



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KRB 22/04

vom

25. April 2005

in dem Bußgeldverfahren

gegen

BGHSt: nein

Veröffentlichung: ja

Steuerfreie Mehrerlösabschöpfung

GWB § 38 Abs. 4 a.F. (§ 81 Abs. 2 n.F.)

Ist ein kartellbedingter Mehrerlös entstanden, hat der Bußgeldrichter zu bestimmen, welcher Anteil des Bußgelds Ahndungs- und welcher Abschöpfungszwecken dient. Die auf den Abschöpfungsteil entfallenden Steuern sind nur zu berücksichtigen, falls das Besteuerungsverfahren bereits abgeschlossen ist (Fortführung von BGH, Beschl. v. 24.4.1991 - KRB 5/90, WuW/E 2718, 2720 - Bußgeldbemessung).

BGH, Beschluß vom 25. April 2005 - KRB 22/04 - OLG Düsseldorf

wegen Kartellordnungswidrigkeit

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 25. April 2005 ohne mündliche Verhandlung durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch und die Richter Prof. Dr. Goette, Prof. Dr. Bornkamm, Dr. Raum und Prof. Dr. Meier-Beck

beschlossen:

1. Auf die Rechtsbeschwerde der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 29. Oktober 2003 aufgehoben, soweit der Betroffene G. freigesprochen wurde.
2. Auf die Rechtsbeschwerde der Nebenbetroffenen wird das vorgenannte Urteil im Rechtsfolgenausspruch aufgehoben, soweit es die Nebenbetroffene betrifft.
3. Die weitergehende Rechtsbeschwerde der Nebenbetroffenen wird verworfen.
4. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an einen anderen Kartellsenat des Oberlandesgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

Das Oberlandesgericht hat den Betroffenen G. vom Vorwurf freigesprochen, sich als Geschäftsführer der Nebenbetroffenen an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen beteiligt zu haben. Gegen den Betroffenen Ga., einen Prokuristen der Nebenbetroffenen, hat es wegen einer Ordnungswidrigkeit nach § 38 Abs. 1 Nr. 1 i.V. mit § 1 GWB a.F. eine Geldbuße von 6.250 € verhängt. Die Nebenbetroffene hat das Oberlandesgericht wegen der Kartellordnungswidrigkeit ihres Prokuristen mit einer Geldbuße in Höhe von 300.000 € belegt. Soweit der Betroffene G. freigesprochen wurde, wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer vom Generalbundesanwalt vertretenen Rechtsbeschwerde gegen das Urteil des Oberlandesgerichts. Die Nebenbetroffene greift dieses Urteil mit der Rüge der Verletzung formellen und materiellen Rechts im Schuld- und Rechtsfolgenausspruch an. Die Rechtsmittel haben in dem sich aus dem Beschlußtenor ergebenden Umfang Erfolg.

I. Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts hat die Nebenbetroffene, die sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von Transportbeton befaßt, im Bereich D. an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen teilgenommen. Im Mai 1995 kam es zu einem Treffen, an dem Vertreter von sechs in Niederbayern ansässigen Transportbetonherstellern teilnahmen. Für die Nebenbetroffene war der Betroffene Ga. anwesend. Im Rahmen dieser Besprechung kam es zum Abschluß einer Vereinbarung, in der sich die Marktführerin, die T. GmbH, verpflichtete, auf zehn Jahre der H. GmbH jährlich 20.000 Tonnen Transportbeton abzunehmen. Im Gegenzug sollte die H. GmbH ausschließlich für die T. produzieren, wobei die Abnehmer der T. den Beton direkt bei der H. GmbH abholen konnten.

Auf der Basis dieser Übereinkunft haben die an der Absprache beteiligten Unternehmen bei der H. GmbH auf Rechnung der T. Beton abgeholt. Die Nebenbetroffene bezog zwischen 1995 und 1998 jährlich zwischen 2.100 und 4.300 m³ Transportbeton. Anfang 1997 kam es bei einer weiteren Besprechung, an der wiederum der Betroffene Ga. für die Nebenbetroffene teilnahm, zu einer Anpassung der Vereinbarung, wonach die Mindestabnahmemenge auf 16.750 m³ reduziert und für 1998 den Veränderungen am Markt angepaßt werden sollte.

