



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KRB 46/13

vom

3. Juni 2014

in der Kartellbußgeldsache

gegen

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 3. Juni 2014 durch die Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck und Dr. Raum sowie die Richter Prof. Dr. Strohn, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß beschlossen:

Die Rechtsbeschwerden der Betroffenen und der Nebenbetroffenen gegen das Urteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 29. Oktober 2012 werden gemäß § 79 Abs. 3 Satz 1 OWiG i.V.m. § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen. Die Betroffenen und Nebenbetroffenen tragen die Kosten ihrer Rechtsmittel.

Die Rechtsbeschwerden der Generalstaatsanwaltschaft gegen das vorbezeichnete Urteil werden nach § 79 Abs. 5 OWiG als unbegründet verworfen, soweit sie sich gegen die Betroffenen richten. Die Staatskasse trägt die Kosten der Rechtsmittel der Generalstaatsanwaltschaft und die insoweit den Betroffenen entstandenen notwendigen Auslagen.

Auf die Rechtsbeschwerden der Generalstaatsanwaltschaft wird gemäß § 79 Abs. 5 OWiG das vorbezeichnete Urteil bezüglich der Nebenbetroffenen im Rechtsfolgenausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben; die weitergehenden Rechtsbeschwerden der Generalstaatsanwaltschaft werden als unbegründet verworfen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die verbliebenen Kosten

des Verfahrens, an einen anderen Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 Das Oberlandesgericht hat die vier Betroffenen, die jeweils in leitender Funktion für die Nebenbetroffenen tätig waren, zu Geldbußen zwischen 8.000 und 14.700 Euro verurteilt, weil sie durch aufeinander abgestimmtes Verhalten (§ 81 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB) die Einführung von Siloaufstellgebühren durch die Nebenbetroffenen bewirkten. Gegen die Nebenbetroffenen, die in der Herstellung und im Vertrieb von Trockenmörtelprodukten tätig sind, wurden Bußgelder zwischen 200.000 Euro und 1,6 Mio. Euro verhängt. Gegen dieses Urteil richten sich die umfassenden Rechtsbeschwerden sämtlicher Beteiligter. Während die Rechtsbeschwerden der Betroffenen und der Nebenbetroffenen aus den zutreffenden Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO sind, führen die Rechtsbeschwerden der Generalstaatsanwaltschaft hinsichtlich der Nebenbetroffenen zur Aufhebung in den Rechtsfolgenaussprüchen. Im Übrigen bleiben auch die Rechtsbeschwerden der Generalstaatsanwaltschaft ohne Erfolg.

I.

- 2 Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts transportieren die Hersteller den Mörtel in Silos zu den Verarbeitern, soweit er bei den Kunden nicht (bei kleineren Mengen) in Säcken angeliefert wurde. Die Silos wurden früher den Verarbeitern kostenlos zur Verfügung gestellt. In Zeiten nachlassender

Bautätigkeit ab 2003 stiegen die Logistikkosten. Den Herstellern gelang es in der Folgezeit jedoch trotz einiger Versuche nicht, bei den Abnehmern einen Deckungsbeitrag für die Aufstellung und zeitweilige Überlassung der Silos durchzusetzen. Wendepunkt war das Spitzentreffen vom 27. Oktober 2005 mit maßgeblichen Vertretern des Handels, bei dem die Betroffenen jeweils die näheren Umstände der Einführung der Siloaufstellgebühr und vor allem auch die Konditionen für den Handel (Rabatte von 5 bis 10%) aus Sicht ihres Unternehmens ansprachen. Ab dem Jahreswechsel 2005/2006 bis spätestens 1. März 2006 führten die Nebenbetroffenen flächendeckend Siloaufstellgebühren von 100 Euro ein.

