kauf nehmen. Dies ist möglich, wenn die Entgelte für den Walzasphalt dem Auftraggeber gleichzeitig mit denen des sich anschließenden Straßenbaus in Rechnung gestellt werden und die Gewinne aus Straßenbaudienstleistungen im Verhältnis zum Verkauf von Walzasphalt höher sind.

5. Marktzutrittsschranken

135. Rechtliche und tatsächliche Marktzutrittsschranken können den Eintritt von neuen und die Expansion von bestehenden Wettbewerbern erschweren. Ihr Vorliegen ist im konkreten Einzelfall zu prüfen.
136. Öffentlich-rechtliche Genehmigungen für den Betrieb eines neuen Asphaltmischwerks nach immissionsschutz-, baurecht- und wasserschutzlichen¹⁶⁸ Normen werden je nach Standort und Baugebiet des Werks teilweise nur mit einschränkenden Nebenbestimmungen grundsätzlich innerhalb der üblichen Fristen erteilt.¹⁶⁹ Dies kann einen profitablen Betrieb insbesondere während der Nachtstunden erschweren.¹⁷⁰ Im konkreten Einzelfall ist jedoch unter anderem zu berücksichtigen, dass die Werke regelmäßig in Gewerbe- oder Industriegebieten aufgebaut werden und die Vorgaben zum Lärmschutz ohne großen Aufwand erfüllt werden können.¹⁷¹
137. Die Investitionen in den Aufbau und Betrieb eines neuen stationären Werkes liegen bei ca. 2-5 Mio. Euro ohne die jeweils anfallenden Fixkosten für die Gehälter von ca. 3-10 Mitarbeitern¹⁷² Die Aufbauposten sind regelmäßig als versunkene Kosten anzusehen.

¹⁶⁸ Soweit der Boden (mit Asphalt) versiegelt ist, wird die wasserrechtliche Genehmigung erteilt.

¹⁶⁹ Sie gelten in der Regel unbefristet und umfassen bei planungsrechtlichen Änderungen auch den Bestandsschutz. In Ausnahmefällen werden zeitlich befristete Betriebsgenehmigungen erteilt.

¹⁷⁰ Vgl. BKartA, B 1-190/07 - Faber/BAG/AML, Rn. 69.

¹⁷¹ BKartA, B 1-29/05 - Werhahn/NMW, Rn. 37; BKartA, B 1-80/02 - Aquida, S. 26 f.; Beispiele für die bauplanungs-, bzw. immissionsschutzrechtliche Prüfung: VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 23.8.2001, 8 S 1119/01, Rn. 8, 22-25 und 28; VG München, Urteil vom 1.2.2011, M 1 K 10.4222 und VG Ansbach, Urteil vom 29.9.2008, AN 11 K 07.01989, AN 11 K 07.02215, Rn. 76, 90 ff.

¹⁷² Wie Radladerfahrer/Schlosser, Betriebsleiter, Mischwerker, Laborant und Buchhalter die teilweise für mehrere Werke verantwortlich sind.

Angesichts jährlicher Umsätze von ca. 3,8 Mio. Euro pro Werk muss ein neues Werk zur Amortisation regelmäßig mindestens 10 und 20 Jahren betrieben werden. Die Asphaltmischanlagen sind mit einer durchschnittlichen Nutzungsdauer von mindestens 20 Jahren langlebige Güter, bei deren Weiterverkauf nach einem fehlgeschlagenen Marktzutritt gegebenenfalls Wertverluste anfallen.¹⁷³ Gebrauchte moderne Anlagen werden im Einzelfall weiterverkauft und teilweise an andere Standorte umgesetzt.¹⁷⁴ Vertikal integrierte Anbieter von Straßenbauleistungen können die Amortisation aufgrund einer Mischkalkulation gegebenenfalls innerhalb kürzerer Zeiträume erreichen.

138. In einzelnen Märkten kann ein modernes Asphaltmischwerk mit seiner Kapazität rein rechnerisch den Gesamtbedarf des Regionalmarkts decken. Bei der Prüfung, ob Überkapazitäten bestehen, welche den Marktzutritt erschweren können, ist jedoch zu berücksichtigen, dass eine kontinuierliche und gleichmäßige Produktion mit der technischen Maximalkapazität einer Mischanlage bereits unabhängig von den erheblichen jahreszeitbedingten Schwankungen nicht den Marktgegebenheiten entspricht. Walzasphalt ist kein lagerfähiges Gut und muss innerhalb weniger Stunden nach der Herstellung auf der Baustelle eingebaut werden. Bei größeren Aufträgen im Straßenbau müssen große Mengen in sehr kurzen Zeiträumen kontinuierlich und ausreichend bereitstehen. Andernfalls könnte die Einbaukolonne nicht weiterarbeiten. Außerdem beschränken die ausschreibenden Straßenverkehrsbehörden häufig die Bauzeit, um die mit der Baumaßnahme verbundenen Verkehrsbehinderungen möglichst zeitlich zu begrenzen. Bei größeren Aufträgen ist es oft notwendig, eine Belieferung durch mehrere Werke sicherzustellen, zumindest für den Fall, dass eine Mischanlage ausfällt.¹⁷⁵

139. Eine geringe Zahl von bestehenden Mischwerken (ca. 20) ist derzeit unabhängig von jahreszeitbedingten Schwankungen außer Betrieb.¹⁷⁶ Ungefähr die Hälfte davon verteilt sich auf 8 verschiedene GU. Grund für die zeitweise Stilllegung sind zum Beispiel geringe Absatzmöglichkeiten in der betroffenen Region. Dies bedeutet nicht das vollständige Ausscheiden des Werks aus dem Markt, da ein kurzfristiges Hochfahren

¹⁷³ Vgl. BKartA, B 1-190/07 - Faber/BAG/AML, Rn. 70.

¹⁷⁴ Dies kann im Einzelfall zu Kosten im sechsstelligen Bereich für die technische Anpassung, Modernisierung, den Transport und Wiederaufbau führen.

¹⁷⁵ Vgl. BKartA, B 1-190/07 - Faber/BAG/AML, Rn. 74-75, vgl. Rn. 76-81 für den möglichen Prüfungsmaßstab.

¹⁷⁶ Von den insgesamt erfassten 541 Werken.

möglich und die Anlage als „Drohkulisse“ gegenüber Wettbewerbern einsetzbar ist. In Einzelfällen werden Werke an andere Orte „versetzt“, d.h. demontiert und an einem anderen Ort wieder aufgebaut und eingesetzt. Mobile Mischanlagen, die kurzfristig an verschiedenen Orten eingesetzt werden können, haben in Deutschland praktisch keine Marktbedeutung.

6. Kartellverbot und Fusionskontrolle

140. Soweit die Voraussetzungen für eine fusionskontrollrechtliche Prüfung in Bezug auf ein GU vorliegen, findet das Kartellverbot des § 1 GWB im Wege der **Doppelkontrolle** Anwendung. Die Gründung und der Betrieb eines Gemeinschaftsunternehmens und damit auch ein entsprechender Gesellschafterwechsel fallen unter das Kartellverbot des § 1 GWB, wenn dies über den Zusammenschlusstatbestand hinaus zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führt.¹⁷⁷ Beide Normen betreffen grundsätzlich verschiedene Sachverhalte, die sich nur in einigen Bereichen überschneiden. Sie unterliegen jeweils Tatbestandsvoraussetzungen, die sich im Einzelnen nicht decken.¹⁷⁸
141. Die fusionskontrollrechtliche Unterscheidung zwischen kooperativen und konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen stellt für § 1 GWB lediglich eine gewisse Abgrenzungshilfe dar.¹⁷⁹ Ein Gemeinschaftsunternehmen wird als konzentrativ qualifiziert, wenn es sämtliche Funktionen eines selbständigen Unternehmens wahrnimmt, marktbezogene Leistungen erbringt und nicht ausschließlich oder überwiegend auf einer vor- oder nachgelagerten Stufe für die Muttergesellschaft sowie gleichzeitig nicht auf demselben Markt wie die Mütter tätig ist.¹⁸⁰ Das Kartellverbot ist jedoch insbesondere in den Fällen zu prüfen, in denen ein oder mehrere Gesellschafter und das GU in ein und demselben Markt als Wettbewerber tätig sind. Für kooperative GU, welche von vornherein nicht die Eigenschaften eines konzentrativen GU erfüllen, ist die grundsätzliche Anwendbarkeit des Kartellverbots nicht weiter zu erläutern. Die Einstufung als kooperatives GU, welches typischerweise nicht selbständig auf dem Markt auftritt, bedeutet nach der Rechtsprechung jedoch nicht, dass stets eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.¹⁸¹

¹⁷⁷ BGH, Beschluss vom 8.5.2001, KVR 12/99 - Ost-Fleisch, Rn. 29, 34 mit Nachweis.

¹⁷⁸ BGH, Beschluss vom 8.5.2001, KVR 12/99 - Ost-Fleisch, Rn. 17-21 mit Nachweisen.

¹⁷⁹ BGH, Beschluss vom 01.10.1985, KVR 6/84 – Mischwerke, Leitsatz 2, Rn. 32.

¹⁸⁰ BGH, Beschluss vom 08.05.2001, KVR 12/99 - Ost-Fleisch, Rn. 30.

¹⁸¹ BGH, Beschluss vom 8.5.2001, KVZ 12/99 - Ost-Fleisch, Rn. 29; BGH, Beschluss vom 4.3.2008, KVZ 55/07, Rn. 14.

142. Vor diesem Hintergrund ergibt sich aus der formlosen fusionskontrollrechtlichen Freigabe des Bundeskartellamtes im Vorprüfverfahren und aus einer Freigabeentscheidung im Hauptprüfverfahren ohne entsprechende kartellrechtliche Prüfung und Tenorierung keine Entscheidung zur kartellrechtlichen Zulässigkeit eines Gemeinschaftsunternehmens. Daraus folgt, dass es für fusionskontrollrechtlich freigegebene GU keinen Vertrauensschutz im Hinblick auf die kartellrechtliche Zulässigkeit gibt.
143. Im EU-Wettbewerbsrecht werden Zusammenschlüsse mit gemeinschaftsweiter Bedeutung in der Form konzentrativer Vollfunktionsgemeinschaftunternehmen allein anhand von fusionskontrollrechtlichen Kriterien gemäß Art. 2 Abs. 2, 3 VO 139/04¹⁸² (FKVO) und nicht gemäß dem Kartellverbot Art. 101 AEUV geprüft (sog. Trennungstheorie). Gemäß Art. 2 Abs. 4, 3 Abs. 4 FKVO werden bei kooperativen Vollfunktions-GU mit gemeinschaftsweiter Bedeutung materiell zusätzlich die Voraussetzungen des EU-Kartellverbots Art. 101 AEUV auf der Grundlage der FKVO untersucht. Der Anwendungsvorrang der FKVO gegenüber dem deutschen Recht besteht nur im Rahmen ihres Anwendungsbereichs, also bei Zusammenschlüssen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung (Art. 21 Abs. 3 FKVO). Der Zusammenschluss setzt eine Veränderung oder den Erwerb von Kontrolle voraus (Art. 3, 1 FKVO).
144. Die Unterschiede zwischen der Doppelkontrolle und der Prüfung von GU im EU-Wettbewerbsrecht sind für die Zwecke der Sektoruntersuchung nicht weiter zu behandeln. Die „konzentrativen“ und „kooperativen“ GU und die übrigen Beteiligten erfüllen im Bereich Walzasphalt regelmäßig nicht die quantitativen Schwellen des Art. 1 FKVO für die gemeinschaftsweite Bedeutung. Außerdem stellen die Gründung oder der (teilweise) Verkauf von GU mangels Veränderung oder Erwerb der Kontrolle teilweise keinen Zusammenschluss gemäß Art. 3, 1 FKVO dar. In diesen beiden Fällen findet grundsätzlich Art. 101 AEUV Anwendung. Im Bereich Walzasphalt ist dabei insbesondere zu prüfen, ob die Wettbewerbs- und Handelsbeschränkungen spürbar sind.¹⁸³ Gemäß Art. 3 Abs. 1 und 2 VO 1/2003, § 22 Abs. 1 GWB kann neben Art. 101 AEUV der im Wortlaut weitgehend übereinstimmende § 1 GWB parallel angewendet

¹⁸² Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Amtsblatt Nr. L 24 vom 29/01/2004 S. 1-22.

¹⁸³ Vgl. BKartA, Merkblatt über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen (Stand März 2007), Rn. 17-25; Europäische Kommission, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken, Amtsblatt Nr. C 368 vom 22/12/2001 S. 13 - 15.

werden. Daneben kann die deutsche Fusionskontrolle auch neben Art. 101 AEUV anwendbar sein (Art. 3 Abs. 3 VO 1/2003, § 22 Abs. 4 GWB). Aus diesen Gründen ist die Doppelkontrolle im deutschen Recht und damit die Anwendung des § 1 GWB für sämtliche GU-Typen eröffnet.

II. GU-Typen, weitere Verflechtungen und § 1 GWB

1. Vorbemerkung

145. Praktisch alle erfassten GU sind rechtlich eigenständige Gesellschaften mit einer eigenen Organisation.¹⁸⁴ Mit der Gründung und dem Betrieb eines GU für die Herstellung und den Verkauf von Walzasphalt entsteht regelmäßig ein stabiles und dauerhaftes Mehrparteienverhältnis zwischen mindestens zwei Gesellschafterunternehmen und dem GU.

146. Die großen Walzasphalthersteller Werhahn, STRABAG, EUROVIA und KEMNA waren seit 2007 bei bislang weniger als 5 vollständigen Auflösungen oder Betriebseinstellungen von GU als Gesellschafter beteiligt. Ihre GU und konzerneigenen Betreiber-Gesellschaften haben in diesem Zeitraum nach eigenen Angaben ca. 62 einzelne Mischwerke veräußert oder (teilweise) stillgelegt, was einen Jahresdurchschnitt von ca. 12 Werken für diese vier Hersteller ausmacht.¹⁸⁵ Auch die Höhe der jeweiligen Beteiligungen dieser Hersteller an den vor 2007 gegründeten GU ist weitgehend konstant. Nur in wenigen Fällen haben sie Gesellschaftsanteile veräußert. Dagegen haben sie seit 2007 bei ca. 25 GU-Betreiber-Gesellschaften durch Aufstockung oder Neuerwerb von Anteilen die (Mit)Kontrolle erworben und bei ca. 14 GU ihre jeweiligen Anteile unterhalb des Kontrollerwerbs erhöht.

147. Zur Dauerhaftigkeit und Stabilität solcher Mehrparteienverhältnisse ist ergänzend auf die gesellschaftsrechtliche Literatur zu verweisen. Dort hat sich die Wertung durchgesetzt, dass die Interessen aller Beteiligten bei Gesellschaftsverträgen im Allgemeinen

¹⁸⁴ Siehe allgemein zur GmbH: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 37 Rn. 20. Die GmbH & Co. KG ist eine Personengesellschaft mit einer Komplementär-GmbH. Regelmäßig haftet neben ihr keine natürliche Person als weitere Komplementärin. Die GmbH & Co. KG nähert sich dem Typen der Kapitalgesellschaft an. Die erfassten GU-Betriebe-Gesellschaften verfügen größtenteils über eine eigene Organisation.

¹⁸⁵ Die insgesamt ca. 30 neu errichteten, erworbenen oder wieder in Betrieb genommenen Werke werden dabei nicht berücksichtigt, da sie zumeist anderen GU und konzerneigenen Gesellschaften zugeordnet sind.

gleichgerichtet sind.¹⁸⁶ Fast alle erfassten GU bestehen seit vielen Jahren und sind fortwährend im Bereich Walzasphalt tätig.¹⁸⁷ Einzelne Gesellschaftsverträge von Kommanditgesellschaften enthalten Klauseln, nach denen der Gesellschaftszweck nach einer bestimmten Zeit erreicht ist, diese aber jeweils ohne Formerfordernis fortgesetzt werden kann, was in solchen Fällen regelmäßig geschieht.

148. Die Gründung und der Betrieb eines GU können zu einer Interessenabstimmung zwischen den Muttergesellschaften einschließlich des GU führen und eine Beschränkung des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs auf dem betroffenen Markt gemäß § 1 GWB bezwecken oder bewirken. Das GU ist häufig selbst die Wettbewerbsbeschränkung, sein Gesellschaftsvertrag ist die dazugehörige Vereinbarung und es ist gleichzeitig Teilnehmer an einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung („Medium und Teilnehmer“).
149. Zweck und Ziel des vorliegenden Kapitels C. ist es, die im Rahmen der Sektoruntersuchung häufig wiederkehrenden GU-Typen und weitere Verflechtungen im Folgenden zusammenzufassen. Dies führt zunächst naturgemäß zu einer gewissen Vereinfachung. In einigen Fällen werden mehrere Typen gleichzeitig erfüllt sein, bzw. wechselseitige Überschneidungen zwischen verschiedenen Typen in den Randbereichen auftreten. Angesichts der Vielzahl verschiedener GU und weiterer Verbindungen zwischen den Marktteilnehmern ist diese Vereinfachung für die Gesellschafter und das betroffene GU bei der kartellrechtlichen Selbstveranlagung und selbständigen Abstellung von Verstößen gegen das Kartellverbot erforderlich. Die GU-Typen sind Bestandsaufnahme und ein Ergebnis der Sektoruntersuchung. Die Typisierung kann im Einzelfall aufgrund zusätzlicher Erkenntnisse geändert oder erforderlichenfalls ergänzt werden.
150. Die folgende Typisierung beruht in ihrem Ausgangspunkt letztlich auch auf den Entscheidungen des Bundesgerichtshofes¹⁸⁸, in denen dieser für GU in bestimmten

¹⁸⁶ Im Gegensatz dazu verfolgt jede Partei bei sog. Austauschverträgen im Allgemeinen ihre eigenen Interessen, Weller, ZHR 175 (2011) 110, 121 mit Nachweisen. Mit den gleichgerichteten Interessen beim Gesellschaftsvertrag ist selbstverständlich noch keine allgemeine kartellrechtliche Beurteilung von Gesellschaften verbunden.