Diese Absprachen bewirkten, daß die H. GmbH als Wettbewerber ausschied. Dies hatte zur Folge, daß der Kubikmeterpreis für Transportbeton in der Region ab 1996 und noch stärker ab 1997 anstieg, während er im Rest Bayerns in der Tendenz leicht sank.

Das Oberlandesgericht, das in dieser Absprache ein Sich-Hinwegsetzen über eine unwirksame Vereinbarung im Sinne des § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB (a.F.) gesehen hat, hat den Betroffenen Ga. mit einer Geldbuße von 6.250 € belegt und gegen die Nebenbetroffene eine Geldbuße in Höhe von 300.000 € verhängt. Den Betroffenen G. hat es freigesprochen. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts ließ sich nicht feststellen, daß er von den Absprachen Kenntnis erlangt hat. Er habe an keinem der Gespräche teilgenommen. Aus den Umständen könne man nicht ohne weiteres auf seine Kenntnis schließen, weil der Umsatz mit der H. GmbH nicht so markant gewesen sei.

II. Die Rechtsbeschwerde der Staatsanwaltschaft führt zur Aufhebung des Freispruchs; die Rechtsbeschwerde der Nebenbetroffenen führt zur Aufhebung des gegen sie verhängten Bußgeldes.

1. Soweit der Betroffene G. freigesprochen wurde, kann das Urteil des Oberlandesgerichts keinen Bestand haben.

a) Allerdings ist die Beweiswürdigung des Oberlandesgerichts aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, soweit das Oberlandesgericht bei dem Betroffenen G. kein vorsätzliches Sich-Hinwegsetzen über das Kartellverbot (§ 38 Abs. 1 Nr. 1 i.V. mit § 1 GWB a.F.) angenommen hat. Das Oberlandesgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, daß der Betroffene G. keine Kenntnis von den Absprachen hatte.

aa) Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts unterliegt das angefochtene Urteil nicht schon wegen eines Darstellungsmangels der Aufhebung. Die Einlassung des Betroffenen Ga. läßt sich nämlich in hinreichend deutlicher Form den Urteilsgründen entnehmen. Aus ihrem Gesamtzusammenhang ergibt sich, wie sich dieser Betroffene eingelassen hat. Auf seinen weitgehend geständigen Aussagen beruhen nämlich im wesentlichen die Feststellungen des angefochtenen Urteils. Damit läßt sich den Urteilsgründen mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen, daß der Betroffene Ga. den Betroffenen G. nicht belastet, mithin nach seinen Angaben auch nicht informiert hat. Einer detaillierten Wiedergabe der Einlassung des Betroffenen Ga. bedurfte es nicht (vgl. BGH, Beschluß vom 6.7.1999 - 3 StR 231/99, BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 2 Einlassung 1).

bb) Die Beweiswürdigung des Oberlandesgerichts ist frei von Rechtsfehlern. Insoweit beschränkt sich die rechtliche Überprüfung darauf, ob die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist oder gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt (vgl. BGH, Urt. v. 12.9.2001 - 2 StR 172/01, NStZ 2002, 48, m.w.Nachw.). Ferner ist die Beweiswürdigung dann fehlerhaft, wenn der Tatrichter die Anforderungen an die zu einer Verurtei-

lung erforderliche Gewißheit überspannt oder die erforderliche Gesamtwürdigung unterlassen hat (BGH, Urt. v. 10.12.1986 - 3 StR 500/86, BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 2). Einen solchen Rechtsfehler zeigt die Rechtsbeschwerde nicht auf. Das Oberlandesgericht hat sich eingehend mit der Frage auseinandergesetzt, ob der Betroffene G. aufgrund der Umstände zwangsläufig Kenntnis von den Absprachen haben mußte. Dies hat das Oberlandesgericht im Blick auf den mengenmäßig geringen Umfang der Fremdlieferungen der H. GmbH ohne Rechtsverstoß verneint.

b) Der Freispruch des Betroffenen G. kann jedoch keinen Bestand haben, weil das Oberlandesgericht nicht ausreichend geprüft hat, ob dieser Betroffene sich jedenfalls einer Verletzung der Aufsichtspflicht nach § 130 Abs. 1 OWiG schuldig gemacht hat.