- 3 In der gegenseitigen Information im Rahmen des Spitzentreffens sieht das Oberlandesgericht die Verwirklichung des Bußgeldtatbestands des aufeinander abgestimmten Verhaltens (§ 81 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB). Ein typisches Mittel einer verbotenen Verhaltensabstimmung zwischen Wettbewerbern stelle die wechselseitige Unterrichtung über unternehmensrelevante Daten dar. Durch das bei dem Spitzentreffen geschaffene Klima der gegenseitigen Gewissheit über die jeweiligen unternehmerischen Strategien bezüglich der Siloaufstellgebühren sei deren nachdrückliche Durchsetzung am Markt gefördert worden.

II.

- 4 Die Rechtsbeschwerden der Generalstaatsanwaltschaft haben nur in Bezug auf die Rechtsfolgenaussprüche hinsichtlich der Nebenbetroffenen Erfolg.

- 5 1. Entgegen der Auffassung der Generalstaatsanwaltschaft sind die Schuldsprüche rechtsfehlerfrei. Das Oberlandesgericht hat sich in den Urteils-

gründen explizit mit dem Bußgeldtatbestand des § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 101 Abs. 1 AEUV auseinandergesetzt und dessen Anwendbarkeit im konkreten Fall verneint, weil eine spürbare wettbewerbliche Auswirkung auf den grenzüberschreitenden Handel nicht festzustellen sei (zum Verhältnis von § 81 Abs. 1 Nr. 1 zu Abs. 2 Nr. 1 GWB vgl. Raum in Langen/Bunte, GWB, 12. Aufl., § 81 Rn. 95). In Betracht kommende Anbieter aus dem europäischen Ausland seien in den regional eng begrenzten Märkten nicht einmal "im Ansatz" erkennbar gewesen. Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Weitergehende Erörterungen waren aufgrund der vom Oberlandesgericht festgestellten Tatsachenlage nicht veranlasst. Soweit die Generalstaatsanwaltschaft eine lückenhafte Feststellung solcher Tatsachen beanstandet, die einen grenzüberschreitenden Bezug im Sinne dieses Bußgeldtatbestands belegen könnten, hat sie eine entsprechende Aufklärungsrüge nicht erhoben.

6 2. Dagegen hält der Ausspruch über die konkrete Bußgeldhöhe zwar bei den Betroffenen, nicht aber bei den Nebenbetroffenen rechtlicher Überprüfung stand.

7 a) Die Generalstaatsanwaltschaft beanstandet zu Recht, dass das Oberlandesgericht bei den Nebenbetroffenen einen unzutreffenden Bußgeldrahmen zugrunde gelegt hat. Das Oberlandesgericht geht im Ausgangspunkt allerdings zutreffend davon aus, dass die Regelung des § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB keine Kappungsgrenze darstellt, sondern als Obergrenze zu verstehen ist. Dies folgt aus der gebotenen verfassungskonformen Auslegung dieser Bestimmung (BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013 - KRB 20/12, BGHSt 58, 158, Rn. 52 ff. - Grauzementkartell). Der insoweit maßgebliche Gesamtumsatz ist jedoch - wie der Bundesgerichtshof in der vorgenannten Entscheidung, die nach dem Erlass des angefochtenen Urteils ergangen ist, ebenfalls ausgeführt hat - auch schon

unter der Geltung des § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB 2005 nicht auf den Umsatz der konkreten juristischen Person beschränkt, für die die Leitungsperson gehandelt hat. Vielmehr ergibt sich aus dem Wortlaut und dem Normzweck der Bestimmung, dass auch insoweit der weltweite Gesamtumsatz nicht allein der konkreten juristischen Person, sondern der gesamten wirtschaftlichen Einheit in Ansatz zu bringen ist (BGH, aaO Rn. 66 ff.). Da es sich bei sämtlichen Nebenbetroffenen nach den Feststellungen um Konzerngesellschaften handelt, nötigt dieser Fehler zur Aufhebung der gegen die Nebenbetroffenen verhängten Geldbußen sowie der zum Rechtsfolgenausspruch getroffenen Feststellungen, die von dem unzutreffenden rechtlichen Ausgangspunkt sämtlich beeinflusst sind.

