Positionspapier des

Deutscher Asphaltverband (DAV) e.V.

zur Bildung von Bieter- und Liefergemeinschaften

- Zusammenfassung -

Der Deutsche Asphaltverband (DAV) e.V. („DAV“) ist als Zusammenschluss der Asphaltindustrie in Deutschland die Interessenvertretung der Asphaltindustrie und ihrer Partner, von der Herstellung des Asphalts bis hin zu seiner Wiederverwendung. Der DAV vertritt und koordiniert die Interessen seiner Mitglieder gegenüber Politik und Öffentlichkeit und klärt allgemein und umfassend über den Baustoff Asphalt auf.

Auf Grund der im Jahre 2012 durchgeführten Sektoruntersuchung im Bereich Walzasphalt durch die 1. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes („B1“)[1] und ihres Berichts „Entflechtung von Gemeinschaftsunternehmen im Bereich Walzasphalt - Bericht zu den Verfahren B1-100/12 nach der Sektoruntersuchung Walzasphalt“ vom 17. Juli 2015 („Bericht“)[2] sind derzeit viele asphaltherstellende Betriebe verunsichert, ob und in welchem Maße eine Kooperation mit anderen Marktteilnehmern durch Liefer- und Arbeitsgemeinschaften (im Folgenden einheitlich: „Liefergemeinschaften“) kartellrechtlich noch unbedenklich ist.

Mit diesem Positionspapier möchte der DAV in einen inhaltlichen Dialog mit der B1, anderen Beschlussabteilungen des Amtes, die sich mit der Zulässigkeit von Liefergemeinschaften beschäftigen, sowie den ebenfalls direkt oder indirekt betroffenen politischen Institutionen, Behörden und Verbänden eintreten.

Aus Sicht des DAV lässt die B1 mit ihrer Position zur Zulässigkeit von Liefergemeinschaften in ihrem Bericht u.a. die Rolle von technischen Regelwerken, die Besonderheiten der Produktion von Walzasphalt sowie die Vorgaben und Herausforderungen der ausschreibenden Stellen und der bauausführenden Unternehmen unberücksichtigt.

In einer Zeit, in der es gesellschaftlicher Konsens ist, dass Investitionen in die Erhaltung unserer Straßeninfrastruktur verstärkt und beschleunigt werden müssen und dadurch die Anforderungen sowohl an die ausschreibenden Landesbehörden als auch an die

---

1 Die Position der B1 ist erkennbar im Widerspruch zur Beurteilung der Zulässigkeit von Arbeitsgemeinschaften durch andere Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes.

2 Vgl. Abschnitt V., S. 73 ff bzw. Rdnrn. 199 ff. des Berichts.

ausführenden Unternehmen und Walzasphalthersteller immer größer werden, beeinträchtigt die im Widerspruch zur bisherigen Beurteilung von Liefergemeinschaften durch die Rechtsprechung und das Bundeskartellamt stehende Position der B1 die Bemühungen aller Beteiligten, diese Herausforderungen zu meistern. Dies dürfte zu volkswirtschaftlichen Schäden führen.

Für die Mitglieder des DAV geht es darum, zukünftig auf rechtssicherer Grundlage entscheiden zu können, ob hinsichtlich eines konkreten Projektes eine Liefergemeinschaft in kartellrechtlich zulässiger Weise gebildet werden kann oder nicht. Für die ausschreibenden Stellen und die ausführenden Unternehmen geht es darum, eine ausreichende Zahl leistungsfähiger Anbieter von Walzasphalt dauerhaft sicherzustellen und nicht ebenfalls Rechtsunsicherheiten befürchten zu müssen.

Das Positionspapier identifiziert eine Reihe von tatsächlichen Umständen in den Ausschreibungsprozessen, den technischen Regelwerken, in der Produktion und im Einbau von Walzasphalt, die regelmäßig die Eingehung von Liefergemeinschaften auch dann rechtfertigen, wenn die theoretische Produktionskapazität eines oder mehrerer Mischwerke ausreichen würde, um eine Baustelle zu beliefern.

Das Positionspapier zeigt, dass Asphalthersteller regelmäßig gezwungen sind, bindende Angebote abzugeben, obwohl sie noch nicht wissen können, ob es zum Auftrag kommt und wann genau die Liefermengen abgerufen werden, und dass bereits der kurzfristige Ausfall einer Produktionsanlage erhebliche wirtschaftliche Konsequenzen für den Asphalthersteller hat. Es zeigt ferner, dass die modernen Einbaumethoden für Walzasphalt sowie die Anforderungen der technischen Regelwerke und der ausschreibenden Stellen regelmäßig Liefermengen in vorgeschriebenen einheitlichen Qualitäten erfordern, die einzelne Asphalthersteller häufig nicht alleine anbieten bzw. abwickeln können.

Das Positionspapier legt ferner an Hand eines Beispiels aus der Praxis dar, dass die von der B1 zur Begegnung der Folgen des Ausfalls einer Mischanlage vorgeschlagene Lösung einer „Kollegenlieferung“ nicht geeignet ist, einem Hersteller von Walzasphalt eine mit der Eingehung einer Liefergemeinschaft vergleichbare Sicherheit zu geben, bzw. der Hersteller zur Eingehung wirtschaftlich nicht vertretbarer Risiken gezwungen wird, wenn er am Markt anbieten möchte.