Die Ordnungswidrigkeit nach § 130 Abs. 1 OWiG unterliegt der richterlichen Kognitionspflicht, weil der Bußgeldbescheid den Vorwurf einer Aufsichtspflichtverletzung umfaßte (vgl. BGH, Beschl. v. 10.11.1992 - KRB 18/92, wistra 1993, 110). Dabei kommt es nur auf die Schilderung des Sachverhalts an, nicht auf die rechtliche Wertung der Bußgeldbehörde. Hier hat das Bundeskartellamt dem Betroffenen vorgeworfen, die Unterzeichnung des wettbewerbsbeschränkenden Vertrages und die Abholung des Betons bei der H. GmbH nicht verhindert zu haben (Bußgeldbescheid S. 8). Dies schließt auch den Vorwurf einer Verletzung der Aufsichtspflicht ein. Die Begründung hinsichtlich des Freispruchs von dem Vorwurf einer vorsätzlichen und fahrlässigen Verletzung von Aufsichtspflichten gemäß § 130 Abs. 1 OWiG erschöpft sich in der floskelhaften Formel, daß eine Verletzung der Aufsichtspflicht nicht festgestellt werden könne. Dies reicht nicht aus. Der Tatrichter muß darstellen, welche Maßnahmen gegen kartellrechtswidrige Absprachen getroffen wurden und wie deren Einhal-

tung kontrolliert wurde. Dabei kommt es für die Kontrolldichte wesentlich darauf an, ob es in dem entsprechenden Wirtschaftszweig bereits zu Kartellverstößen gekommen ist (vgl. Kollmorgen in Langen/Bunte, Kartellrecht, 9. Aufl., § 81 GWB Rdn. 94, m.w.N.). Auch hierzu fehlen im angefochtenen Urteil Feststellungen.

2. Die Rechtsbeschwerde der Nebenbetroffenen führt zur Aufhebung des verhängten Bußgelds. Hinsichtlich des Schuldspruchs sind ihre Beanstandungen aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO i.V. mit § 79 Abs. 3 OWiG.

a) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde hat allerdings das Oberlandesgericht den zugrunde gelegten Mehrerlös rechtsfehlerfrei ermittelt. Die Beanstandungen der Rechtsbeschwerde gegen die vom Oberlandesgericht vorgenommene Schätzung, die das Gesetz für die Bestimmung des Mehrerlöses ausdrücklich erlaubt (§ 38 Abs. 3 Satz 2 GWB a.F.; § 81 Abs. 2 Satz 2 GWB), sind unbegründet.

aa) Das Oberlandesgericht hat die Schätzungsgrundlagen nachvollziehbar dargelegt. Ausgangspunkt hierfür ist nach der Rechtsprechung derjenige Differenzbetrag zwischen den tatsächlichen Einnahmen, die aufgrund des Wettbewerbsverstoßes erzielt werden, und denjenigen Einnahmen, die das durch die Submissionsabsprachen bevorzugte Unternehmen ohne den Wettbewerbsverstoß erzielt hätte (BGH, Beschl. v. 24.4.1991 - KRB 5/90, WuW/E 2718, 2719 - Bußgeldbemessung). Danach konnte das Oberlandesgericht als Vergleichsmaßstab die Entwicklung des Preises in Bayern heranziehen. Daß dieser Preis von Anfang an deutlich höher lag als der Preis in den betroffenen niederbayrischen Regionen D., V. und Ti., steht dem nicht entgegen. Maßgeblich ist, soweit keine Anhaltspunkte für andere Ursachen er-

sichtlich sind, eine Bewertung der jeweiligen Preisveränderung, die auf die Absprache zurückzuführen sein wird. Die Preisentwicklung in Restbayern im Vergleich zu dem relativ kleinen von der Absprache beeinflussten Gebiet stellt deshalb grundsätzlich einen tauglichen Parameter für eine Schätzung dar.

bb) Den Umstand, daß sich Preiserhöhungen nicht sogleich nach der Absprache, sondern deutlich erst ab 1997 manifestiert haben, hat das Oberlandesgericht nachvollziehbar erklärt. Abgesehen davon, daß für V. schon 1996 eine erhebliche Verteuerung zu verzeichnen war, kann die Verzögerung durch den zeitlichen Abstand zwischen Auftragserteilung und Beginn der Bauausführung begründet sein. Im übrigen liegt es nahe, daß die Mitglieder des Kartells den durch die Absprache gewonnenen Freiraum erst behutsam mit langsamer Preisanhebungstendenz ausgelotet haben.

Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde verstößt dabei der gewählte Vergleichsmaßstab weder gegen die Denkgesetze noch ist er vom Ansatz her ungeeignet. Ihr Hinweis auf strukturelle Marktunterschiede, die einem solchen Vergleichsmaßstab entgegenstehen sollen, geht fehl. Regionalen Sonderentwicklungen kommt nämlich - schon weil es sich um einen Durchschnittswert handelt - jedenfalls auf die Summe der bayerischen Teilmärkte bezogen kein entscheidendes Gewicht zu. Die gesamtheitliche Schau der auf den Teilmärkten erzielten Preise und ihre Durchschnittsberechnung führt automatisch zu einer Nivellierung der angesprochenen speziellen Bedingungen, die auf den einzelnen Märkten bestanden haben mögen.

Die relevante Besonderheit im Verhältnis zu dem Gesamtmarkt in Bayern besteht auf dem Markt, der durch die Kartellabsprache beeinflusst ist. Der insoweit vom Oberlandesgericht angestellte Preisvergleich belegt dies auch signifikant. Dabei kommt es im übrigen nicht darauf an, welche Mengen die H.

GmbH hätte bedienen können. Von einem billigen Anbieter geht ein Preiseinfluß regelmäßig über dessen eigentliche Kapazität hinaus schon deshalb aus, weil sich die Mitbewerber - um keine Marktanteile zu verlieren - an diesem Preis orientieren müssen. Deshalb ist es unerheblich, ob die H. GmbH im Einzelfall einen Auftrag hätte ausführen können. Maßgeblich ist ihr Auftreten am Markt als Preisunterbieterin. Dadurch hätte sie Preisdruck erzeugen und Preissenkungen auslösen können.

b) Die Berechnung, die das Oberlandesgericht im Streitfall durchgeführt hat, ist rechtsfehlerfrei. Ohne Rechtsverstoß hat es nur diejenigen Gebietsteile zu Lasten der Nebenbetroffenen einbezogen, in welche die H. GmbH hätte liefern können. Damit sind lediglich die Umsätze mit solchen Abnehmern berücksichtigt, die im Umkreis von 50 km von der Betriebsstätte der H. GmbH angesiedelt waren. Dieser Berechnungsansatz ist für die Nebenbetroffene günstig. Deshalb kann es auch dahinstehen, ob über den eigentlichen Belieferungsradius der H. GmbH hinaus Preiseinflüsse denkbar gewesen wären.

Weitere Berechnungsunsicherheiten, die zwangsläufig bei Mehrerlösrechnungen entstehen, hat das Oberlandesgericht durch einen Sicherheitsabschlag in Höhe von 50 % abgefangen. Durch diesen ungewöhnlich hohen Sicherheitsabschlag ist dem Zweifelsgrundsatz im vorliegenden Fall hinreichend Rechnung getragen worden.

c) Das Urteil des Oberlandesgerichts kann im Rechtsfolgenausspruch aber deshalb keinen Bestand haben, weil die steuerlichen Auswirkungen nicht erörtert sind.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs ist bei der Bestimmung des Vorteils die hierauf entfallende steuerliche Belastung gegenzurechnen (BGH, Beschl. v. 24.4.1991 - KRB 5/90, WuW/E 2718, 2720 - Bußgeldbemessung). Diese Gegenrechnung hat das Oberlandesgericht nicht aufgestellt.