¹⁸⁷ In der gesellschaftsrechtlichen Terminologie ausgedrückt besteht der ins Handelsregister einzutragende Unternehmensgegenstand und der im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Gesellschaftszweck langfristig.

¹⁸⁸ BGH, Beschluss vom 4.3.2008, KVZ 55/07 - Nord-KS, Rn. 14; BGH, Beschluss vom 8.5.2001, KVR 12/99 - Ost-Fleisch, Rn. 34 - Ost-Fleisch.

Marktkonstellationen eine Regelvermutung für das Bestehen einer Wettbewerbsbeschränkung formuliert hat.

151. Die Sektoruntersuchung hat zahlreiche Fälle zu Tage gefördert, in der diese Regelvermutung erfüllt ist (im Folgenden Typ-A Fälle). Darüber hinaus hat die Sektoruntersuchung - naturgemäß - auch GU-Konstellationen zu Tage gefördert, die dieser Regelvermutung nicht entsprechen. Dies sind zum einen die unproblematischen Fälle, die prima facie aufgrund konkreter Umstände keine Wettbewerbsbeschränkung erwarten lassen (im Folgenden Typ-U Fälle). Zum anderen sind es GU-Fälle, die aufgrund ihrer Struktur nicht die Anforderungen der Regelvermutung erfüllen. Letztgenannte GU-Fälle sind aufgrund der konkreten Umstände und unter Berücksichtigung der im Abschlussbericht dargestellten Unternehmensverflechtungen auf Wettbewerbsbeschränkungen hin zu überprüfen (Typ-B Fälle). Darüber hinaus sind die Fälle kartellrechtlich einzuordnen, bei denen nicht (allein) aufgrund der mit der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung verbundenen strategischen und wirtschaftlichen Interessenlage eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens zwischen den beteiligten Unternehmen zu erwarten ist, sondern es aufgrund eines Informationsaustausches zu einer Wettbewerbsbeschränkung kommen kann (Typ-C Fälle).
152. Vorausgeschickt sei, dass sowohl die Überprüfung der Regelvermutung gemäß der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Wettbewerbsbeschränkung gemäß § 1 GWB als auch die Prüfung der Wettbewerbsbeschränkung bei weiteren GU-Typen eine Würdigung des konkreten Sachverhaltes und des rechtlichen und wirtschaftlichen Gesamtzusammenhangs im Einzelfall erfordern.
153. Dessen ungeachtet bleibt es natürlich auch möglich, dass das Gemeinschaftsunternehmen nicht nach § 1 GWB wettbewerbsbeschränkend ist, weil es die Voraussetzungen einer sog. Arbeitsgemeinschaft erfüllt und keines der am GU beteiligten Unternehmen einen Auftrag oder eine Leistung allein erbringen kann, bzw. keines diese wettbewerbsgerecht anbieten kann.¹⁸⁹ Allerdings dürfte zumindest einer der großen oder mittelständischen Gesellschafter von bestehenden GU regelmäßig ohne das (möglicherweise) bestehende GU als ein zusätzlicher Anbieter in den betroffenen Markt

¹⁸⁹ Vgl. BGH, Beschluss vom 13.12.1983 WuW/E BGH 2050 - Bauvorhaben Schramberg; BGH Beschluss vom 5.2.2002 WuW/E DE-R 876, 878 - Jugend- und Nachtfahrten; Zimmer in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 1 Rn. 283-285.

eintreten oder seine vorhandenen eigenen Kapazitäten erhöhen können. Außerdem ist zu bedenken, dass die GU im Unterschied zu Arbeitsgemeinschaften auf Dauer angelegt und, dass die GU im Gegensatz zu diesen regelmäßig einen eigenen Gewerbebetrieb unterhalten. Darüber hinaus können im Einzelfall andere Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB wie die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung¹⁹⁰ oder die Unternehmenseigenschaft der Beteiligten, nicht erfüllt sein.

154. Einzelne Wettbewerbsbeschränkungen können auch vom Kartellverbot gemäß § 2 GWB oder als Mittelstandskartell gemäß § 3 GWB freigestellt sein. In Betracht kommen die gruppenweise Freistellung¹⁹¹ und eine Einzelfreistellung gemäß § 2 GWB. Die Voraussetzungen für eine (gruppenweise) Freistellung gemäß der SpezialisierungsGVO¹⁹² der hier erfassten GU als Vereinbarungen zur gemeinsamen Produktion und Vertrieb¹⁹³ dürften aus mehreren Gründen nicht erfüllt sein.¹⁹⁴ Die Marktanteilsschwellen in Höhe von grundsätzlich 20 % für die beteiligten Unternehmen¹⁹⁵ werden in zahlreichen Fällen überschritten. Die Freistellung kann zwar den gemeinsamen Vertrieb „im Rahmen eines GU“ erfassen, nicht aber darüber hinaus gehende Wettbewerbsbeschränkungen beim Vertrieb. Die kartellrechtliche Prüfung von

¹⁹⁰ BKartA, Merkblatt über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen (Stand März 2007), Rn. 17-25; Europäische Kommission, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken, Amtsblatt Nr. C 368 vom 22/12/2001 S. 13-15; BKartA, Bekanntmachung Nr. 18/2007 über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränken-der Bedeutung vom 13. März 2007 (Bagatellbekanntmachung).

¹⁹¹ Gemäß § 2 Abs. 2 GWB gelten die Gruppenfreistellungs-Verordnungen des Rates und der Kommission der Europäischen Union auch für Koordinierungen, die den zwischenstaatlichen Handel gemäß Art. 101 AEUV nicht (spürbar) beeinträchtigen und auf die nur § 1 GWB anwendbar ist.

¹⁹² Verordnung (EU) Nr. 1218/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, ABl. L 335 vom 18/12/2010 S. 43-47.

¹⁹³ Art. 1 Abs. 1 Nr. a), d), q) Spez.-GVO.

¹⁹⁴ Zunächst ist zu prüfen, ob eine Kernbeschränkung in der Form der bezweckten „Festsetzung der Verkaufspreise“ gemäß Art. 4 a) Spez.-GVO erfüllt ist. Die ergangene BGH-Rechtsprechung zur Regelvermutung bei GU differenziert nicht zwischen den alternativen Tatbestandsmerkmalen der bezweckten und der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung. Die konkrete Absicht der Gesellschafter, auch untereinander auf (Preis-)Wettbewerb zu verzichten wurde berücksichtigt (BGH Beschluss vom 8.5.2001, KVZ 12/99 – Ost-Fleisch, Rn. 36 f.).

¹⁹⁵ Art. 3 und 5 Spez.-GVO. Die Marktanteile der Gesellschafter und des GU werden addiert.

GU erfasst in den Typ-A und den Typ-B Fällen gerade auch solche Beschränkungen zwischen den Gesellschaftern beim Verkauf aus deren eigener Produktion.¹⁹⁶

155. Weder aus der Rechtspraxis zu GU (s.u. den Typen A) noch hinsichtlich der anderen GU-Typen lassen sich angesichts der im Walzasphaltsektor bestehenden Marktverhältnisse und verbreiteten Unternehmensstrukturen charakteristische Effizienzgewinne ableiten, die eine häufige Einzelfreistellung anhand der gesetzlichen Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 GWB erwarten lassen.¹⁹⁷ Auch dies ist jedoch im Einzelfall zu überprüfen.
156. Dieses vorausgeschickt beschreibt die Beschlussabteilung im Folgenden die GU-Typen, die sie im Einzelnen betrachtet und nach der sie die in der Sektoruntersuchung ermittelten GU eingeordnet hat.

2. Unkritische Fälle (Typ-U Fälle)

157. Nicht jede (Minderheits-)Beteiligung an einem GU ist automatisch kartellrechtlich problematisch. **Kartellrechtlich unkritische Fälle** liegen prima facie **regelmäßig** vor, wenn
- kein Gesellschafter auf dem gleichen sachlich und/oder räumlich relevanten Markt oder auf vor oder nachgelagerten Märkten des GU in erheblichem Umfang tätig ist,
 - das GU von einem Gesellschafter beherrscht wird und die anderen Gesellschafter weder auf dem sachlichen und/oder räumlichen Markt oder auf vor- oder nachgelagerten Märkten des GU tätig sind, oder
 - die Gesellschafter des GU kleinere oder mittelständische Unternehmen sind, die auf denselben räumlichen Märkten wie das GU und/oder auf vor oder nachgelagerten Märkten des GU tätig sind, wobei weder das GU noch die kleineren oder mittelständischen Gesellschafter auf ihren jeweiligen Märkten über relevante Marktstellungen verfügen.

¹⁹⁶ Im Übrigen ist fraglich, ob die häufig anzutreffenden „reinen“ Kapitalbeteiligungen an GU komplementäre Vermögenswerte (oder Fähigkeiten) darstellen, welche zu einer rationalisierten Produktion und Angebot führen.

¹⁹⁷ Vgl. dazu allgemein für „direkte“ Minderheitsbeteiligungen am haftenden Kapital mit oder ohne Stimmrechte: Office of Fair Trading, Minority interests in competitors, A research report by DotEcon, 2010, OFT1218, Rn. 1.12 und 5.23 - 26.

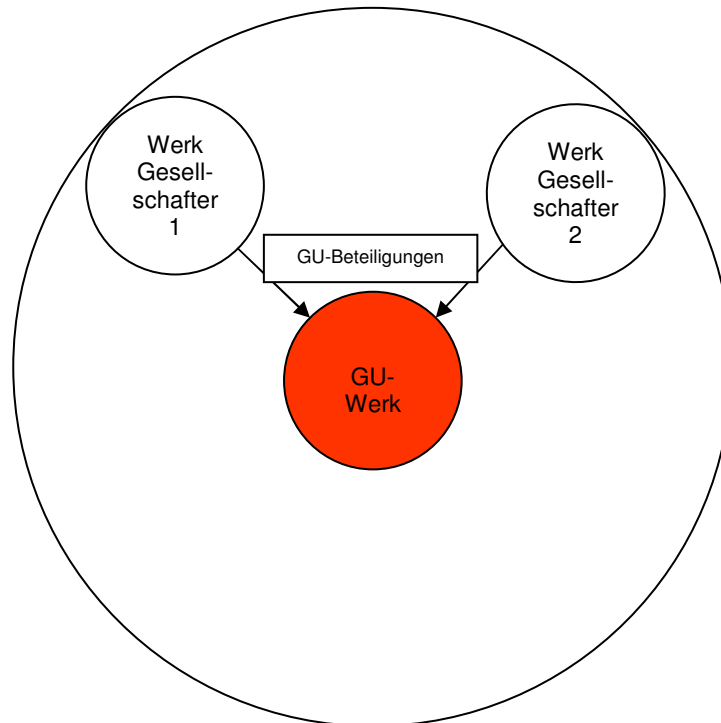
158. Die Beschlussabteilung wird im Rahmen ihres verfahrensrechtlichen Aufgreifermessens in diesen Fällen regelmäßig von einer weiteren Einzelfallprüfung absehen.
159. Beteiligungen, die umgangssprachlich oder in anderem Zusammenhang als Finanzbeteiligung oder Finanzanlage als Teil des Anlagevermögens bezeichnet werden, sind der kartellrechtlichen Prüfung nicht pauschal entzogen. „Echte“ Finanzbeteiligungen dürften in zahlreichen Fällen unter die oben näher bezeichneten Typ-U Fallkonstellationen fallen. Hiervon zu unterscheiden sind Minderheitsbeteiligungen an Betreibergesellschaften von Asphaltmischwerken, die zwar als Finanzbeteiligung bezeichnet werden, bei denen aber dem Gesellschafter aufgrund seiner Beteiligung an anderen Asphaltmischwerken oder aufgrund seiner Tätigkeit auf vor-, oder nachgelagerten bzw. eng benachbarten Märkten neben seinem vorgegebenen Finanzinteresse bei objektiver Betrachtung regelmäßig andere/zusätzliche wirtschaftliche Interessen zugeordnet werden können.

3. Die Gesellschafter und das GU sind auf dem gleichen sachlich und räumlich relevanten Markt tätig (Typ-A Fälle)

3.1. Beschreibung des Sachverhaltes bei Typ-A Fällen

160. Die Typ-A Fälle sind durch den Umstand gekennzeichnet, dass zwei oder mehr Gesellschafter und das GU selbst auf demselben sachlich und räumlich relevanten Markt tätig sind. Der Typ-A Fall ist mit der Regelvermutung des Bundesgerichtshofes verknüpft.

161. **Abbildung 7:** Typ-A Fall



162. Die Beschlussabteilung interpretiert hier das Tätigsein der Gesellschafter auf demselben Markt - aufgrund der konkreten Umstände der bereits entschiedenen Fälle - als unmittelbare Tätigkeit der Gesellschafter oder als mittelbare Tätigkeit durch mit ihnen im Sinne von § 36 Abs. 2 GWB verbundene Unternehmen. Ist ein solches Werk der Gesellschafter (oder des GU) zeitweise stillgelegt und kann ohne größeren Aufwand in Betrieb genommen werden, gilt dies als Tätigkeit auf dem Markt. Diese restriktive Interpretation für das „Tätigsein“ erscheint zwar nicht zwingend. Die Beschlussabteilung subsumiert das Tätigsein der Muttergesellschaften über nicht allein oder gemeinsam beherrschte Beteiligungsgesellschaften aber rein vorsorglich unter den Typ-B Fall.

163. Die Definition des gemeinsamen sachlich relevanten Marktes ist hier - wie im Übrigen in allen folgenden Konstellationen - immer der Markt für Walzasphalt. Der räumlich relevante Markt wird hier - wie im Übrigen in allen folgenden Konstellationen - vereinfachend auf Basis der Radienbetrachtung vorgenommen. Gemeinsames Tätigsein auf ein und demselben Markt bedeutet nicht, dass die Asphaltmischwerke der Muttergesellschaften und des GU ihren Standort in einem 25 Km-Radius haben müssen. Einlieferungen in diesen Markt genügen, um auf diesem Markt tätig zu sein. Vereinfachend wird daher unterstellt, dass Asphaltmischwerke, die in einem 50-km-Radius um ein betrachtetes Werk ihren Standort haben in den 25-km-Radius-Markt des

betrachteten Werkes einliefern können und dort Wettbewerber sind. Ausgangspunkt der wettbewerblichen Prüfung kann dabei jedes Werk sein; sei es ein Werk des GU oder das Werk einer Mutter. Entscheidend ist ausschließlich, dass (mindestens) zwei Muttergesellschaften und das GU auf ein und demselben Markt tätig sind und damit ihr Wettbewerbsverhalten abstimmen können. Wie bereits oben dargestellt handelt es sich bei der Radianbetrachtung um eine vereinfachende Methode, die im konkreten Einzelfall zu überprüfen ist.

164. Die Beschlussabteilung interpretiert hier das bestehende Wettbewerbsverhältnis - aufgrund der konkreten Umstände der entschiedenen Fälle - als ein tatsächliches Wettbewerbsverhältnis. Diese restriktive Interpretation im Hinblick auf das Wettbewerbsverhältnis erscheint zwar nicht zwingend, da grundsätzlich auch ein potenzielles Wettbewerbsverhältnis beschränkt werden kann. Die Beschlussabteilung subsumiert die Beschränkung des potenziellen Wettbewerbsverhältnisse aber rein vorsorglich unten den Typ-B Fall.

3.2. Wettbewerbsbeschränkung bei Typ-A Fällen (Regelvermutung)

165. Eine bezweckte oder bewirkte Beschränkung des Wettbewerbs, z.B. des Preiswettbewerbs, ist **regelmäßig zu erwarten**, wenn die Gesellschafter und das GU weiterhin auf dem gleichen sachlichen und räumlichen Markt tätig sind.¹⁹⁸ Grundlage der Regelvermutung ist, dass die am GU beteiligten und voneinander unabhängigen Unternehmen ihren Marktauftritt nur teilweise im GU bündeln. Gleichzeitig sind sie untereinander - auch gegenüber dem GU - direkte Wettbewerber. Die Gründung und der Betrieb des GU und die damit häufig verbundene Aufgabe der vollständigen Beherrschung über die individuellen Ressourcen und das individuelle Wettbewerbspotential ergeben typischerweise nur dann Sinn, wenn mit der GU-Gründung eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den beteiligten Unternehmen einhergeht. Für eine Wettbewerbsbeschränkung müssen nicht sämtliche Gesellschafter des GU auf dem relevanten Markt des GU tätig sein.¹⁹⁹

166. Die in unterschiedlichen Konstellationen von der Rechtsprechung aufgestellte Regelvermutung stimmt mit dem ökonomischen Grundzusammenhang überein, der die

¹⁹⁸ BGH, Beschluss vom 4.3.2008, KVZ 55/07 - Nord-KS, Rn. 14; BGH, Beschluss vom 8.5.2001, KVR 12/99 - Ost-Fleisch, Rn. 34 - Ost-Fleisch.

¹⁹⁹ Siehe dazu: BKartA, Beschluss vom 09.08.2006, B 1-116/04 - Nord KS, Rn. 80 f.