8 b) Entgegen der Auffassung der Generalstaatsanwaltschaft weist die Behandlung der Verfahrensdauer im Hinblick auf die Betroffenen keinen durchgreifenden Rechtsfehler auf.

9 Kommt es in einem Verfahren zu einem außergewöhnlichen Abstand zwischen Tat und Urteil, so hat der Tatrichter grundsätzlich drei unterschiedliche Strafmilderungsgründe zu bedenken: a) den langen zeitlichen Abstand zwischen Tat und Urteil, b) die Belastungen durch die lange Verfahrensdauer und c) die Verletzung des Beschleunigungsgebots nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK (BGH, Beschluss vom 21. Dezember 1998 - 3 StR 561/98, BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verfahrensverzögerung 13). Da es sich um unterschiedliche Gesichtspunkte handelt, stellt es deshalb nicht ohne weiteres einen Rechtsfehler dar, wenn der Tatrichter eine Kompensation für eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung vornimmt und gleichwohl bei der Bemessung des Bußgelds die Verfahrensdauer und die sich daraus für die Betroffenen ergebenden Belas-

tungen in den Blick nimmt (BGH, Beschluss vom 11. November 2004 - 5 StR 376/03, BGHSt 49, 342).

- 10 Allerdings ist den Rechtsbeschwerden der Generalstaatsanwaltschaft zuzugeben, dass die Kompensation für eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung nicht im Wege eines Abschlags, sondern durch eine Anrechnungsentscheidung vorzunehmen ist, die durch das Maß der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung und der hierdurch eingetretenen Belastungen der Betroffenen bestimmt wird (BGH, Beschluss vom 17. Januar 2008 - GSSt 1/07, BGHSt 52, 124; Urteil vom 27. August 2009 - 3 StR 250/09, BGHSt 54, 135 Rn. 8; Beschluss vom 13. April 2012 - 5 StR 442/11, NJW 2012, 2370 Rn. 12).
- 11 Dem genügt das Urteil des Oberlandesgerichts nicht, weil es den Kompensationsbetrag als einen prozentualen Anteil gebildet und diesen Betrag von der eigentlich verwirkten Geldbuße abgezogen hat. Der Senat schließt jedoch aus, dass sich dieser Fehler zu Gunsten oder zu Lasten der Betroffenen ausgewirkt hat. Den Grad der Belastung für die Betroffenen hat das Oberlandesgericht als maßgebliches Bemessungskriterium erkannt. Dass es diesen in Abhängigkeit zur Bußgeldhöhe bestimmt hat, ist hier schon deshalb nicht erheblich, da die Belastung auch von der Höhe der drohenden Geldbuße beeinflusst ist. Die fehlerhaft unterlassene Anrechnung und der stattdessen vorgenommene Abzug bleiben beim Bußgeld im Ergebnis ohne Folgen. Der Zahlbetrag ändert sich hierdurch nicht, und anderweitige Auswirkungen sind nicht erkennbar.
- 12 c) Im Hinblick auf die Nebenbetroffenen kommt es auf die Frage, ob der Gesichtspunkt der Verfahrensdauer und einer sich hieraus ergebenden Verfahrensverzögerung rechtsfehlerfrei gewürdigt wurde, nicht mehr an, weil die Geldbußen aus den vorgenannten Gründen keinen Bestand haben können. Sie

müssen deshalb neu zugemessen werden. Da der Senat wegen des inneren Zusammenhangs auch sämtliche zum Rechtsfolgenausspruch getroffene Feststellungen aufgehoben hat, ist der neue Tatrichter frei, insoweit auch eine eigenständige Entscheidung über eine vorzunehmende Kompensation zu treffen, sofern er eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung bejahen sollte (zu den Grundsätzen vgl. BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013 - KRB 20/12, BGHSt 58, 158, Rn. 87 ff. - Grauzementkartell).

Meier-Beck

Raum

Strohn

Bacher

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 29.10.2012 - V-1 Kart 1-6/12 (OWi) -