

**Baker
McKenzie.**

WESSING & PARTNER

Aktuelle Entscheidungen in Kartellbußgeldsachen

Wechselwirkungen von Kartellrecht und Strafprozessrecht

■ Studienvereinigung Kartellrecht | 01.10.2019 | Christian Horstkotte / Anika Schürmann
Jürgen Wessing / Maximilian Janssen

Agenda

- 1 Entscheidungspraxis des OLG Düsseldorf
- 2 Beispiel: Bierkartellverfahren
- 3 Aktuelle Entscheidungen des BGH
- 4 Verteidigungsstrategien

1

Entscheidungspraxis des OLG Düsseldorf

Entscheidungspraxis des OLG Düsseldorf

Regelmäßig Bußgelderhöhungen vor dem OLG Düsseldorf seit BGH Grauzement I

Verfahren / Nebenbetroffene	BKartA	OLG Düsseldorf
Melitta (2014)	€ 52 Mio.	€ 55 Mio.
Süßwarenhersteller (2017)	€ 14 Mio. insg.	€ 21 Mio. insg.
AS Création (2017)	€ 10 Mio.	€ 13 Mio.
Marburger Tapetenfabrik (2017)	€ 3,8 Mio.	€ 5,5 Mio.
Rossmann (2018)	€ 5 Mio.	€ 30 Mio.
Wiltmann (2018)	€ 3,5 Mio.	€ 6,5 Mio.

Entscheidungspraxis des OLG Düsseldorf

Hintergrund: Anwendung unterschiedlicher Systeme bei der Bußgeldberechnung

BKartA wendet Bußgeldleitlinien an, die im Ausgangspunkt auf den tatbezogenen Umsatz abstellen

- In Fällen, in denen der tatbezogene Umsatz und das daraus abgeleitete Gewinn- und Schadenspotential nur einen geringen Anteil des jährlichen Gesamtumsatzes eines Unternehmen bildet, ist „diesem Umstand zur Wahrung des angemessenen Sanktionierens bei der konkreten Zumessung Rechnung zu tragen“ (Bußgeldleitlinien, Rn. 4 S. 4)
- Fallbezogene Obergrenze kann deutlich unter der gesetzlichen 10% Obergrenze liegen

Keine Anwendung der Bußgeldleitlinien durch Gerichte

- Maßgeblich für Bußgeldrahmen allein die gesetzliche 10% Obergrenze gem. § 81 Abs. 4 S. 2 GWB
- Bei Großunternehmen mit hohem weltweitem Konzernumsatz **Vervielfachung des Bußgeldrahmens** möglich
- Tatbezogener Umsatz wird teilweise ausdrücklich berücksichtigt, jedoch nicht als „rechnerische Größe“ (keine „Mathematisierung der Zumessung“)

Entscheidungspraxis des OLG Düsseldorf

Einspruchsrücknahmen aus Sorge vor Bußgelderhöhung

- Etwa Einspruchsrücknahmen zweier Nestlé-Konzerngesellschaften in Verfahren gegen Hersteller von Konsumgütern (B11-12/08) und gegen Hersteller von Süßwaren (B11-11/08)
- Bemerkenswerte Begründung der Einspruchsrücknahme durch Radeberger (Oetker-Konzern):

„Die Radeberger Gruppe war nicht an Preisabsprachen beteiligt. Wir widersprechen dem Vorwurf des Bundeskartellamtes gegen die Radeberger Gruppe und ihre Akteure somit auch weiterhin ausdrücklich. [...]

Allerdings sind seit unserem Einspruch im Jahr 2014 zahlreiche kartellrechtliche Einspruchsverfahren verhandelt und entschieden worden. Die hier praktizierte Auslegung des rechtlichen Rahmens zeigt, dass – unabhängig von der Faktenlage – das Beschreiten des Rechtsweges in Verfahren wie diesen nicht kalkulierbare finanzielle Risiken für Unternehmen nach sich zieht. Nach reiflichem Abwägen haben wir daher entschieden, die am 2. April 2014 eingelegten Einsprüche nicht weiter zu verfolgen, auch, wenn dies die Inkaufnahme der Zahlung eines hohen Geldbetrages nach sich zieht.“

Quelle: Pressemitteilung Radeberger vom 12.06.2018, abrufbar unter www.radeberger-gruppe.de (Hervorhebung durch Verfasser)

Entscheidungspraxis des OLG Düsseldorf

In der Literatur vertretene Kritik an der Verböserungspraxis

Verstoß gegen Rechtsweggarantie nach Art. 19 Abs. 4 GG

- Zunehmende Abschreckung den Rechtsweg zu beschreiten
- Bußgelderhöhung insbesondere bei "Restverstößen" von geringerem Gewicht problematisch (höheres Bußgeld trotz Reduzierung der Tatdauer oder Wechsel von Vereinbarung zu Informationsaustausch)