Auswirkungen einer Beteiligung an einem Wettbewerber unterhalb der vollständigen Beherrschung modelliert: Die Anreize des einzelnen Gesellschafters werden durch eine Beteiligung an dem Gemeinschaftsunternehmen zu Lasten einzelwirtschaftlicher Optimierung durch wettbewerbliche Vorstöße und zu Gunsten gemeinsamer Gewinnmaximierung im Rahmen seines Gesamtportfolio verschoben. Beteiligt sich ein Unternehmen an einem Konkurrenten und tritt dann in Preiswettbewerb zum Letztgenannten, so reduziert dieses Verhalten unter ansonsten gleichen Bedingungen den Wert der Investition. Jede „Kundenwanderung“ vom GU zum Gesellschafter schlägt sich für den Fall einer Preissenkung beim Gesellschafter im Gesamtkalkül nieder. Der Gesellschafter betrachtet im Rahmen der Abwägungsüberlegung zwischen dem zusätzlichen Gewinn aus einem Preisvorstoß auf der Habenseite und Verlustpotential auf der Sollseite eine kalkulatorische Größe, die sich in diesem Modell aus der Multiplikation der jeweiligen Beteiligungsquote mit der Marktposition des Gemeinschaftsunternehmens ergibt. Der 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 Gesellschafter gegenüber dem gemeinsamen GU folgt eine entsprechende Wettbewerbsbeschränkung zwischen den miteinander konkurrierenden Gesellschaftern.

3.3. Kriterien für die Einzelfallprüfung der Regelvermutung bei Typ-A Fällen

167. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob die Regelvermutung zur Wettbewerbsbeschränkung durch das GU, bzw. in Bezug auf einzelne von ihm betriebene Asphaltmischwerke erfüllt ist. Bei der wertenden Gesamtbetrachtung der wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhänge und Auswirkungen sind insbesondere die Kriterien des strategischen Interesses eines oder mehrerer beteiligter Unternehmen (3.3.1.) und der wirtschaftlichen Bedeutung der Koordinierung (3.3.2.) vor dem Hintergrund des konkreten wirtschaftlichen Marktkontextes zu würdigen. Zu diesen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, gehören u.a. die Produkteigenschaften (z.B. homogenes/innovatives Produkt), die Angebots- und Nachfragebedingungen (Marktkonzentration, Nachfrage-macht), der Umfang der Markttransparenz. Ein oligopolistisch strukturierter Markt ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedoch keine entscheidende oder

notwendige Voraussetzung.²⁰⁰ Auch die für das GU und den betroffenen Markt relevanten bundes- und landesweiten Verflechtungen zwischen Unternehmen können insoweit im Rahmen einer Gesamtbetrachtung berücksichtigt werden.²⁰¹

168. Bei der Gesamtbetrachtung ist hinsichtlich der beteiligten Unternehmen im Allgemeinen von einem wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Verhalten auszugehen.²⁰² Es genügt, dass die betroffenen Gesellschafter sich an den geschäftlichen oder wettbewerblichen Interessen des GU ausrichten oder umgekehrt das GU sich nach ihren gemeinsamen Interessen ausrichtet. Die Möglichkeit sämtlicher betroffener Gesellschafter, das GU einzeln anzuweisen, ist keine notwendige Voraussetzung. In der Rechtspraxis wurden bislang Fälle aufgegriffen, bei denen die betroffenen Gesellschafter gemeinsam einen wettbewerblich erheblichen oder beherrschenden Einfluss auf das GU hatten.²⁰³
169. Bei der Gesamtbetrachtung sind auch personelle und sonstige Verbindungen zwischen den Gesellschaftervertretern beim GU und den zuständigen eigenen Geschäftsbereichen der Gesellschafter sowie die konkreten Entscheidungsstrukturen der GU und deren Gesellschafter relevant. Zielen die betroffenen Gesellschafter mit der Beteiligung am GU eine Steigerung ihrer Wirtschaftlichkeit ab, ist das Interesse an einer abgestimmten Preissteigerung im Einzelfall naheliegend. Sind einzelne betroffene Gesellschafter auf vor- und nachgelagerten Marktstufen tätig, spricht dies allein nicht gegen ein solches gemeinsames Interesse beim Verkauf von Walzasphalt.²⁰⁴

²⁰⁰ Der BGH hat die oligopolistische Marktstruktur nicht als Kriterium bei der Einzelfallprüfung zur Wettbewerbsbeschränkung und deren Spürbarkeit verwendet (vgl. Beschluss vom 8.5.2001, KVR 12/99 - Ost-Fleisch, Rn. 38 f. und Beschluss vom 04.03.2008, KVZ 55/07 - Nord-KS). Vgl. auch EUGH, C-194/99, Rn. 86 - Thyssen Stahl: Eine hochgradig konzentrierte Marktstruktur mit Symmetrie bei Kosten, etc. ist kein zwingend erforderliches Kriterium für eine Wettbewerbsbeschränkung (im entschiedenen Fall) durch einen Informationsaustausch.

²⁰¹ S. oben Kapitel B. Abschnitt IV.1., Rn. 60.

²⁰² BGH, Beschluss vom 4.3.2008, KVZ 55/07 - Nord-KS, Rn. 14; BGH, Beschluss vom 8.5.2001, KVR 12/99 - Ost-Fleisch, Rn. 36 mit Nachweis.

²⁰³ 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 in Nord KS, Rn. 14 f.). Die Mehrheit der beiden im Beirat war mit Ausnahme einiger Grundlagengeschäfte (siehe B 1-116/04, Rn. 17 f.) für die Beschlussfassung ausreichend.

²⁰⁴ Vgl. zu den gemeinsamen Interessen verschiedener Gesellschafter aus dem Kontext der oligopolistischen Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle: BKartA, B1-190/08 – Strabag SE/Kirchner, S. 23 f.

170. Die tatsächliche Verhaltenskoordinierung (Abstimmung) im Wettbewerb oder der tatsächliche Fluss oder Austausch von wettbewerbsrelevanten Informationen zwischen den beteiligten Unternehmen sind weder in der Rechtsprechung noch in der Praxis des Bundeskartellamtes notwendige Voraussetzungen für die Wettbewerbsbeschränkung (siehe zum Informationsfluss unten die Typ-C Fälle, Rn. 194 ff.). Sie dienen im Einzelfall lediglich als eine Bestätigung der Regelvermutung.²⁰⁵ Ihr Fehlen widerlegt die Regelvermutung nicht.
171. Die Regelvermutung wird auf Grundlage einer wertenden Gesamtbetrachtung im Einzelfall bestätigt oder widerlegt. Die folgende Darstellung zu den Kriterien des strategischen Interesses und der wirtschaftlichen Bedeutung der Koordinierung ist nicht abschließend. Beide Kriterien stehen regelmäßig, aber nicht notwendig in allen Fällen in einer Wechselbeziehung.

3.3.1. Strategisches Interesse

172. Der Begriff des **strategischen Interesses** ist weit gefasst. Er umfasst objektive Kriterien sowie individuelle Ziele der beteiligten Unternehmen. Strategische Ziele sind regelmäßig langfristig ausgerichtet. Sie umfassen regelmäßig die Unternehmensstrategien, die den unternehmerischen Einzelentscheidungen im Tagesgeschäft übergeordnet sind.
173. Im Fall Nord KS wurde berücksichtigt, dass ein Gesellschafter seine starke Marktstellung nur außerhalb eines fusionskontrollrechtlichen Zusammenschlusses absichern konnte. Dies geschah im konkreten Fall durch die Bindung weiterer Wettbewerber im Rahmen des GU, an dem er eine Minderheitsbeteiligung hielt.²⁰⁶ Darüber hinaus kann die Vorgeschichte zum GU relevant sein. Ein vormaliger Plan für ein sog. Strukturkrisenkartell indiziert gegebenenfalls die gemeinsamen Interessen an einer Wettbewerbsberuhigung.
174. Weitere strategische Interessen können vorliegen, wenn über das konkrete Interesse am Markt des GU weitere Interessen des Gesellschafters umgesetzt oder abgesichert werden. Dies gilt insbesondere, wenn die konkrete Beteiligung an einem GU nicht der

²⁰⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.7.2007, VI-Kart 14/06 (V), S. 10; BGH, Beschluss vom 4.3.2008, KVZ 55/07, S. 6-8, Rn. 11 und 15.

²⁰⁶ BKartA, Beschluss vom 09.08.2006, B 1-116/04, Rn. 87 - Nord-KS.

Umsetzung eines punktuellen wirtschaftlichen Interesses dient, sondern die Beteiligung als Teil einer wirtschaftlichen Gesamtstrategie zu betrachten ist. Darüber hinaus wird ein strategisches Interesse regelmäßig vorliegen, wenn hiermit strategische Interessen in vor- oder nachgelagerten bzw. benachbarten Märkten des GU realisiert werden können.

3.3.2. Wirtschaftliche Bedeutung

175. Der Begriff der **wirtschaftlichen Bedeutung** erfasst kumulativ

- die Bedeutung des GU auf dem Markt (Marktanteil etc.). Das GU könnte als Wettbewerber Bemühungen²⁰⁷ der Gesellschafter, die Preise zu erhöhen, verhindern oder zumindest erschweren. Seine wettbewerbliche Neutralisierung ist deshalb von Gewicht für die Erlös- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten der Gesellschafter
- die Größe und Bedeutung des GU im Verhältnis zu den Gesellschaftern. Das GU muss nicht notwendig größer sein als die entsprechenden Geschäftsbereiche der betroffenen Gesellschafter des GU. Auch ein kleineres aber nicht unbedeutendes GU kann als „Scharnier“ zwischen den Müttern dienen.

176. Der Bundesgerichtshof hat so z.B. im Fall Nord-KS - betreffend einen Regionalmarkt im Bereich Kalksandstein - ein ausreichendes wirtschaftliches Interesse bei der folgenden Konstellation angenommen: Das GU hatte einen Marktanteil von ca. 7,5 %. Der eine betroffene Gesellschafter hielt zwischen 15 und 20 % Marktanteile sowie 17,5 % der Kommanditanteile am GU. Der andere betroffene Gesellschafter hielt zwischen 5 % und 10 % Marktanteile sowie 32,6 % der Kommanditanteile am GU. Fälle, die mindestens diese Marktanteilsverteilung und Beteiligungshöhen erreichen, können somit als ausreichend bedeutend für die Annahme angesehen werden, dass die beteiligten Unternehmen ein relevantes wirtschaftliches Interesse am GU und damit zu einer Koordinierung ihrer gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen haben.

177. Desweiteren können die betroffenen Gesellschafter über ihre unmittelbaren Beteiligungen hinaus wirtschaftliche Interessen am GU haben. Sie können z.B. gleichzeitig

²⁰⁷ Die erfolgreiche Durchsetzung von Preiserhöhungen ist in Übereinstimmung mit der Rechtspraxis zu Kartellen keine notwendige Voraussetzung für die Wettbewerbsbeschränkung (BGH, Beschluss vom 8.5.2001, KVR 12/99 - Ost-Fleisch, Rn. 38).

ein wesentlicher Vorlieferant oder Abnehmer des GU sein. Solche zusätzlichen wirtschaftlichen Interessen verstärken die wirtschaftliche Bedeutung des GU für ihre Gesellschafter und erhöhen damit das Koordinierungsinteresse.

4. Weitere wettbewerblich kritische Fälle mit möglichen horizontalen Effekten außerhalb der Regelvermutung (Typ-B Fälle)

178. Sind die Voraussetzungen der Regelvermutung der Typ-A Fälle nicht erfüllt, sind eine Wettbewerbsbeschränkung und ein Verstoß gegen § 1 GWB damit nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Bei der Subsumtion unter das Kartellverbot (außerhalb der Regelvermutung) sind die jeweils erfüllten Kriterien gemäß der Typ-A Fälle im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen.

179. Die im Folgenden dargestellten Typ-B Fälle sind auf Grundlage der Ergebnisse der Sektoruntersuchung formuliert worden. Sie betreffen weitere häufiger auftretende Konstellationen²⁰⁸, die im Einzelnen beschrieben werden und deren rechtliche Interpretation durch die 1. Beschlussabteilung im Walzasphaltsektor erläutert wird. Die Typ-B Fälle (wie auch die Typ-C Fälle, siehe unten Rn. 194 ff.) stellen dabei nicht notwendig eine abschließende Typisierung für weitere kartellrechtlich problematische Konstellationen im Bereich Walzasphalt dar.

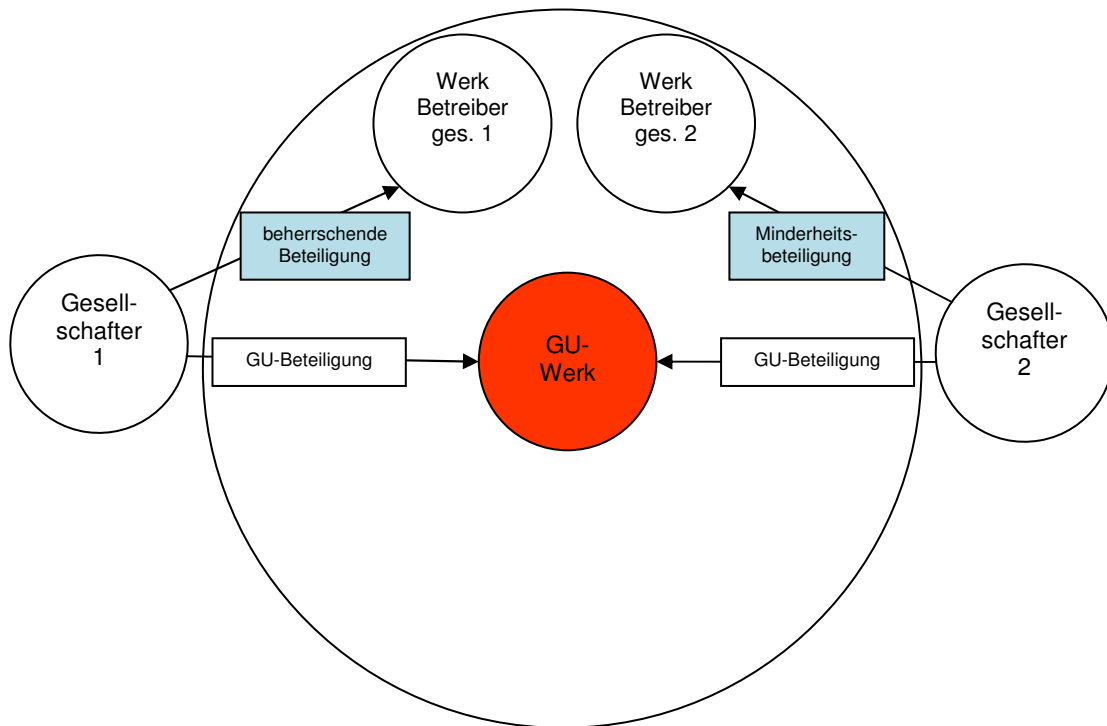
180. Die drei Typ-B Fälle unterscheiden sich von den Typ-A Fällen dadurch, dass einzelne Voraussetzungen der Regelvermutung nicht erfüllt sind:

- Im Unterfall Typ B 1 ist nur ein Gesellschafter „selbst“ im Markt tätig und mindestens ein weiterer Gesellschafter ist „nur“ über eine nicht beherrschte Beteiligungsgesellschaft im Markt tätig.
- Der Unterfall Typ B 2 unterscheidet sich von der Regelvermutung im Hinblick auf die Art des Wettbewerbsverhältnisses: Nur ein Gesellschafter ist im Markt tätig. Mindestens ein weiterer Gesellschafter des GU ist nicht unmittelbar im Markt tätig, sondern „nur“ als potentieller Wettbewerber anzusehen, weil er nur im unmittelbar benachbarten Markt tätig ist.
- Im Unterfall Typ B 3 sind mindestens zwei Gesellschafter des GU weder im Markt des GU noch in unmittelbar räumlich benachbarten Märkten des GU tätig, treffen aber auf anderen regionalen Märkten als Wettbewerber aufeinander.

²⁰⁸ S. unten Kapitel C. Abschnitt III., Rn. 231 ff.

4.1. Mindestens zwei Gesellschafter sind neben dem GU über Beteiligungsgesellschaft(en) auf demselben sachlich und räumlich relevanten Markt tätig, aber nur ein Gesellschafter beherrscht eine dieser Beteiligungsgesellschaften (Typ-B 1 Fälle)

181. **Abbildung 8:** Typ-B 1 Fall



182. Die Regelvermutung wurde vom Bundesgerichtshof bislang in Fällen bejaht, bei denen mindestens zwei Gesellschafter neben dem GU auf demselben Markt wie das GU mit beherrschten Beteiligungsgesellschaften oder mit unmittelbar unternehmenseigenen Ressourcen tätig waren.²⁰⁹ Der Bundesgerichtshof hat im Fall Nord KS offengelassen, ob für Typ-B 1 Fälle die Regelvermutung zur Wettbewerbsbeschränkung auch für das Verhältnis zwischen den nicht von den GU-Gesellschaftern beherrschten Beteiligungsgesellschaften und dem GU gilt. Die Typ-B 1 Fälle umfassen eine Vielzahl von variierenden Einflussnahmemöglichkeiten und sonstigen relevanten Interessen der betroffenen Gesellschafter beim GU und bei den anderen Beteiligungsgesellschaften. Letztere sind regelmäßig ebenfalls GU im Sinne der hier verwendeten Definition.