Dieser Ansatz bedarf jedoch im Hinblick auf die Rechtsprechung der Strafsenate des Bundesgerichtshofs zur vergleichbaren Problematik beim Verfall (BGHSt 47, 260, 264 ff.) einer Modifikation. Im Blick auf die steuerrechtliche Behandlung von abgeschöpften Erlösen ist von dem Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG auszugehen, mit dem es unvereinbar wäre, wenn für eine Abschöpfungsmaßnahme der Bruttobetrag des erlangten Gewinns zugrunde gelegt, umgekehrt aber der volle Bruttobetrag versteuert werden würde (BVerfGE 81, 228, 241). Deshalb muß bei derartigen Tatfolgen zwischen einem Ahndungs- und einem Abschöpfungsteil unterschieden werden (so auch Dannecker/Biermann in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 81 Rdn. 399; Göhler, OWiG, 13. Aufl., § 17 Rdn. 39a). Während der Ahndungsteil steuerlich nicht absetzbar ist, gilt das Abzugsverbot nicht für den Abschöpfungsanteil (§ 4 Abs. 5 Nr. 8 EStG, der nach § 8 Abs. 1 KStG auch für Kapitalgesellschaften Anwendung findet). Für den Tatrichter hat dies in Bußgeldsachen zur Folge, daß er in den Urteilsgründen darlegen muß, welcher Anteil des als Bußgeld verhängten Betrages die von ihm festzulegende Ahndung betrifft und welcher Teil der bloßen Abschöpfung dient. Hinsichtlich des Abschöpfungsanteils hat er zu überprüfen, ob für den Veranlagungszeitraum, in dem die abzuschöpfenden Erlöse erzielt wurden, das Besteuerungsverfahren bereits durch einen bestandskräftigen Bescheid beendet wurde. Nur wenn das Besteuerungsverfahren endgültig abgeschlossen ist, berücksichtigt der Bußgeldrichter die hierauf entfallene steuerliche Belastung und mindert insoweit den Abschöpfungsbetrag.

In den in der Praxis wesentlich häufigeren Fällen, in denen die steuerliche Veranlagung noch korrigiert werden kann, kann der Bußgeldrichter eine eventuelle steuerliche Belastung eines Abschöpfungsteils unberücksichtigt lassen. Dies ist dann Sache der Finanzbehörden (BGHSt 47, 260, 267). Dadurch wird der Bußgeldrichter von steuerlichen Fragen weitgehend entlastet.

Im vorliegenden Fall kann der Rechtsfolgenausspruch keinen Bestand haben, weil das Oberlandesgericht nicht offenlegt, ob es einen Abschöpfungsanteil angenommen hat. Zur Festsetzung eines Ahndungs- oder Abschöpfungsanteils ist der Bußgeldrichter nicht gezwungen. Es können Gründe dafür bestehen, entweder nur eine Ahndung auszusprechen und auf eine weitergehende Abschöpfung zu verzichten oder von einer Ahndung abzusehen und nur eine Abschöpfung vorzunehmen. Maßstab wird - nach allgemeinen Zumessungsgrundsätzen - der Grad der Vorwerfbarkeit sein, der immer die Höhe des Ahndungsteils bestimmt. Wenn es der Unwertgehalt der Tat verlangt, kann der Tatrichter sogar auf ein Bußgeld erkennen, das bis zur dreifachen Höhe des Mehrerlöses reicht (§ 38 Abs. 4 GWB a.F. = § 81 Abs. 2 GWB n.F.). Ein den Mehrerlös übersteigendes Bußgeld wird jedenfalls immer insoweit Ahndungscharakter haben, als der Mehrerlös überschritten ist. Liegt die für erforderlich gehaltene Ahndung unterhalb des festgestellten Mehrerlöses, wird bis zur Höhe des Mehrerlöses regelmäßig abzuschöpfen sein.

Innerhalb der dargestellten Grenzen liegt es im Ermessen des Bußgeldrichters, ob und in welchem Umfang er innerhalb des zu verhängenden Bußgeldes eine Ahndung oder eine Abschöpfung vornimmt. Erforderlich ist jedoch, daß er die hierfür maßgeblichen Gründe darlegt und - schon wegen der Wechselwirkungen zum Besteuerungsverfahren - klarstellt, welcher Anteil Abschöpfungs- und welcher Ahndungsfunktion hat. Da das Oberlandesgericht dies un-

terlassen hat, kann die Entscheidung im Rechtsfolgenausspruch keinen Bestand haben. Einer Aufhebung der Feststellungen bedarf es allerdings nicht, weil das Urteil insoweit lediglich einen Erörterungsmangel aufweist. Damit kann auch der rechtsfehlerfrei festgestellte Mehrerlös als Berechnungsgrundlage aufrechterhalten bleiben. Der neue Tatrichter, der auf Grundlage der getroffenen Feststellungen den Umfang des Ahndungsteils zu bestimmen hat, kann dann nur noch solche Feststellungen treffen, die den bisherigen nicht widersprechen.

Hirsch

Goette

Bornkamm

Raum

Meier-Beck