Kritik am Fehlen eines einheitlichen Systems der Bußgeldberechnung

- Zu starker Bezug auf die wirtschaftliche Einheit statt auf den konkreten Rechtsträger, aus dem heraus der Verstoß begangen wurde
- Systemwechsel führt zu Sanktionen, die nicht unrechts- und schuldangemessen sind

Thema ist verfassungsrechtlich nicht abschließend geklärt

Entscheidungspraxis des OLG Düsseldorf

Jedoch auch erfolgreiche Einsprüche in jüngerer Vergangenheit

Heidemark: von ca. 4 Mio. € auf Null

- Einstellung, da Bußgeld wohl gegen falsche Konzerngesellschaft verhängt
- Abgesehen davon kein Nachweis einer Kartellbeteiligung

Carlsberg: von 62 Mio. € auf Null

- Einstellung, da Prozesshindernis der absoluten Verjährung (§ 260 Abs. 3 StPO)
 - Gericht ist zur Überzeugung gelangt, dass kein Nachweis einer Beteiligung an Preisabsprache erbracht wurde
- **Zwischenfazit:** Trotz "Verböserungspraxis" keine Chancenlosigkeit vor dem OLG Düsseldorf per se

2

Das Bierkartellverfahren

Das Bierkartell – aus Sicht der Behörden

„Nationales Bierkartell“

- Langjährige Preisabsprachen im deutschen Biermarkt
- Vorwurf gegen Carlsberg → Teilnahme an einer Preisabsprache in 2007.
- Gegen Carlsberg verhängtes / beantragtes Bußgeld
 - BKartA: **EUR 62 Mio.**
 - Antrag der GStA: **EUR 250 Mio.** → Begründung: Bei Preisabsprachen seien grds. 20-30 % der Bußgeldobergrenze von 10% des weltweiten Konzernumsatzes als Bußgeldbetrag anzusetzen

Das Bierkartell – aus Sicht von Carlsberg

Warum die Einspruchseinlegung?

- **U.E. unzureichende Beweisgrundlage :**
 1. Vorwurf: Teilnahme an einem Wettbewerbertreffen Anfang 2007, auf dem Preisabsprache getroffen wurde
 - Alle Teilnehmer **bestätigten**, dass auf dem Treffen gerade **keine Preisabsprache** getroffen wurde
 2. Vorwurf: Zwei bilaterale Folgekontakte in 2007 zwecks Bestätigung der Preisabsprache
 - Beide Kontakte hatten zulässige Geschäftsthemen zum Gegenstand
 - **Beide Kontakte** konnten sich **nicht** an die **Erörterung unzulässiger Preisthemen** mit Carlsberg **erinnern**

Bedeutung der Strafprozessordnung I

- Kartellbußgeldverfahren sind OWiG-Verfahren, auf die grds. die StPO Anwendung findet (§ 46 OWiG)
- Für das Bierkartellverfahren bedeutete das u.a.:
 1. **Wahrheitserforschungspflicht** (§ 160 Abs. 2 StPO) → Das BKartA hätte auch entlastende Umstände zugunsten der Nebenbetroffenen ermitteln müssen.
 2. Geltung des „**in dubio pro reo**“-Grundsatzes (Art. 103 Abs. 2 GG, Art. 6 Abs. 2 EMRK) bzgl. bilateraler Kontakte

Bedeutung der Strafprozessordnung II

3. **Beweisanträge** als zentrales Mittel der Verteidigung zur Verfahrensbeeinflussung (§ 244 II StPO)
 - BGH 2018 („Flüssiggaskartell“): Die hervorgehobene Bedeutung von Kartellbußgeldverfahren streitet häufig für die Stattgabe eines Beweisantrags. Bei Ablehnung des Beweisantrags erweitertes Begründungserfordernis abweichend von § 77 Abs. 3 OWiG („*Die Beweiserhebung ist zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich.*“)
4. Bußgeldmindernde Wirkung von unternehmensinternen **Compliance-Programmen** sowie überlanger **Verfahrensdauer** und rechtsstaatswidriger **Verfahrensverzögerung** (Art. 6 Abs. 1 EMRK)

Das Bierkartell – Urteil des Senats

Verfahrenseinstellung

- Der Senat ist zur Überzeugung gelangt, dass eine **Beteiligung** von Carlsberg **an der Preisabsprache** in 2007 **nicht nachweisbar** ist
- Aus Sicht des Senats lediglich Nachweis einer einmaligen Teilnahme an einem Informationsaustausch Anfang 2007, der aber **nicht kausal** für die spätere Preiserhöhung war
 - **Verfahrenseinstellung**, da bzgl. Informationsaustausch Prozesshindernis der absoluten Verjährung (260 Abs. 3 StPO)
- Im Ergebnis hat der Senat das Ergebnis der **Beweisaufnahme des BKartA** damit als durch die Hauptverhandlung **nicht bestätigt** angesehen