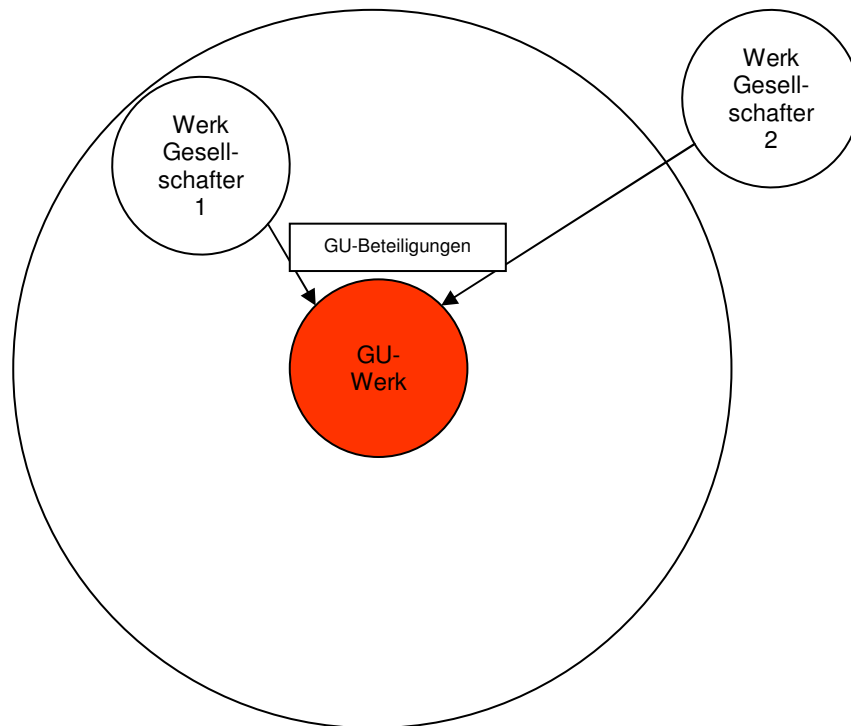
²⁰⁹ BGH, Urteil vom 23.06.2009, KZR 58/07 - Gratiszeitung Hallo, Rn. 17; BGH, Beschluss vom 04.03.2008, KVZ 55/07 - Nord-KS, Rn. 14; Beschluss vom 08.05.2001, KVR 12/99 - Ost-Fleisch, Rn. 34.

183. Die möglichen Wettbewerbsbeschränkungen zwischen den Beteiligungsgesellschaften und dem GU sind letztlich wie bei der Regelvermutung im Rahmen der Gesamtbetrachtung des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs zu ermitteln. Der Typ-B1 Fall unterscheidet sich von der Regelvermutung letztlich nur darin, dass ein Gesellschafter bei der relevanten (Minderheits-)Beteiligungsgesellschaft keine Beherrschungsmöglichkeiten hat. Bei der gebotenen Gesamtbetrachtung wird es insbesondere darauf ankommen zu prüfen, welche rechtlichen (z.B. Sperrrechte) und faktischen Einflussmöglichkeiten (z.B. wettbewerblich erheblicher Einfluss) der betroffene Gesellschafter jeweils hat, wie sich seine Einflussmöglichkeiten von denen seiner jeweiligen Mitgesellschafter unterscheiden, welche strategischen Interessen er hat und welche wirtschaftliche Bedeutung die betroffene Beteiligungsgesellschaft für ihn hat, um eine vergleichbare Interessenlage begründen zu können, wie diese im Fall einer Beherrschung gemäß den Typ-A Fällen besteht. Darüber hinaus dürfte auch das wettbewerbliche Gewicht der Beteiligungsgesellschaft im relevanten Markt für das Koordinierungsinteresse von einer größeren Bedeutung sein. Auch die für das GU und den betroffenen Markt relevanten bundes- und landesweiten Verflechtungen zwischen Unternehmen können berücksichtigt werden.²¹⁰

²¹⁰ S. oben Kapitel B. Abschnitt IV.1., Rn. 60.

4.2. Mindestens ein Gesellschafter ist nicht auf demselben räumlich relevanten Markt wie das GU und ein anderer Gesellschafter tätig, sondern nur auf einem räumlich eng benachbarten Markt (Typ-B2 Fälle)

184. **Abbildung 9:** Typ-B 2 Fall



185. In den bisher entschiedenen Fällen hatte der Bundesgerichtshof nur über Sachverhalte zu entscheiden, in denen die Gesellschafter gleichzeitig aktuelle Wettbewerber des gemeinsamen GU waren. Die Typ-B2 Fälle unterscheiden sich von der Regelvermutung im Hinblick auf die Art des Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem/den Gesellschafter(n) einerseits und dem GU andererseits. In der Fallkonstellation Typ-B2 ist mindestens ein Gesellschafter nur auf einem räumlich eng benachbarten Markt des GU tätig und somit nur ein potenzieller Wettbewerber des GU. Unterfälle dieser Konstellation können insoweit auftreten, dass nur ein Gesellschafter oder beide Gesellschafter potenzielle Wettbewerber des GU sind oder beide Gesellschafter auf dem gleichen eng benachbarten Markt oder auf unterschiedlichen, eng benachbarten Märkten des GU tätig sind.

186. Aufgrund der Fallkonstruktion kommt damit für die Annahme einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung der Ermittlung der Stärke des potenziellen Wettbewerbsverhältnisses zwischen den betroffenen Unternehmen eine besondere Bedeutung zu.

Hierbei kann aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls sowohl ein relevanter potenzieller Wettbewerbsdruck von Seiten des Gesellschafters auf den Markt ausgehen auf dem das GU tätig ist, wie umgekehrt ein relevanter potenzieller Wettbewerbsdruck des GU auf den Markt auf dem der Gesellschafter tätig ist.

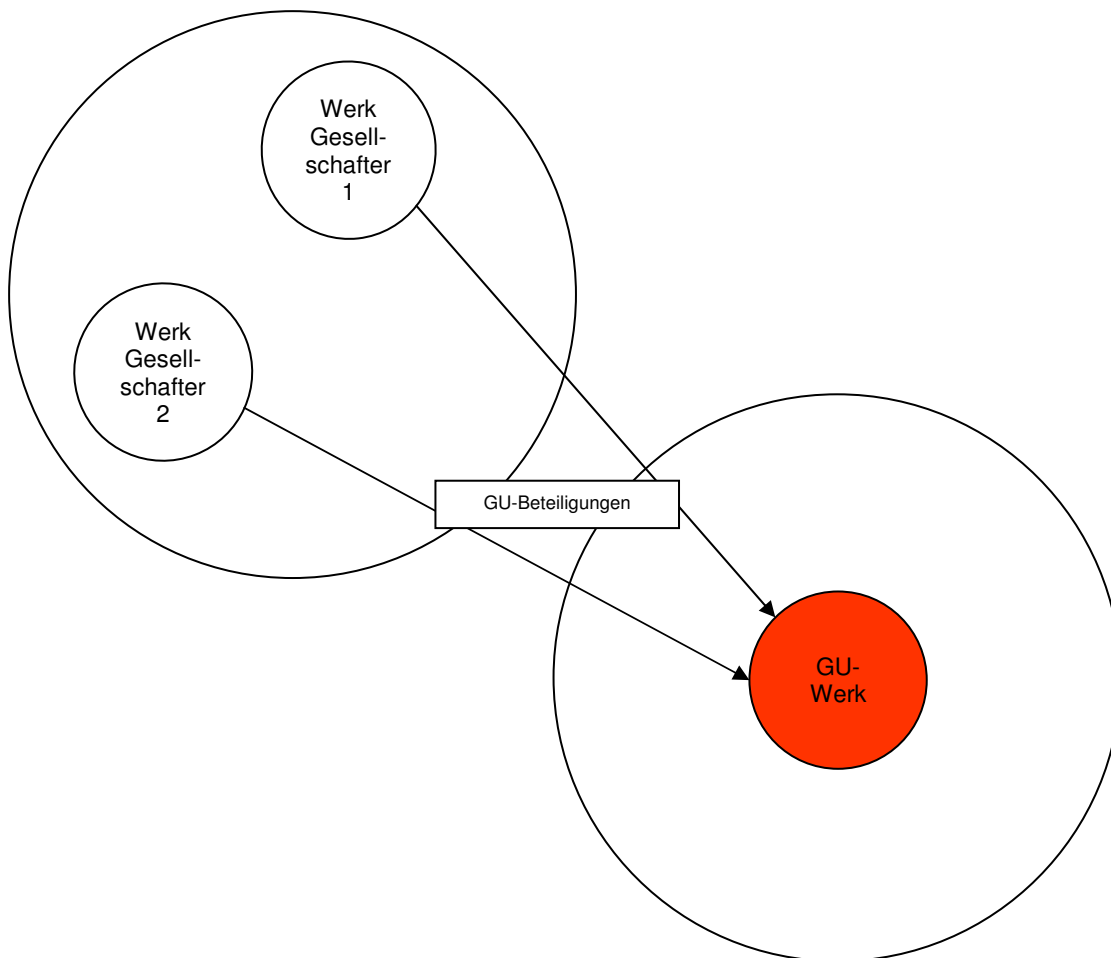
187. Ein solches relevantes potenzielles Wettbewerbsverhältnis wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn ein Gesellschafter nicht in das Marktgebiet des GU einliefert, gleichzeitig aber andere Wettbewerber auf dem Markt des GU tätig sind, die nicht mit dem GU gesellschaftsrechtlich verbunden sind und in etwa die gleiche Entfernung vom Marktgebiet des GU haben wie der betroffene Gesellschafter. In einem solchen Fall ist vor dem Hintergrund der einschlägigen Unternehmensverflechtungen zu prüfen, ob die Nichteinlieferung in das Marktgebiet des GU aufgrund einer unternehmerisch zweckmäßigen Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens erfolgt. Die Gesamtbetrachtung kann im Einzelfall ergeben, dass zwischen den betroffenen Gesellschaftern und dem GU möglicherweise ein (auch) kartellrechtlich relevantes Wettbewerbsverbot zugunsten des GU besteht. Da ein solches Wettbewerbsverbot jedoch nicht wirksam im Verhältnis der Gesellschafter untereinander vereinbart werden kann und einer der Gesellschafter bereits auf demselben räumlich relevanten Markt wie das GU tätig ist, wird im jedem Fall der potenzielle Wettbewerb zwischen den Gesellschaftern unzulässig beschränkt.
188. Die oben dargestellte Annahme zum potenziellen Wettbewerbsverhältnis gilt unter denselben Voraussetzungen auch für das GU, welches nicht in das Marktgebiet seines Gesellschafters einliefert. In diesem Fall wird eine Rücksichtnahme des GU oder/und des auf demselben räumlich relevanten Markt wie das GU tätigen anderen Gesellschafters gegenüber dem betroffenen Gesellschafter den Wettbewerb regelmäßig unzulässig beschränken. Beide sind - mit der Ausnahme von im Bereich Walzasphalt nicht üblichen Überkreuzbeteiligungen - regelmäßig nicht selbst Gesellschafter des betroffenen Gesellschafters. Eine zulässige Rücksichtnahme zugunsten des betroffenen Gesellschafters aufgrund eines Wettbewerbsverbotes scheidet bereits deswegen aus, da beide keine entsprechende gesellschaftsrechtliche Treuepflicht gegenüber dem betroffenen Gesellschafter, weder aus einer eigenen Gesellschafterstellung noch aus dem Gesellschaftsverhältnis des GU selbst innehaben.²¹¹

²¹¹ Siehe dazu unten Kapitel C. Abschnitt II.5.2.1. (b), Rn. 222 ff. Soweit die Überkreuzbeteiligung bezweckt oder bewirkt, dass der Wettbewerb zwischen den wechselseitig beteiligten Gesellschaftern mittels Wettbewerbsverboten untereinander beschränkt wird, sind die einzelnen Wettbewerbsverbote, bzw. die Wettbewerbsverbote in ihrer Gesamtheit regelmäßig kartellrechtlich unzulässig.

189. Eine besondere Fallkonstellation kann zum Beispiel auch vorliegen, wenn das Marktgebiet des GU genau zwischen den Marktgebieten seiner Gesellschafter liegt. Hier kann dem GU eine Pufferfunktion zwischen seinen Gesellschaftern zukommen²¹². Sie kann dazu führen, dass weder die Gesellschafter in den Markt des GU eintreten noch ihre Tätigkeit auf die jeweiligen Märkte ihrer Mitgesellschafter ausdehnen. Im Übrigen kommt es natürlich auch hier auf die Gesamtumstände des konkreten Einzelfalls an, ob aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen die Intensität des Wettbewerbs im Sinne der BGH-Rechtsprechung zwischen den betroffenen Unternehmen verringert wird.

4.3. Mindestens zwei Gesellschafter eines GU sind zwar nicht im Markt oder räumlich eng benachbarten Märkten des GU tätig, treffen aber in anderen räumlichen Märkten als Wettbewerber aufeinander (Typ-B 3 Fälle)

190. **Abbildung 10:** Typ-B 3 Fall



²¹² Vgl. BKartA, TB 1989/90, S. 61, Abschnitt 8. Absatz 1 am Ende.

191. Auch diese Fallkonstellation hat der Bundesgerichtshof noch nicht entscheiden müssen.

Die möglichen Beschränkungen des aktuellen oder potenziellen Wettbewerbs zwischen den Gesellschaftern, bzw. weiteren gemeinsamen Beteiligungsgesellschaften der Gesellschafter ergeben sich auf dem Markt des GU und anderen Märkten. Zum einen verzichten Gesellschafter als unabhängige Unternehmen aufgrund des GU unter Umständen jeweils teilweise oder vollständig auf eine eigenständige wettbewerbliche Tätigkeit **im Markt des GU**, obwohl sie unter rechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten auch individuell dazu in der Lage sind. Zum anderen können von dem GU spill-over Effekte **auf anderen Märkten**, auf denen die Gesellschafter Wettbewerber sind, ausgehen. Anders als in den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen, kommt die gemeinsame Interessenbindung und die daraus abgeleitete Koordinierungswirkung in Bezug auf die spill-over Effekte nicht unmittelbar aus dem strategischen und wirtschaftlichen Interesse der Gesellschafter an dem GU und dem unmittelbar betroffenen räumlichen Markt. Das übergeordnete gemeinsame Interesse folgt einerseits aus der gemeinsamen unternehmerischen Verantwortung als Gesellschafter eines/und oder mehrerer GU und der hiermit verbundenen Notwendigkeit regelmäßig in dem GU Rücksicht auf die gegenseitigen Interessen zu nehmen und zum Ausgleich zu bringen. Zum anderen besteht regelmäßig ein Interesse, diese vertrauensvolle Zusammenarbeit durch „Konflikte“ in anderen Märkten nicht zu gefährden sowie ein Anreiz, diese vertrauensvolle Zusammenarbeit aufgrund eines gemeinsamen wirtschaftlichen Interesses auf Märkte zu übertragen, in denen man sich als Wettbewerber gegenübertritt. Damit sind bei der kartellrechtlichen Gesamtbetrachtung auch die relevanten bundes- und landesweiten Verflechtungen zwischen Unternehmen einschließlich sämtlicher gemeinsamer GU-Beteiligungen zu berücksichtigen.²¹³

192. Die Wahrscheinlichkeit und die wettbewerblichen Auswirkungen der vorbeschriebenen spill-over-Effekte - wie auch der Wettbewerbsbeschränkung auf dem Markt des GU - hängen naturgemäß von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Es erscheint dabei eher unwahrscheinlich, dass es zu relevanten spill-over-Effekten kommt, wenn zwischen zwei Wettbewerbern nur ein GU besteht, dieses GU nur eine eingeschränkte wirtschaftliche Bedeutung für die Gesellschafter hat und sich die Gesellschafter auch nur auf wenigen und wirtschaftlich weniger bedeutsamen Märkten begegnen. Anders liegt der Fall, wenn Wettbewerber jeweils in Netzwerke von GU eingebunden sind, sonstige Verflechtungen bestehen, das wirtschaftliche Gewicht dieser GU im Verhältnis

²¹³ S. oben Kapitel B. Abschnitt IV.1., Rn. 60.

zur eigenen Tätigkeit nicht unbedeutend ist, und man sich regelmäßig auf anderen Märkten auch als Wettbewerber begegnet. Unter solchen Umständen ist anzunehmen, dass die gewichtige gemeinsame Interessenbindung aus dem Geflecht von GU auch unabhängig von der auf das einzelne GU beschränkten Betrachtung zu einer Rücksichtnahme im Wettbewerb und damit zu einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung auf den Märkten führt, in denen sich die Gesellschafter grundsätzlich als unabhängige Wettbewerber gegenüberstehen.

193. Stellt das GU in Bezug auf seinen Markt oder wegen der spill-over Effekte eine Wettbewerbsbeschränkung dar, ist es zugleich Ausdruck einer Strategie der **rechtswidrigen Koordinierung zwischen den beteiligten Gesellschaftern**. Die Fallkonstellation des Typen B 3 wurde hier nur vorläufig und im Hinblick auf die Verflechtungen zwischen den vier großen Wettbewerbern untersucht.

5. Wettbewerbsbeschränkungen durch Informationsflüsse zwischen dem GU und einzelnen oder mehreren Gesellschaftern (Typ-C Fälle)

194. Die Beschlussabteilung hat sich im Rahmen der Sektoruntersuchung auch Protokolle von Gesellschafterversammlungen und Beiratssitzungen übersenden lassen. Sie hat festgestellt, dass - ohne dass bisher eine systematische Überprüfung dieser Unterlagen vorgenommen wurde - in einer erheblichen Zahl von Fällen ein reger Informationsaustausch von den GU zu den Gesellschaftern stattfindet. Dabei werden häufig zum Beispiel aktuelle und detaillierte Geschäftsergebnisse sowie die künftige Preisgestaltung des GU und die Strategie für einzelne vergaberechtliche Ausschreibungen mitgeteilt.

195. In zahlreichen Fällen werden GU nicht durch einzelne Gesellschafter oder mehrere Gesellschafter gemeinsam²¹⁴ beherrscht und sind nicht mit diesen zu einem einheitlichen Unternehmen verbunden. Damit können sich nicht beherrschende Gesellschafter von GU im Hinblick auf kartellrechtlich relevantes Verhalten in Bezug auf dieses Unternehmen nicht auf das sog. Konzernprivileg²¹⁵ berufen. Die wettbe-

²¹⁴ Gemäß § 36 Abs. 2 S. 2 GWB gilt jedes von mehreren Unternehmen als herrschendes, wenn diese derart zusammenwirken, dass sie gemeinsam einen beherrschenden Einfluss ausüben können. Dies setzt grundsätzlich erhebliche und beständige Möglichkeiten und Anreize zur Kooperation im beherrschten Unternehmen voraus.