Die öffentlichen Stellungnahmen der B1 zur Zulässigkeit von Liefergemeinschaften lassen nicht erkennen, dass die B1 diese – für die rechtliche Beurteilung von Liefergemeinschaften wesentlichen – Aspekte ausreichend berücksichtigt oder kennt.

Die Thesen der B1 können sich zudem nicht auf die einschlägige Rechtsprechung des BGH, des OLG Düsseldorf und des Kammergerichts berufen.

Die Forderung der B1 nach einer gemeinsamen Prüfung der Zulässigkeit der Eingehung einer Liefergemeinschaft wird nicht von der Rechtsprechung geteilt und führte ihrerseits zu einer Beschränkung des Wettbewerbes durch den Austausch von relevanten Betriebsgeheimnissen. Zugleich legt die B1 mit dieser Forderung in unzulässiger Weise dem einen Partner der Liefergemeinschaft das Risiko für die Fehlerhaftigkeit der kartellrechtlichen Selbsteinschätzung des anderen Partners auf. Diese unberechtigte Forderung hat bereits zu einer unnötigen Zurückhaltung von Mitgliedern des DAV bei der Eingehung von Liefergemeinschaften geführt, ohne dass diese geboten gewesen wäre.

Die B1 darf ferner nicht ihr eigenes Verständnis, unter welchen Voraussetzungen die Eingehung einer Liefergemeinschaft wirtschaftlich möglich und kaufmännisch vernünftig ist, an die Stelle der Einschätzungen der Mitglieder des DAV setzen. Nach der Rechtsprechung verfügen Unternehmen, welche die Möglichkeit der Eingehung einer Liefergemeinschaft prüfen, eine „Einschätzungsprärogative“, ob es für sie wirtschaftlich sinnvoll und kaufmännisch vernünftig ist, dies zu tun. Solange die Mitglieder des DAV diese Einschätzung plausibel belegen können, hat die B1 diese zu akzeptieren.

Dies schließt die Berücksichtigung von widerspruchsfreien Sicherheitsabschlägen für Produktionsausfälle und überlappende Lieferverpflichtungen mit ein.

Der DAV fordert die B1 auf, bei der Beurteilung der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Liefergemeinschaften sämtliche tatsächlichen Umstände zu berücksichtigen, die für die Beurteilung der Zulässigkeit von Liefergemeinschaften relevant sind und welche das Positionspapier exemplarisch aufführt. Pauschale Daumenregeln wie „keine Liefergemeinschaft bei einer Tagesleistung von 2.000 t,“ wie sie die B1 vorschlägt, haben weder eine rechtliche noch eine tatsächliche Grundlage.

Sollte die B1 trotz der vorliegenden Argumente an ihren im Widerspruch zur Rechtsprechung und der Sichtweise anderer Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes stehenden Kriterien zur Zulässigkeit von Liefergemeinschaften festhalten, so würde dies bei den erhöhten Leistungsanforderungen und steigenden Straßenbaubudgets kurzfristig zwangsläufig zu

Verzögerungen im Einbau von Asphalt und damit der Durchführung dieser Maßnahmen führen. Weiterhin würde die mittelständische Asphaltindustrie, die weder über die flächendeckenden Kapazitäten noch die finanziellen Mittel einzelner Großunternehmen verfügt, möglicherweise dauerhaft aus dem Markt gedrängt und damit der Wettbewerb auf dem Asphaltmarkt eingeschränkt. In beiden Fällen wäre kurz- und langfristig mit erheblichen volkswirtschaftlichen Schäden zu rechnen. Das Gegenteil der richtigen ordnungspolitischen Ziele des Bundeskartellamts würde erreicht.

Soweit die B1 im Bericht den Versuch unternimmt, den ausschreibenden Stellen Vorgaben hinsichtlich einer kartellrechtskonformen Ausschreibung von Straßenbauleistungen zu machen, wünschen sich auch die Mitglieder des DAV und die Straßenbauunternehmen seit jeher Änderungen in diesem Bereich. Hierzu gehört insbesondere ein früherer Beginn und eine Verstetigung der Ausschreibungen sowie eine klarere Vorhersehbarkeit der Einbautermine. Jedoch haben auch die ausschreibenden Stellen mit kapazitiven Engpässen sowie den Gegebenheiten des deutschen Haushaltsrechts zu leben. Dabei hat der DAV auch hier den Verdacht, dass die B1 die tatsächlichen Herausforderungen, denen sich diese Stellen ausgesetzt sehen, nicht ausreichend berücksichtigt bzw. nicht kennt.

Auch der Versuch, den Straßenbauunternehmen das Risiko der kartellrechtlichen Zulässigkeit der von ihnen beauftragten Liefergemeinschaften für Walzasphalt zu übertragen, führt in die Irre.

Der DAV fordert daher die B1 auf, ihre Position zur Zulässigkeit von Liefergemeinschaften im Dialog mit dem DAV und den anderen Betroffenen an die Kriterien der Rechtsprechung und der anderer Beschlussabteilungen des Amtes anzupassen.

Bonn, den 9.10.2015

DAV