3

Aktuelle BGH- Entscheidungen

Entscheidungen des BGH in Rechtsbeschwerdeverfahren

Erfolgreiche Verfahrensrüge im Fall Rossmann (BGH, 09.07.2019, KRB 37/19)

- Verstoß gegen die Urteilabsetzungsfrist, denn Urteil wurde nicht rechtzeitig zu den Akten gebracht
 - Absoluter Revisionsgrund (§ 275 Abs. 1 StPO, § 338 Nr. 7 StPO)
 - Keine Hinderung aufgrund eines unvorhersehbaren und unabwendbaren Umstands gem. § 275 Abs. 1 S. 4 StPO
 - Nach krankheitsbedingtem Ausfall der Berichterstatterin hätte der andere beisitzende Richter arbeitsteilig mit dem Vorsitzenden die Urteilsgründe vervollständigen können

Entscheidungen des BGH in Rechtsbeschwerdeverfahren

Erfolgreiche Sachrüge im Süßwaren-Verfahren (BGH, 21.06.2019, KRB 10/18)

- Lückenhafte Beweiswürdigung, da jegliche Angaben zu Einlassungen der Nebenbetroffenen fehlten, obwohl die getroffenen Feststellungen zum Teil auf diesen Einlassungen beruhten
 - OLG durfte nicht nur belastende Zeugenaussagen heranziehen ohne auf den Inhalt der Einlassungen der Nebenbetroffenen einzugehen

- **Obiter dictum**: Es könnte auch rechtlich bedenklich sein, dass sich das OLG nicht mit der Aussagemotivation der Zeugen, die selbst tatbeteiligt waren, befasst hat (Möglichkeit einer Falschbelastung)

Entscheidungen des BGH in Rechtsbeschwerdeverfahren

Erfolgreiche Rechtsbeschwerden auch im Flüssiggas III-Verfahren (BGH, 09.10.2018, KRB 60/17)

- Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Antrags auf Vernehmung eines Entlastungszeugen nach § 77 Abs. 1 Nr. 2 OWiG
 - Möglichkeit, einen präsenten Zeugen sofort zu vernehmen, kann ein Umstand sein, der für die Aufklärungspflicht des Tatrichters bedeutsam ist und bei der Ermessenausübung zu berücksichtigen ist
 - In ablehnenden Gerichtsbeschluss muss begründet werden, warum die beantragte Beweiserhebung zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist (Ausnahme zur Regel nach § 77 Abs. 3 OWiG)

→ **Auswirkung:** Einschränkung des praktischen Anwendungsbereichs des § 77 Abs. 1 Nr. 2 OWiG / Annäherung an Strengbeweisverfahren nach §244 StPO

4

Verteidigungsstrategien

Verteidigungsstrategien I

Aus der jüngeren BGH-Rspr. abzuleitende Konsequenzen für die Verfahrensstrategie

- BGH erkennt Kartellbußgeldverfahren als Sonderfall eines OWiG-Verfahrens an („hervorgehobene Bedeutung“)
- BGH stärkt die Verteidigung in gerichtlichen Kartellbußgeldverfahren durch umfassende Bezugnahme auf StPO-Vorschriften
 - Mehr Einflussmöglichkeiten auf den Ablauf der Beweisaufnahme:
 1. Ablehnung von Beweisanträgen zeigt sich als anfällig für Rechtsfehler
 - Folge: **Aktive Verfahrensgestaltung durch Beweisanträge** (inkl. präsen-ter Zeugen), da der Senat eher zu einer Stattgabe des Antrags tendieren dürfte

Verteidigungsstrategien II

Aus der jüngeren BGH-Rspr. abzuleitende Konsequenzen für die Verfahrensstrategie

2. Begründungspflicht bei Ablehnung von Beweisanträgen (es gilt §244 Abs. 6 StPO und nicht § 77 Abs. 3 OWiG)
 - Folge: Senat ist ggf. zur **Offenlegung** seiner vorläufigen **Sachverhaltseinschätzung** gezwungen, was eine etwaige Anpassung der Verteidigungslinie ermöglicht
3. Hauptverhandlungen könnten (noch) umfangreicher werden
 - Folge: Relevanz für Verjährungs- und Zumessungsfragen
4. Unzureichende Beweiswürdigung in Urteilsgründen kann Rechtsbeschwerde tragen.

The image features a large, dark blue, abstract shape that resembles a stylized speech bubble or a question mark. The shape is filled with a dark blue color and contains a white interior. The text "Fragen?" is written in a bold, dark blue font within the white area. The background of the entire image is white.

Fragen?