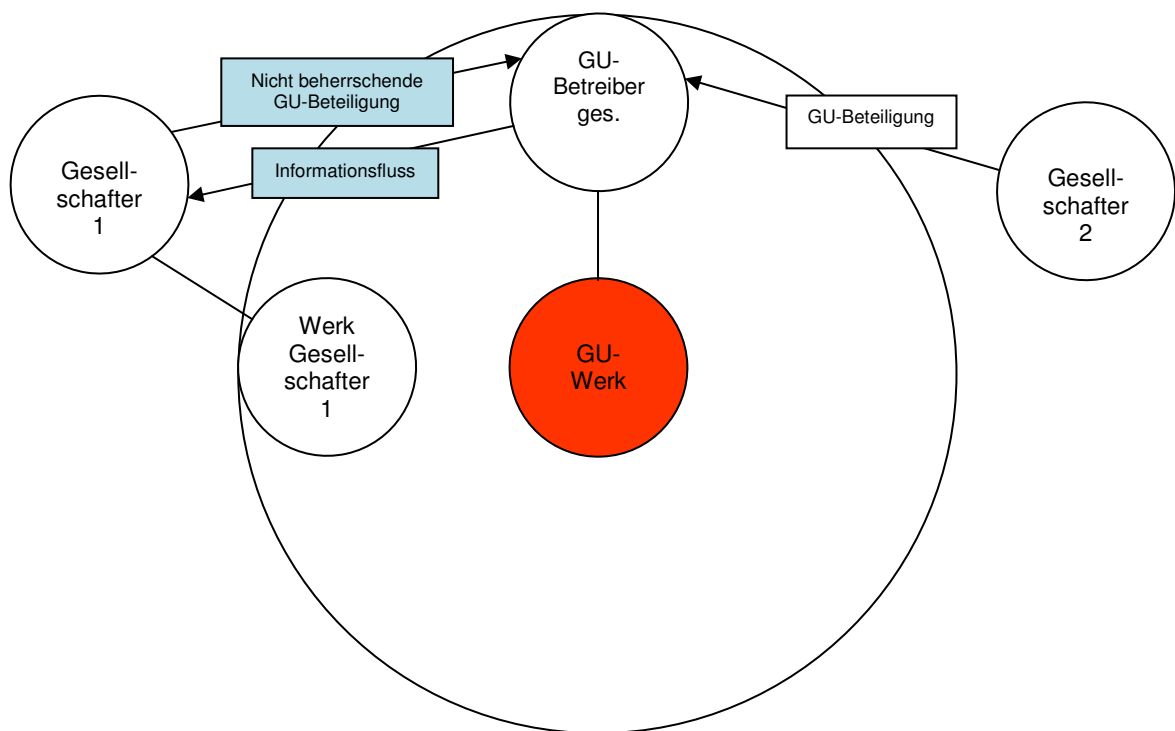
²¹⁵ Aufgrund der auf den Unternehmensbegriff des § 1 GWB anwendbaren Verbundklausel § 36 Abs. 2 GWB sind die nach aktienrechtlichen Begriffen abhängigen und herrschenden Unternehmen als ein einheitliches Unternehmen anzusehen (BGH, Urteil vom 23.6.2009, KZR

werblichen Beziehungen zwischen einem nichtbeherrschenden Gesellschafter und der Beteiligungsgesellschaft unterliegt damit uneingeschränkt dem Kartellverbot des § 1 GWB.

196. Der Wettbewerb zwischen einem Gesellschafter und dem GU kann dabei insbesondere aufgrund der Wahrnehmung von Informationsmöglichkeiten des Gesellschafters und/oder der Unternehmensorgane beim GU beschränkt werden.²¹⁶

197. Diese Fallkonstellationen werden im Folgenden als Typ-C Fall im Einzelnen beschrieben und ihre rechtliche Interpretation durch die 1. Beschlussabteilung im Walzasphaltsektor wird erläutert.

198. **Abbildung 11:** Typ-C Fall



21/08 - Entega). Der Wettbewerb kann wegen der (konzern)immanenten Abhängigkeit in einem solchen Fall grundsätzlich nicht beschränkt werden.

²¹⁶ Vgl. allgemein die Kategorie 3 bei Milanesi/Winterstein, Minderheitsbeteiligungen und personelle Verflechtungen zwischen Wettbewerbern – Zur Anwendung von Artikel 81 und 82 EG-Vertrag, S. 6 (online-Version), in: Rolfes/Fischer, Handbuch der Europäischen Finanzdienstleistungsindustrie, 2001.

5.1. Das Verhältnis der Typ-C Fälle zu den anderen GU-Typen

199. Der Typ C ist häufig auch parallel erfüllt, wenn ein GU unter einen der vorbehandelten Typen A und B fällt. Der Typ C bildet mit den darin erfassten Informationsflüssen einen komplementären Baustein zu den vorbehandelten Typen.
200. Die Typen C und A unterscheiden sich sowohl sachlich als auch in ihren Voraussetzungen. Der Typ C ist mit Blick auf die Marktkonstellation weiter definiert, da nicht notwendig mehr als ein Gesellschafter auf dem Markt des GU tätig ist. Das GU ist Teilnehmer, nicht aber - wie beim Typen A - auch Medium der wettbewerblichen Koordinierung. Der Typ C setzt regelmäßig einen tatsächlichen, den Wettbewerb beschränkenden Informationsfluss voraus. Letzteres ist für den Kartellrechtsverstoß beim Typen A nicht erforderlich. Mit dem Typen A werden die strategischen und wirtschaftlichen Anreize zur Dämpfung des Wettbewerbs in einer besonderen Marktkonstellation erfasst, bei der mehrere Gesellschafter neben dem GU auf demselben Markt tätig sind. Außerdem setzt die Wettbewerbsbeschränkung beim Typen C in Bezug auf die Informationsmöglichkeiten des Gesellschafters keinen „wettbewerblich erheblichen oder sonstigen Einfluss“ auf die Tätigkeit des GU voraus. Minderheitsgesellschafter²¹⁷ können im Verhältnis zum GU weit reichende - insbesondere gesellschaftsrechtliche - Informationsrechte innehaben und ausüben, mit denen kein entsprechender „Einfluss“ verbunden ist.²¹⁸ Die kartellrechtliche Prüfung in Bezug auf die drei Typ-B Fälle kann Bezug auf die im Typen C selbständig erfassten Informationsflüsse nehmen.

²¹⁷ In den USA werden Wettbewerbsbeschränkungen durch Minderheitsbeteiligungen an Wettbewerbern insbesondere mit Blick auf

1. wettbewerbliche Einflussmöglichkeiten des Erwerbers bei der Zielgesellschaft,
2. die im deutschen Recht bei Typ A erfasste Rücksichtnahme des Erwerbers auf die Zielgesellschaft (GU) aus dem wirtschaftlichen Gesamtkalkül und
3. den Zugang des Erwerbers zu wettbewerblich sensiblen Informationen geprüft (U.S. Horizontal Merger Guidelines, section 13, S. 33 f).

Der Erwerb von Minderheitsbeteiligungen sowie personelle Verflechtungen (interlocking directorates) sind unter den allgemeinen Voraussetzungen des Hart-Scott-Rodino Act zu notifizieren. Der Erwerb als *acquisition of any part of the stock or other share capital resulting in a lessening of competition* kann nach Section 7 (3) Clayton Act (15 U.S.C. § 18) als sog. Finanzbeteiligung (solely for investment) freigestellt sein, wenn die damit verbundenen Einflussmöglichkeiten nicht möglicherweise zu Wettbewerbszwecken eingesetzt werden sollen (vgl. OECD, Policy Roundtables Minority Shareholdings, 2008, DAF/COMP(2008)30, S. 41 f.). Daneben kann das Kartellverbot des Section 1 Sherman Act (15 U.S.C. § 1) auf den Erwerb und das Halten von Minderheitsbeteiligungen anwendbar sein.

²¹⁸ Vgl. zum Informationsfluss auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.7.2002, Kart 37/01 (V), Rn. 37.

201. Zwischen den Typen A, B und C besteht mit Blick auf die Subsumtion unter § 1 GWB kein Hierarchie- oder Ausschließlichkeitsverhältnis. Der Typ C ist als eigenständiger Typ relevant und bildet zugleich eine Art „Auffangkonstellation“.
202. Der Typ C ist auch bei der freiwilligen oder behördlich anzuordnenden „Auflösung“ von GU des Typen A relevant. Im Einzelfall ist zu beachten, dass der Typ C beispielsweise beim Ausscheiden eines konkurrierenden Gesellschafters nicht erfüllt wird oder weiter besteht. Der Typ C scheidet in den Fällen des Kontrollerwerbs eines verbleibenden Gesellschafters wegen des dann bestehenden Konzernprivilegs aus. Im Einzelfall ist die Fusionskontrolle durchzuführen, wenn die Umgestaltung einen anmeldepflichtigen Zusammenschluss darstellt.
203. Die im Folgenden dargestellten Wettbewerbsbeschränkungen ergeben sich beim Typen C - in Abgrenzung zum Typen A - nicht notwendig direkt und allein aus dem GU-Gesellschaftsvertrag. Der Gesellschaftsvertrag dürfte beim Typen C - anders als im Fall Nord KS²¹⁹ oder vergleichbaren Konstellationen von Personenhandelsgesellschaften²²⁰ - regelmäßig wirksam d.h. nicht nichtig gemäß § 1 GWB i.V.m. § 134 BGB sein.

5.2. Informationsfluss als wettbewerbsbeschränkende abgestimmte Verhaltensweise und Vereinbarung gemäß § 1 GWB

204. Die GU-Betreibergesellschaft ist an einer Vereinbarung und abgestimmten Verhaltensweise beteiligt, wenn sie strategische Informationen offenlegt und ein unternehmerisch tätiger Gesellschafter diese entgegennimmt, das heißt sie „akzeptiert“.²²¹ Es findet mit den Worten der Rechtsprechung der EU-Gerichte eine Fühlungnahme zwischen Wett-

²¹⁹ BGH, Beschluss vom 4.3.2008, KVZ 55/07 - Nord-KS, Rn. 16; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.6.2007, VI-Kart 14/06 (V), S. 16 - Nord-KS; Nassall in jurisPK BGB, 5. Aufl., § 134 Rn. 83 f., 95; BKartA, TB 1987/88, S. 54 f.

²²⁰ Für die Gesellschaftsformen GmbH und AG gelten nach überwiegender Ansicht die im Klageverfahren geltend zu machenden Nichtigkeitsgründe der §§ 75 f. GmbHG, bzw. §§ 275 f. AktG (BGHZ 21,378 (381)). Verstößt der Unternehmensgegenstand als zentraler Bestandteil des Gesellschaftsvertrages selbst gegen § 1 GWB, führt dies zur Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrages der ins Handelsregister eingetragenen Gesellschaft (Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 75 Rn. 12, 15 (mit Nachweis); Hüffer, AktG, 9. Aufl., § 275 Rn. 15). Gesellschaftsverträge von AG und GmbH, sowie nichtige Beschlüsse der Gesellschafter, können von Amts wegen gelöscht werden (gemäß §§ 397, 398, 395 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit). Unabhängig von der Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages ist die Durchführung von Verhaltensweisen, die gegen den § 1 GWB verstoßen, dauerhaft verboten.

²²¹ Vgl. Rn. 62 Horizontal-LL (Fn. 5 mit Nachweisen zur Rechtsprechung der EU-Gerichte).

bewerbern statt, die den Wettbewerber, hier den Gesellschafter, über das Marktverhalten eines anderen, hier des GU, ins Bild setzt.²²²

205. Eine abgestimmte Verhaltensweise kann insbesondere vorliegen, wenn der Gesellschafter seine Informationsrechte wahrnimmt und ein Organ der GU-Betreibergesellschaft diese erfüllt, wenn die Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung für das GU wettbewerbsrelevante Beschlüsse fassen oder wenn sie an entsprechenden Diskussionen oder Informationen seitens der Organe des GU teilnehmen. Da der Informationsfluss mittelbar auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrags sowie im Allgemeinen einvernehmlich stattfindet, wird in diesen Fällen auch eine Vereinbarung als die intensivere Form der Kollusion²²³ vorliegen.
206. Die in den Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission als mögliche Ausnahme von einer rechtlich fassbaren Kollusion erwähnte „echt öffentliche“ Bekanntmachung von strategischen Informationen scheidet regelmäßig aus.²²⁴ Die im vorliegenden Abschlussbericht behandelten Informationsflüsse erfolgen ausschließlich gegenüber einzelnen oder mehreren Gesellschaftern, nicht aber gegenüber anderen Wettbewerbern oder Unternehmen der Marktgegenseite.
207. Die Informationen können von der GU-Betreibergesellschaft zu den einzelnen oder mehreren konkurrierenden GU-Gesellschaftern fließen. Dies wird regelmäßig auf unmittelbarem Wege geschehen, zum Beispiel über die Unternehmensorgane und sonstigen Bevollmächtigten. Die Informationen können aber auch mittelbar, zum Beispiel über andere Gesellschafter zum konkurrierenden Gesellschafter gelangen. Die GU-Betreibergesellschaften im Bereich Walzasphalt sind zwar grundsätzlich nicht (wechselseitig) an ihren Gesellschaftern beteiligt. Gleichfalls können entsprechende Informationen im Einzelfall ebenso vom Gesellschafter zum GU bzw. sogar wechselseitig fließen.
208. Die Beschränkung des aktuellen oder potenziellen Wettbewerbs kann durch den Informationsfluss sowohl auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage (dazu sogleich) oder auf anderem Wege stattfinden. Gemäß der Rechtspraxis zu Art. 101 AEUV ist auch die

²²² Vgl. ebenda, Rn. 61 Horizontal-LL (mit Nachweisen zur Rechtsprechung der EU-Gerichte).

²²³ EUGH in C-8/08 - T-Mobile, Rn. 23 zu den mit § 1 GWB wortgleichen Tatbestandsmerkmalen Vereinbarung und abgestimmte Verhaltensweise gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV.

²²⁴ Vgl. Rn. 63 Horizontal-LL.

einseitige und bilaterale Mitteilung und Offenlegung von strategischen Informationen zwischen Wettbewerbern wettbewerbsbeschränkend.²²⁵ § 1 GWB erfasst entsprechende einseitige Mitteilungen oder Verpflichtungen ebenfalls als Beschränkungen der wettbewerblichen Handlungsfreiheit.²²⁶ Es kommt bei der Wettbewerbsbeschränkung gemäß Art. 101 AEUV nicht darauf an, dass alle Teilnehmer an dem Informationsaustausch in gleichem Umfang Vorteile aus der Koordinierung ziehen. Diese Auslegung zu einseitigen Informationsflüssen gilt auch im Kartellverbot des § 1 GWB. Weder der Begriff der Vereinbarung²²⁷, der abgestimmten Verhaltensweise noch der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung enthalten ein Gegenseitigkeits- oder Austauschverhältnis für entsprechende Informationsflüsse.

209. Die Wettbewerbsbeschränkung besteht in der Aufhebung oder Verminderung der Unsicherheiten zwischen der GU-Betreibergesellschaft und dem am Informationsfluss teilnehmenden konkurrierenden Gesellschafter auf dem Markt für Walzasphalt. Diese Unsicherheiten werden im deutschen Wettbewerbsrecht unter dem Begriff Geheimwettbewerb geschützt.²²⁸ Die Marktbedingungen sollen durch vorstoßenden Wettbewerb der jeweils autonom entscheidenden und handelnden Marktteilnehmer und die autonome Reaktion der anderen Marktteilnehmer bestimmt werden. Dazu ist es unerlässlich, dass wettbewerbsrelevante Informationen der einzelnen konkurrierenden Marktteilnehmer geheim gehalten werden. Andernfalls kann der diese Informationen empfangende andere Marktteilnehmer entsprechende Wettbewerbsvorstöße vorwegnehmen oder sofort darauf antworten und die Zugewinne des vorstoßenden Marktteilnehmers erheblich verringern. Die Bereitschaft des informierenden GU sowie des Informationsempfängers zu individuellen Wettbewerbsvorstößen wird dadurch gedämpft. Im EU-Kartellrecht korrespondiert dies weitestgehend mit dem sog. Selbständigkeitspostulat. Danach hat jedes Unternehmen selbständig zu bestimmen, welche Geschäftspolitik es betreibt und welche Konditionen es den Kunden anbieten will. Die Unternehmen können sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Mitbewerber mit wachem Sinn anzupassen. Jedoch ist jede unmittelbare oder

²²⁵ EUG in T-202 u.a./98 - Tate & Lyle, Rn. 42 ff. (54 ff.) zu Art 101 AEUV (ex-Art. 85 EG-Vertrag/ex-Art. 81 EG).

²²⁶ Bunte in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 11. Auflage, Band 1 GWB, § 1 Rn. 114 unter Hinweis auf die Rechtspraxis zu einseitigen Wettbewerbsverboten.

²²⁷ Vgl. EUGH in C-7/95 P - John Deere, Rn. 88.

²²⁸ BKartA, Nord KS Rn. 119-121 mit Nachweisen und Rn. 128; BGH, Beschluss vom 29.1.1975 - Aluminium-Halbzeug, WuW/E BGH 1337, 1339, 1341; BGH, Beschluss vom 18.11.1986 - Baumarkt-Statistik, WuW/E BGH 2313.

mittelbare Fühlungnahme zwischen Unternehmen verboten, die Wettbewerbsbedingungen bezweckt oder bewirkt, die im Hinblick insbesondere auf die Reaktionsverbundenheit nicht den normalen Bedingungen des konkreten Marktes entsprechen.²²⁹ Der Informationsfluss steigert die Transparenz, insbesondere für den empfangenden Gesellschafter, künstlich und vermindert die Wettbewerbsanreize.

210. Der Einwand, einseitige Informationsflüsse benachteiligten das unabhängige GU im Wettbewerb und fänden daher grundsätzlich nicht statt, schließt die Feststellung der Wettbewerbsbeschränkung gemäß Typ C weder allgemein noch im Einzelfall aus. Er beruht auf einem Zirkelschluss. Die zu beweisende Behauptung, der stets fehlende Anreiz zur wettbewerbsbeschränkenden Informationsübermittlung, enthält das erst noch zu Beweisende, die stets fehlende Wettbewerbsbeschränkung. Unabhängig davon wird der postulierte wirtschaftliche Anreiz des Informationsgebers häufig durch den Einfluss der Gesellschafter oder andere Anreize überlagert werden. Es können Gegengeschäfte als Ausgleich getätigt werden. Der Informationsgeber kann selbst unmittelbar profitieren, wenn der mit ihm konkurrierende Gesellschafter sich an den Informationen orientiert und seine Wettbewerbsanreize sinken. Solche Anreize des Informationsgebers stellen keine notwendige Voraussetzung für die Wettbewerbsbeschränkung dar.
211. Eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn die Vereinbarung, bzw. die abgestimmte Verhaltensweise schon ihrer Natur nach und damit erfahrungsgemäß geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Negative Marktwirkungen müssten dann im Einzelfall nicht mehr geprüft und nachgewiesen werden.²³⁰ Werden Informationen über die individuellen Absichten des GU in Bezug auf sein künftiges Preis- oder Mengenverhalten übermittelt, ist die Ausschaltung der mit dem Wettbewerb verbundenen Unsicherheit eindeutig mehr als wahrscheinlich. Damit ist zugleich auch die Wahrscheinlichkeit besonders groß, dass es zu einem Kollusionsergebnis kommt, auch wenn die bewirkte Wettbewerbsbeschränkung als Alternative zur bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nicht geprüft werden muss. In diesen Fällen liegt nach den Horizontal-Leitlinien regelmäßig eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor.²³¹

²²⁹ EUGH, C-7/95 P - John Deere, Rn. 86 f.

²³⁰ EUGH C-209/07, *BIDS*, Rn. 17; Bunte in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 11. Auflage, Band 1 GWB, § 1 Rn. 223 (225).

²³¹ Rn. 73 f. Horizontal-LL.

212. Darüber hinaus kann der Informationsfluss zu einer Kollusion unter den konkurrierenden Gesellschaftern führen. Dies gilt ebenfalls unabhängig von der Beteiligungshöhe oder einem „wettbewerblich erheblichen Einfluss“ auf das GU. Berücksichtigen mehrere Gesellschafter für ihre eigene Marktstrategie diejenige des GU, entwickeln sie insoweit übereinstimmende Erwartungen.²³²
213. Bei der Prüfung der bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkung ist im Einzelfall neben der Art und dem strategischen Wert der übermittelten Informationen im Rahmen der Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen, ob der gesellschaftsrechtlich „abgesicherte“ Informationsfluss dauerhaft und regelmäßig erfolgt und den Gesellschaftern vorbehalten ist.²³³ Auch die im Typen A²³⁴ erfassten Kriterien wie die strategischen Interessen der beteiligten Unternehmen und die wirtschaftliche Bedeutung der Koordinierung können berücksichtigt werden. Die eine Kollusion fördernden wirtschaftlichen Bedingungen auf vielen betroffenen Walzasphaltmärkten sind eine hinreichende Transparenz, eine erhöhte Konzentration, nicht-komplexe, stabile und symmetrische Angebots- und Nachfragebedingungen, ein homogenes Produkt und keine wesentliche Bedeutung von Innovation.²³⁵
214. In der Rechtspraxis zu Art. 101 AEUV besteht die widerlegbare Vermutung für die Kausalität zwischen dem Informationstausch und der Wettbewerbsbeschränkung. Danach wird vermutet, dass die beteiligten und weiterhin auf dem Markt tätigen Unternehmen die von ihren Wettbewerbern erhaltenen Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens berücksichtigen.²³⁶ Die allgemein formulierte Kausalitätsvermutung ist auch im Rahmen des § 1 GWB anwendbar. Zum einen enthalten beide Normen das (insoweit) inhaltsgleiche Bezugsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung. Die Grundlage der Kausalitätsvermutung wie auch der Regelvermutung zur Wettbewerbsbeschränkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (siehe oben beim Typen A) ist das „Modell“ des wirtschaftlich und vernünftig handelnden Kaufmanns. Darüber hinaus ist die Kausalitätsvermutung mit dem wirtschaftlichen Grundsatz bei der

²³² Rn. 66 Horizontal-LL.

²³³ Vgl. Rn. 76 Horizontal-LL.

²³⁴ S. oben Kapitel C. Abschnitt II.3.3.

²³⁵ Vgl. Rn. 75 ff. Horizontal-LL.

²³⁶ Rn. 62 Horizontal-LL, Fn. 6-9 mit Nachweisen; EUGH, C-8/08 - T-Mobile, Rn.51/53; EUG, T-208/06 - Quinn Barlo, Rn. 40. Die Gerichte und Wettbewerbsbehörden der EU-Mitgliedstaaten sind bei der Anwendung des Art. 101 AEUV an die Kausalitätsvermutung gebunden. Das nationale (Verfahrens-)Recht betreffend die Beweislastverteilung bleibt deshalb außer Betracht. (ebenda, Rn. 44-53).

Anwendung des § 1 GWB vereinbar, wonach [...] die [...] Ausschaltung des Wettbewerbs grundsätzlich der Steigerung des Gewinns der daran beteiligten Unternehmen dient.²³⁷ Dieser Grundsatz setzt eine Kausalität zwischen der Koordinierung und dem Marktverhalten in gewisser Weise voraus.²³⁸

5.2.1. Kartellverbot, gesellschaftsrechtliche Informationsrechte und gesellschaftsrechtliche Beschränkungen

215. Das Informationsrecht des Gesellschafters ist wesentlicher Bestandteil der gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaftsrechte und es ist Bestandteil des Eigentumsgrundrechts gemäß Art. 14 Grundgesetz (GG).²³⁹ Für die Anwendung des allgemein formulierten Verbotsgesetzes § 1 GWB und des Merkmals der Wettbewerbsbeschränkung ist es jedoch ohne Bedeutung, ob der wettbewerbsbeschränkende Informationsfluss auf gesellschaftsrechtlicher „Grundlage“ stattfindet. Denn das Kartellverbot ist eine eigenständige Inhaltsbestimmung des Eigentumsgrundrechts gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG. Es gestaltet mit der eigenständigen Beschränkung des gesellschaftsrechtlichen Informationsrechts den Inhalt des Eigentumsgrundrechts (mit). Für die Zwecke des Abschlussberichts genügt der Hinweis, dass der Wesensgehalt des Eigentumsgrundrechts nicht angegriffen wird. Die wirtschaftliche Verfügungsbefugnis, die privatnützige Verwendung der Gesellschaftsanteile, der vorhandene wirtschaftliche Wert und die Gewinnmöglichkeiten werden nicht beschränkt. Das Zurücktreten des Kartellverbotes würde im Kontext der Typ-C Fälle dagegen ein drastisches Potenzial für die Umgehung des Kartellverbots eröffnen und das Regelungsziel des Wettbewerbsschutzes lückenhaft machen.

216. Zugleich ergeben sich aus dem Gesellschaftsrecht selbst bestimmte Beschränkungen der Informationsrechte, die auf den ersten Blick mit der kartellrechtlichen Beschränkung in Beziehung stehen. Der Zusammenhang zwischen dem Gesellschafts- und Kartellrecht ist in dieser Form, soweit ersichtlich, noch nicht genauer behandelt worden.

²³⁷ BGH, Beschluss vom 28.6.2005, KRB 2/05 – Transportbeton, vgl. auch BGH, Beschluss vom 28.6.2011, KZR 75/10 – ORWI, Rn. 26 zu den schädlichen Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber der Marktgegenseite. Diese Auswirkungen korrespondieren in weiten Teilen mit der soeben im Text dargestellten Gewinnsteigerung.

²³⁸ Dies bedeutet aber keinesfalls, dass die Nichtbefolgung oder Nichtumsetzung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen einen Verstoß gegen das in § 1 GWB normierte Gefährdungsdelikt ausschließt. Die Wettbewerbsbeschränkung ist regelmäßig spürbar, wenn das betreffende GU und die mit ihm in Wettbewerb stehenden Gesellschafter einen hinreichend großen Teil des betroffenen Marktes ausmachen.

²³⁹ BVerfG, Kammerbeschluss vom 20.9.1999, 1 BvR 636/95, Leitsatz 1 zum Aktiengesetz.

Aus diesem Grund wird diese Beziehung für die Zwecke der Transparenz und der Selbstveranlagung der Unternehmen im folgenden Unterabschnitt skizziert.

217. Zunächst werden die gesellschaftsrechtlichen Informationsrechte (a) und ihre Beschränkungen (b) angesprochen. Anschließend wird das Verhältnis der gesellschaftsrechtlichen Beschränkungen und des Kartellverbots dargestellt (c). Im Rahmen der Gesamtbetrachtung zum Tatbestandsmerkmal Wettbewerbsbeschränkung sind beim Typen C im Einzelfall weitere Informationsmöglichkeiten aus anderen Verbindungen zu berücksichtigen.²⁴⁰

(a) Gesellschaftsrechtliche Informationsrechte

218. Der Umfang und Inhalt von Informationsrechten der Gesellschafter oder Unternehmensorgane sind bei den verschiedenen Gesellschaftsformen sowie innerhalb der einzelnen GU mit derselben Gesellschaftsform nicht einheitlich geregelt.²⁴¹ Die gesetzlich angelegten Informationsrechte können erweitert oder - soweit zulässig - gesellschaftsvertraglich beschränkt werden. Ca. 96 % der von der Sektoruntersuchung konkret erfassten GU-Betreibergesellschaften im Bereich Walzasphalt haben die Gesellschaftsform einer GmbH & Co. KG oder einer GmbH.²⁴² Die Darstellung beschränkt sich daher auf die beiden Gesellschaftsformen.

219. Während der Kommanditist von seiner Kommanditgesellschaft (KG) den Jahresabschluss verlangen und seine Richtigkeit unter Einsicht der dafür erforderlichen Bücher prüfen kann²⁴³, haben der Komplementär sowie der GmbH-Gesellschafter jeweils inhaltlich umfassende, zeitlich nicht begrenzte und teils nicht vertraglich abdingbare Informationsrechte (durch Auskunft und Einsicht) unter anderem für die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft.²⁴⁴ Der Gesellschaftsvertrag, die einvernehmliche

²⁴⁰ S. unten Kapitel C. Abschnitt II.5.2.2., Rn. 228.

²⁴¹ Es ist von Verfassungen wegen nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber den Informationsanspruch eines Gesellschafters rechtsformspezifisch - korrespondierend zu den Befugnissen in der jeweiligen Gesellschaftsform - ausgestaltet (BVerfG, Kammerbeschluss vom 20.9.1999, 1 BvR 636/95, Leitsatz 1b).

²⁴² S. oben Kapitel C. Abschnitt I.1., Rn. 124. Die gesetzlichen Informationsrechte der Gesellschafter bei den zwei erfassten GmbH & Co. OHG ergeben sich aus § 118 HGB, bei den beiden GbR aus § 716 BGB und bei der AG aus § 131 AktG. Von einer Erläuterung dieser selten vertretenen Gesellschaftsformen wird abgesehen.

²⁴³ § 166 Abs. 1 HGB, bzw. Abs. 3 für das ausnahmsweise außerordentliche Informationsrecht.

²⁴⁴ Für die KG: § 161 Abs. 2, 118 HGB. Ist der Komplementär zugleich Geschäftsführer der GU-Betreibergesellschaft, hat er volle Kenntnis von deren Geschäften und Strategien. Für die

Unternehmenspraxis oder die Mitgliedschaft in einem Beirat der Gesellschaft²⁴⁵ können jeweils weiter gehende Informationsmöglichkeiten einräumen. Häufig halten die Kommanditisten Anteile an der Komplementär-GmbH,²⁴⁶ welche in der Regel die Geschäfte der KG führt.²⁴⁷ Die Gesellschafter haben gegenüber dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH die umfassenden Informationsrechte auch betreffend die Geschäftsführung des GU in Form der KG.

(b) Gesellschaftsrechtliche Beschränkungen

220. Die Informationsrechte unterliegen - unabhängig vom Kartellverbot - bestimmten gesellschaftsrechtlichen Beschränkungen. Die einschlägigen Normen und Rechtsgrundsätze sind für die verschiedenen Gesellschaftsformen nicht einheitlich formuliert. Es gilt jedoch der allgemeine Grundsatz, dass der konkurrierende Gesellschafter nicht ohne weiteres Zugang zu wettbewerbsrelevanten Informationen der Gesellschaft erhalten soll. Denn dies kann der Gesellschaft und den anderen Gesellschaftern schaden.

221. Die gesellschaftsrechtliche Beschränkung der Informationsrechte steht in einem Zusammenhang mit den gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverboten. Beide schützen die Gesellschaft vor einer „Aushöhlung“ durch konkurrierende Gesellschafter, wenn ihnen wichtige Informationen zugänglich sind oder sie ihren Einfluss auf die Gesellschaft aufgrund des Umfangs ihrer Beteiligung oder Geschäftsführungsbefugnissen zu eigennützigen Zwecken missbrauchen können, bzw. jeweils die

GmbH: § 51 a Abs. 1 und 3 GmbHG. Die GmbH-Gesellschafter haben gemäß § 46 Nr. 6 GmbHG eine Kontrollfunktion gegenüber der Geschäftsführung. Der Geschäftsführer unterliegt dem pflichtgebundenen Ermessen, ihnen die Auskünfte zu erteilen. Die teilweise vertretene Ansicht, wonach § 51 a Abs. 1 GmbHG ein besonderes Informationsbedürfnis des Gesellschafters für die Ausübung seiner mitgliedschaftlichen Rechte voraussetzt, ist von der einhelligen obergerichtlichen sowie instanzgerichtlichen Rechtsprechung abgelehnt worden (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 7.8.2007, 20 W 104/07, Rn. 10 und AG Ludwigslust, Teilurteil vom 14.4.2005, 5 F 516/02, Rn. 118). In der Praxis erhalten die Gesellschafter, soweit ersichtlich, die angeforderten Informationen, ohne im Einzelfall ein besonderes Interesse darzulegen.

²⁴⁵ Auch ein fakultativer Aufsichtsrat kann bei der GmbH eingesetzt werden, s. § 52 Abs. 1 GmbH.

²⁴⁶ Im Bereich Walzasphalt ist die sog. beteiligungsgleiche GmbH & Co. KG verbreitet. Bei dieser halten die KG-Gesellschafter gleich hohe Anteile an der KG und deren Komplementär-GmbH.

²⁴⁷ Der Formular-Gesellschaftsvertrag der Komplementär-GmbH von GU-Betreibergesellschaften gibt in zahlreichen Fällen lediglich vor, dass diese Beteiligungen an der KG als Komplementär hält (und verwaltet), bzw. sich an operativen Gesellschaften beteiligt. Daraus und in Verbindung mit §§ 164, 161 Abs. 2, 114 Abs. 1 HGB ergibt sich ihre Eigenschaft als KG-Geschäftsführer der GU-Betreibergesellschaft.

konkrete Gefahr dafür besteht.²⁴⁸ Während die Wettbewerbsverbote die Tätigkeit eines Gesellschafters auf einem Markt verbieten, setzt die (alleinige) Beschränkung der Informationsrechte gemäß dem obigen Grundsatz eine solche Tätigkeit im Sinne des Typen C voraus.

222. Wettbewerbsverbote sind teilweise ausdrücklich normiert (zum Wettbewerbsverbot für den Komplementär siehe §§ 112, 161 Abs. 2 HGB²⁴⁹). In den anderen Fällen werden sie für Kommanditisten und GmbH-Gesellschafter mit „mitgliedschaftlichen Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung“ aus der mitgliedschaftlichen Treuepflicht²⁵⁰ hergeleitet oder ergeben sich daneben aus der organschaftlichen Treuepflicht bei einer Anstellung als Geschäftsführer²⁵¹.

223. Wettbewerbsverbote können mit der Zustimmung der anderen Gesellschafter oder der zuständigen Unternehmensorgane erweitert, eingeschränkt oder sogar aufgehoben werden.²⁵² Die Zustimmung zur Aufhebung oder Beschränkung des Wettbewerbs-

²⁴⁸ Das Verbot ist als Präventivschutz ausgestaltet (vgl. Schäfer in Staub, GroßKommentar HGB, § 112 Rn. 1 mit weiteren Nachweisen; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 3 Rn. 43; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 13 Rn. 28).

²⁴⁹ Das Wettbewerbsverbot § 112 HGB gilt für natürliche und juristische Personen und damit auch für die Komplementär-GmbH. Nach herrschender Ansicht trifft den Komplementär das Wettbewerbsverbot wegen seiner weiten Mitwirkungs- und Informationsrechte auch dann, wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist (Weller, ZHR 175 (2011) 110, 123 f. mit Nachweisen).

²⁵⁰ Für die GmbH: s. Schulze in juris-PraxisReport, Handels- und Gesellschaftsrecht 12/2009, Anm. 6 mit Nachweisen. Für den Kommanditisten mit entsprechendem Einfluss gilt das Wettbewerbsverbot zugunsten der KG entgegen den Wortlaut des § 165 HGB. Ein Beispiel ist, dass er als Alleingesellschafter der geschäftsführenden Komplementär-GmbH der KG gleichzeitig die Stellung eines Komplementärs innehat. In der gesellschaftsrechtlichen Literatur ist umstritten, ob die analoge Anwendung des § 112 HGB eine bloß abstrakte oder konkrete Gefährdung des Gesellschaftsinteresses durch Wettbewerbshandlungen des Kommanditisten voraussetzt (Schäfer in Staub, GroßKommentar HGB, § 112 Rn. 9 mit Nachweisen).

Es wird teilweise darauf hingewiesen, dass die horizontalen Treuepflichten unter den Gesellschaftern einer gesamthänderisch organisierten Personenhandelsgesellschaft wie der KG einen noch höheren Stellenwert einnehmen sollen, als bei Kapitalgesellschaften wie der GmbH. Dies ändert jedoch nichts an dem allgemeinen Grundsatz zur Beschränkung der Informationsrechte für die GmbH & Co. KG und die GmbH. Bei beiden Gesellschaftsformen verdichtet sich die Treuepflicht jeweils aufgrund der Einflussmöglichkeiten zum Wettbewerbsverbot (BGH, Urteil vom 5.12. 1983, II ZR 242/82, Rn. 17).

²⁵¹ Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 13 Rn. 28 mit Nachweisen. Der Geschäftsführer unterliegt dem Wettbewerbsverbot während der Dauer seiner Anstellung (ebenda, § 35 Rn. 41).

²⁵² Der Komplementär kann als KG-Geschäftsführer beispielsweise eigene Geschäfte im Handelszweig der Gesellschaft machen, wenn die anderen Gesellschafter zustimmen. Die Zustimmung gilt unter den Voraussetzungen des § 112 Abs. 2 HGB als unwiderleglich erteilt. In der gesellschaftsrechtlichen Literatur ist umstritten, ob der „Handelszweig“ in erster Linie nach dem satzungsmäßigen Gegenstand der Gesellschaft oder nach der tatsächlichen wirtschaftlichen Betätigung abzugrenzen ist (vgl. Schäfer in Staub, GroßKommentar HGB, § 112 Rn. 14 - 18).

verbots erstreckt sich in den verschiedenen Gesellschaftsformen zum Beispiel für den geschäftsführenden Komplementär regelmäßig auch auf den Zugang des Gesellschafters zu Informationen aus der Gesellschaft. Die selbständige Beschränkung des Informationsrechts des jeweils konkurrierenden (nicht geschäftsführenden) Komplementärs, Kommanditisten²⁵³ oder des GmbH-Gesellschafters zu strategischen Informationen der Gesellschaft wird ebenfalls aus ihrer gesellschaftlicherlichen Treuepflicht abgeleitet. Die zuständigen Gesellschaftsorgane müssen ihrerseits die Auskunft auf entsprechende Anfragen dieser Gesellschafter verweigern, wenn Anhaltspunkte für ihre Verwendung zu gesellschaftsfremden und der Gesellschaft - nicht notwendig vermögensmäßig - nachteiligen Zwecken bestehen.²⁵⁴

(c) Das Verhältnis der gesellschaftsrechtlichen Beschränkungen und des Kartellverbots

224. Die gesellschaftsrechtlichen Beschränkungen der Informationsrechte der Gesellschafter und die damit korrespondierende Pflicht der Gesellschaftsorgane, Informationsflüsse zum Nachteil der Gesellschaft zu verhindern oder zu unterlassen, beeinflussen die Anwendung des Kartellverbots nicht.
225. Zum einen sind bereits die Wettbewerbsbeschränkung als Grundvoraussetzung des Kartellverbots und die Treuepflicht als Grundvoraussetzung der gesellschaftsrechtlichen Beschränkung von Informationsrechten verschieden. Auch die Rechtsfolgen stimmen nicht überein. Verletzen Gesellschafter oder Gesellschaftsorgane ihre Treuepflicht, sind sie nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen schadensersatzpflichtig gegenüber der Gesellschaft. Solche Schadensersatzansprüche sind auf kartellrechtlicher Grundlage

Dies hat für die Bestimmung des relevanten Marktes und der Stellung als Wettbewerber bei der Anwendung des § 1 GWB jedoch nur geringe bis gar keine Relevanz.

²⁵³ Der BGH hatte die gesellschaftsrechtliche Beschränkung der Informationsrechte neben dem Verstoß gegen § 1 GWB im Nord KS-Fall nicht zu prüfen. Der Gesellschaftsvertrag der betroffenen KG war gemäß § 134 BGB nichtig (Typ A). Es konnten folglich keine Treuepflichten durch die Kommanditisten oder den Geschäftsführer der KG verletzt werden.

²⁵⁴ Vgl. für die GmbH § 51 a Abs. 2 GmbH und für die Rechtsprechung zur KG: Horn in: Heymann, Kommentar zum HGB (über juris) zu § 165, 166; BGH, Urteil vom 2.7.1979, II ZR 213/78 in BB 1979, 1315; BGH, Beschluss vom 1.12.1981, KRB 5/79 - Baustoffhändler; BGH, Urteil vom 10.10.1994, II ZR 18/94. Die Gesellschaftsorgane haften bei pflichtwidriger Auskunftserteilung gegebenenfalls gegenüber der Gesellschaft auf Schadensersatz und machen sich unter Umständen des Geheimnisverrats gemäß § 17 Abs. 1 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb strafbar.

äußerst fraglich, da die Gesellschaft regelmäßig selbst Teilnehmer an dem verbotenen Informationsfluss ist.²⁵⁵

226. Zum anderen verfolgen die beiden Regelungsbereiche unterschiedliche und miteinander vereinbare Schutzzwecke. Das Schutzgut des Kartellverbots ist der Wettbewerb als Institution und Universalrechtsgut. Die gesellschaftsrechtliche Beschränkung der Informationsrechte schützt dagegen den Bestand der einzelnen Gesellschaft vor einer „Aushöhlung“ sowie die Eigentumsrechte der anderen Gesellschafter. Die Möglichkeit der so geschützten Gesellschaft zur Teilnahme am Wirtschaftsleben beschreibt den Zusammenhang zwischen den Eigentumsrechten und der Wettbewerbsordnung in der Marktwirtschaft.

227. Die kartellrechtliche Beschränkung von Informationsrechten beim Typen C steht - anders das gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbot gegenüber dem Kartellverbot - in keinem Konflikt zu gesellschaftsrechtlichen Normen. Die Festlegung des gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbotes ist auch im Rahmen von sonst kartellrechtskonformen Gesellschaften eine Handlung, welche regelmäßig die Tatbestandsvoraussetzungen des Kartellverbots erfüllt: Das Wettbewerbsverbot löst das Kartellverbot aus.²⁵⁶ Diese Konstellation unterscheidet sich grundsätzlich von der Konstellation des Typen C. Bei diesem fehlt es bereits an einem (Wettbewerbs)Verbot. Die oben im Abschnitt (b) dargestellte Zustimmung der anderen Gesellschafter für Informationsflüsse hin zum konkurrierenden Gesellschafter beschränkt sich auf rein gesellschaftsrechtliche Grundsätze. Sie hat für die Wettbewerbsbeschränkung gemäß § 1 GWB keine Bedeutung, da die Gesellschafter nicht über das Universalrechtsgut Wettbewerb verfügen können.²⁵⁷

²⁵⁵ In Betracht kommt ein Mitverschulden oder eine Obliegenheitsverletzung der Gesellschaft, welche entsprechende Ansprüche ausschließen oder erheblich mindern können.

²⁵⁶ In der Praxis wird dieser Konflikt durch eine Art praktische Konkordanz zwischen Gesellschafts- und Kartellrecht gelöst. Vgl. zu den Voraussetzungen: BGH, Urteil vom 23.6.2009, KZR 58/07 - Gratiszeitung Hallo, Rn. 16-19, 27; OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.8.2007, VI-U (Kart) 11/07, Rn. 45, 48; Nassall in juris-PraxisReport-BGHZivilR 25/2009, Anm. 5; Schäfer in Staub, GroßKommentar HGB, § 112 Rn. 41 ff. mit Nachweisen. Das GWB tritt in diesem Zusammenhang u.a. deswegen nicht vollständig zurück, da es nach dem HGB und GmbHG in Kraft getreten ist und der Gesetzgeber sich des Normkonflikts bewusst war. Vgl. auch die Rechtsprechung zu Art. 101 AEUV betreffend ein Wettbewerbsverbot einer dänischen Bezugsgenossenschaft: EUGH, C-250/92 - Gøttrup Klim, Rn. 7, 28, 33-35.

²⁵⁷ Selbst wenn alle Gesellschafter in gegenseitigem Einverständnis Informationsflüsse empfangen würden, wäre die Wettbewerbsbeschränkung zu bejahen. Das Einverständnis kann lediglich bei der Prüfung einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise nach § 1 GWB eine Rolle spielen. Vgl. dazu bereits BGH, Beschluss vom 6.12.1962, KZR 4/62, Rn. 26 - Bonbonnière für ein gegen § 1 alter Fassung GWB verstoßendes Wettbewerbsverbot.

5.2.2. Informationsrechte und -möglichkeiten der Gesellschafter aus anderen Verbindungen

228. Neben den gesellschaftsrechtlichen Informationsrechten können die Gesellschafter über weitere Informationsrechte und -möglichkeiten aus anderen Verträgen oder Verbindungen mit dem GU verfügen, welche gemeinsam mit den gesellschaftsrechtlichen Informationsrechten oder unabhängig davon zu einem wettbewerbsbeschränkenden Informationsfluss führen. Ein mögliches Beispiel ist die Übernahme der kaufmännischen Verwaltung des GU durch einen konkurrierenden Gesellschafter.²⁵⁸ Für die kartellrechtliche Gesamtbetrachtung gelten die in diesem Abschnitt 5.2. genannten Kriterien.

5.2.3. Verneinung oder Widerlegung der Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall

229. Im Einzelfall muss der mögliche Informationsfluss grundsätzlich tatsächlich stattfinden. Bei der Prüfung ist zu berücksichtigen, ob die gesellschafts- und kartellrechtlichen Vorgaben aus dem Abschnitt 5.2.1. bereits tatsächlich und ausreichend eingehalten werden. Informationsflüsse aus dem GU oder über die Komplementär-GmbH können bereits unterbunden sein, bzw. nicht wahrgenommen werden. Erfolgt dies auf Grundlage des gesellschaftsrechtlichen Schutzes vor „Aushöhlung“, wirkt sich dies auch auf die kartellrechtliche Prüfung aus.

230. Die Gesellschafter haben unter Umständen einen unabhängigen Treuhänder eingeschaltet, der „sensible“ Daten des GU entgegennimmt und dem konkurrierenden Gesellschafter nur aggregierte Informationen weiterleitet, bzw. für diesen die Bilanz des GU prüft. Für solche Vorkehrungen bestehen bei den GU im Bereich Walzasphalt nach derzeitiger Kenntnis des Bundeskartellamtes keine Anhaltspunkte.

²⁵⁸ Eine solche Vereinbarung kann gegebenenfalls über den Informationsfluss hinaus wettbewerbsrechtlich bedenklich sein, wenn damit ein weiter gehender Einfluss auf den Marktauftritt des GU verbunden ist.

III. Ergebnisse der ersten kartellrechtlichen Beurteilung

231. Im Folgenden werden die Ergebnisse der ersten und vorläufigen kartellrechtlichen Beurteilung der GU auf dem Markt für Walzasphalt anhand der im Abschnitt II. erläuterten Falltypen dargestellt (1.). Anschließend werden die wirtschaftliche Bedeutung der gesamten kartellrechtlich problematischen Unternehmensverflechtungen (2.) sowie einige besondere und regionalspezifische Strukturen von Gemeinschaftsunternehmen (3.) beschrieben.

1. Typisierung der GU-Betreibergesellschaften und GU-Werke

232. Es wurden bundesweit 130 GU-Betreibergesellschaften mit 268 GU-Werken²⁵⁹ geprüft. Die Gesellschaften wurden unabhängig von der Anzahl der gehaltenen GU-Werke jeweils einem Falltyp zugeordnet. Bei GU-Betreibergesellschaften mit mehreren GU-Werken wurde - ausgehend vom Falltyp A - der Falltyp gewählt, den mindestens ein GU-Werk erfüllt. Ein GU mit zwei oder mehr Werken, von denen eines unter den Typ A und die anderen unter einen anderen Typ (B, C oder U) fällt, wurde als Typ A eingestuft. In der Regel waren tatsächlich sämtliche GU-Werke oder deren erhebliche Mehrzahl dem ersten einschlägigen Falltyp oder einem weiteren kartellrechtskritischen Falltyp zuzuordnen. Bei GU-Betreibergesellschaften mit Werken gemäß der Falltypen A bis C betrug der Anteil der bei isolierter Betrachtung als kartellrechtlich unbedenklich eingestuftem GU-Werke (Typ-U) lediglich 8 %.²⁶⁰ Die detaillierten Ergebnisse sind in der folgenden Tabelle dargestellt. Die vorgenannten als unbedenklich eingestuftem GU-Werke (8 %) werden dagegen bei der werksbezogenen Betrachtung als Typ-U Fall eingeordnet.

²⁵⁹ Anzahl: Stand 1. Halbjahr 2012; für das Jahr 2009 wurden 133 GU-Betreibergesellschaften mit insgesamt 271 GU-Werken ermittelt (s. oben Kapitel A Abschnitt I., Rn. 4). Im Jahr 2009 gab es 74 Betreibergesellschaften im Alleineigentum mit 270 Werken, im Jahr 2012 reduzierte sich (nur) die Zahl der Werke auf 267. Die damit einhergehende geringfügige Änderung beim Umsatz und Absatz wird im Folgenden Punkt 3 - auf Grundlage der Zahlen für das Jahr 2009 - berücksichtigt (s. Rn. 243, Tabelle 17).

²⁶⁰ Diese 17 GU-Werke können jedoch ihrerseits an Verstößen anderer GU-Betreibergesellschaften beteiligt sein.

233. **Tabelle 14:** Ergebnisse der Typisierung

	Typ A	Typ B 1	Typ B 2	Typ B 3	reiner Typ C	Summe Typen A bis C	Typ U	Gesamt
GU-Betreiber-gesell.	75	14	2	2	10	103	27	130
Anteil in %	57,7%	10,8%	1,5%	1,5%	7,7%	79,2%	20,8%	100,0%
GU-Werke (Anzahl)	130	31	6	18	27	212	56	268
Anteil in %	48,5%	11,6%	2,2%	6,7%	10,1%	79,1%	20,9%	100,0%

 234. Als **wesentliches Ergebnis der Prüfung** ist festzuhalten:

- Etwa 80 % der GU-Betreiber-gesellschaften als auch der GU-Werke fallen unter mindestens einen der Falltypen A bis C und sind damit nach der ersten Beurteilung kartellrechtlich problematisch.
- Für mehr als die Hälfte der GU-Betreiber-gesellschaften und etwas weniger als die Hälfte der GU-Werke gilt die Regelvermutung der Kartellrechtswidrigkeit gemäß Typ A.
- Ca. 20 % der GU-Betreiber-gesellschaften und GU-Werke sind nach erster Prüfung als kartellrechtlich unkritisch zu bewerten.

2. Verteilung der Falltypen nach der Beteiligungsstruktur

235. Die typisierten GU-Betreiber-gesellschaften lassen sich auch der im deskriptiven Kapitel B. beschriebenen G4-Gruppe bzw. Dritten Unternehmen zuordnen.²⁶¹ In den beiden nächsten Tabellen wird dabei die Verteilung der Falltypen auf Ebene der GU-Betreiber-gesellschaften sowie auf Ebene der einzelnen GU-Werke detailliert beschrieben.

²⁶¹ Auf eine unternehmensidentifizierende Darstellung wird an dieser Stelle verzichtet. Für die vereinfachte Darstellung der Verteilung der Falltypen wird auf die Begriff der G4-Unternehmen, und der Dritten Unternehmen Bezug genommen. Im Rahmen der G4-Gruppe werden auch die Beteiligungen Dritter Unternehmen an GU-Betreiber-gesellschaften oder GU-Werken erfasst, an denen die G4-Unternehmen beteiligt sind (s. insg. Kapitel B. Abschnitt IV.1.1., Rn. 64 ff.)

236. **Tabelle 15:** Verteilung der Falltypen nach der Beteiligungsstruktur der GU-Betreibergesellschaften

	Anzahl GU	GU der G 4			G 4 in %	GU zw. Dritten	
	Gesamt	G 4 (3-er / 2-er)	G 4 (1-er)	G 4 (Summe)		Dritte	Dritte in %
BRD	130	61	50	111	85,4%	19	14,6%
Typ A	75	51	21	72	55,4%	3	2,3%
Typ B 1	14	5	7	12	9,2%	2	1,5%
Typ B 2	2	1	1	2	1,5%	0	0,0%
Typ B 3	2	2	0	2	1,5%	0	0,0%
Typ C	10	1	6	7	5,4%	3	2,3%
Typ A bis C gesamt	103	60	35	95	73,1%	8	6,2%
Typ U	27	1	15	16	12,3%	11	8,5%

237. **Tabelle 16:** Verteilung der Falltypen nach der Beteiligungsstruktur auf GU-Werksebene

	Anzahl GU-Werke	GU-Werke der G 4			G 4 in %	GU-Werke zw. Dritten	
	Gesamt	G 4 (3-er / 2-er)	G 4 (1-er)	G 4 (Summe)		Dritte	Dritte in %
BRD	268	147	93	240	89,6%	28	10,4%
Typ A	130	97	28	125	46,6%	5	1,9%
Typ B 1	31	10	19	29	10,8%	2	0,7%
Typ B 2	6	4	2	6	2,2%	0	0,0%
Typ B 3	18	18	0	18	6,7%	0	0,0%
Typ C	27	12	11	23	8,6%	4	1,5%
Typ A bis C gesamt	212	141	60	201	75,0%	11	4,1%
Typ U	56	6	33	39	14,6%	17	6,3%

238. Die folgenden Ergebnisse sind hervorzuheben:

- Die **Anteile der G4-Beteiligungen an den GU-Betreibergesellschaften und GU-Werken**, die in die Falltypen A bis C eingeordnet wurden, betragen 73 % aller GU-Betreibergesellschaften und 75 % aller GU-Werke. Die Anteile der Typ A-Fälle mit G4-Beteiligung liegen mit 55 % aller GU-

Betreiber-gesellschaften und 46 % aller GU-Werke deutlich über denen der anderen Falltypen B, C. und U mit G4-Beteiligung.

- Die **Anteile Dritter Unternehmen an GU-Betreiber-gesellschaften und GU-Werken** ohne jede G4-Beteiligung, die in die Falltypen A bis C eingeordnet wurden, betragen 6 % aller GU-Betreiber-gesellschaften und 4 % aller GU-Werke. Bei GU-Betreiber-gesellschaften und GU-Werken mit dieser Beteiligungsstruktur stellt der Typ U mit 8 %, bzw. 6 % den größten Anteil.

3. Wirtschaftliche Bedeutung der kartellrechtlich problematischen Unternehmensverflechtungen in Form von GU-Betreiber-gesellschaften

239. Im folgenden Abschnitt wird die wirtschaftliche Bedeutung der als kartellrechtlich problematisch eingeordneten GU-Betreiber-gesellschaften und der daran beteiligten Gesellschafter anhand von Anteilen am bundesweiten Gesamtumsatz und am Gesamtabsatz²⁶² auf der Werksebene modelliert (s. nächste Tabelle 17). Mit der Bezugnahme auf Umsatz und Absatz werden die tatsächlichen und potentiellen bundesweiten wettbewerblichen Auswirkungen der Unternehmensverflechtungen umschrieben. Damit ist im Rahmen des Abschlussberichts keine Schlussfolgerung dahingehend verbunden, dass sämtliche Anteile an Umsatz und Absatz vollständig kartellrechtswidrig sind.

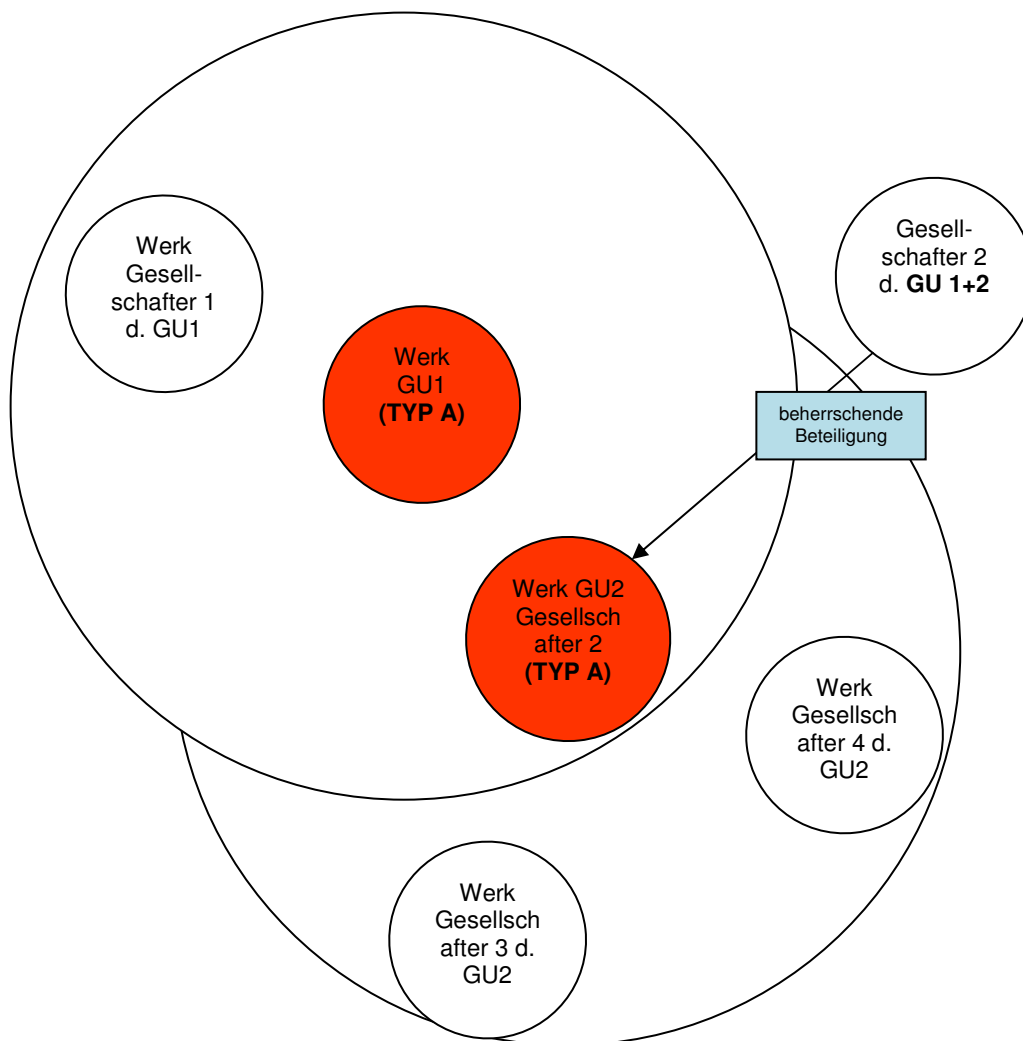
240. Für die Darstellung wird **der gesamte Umsatz der GU-Betreiber-gesellschaften** berücksichtigt. Denn, wie oben in Punkt 1. festgestellt, sind regelmäßig sämtliche GU-Werke, bzw. im Durchschnitt 92 % sämtlicher GU-Werke einem kartellrechtskritischen Falltyp zuzuordnen. Darüber hinaus sind häufig weitere GU-Betreiber-gesellschaften unter Beteiligung von zumindest teilweise übereinstimmenden Gesellschaftern auf dem Markt tätig, die den Kartellrechtsverstoß der geprüften GU-Betreiber-gesellschaft auslösen oder seine Auswirkungen verstärken. An diesen weiteren GU-Betreiber-gesellschaften sind einzelne oder mehrere Gesellschaftern (mittelbar) beteiligt und unterfallen häufig selbst den Falltypen A bis C.²⁶³ Soweit beide beteiligten GU-

²⁶² Absatz und Umsatz im Jahr 2009.

²⁶³ Bei entsprechenden Beteiligungsverhältnissen und räumlichen Konstellationen können die GU-Werke verschiedener GU-Betreiber-gesellschaften die Typisierung jeweils wechselseitig beeinflussen. So kann zum Beispiel ein als kartellrechtlich unbedenklich eingestuftes GU-Werk (Typ-U Fall) einer GU-Betreiber-gesellschaft zugleich den Verstoß einer anderen GU-Betreiber-gesellschaft in Bezug auf deren GU-Werk(e) auslösen.

Betreibergesellschaften über ihre Werke kartellrechtswidrig im Markt tätig sind, werden ihr Umsätze und Absätze jeweils nur einmal berücksichtigt. Ein Beispiel für eine solche Konstellation wird in der folgenden Abbildung gezeigt.

241. **Abbildung 12:** Typisierung zweier GU-Betreibergesellschaften mit Werken im selben Marktgebiet



242. Die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung in Form des Gesellschaftsvertrages und ihre Auswirkungen auf dem jeweiligen Markt betreffen neben der GU-Betreibergesellschaft jeweils auch die weiteren Tätigkeiten der Gesellschafter im Markt der geprüften GU-Betreibergesellschaft. Bei der Modellierung der wirtschaftlichen Bedeutung werden daher ergänzend die **relevanten Umsätze** herangezogen, **welche die Gesellschafter der betroffenen GU-Betreibergesellschaften mit Werken im**

(mittelbaren) Alleineigentum erzielen. Für die Falltypen A und B müssen mindestens zwei Gesellschafter mit jeweils mindestens einem eigenen Werk im Markt der GU-Betreibergesellschaft tätig sein, für den Falltyp C mindestens ein Gesellschafter mit mindestens einem eigenen Werk.

243. **Tabelle 17:** Wirtschaftliche Bedeutung der Unternehmensverflechtungen

	alle Werke	GU-Typ A bis C	Anteil in %	Beteiligte Werke der Gesellschafter im Alleineigentum	Anteil in %	Wirtschaftliche Bedeutung GU + Gesellschafterwerke (Typ A bis C) insg. in %
Gesamtumsatz in Mio. EUR ²⁶⁴	1.901	815	42,87%	497	26,2%	69,03%
Gesamtabsatz in Tsd. t	47.592	20.040	42,11%	12.268	25,8%	67,88%

244. Aus der Tabelle 17 ergibt sich, dass

- die nach erster Einschätzung kartellrechtswidrigen GU-Betreibergesellschaften allein 42 % des bundesweiten Gesamtumsatzes und Gesamtabsatzes erzielen, und
- zusammen mit den beteiligten Werken im Alleineigentum ihrer Gesellschafter 69 % des bundesweiten Gesamtumsatzes und knapp 68 % des Gesamtabsatzes ausmachen.

²⁶⁴ Stand: Gesamtumsatz (1.912 Mio. EUR) und Gesamtabsatz (47.861 Tsd. t.) im Jahr 2009, bei denen die Änderungen im Jahr 2012 - im Wesentlichen Stilllegungen - bei zusammen 6 GU-Werken und Werken im Alleineigentum berücksichtigt sind.

D. Auflösung von kartellrechtswidrigen Verflechtungen und weiteres Vorgehen

245. Ziel der Sektoruntersuchung ist es, typische kartellrechtswidrige Verflechtungen zu ermitteln. Im Anschluss daran sind die in zahlreichen Einzelfällen andauernden Verstöße durch ein GU und seine Gesellschafter wirksam und dauerhaft abzustellen. Aufgrund der Vielzahl von unterschiedlichen Konstellationen sowie teils verschiedenen Möglichkeiten der Abstellung von Verstößen erübrigen sich umfassende Verallgemeinerungen zum Vorgehen im Einzelfall. Nach der Einschätzung der Beschlussabteilung können Maßnahmen betreffend einzelne GU die Bewertung anderer kartellrechtswidriger GU und weiterer Verflechtungen in einem konkreten Markt oder darüber hinaus beeinflussen. Eine oder mehrere Maßnahmen können mehrere Probleme gleichzeitig lösen oder neue Verstöße herbeiführen.
246. Die betroffenen Marktteilnehmer - die GU und ihre Gesellschafter - sind aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit des § 1 GWB zur Selbstveranlagung verpflichtet. Sie müssen die konkreten Verstöße grundsätzlich selbständig wirksam und dauerhaft abstellen und dürfen keine neuen Verstöße begehen. Ein kartellrechtswidriges Gemeinschaftsunternehmen in Form eines Typ-A Falls darf beispielsweise nicht in Form eines Typ-B1 oder B2 Falls fortgesetzt werden. Die in diesem Bericht beschriebenen Falltypen A bis C und U²⁶⁵ dienen grundsätzlich als Grundlage der Selbstveranlagung. Die eigeninitiative Abstellung betrifft insbesondere, aber keinesfalls ausschließlich die eindeutigen Verstöße. Soweit einzelne Gesellschafter über ihre Beteiligung am GU hinaus nicht direkt an der wettbewerbsbeschränkenden Koordinierung im GU beteiligt sind, werden sie im Einzelfall ebenfalls „betroffen“ sein. Dies ist besonders anschaulich in den Fällen, in denen der Gesellschaftsvertrag des GU gemäß § 1 GWB i.V.m. § 134 BGB mit Geltung für die gesamte Rechtsordnung nichtig ist.²⁶⁶ Die Beschlussabteilung hat Kenntnis von den mit der Abstellung des Verstoßes gegebenenfalls verbundenen vermögens-, gesellschafts- sowie steuerrechtlichen Fragen und dem Klärungsbedarf zwischen den Beteiligten. Sie weist vorsorglich daraufhin, dass das Fortdauern eines Verstoßes nicht damit gerechtfertigt werden kann, dass einzelne Beteiligte die Abstellung verzögern oder blockieren. Ein solches Verhalten kann eine Beteiligung an einer Kartellordnungswidrigkeit darstellen,

²⁶⁵ S. oben Kapitel C. Abschnitt II.2 bis 5, Rn. 157 ff.

²⁶⁶ S. oben Kapitel C. Abschnitt II.5.2., Rn. 203.

wenn die Betroffenen durch ihr aktives Verhalten oder Unterlassen das Fortdauern des Verstoßes unterstützen, bzw. (mit-) verursachen. Die Rechtsprechung hat im Zusammenhang mit Fusionskontrollverfahren außerdem entschieden, dass die an die Zusammenschlussbeteiligten gerichteten Veräußerungsaufgaben betreffend Gesellschaftsanteile die Rechte und rechtlich geschützten Interessen der nicht beteiligten und nicht adressierten Gesellschafter aus deren Anteilen oder Gesellschafterrechten nicht beeinträchtigt.²⁶⁷

247. Die Beschlussabteilung wird im Rahmen ihres Ermessens entscheiden, ob und in welchen Konstellationen und Einzelfällen sie ein Verfahren einleitet und behördliche Anordnungen gemäß § 32 ff. GWB trifft. Dabei haben zielführende Selbsthilfemaßnahmen der Betroffenen Vorrang vor dem Eingreifen der Beschlussabteilung. In jedem Fall werden der Inhalt und Umfang der Anordnung anhand der Umstände des Einzelfalls auf ihre Verhältnismäßigkeit geprüft. Die Beschlussabteilung wird schon wegen der begrenzten personellen Ressourcen über die unmittelbaren Folgen der Auflösung von kartellrechtswidrigen Verflechtungen hinaus kein fortlaufendes und dauerhaftes Monitoring von Abhilfemaßnahmen durchführen.
248. Der Zeitplan für das weitere Vorgehen nach Abschluss der Sektoruntersuchung sieht wie folgt aus:
249. Die Beschlussabteilung wird den betroffenen Unternehmen zeitnah im Anschluss an die Veröffentlichung des vorliegenden Abschlussberichts jeweils mitteilen, welche konkreten GU und weiteren Verflechtungen nach der vorläufigen Beurteilung anhand der oben dargestellten Typen²⁶⁸ kartellrechtlich problematisch sind. Die Unternehmen erhalten zunächst 3 Monate Zeit, um das Vorliegen eines konkreten Verstoßes zu prüfen und der Beschlussabteilung mitzuteilen, ob sie von sich aus bereit sind, die kartellrechtlichen Probleme in einem angemessenen Zeitraum zu beseitigen.²⁶⁹
250. Für den Fall, dass die Betroffenen Unternehmen die notwendigen Entflechtungsmaßnahmen eigenständig durchführen wollen, erwartet die Beschlussabteilung, dass die Betroffenen innerhalb von weiteren 6 Monaten einen unter den betroffenen Unter-

²⁶⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.9.2009, VI-Kart 15/05 - Eurovia, S. 15; BGH, Beschluss vom 7.2.2005, KVZ 40/05, S. 4 – Eurovia.

²⁶⁸ S. oben Kapitel C. Abschnitt II.

²⁶⁹ Der hier skizzierte Zeitplan berührt die fusionskontrollrechtlichen Pflichten und Verfahrensregeln der §§ 39 ff. GWB im Falle ihrer Anwendbarkeit nicht.

nehmen abgestimmten Entflechtungsplan vorlegen und diesen innerhalb eines weiteren halben Jahres - also insgesamt nach 15 Monaten nach der Bekanntgabe des angenommenen Kartellrechtsverstoßes – endgültig umgesetzt haben. Der Beschlussabteilung ist bewusst, dass hiermit zum Teil komplexe Probleme verbunden sein können. Daher wird die Beschlussabteilung hierbei konkret vorgetragenen, belegten und sachlich nachvollziehbaren Gründen, die eine Verlängerung der Fristen rechtfertigen, Rechnung tragen.

251. Für den Fall, dass nach 3 Monaten nicht alle an einem angenommenen Kartellrechtsverstoß beteiligten Unternehmen ein einvernehmliche Entflechtung beabsichtigen oder überhaupt keine Stellungnahme gegenüber der Beschlussabteilung erfolgt ist, wird die Beschlussabteilung zunächst Verwaltungsverfahren nach § 32 GWB einleiten, um die genauen Fakten und Gesamtumstände des vermuteten Kartellrechtsverstoßes zu ermitteln. In Abhängigkeit vom konkreten Einzelfall - und hier wird insbesondere entscheidend sein, ob die Fallkonstellation der Regelvermutung des BGH entspricht oder nicht - wird die Beschlussabteilung prüfen,

- ob der mögliche Verstoß einstweilige Maßnahmen zu seiner Abstellung erforderlich macht,
- ob verwaltungsrechtliche Zwangsmaßnahmen (wie zum Beispiel Zwangsgelder) erforderlich sind, um die Betroffenen zur zeitnahen Aufgabe des Verstoßes zu bewegen,
- ob es mit Blick auf die Schwere und Dauer des Verstoßes notwendig und angemessen ist, ein Bußgeldverfahren einzuleiten, wenn die Betroffenen es in angemessener Zeit unterlassen, den Verstoß gegen das Gesetz zu beseitigen und /oder
- ggfs. gemäß § 34 GWB ein Verfahren zur Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils des GU und seiner Gesellschafter einzuleiten, der durch eine schuldhaftes Durchführung eines kartellrechtswidrigen Gesellschaftsvertrages entstanden ist.

252. Die vorgenannten Maßnahmen behält sich die Beschlussabteilung auch für den Fall vor, dass die zunächst beabsichtigte einvernehmliche Lösung seitens der Beteiligten scheitert oder nicht in einem angemessenen Zeitrahmen abgewickelt wird.

253. Die Beschlussabteilung wird den Unternehmen für kartellrechtliche Fragen als Ansprechpartner zur Verfügung stehen, soweit dies erforderlich und möglich ist.

Sektoruntersuchung Walzasphalt

Bericht gem. § 32e Abs. 3 GWB

Az. B1 – 33/10

September 2012

(zit.: BKartA, B1-33/10, SU Walzasphalt, September 2012)

Bearbeiter

Michael Jungk, Dr. Fabian Theurer LL.M. (Brügge), Franz Heistermann

Kontakt

Bundeskartellamt

1. Beschlussabteilung

Kaiser-Friedrich-Straße 16

53113 Bonn

poststelle@bundeskartellamt.bund.de

www.bundeskartellamt.de