



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KRB 21/20

vom

13. Juli 2020

in der Kartellbußgeldsache

gegen

Nachschlagewerk: ja

BGHSt: nein

BGHR: ja

Bezirksschornsteinfeger

GWB § 1, § 21 Abs. 2 Nr. 1, § 81 Abs. 3 Nr. 2

- a) Die den Bußgeldtatbestand des § 81 Abs. 3 Nr. 2 GWB ausfüllenden Vorschriften der § 21 Abs. 2 Nr. 1, § 1 GWB erfassen ein dem Mitbewerber unter Anwendung von Druck- oder Lockmitteln unterbreitetes Angebot, auf eigenes wettbewerbliches Verhalten gegen Entgelt zu verzichten. Insoweit genügt die Absicht des Anwenders, den Adressaten zu einer Zahlung als Gegenleistung für einen Wettbewerbsverzicht zu veranlassen. Die Vorschriften verlangen nicht weitergehend, dass der Anwender der Druck- oder Lockmittel ein bestimmtes Verhalten des Adressaten auf dem Markt beabsichtigt.
- b) Es steht einem nach § 81 Abs. 3 Nr. 2 i.V.m. § 21 Abs. 2 Nr. 1, § 1 GWB ordnungswidrigen Handeln nicht entgegen, dass ein angedrohter Nachteil isoliert betrachtet nicht rechtswidrig ist. Vielmehr kann die Rechtswidrigkeit eigenständig durch die Verknüpfung mit dem unzulässigen Zweck begründet werden. Maßgebend ist die Mittel-Zweck-Relation, die unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls zu bewerten ist.

BGH, Beschluss vom 13. Juli 2020 - KRB 21/20 - OLG Frankfurt am Main

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 13. Juli 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Dr. Berg und Dr. Tolkmitt sowie die Richterinnen Dr. Rombach und Dr. Linder gemäß § 79 Abs. 3 Satz 1, Abs. 5 Satz 1 OWiG

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Generalstaatsanwaltschaft wird der Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 21. August 2019 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an einen anderen Kartellsenat des Oberlandesgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 Das Oberlandesgericht hat den Betroffenen im Beschlusswege (§ 72 OWiG) vom Vorwurf der Kartellordnungswidrigkeit der Anwendung von Druck- oder Lockmitteln zur Veranlassung von Wettbewerbsbeschränkungen nach § 81 Abs. 3 Nr. 2 i.V.m. § 21 Abs. 2 Nr. 1, § 1 GWB aus rechtlichen Gründen freigesprochen. Dagegen wendet sich die Generalstaatsanwaltschaft mit ihrer auf die - näher ausgeführte - Sachrüge gestützten Rechtsbeschwerde. Das vom Generalbundesanwalt nicht vertretene Rechtsmittel hat Erfolg.

Ausnahmen der freien Schornsteinfegertätigkeiten in seinem bisherigen Bezirk zu enthalten und das Beschäftigungsverhältnis mit seinem Gesellen auf N. zu übertragen, während dieser im Gegenzug einen Betrag von 35.700 € brutto schulden sollte. Wiederum zwei Tage später lehnte es N. gegenüber dem Regierungspräsidium ab, die Funktion des bevollmächtigten Bezirksschornsteinfegermeisters im Kehrbezirk H. zu übernehmen.

5 Das Oberlandesgericht hat anhand des Vertragsentwurfs und der (aus den Sachakten ersichtlichen) sonstigen Umstände nicht festzustellen vermocht, dass - über die Angaben zum Tatvorwurf im Bußgeldbescheid hinaus - der Betroffene gegenüber N. in irgendeiner Form zum Ausdruck brachte, dieser solle seinerseits auf Wettbewerb in dem ihm - dem Betroffenen - zugeschlagenen Kehrbezirk verzichten. Es ist dem entsprechenden Vorbringen in der Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft auf einen zuvor erteilten gerichtlichen Hinweis nicht gefolgt.

6 3. Das Oberlandesgericht hat die subjektiven Voraussetzungen des § 81 Abs. 3 Nr. 2 i.V.m. § 21 Abs. 2 Nr. 1 GWB verneint. Nach den Feststellungen habe der Betroffene nicht in der Absicht gehandelt, N. "zu einem Verhalten zu veranlassen, das" nach § 1 GWB "nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden" dürfe. § 21 Abs. 2 Nr. 1 GWB greife nur dann, wenn der Anwender der Druck- oder Lockmittel ein verbotswidriges Marktverhalten des Adressaten bezwecke. Der Betroffene habe indes lediglich einen eigenen Wettbewerbsverzicht angeboten, den er sich von seinem avisierten Nachfolger habe vergüten lassen wollen. Eine Beschränkung dessen wettbewerblichen Verhaltens habe er hingegen nicht beabsichtigt; vielmehr sei die geforderte Zahlung "per se wettbewerbsrechtlich neutral".

II.

7 Der Freispruch hält sachlichrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

8 1. Die rechtliche Beurteilung des Oberlandesgerichts, die subjektiven Voraussetzungen des § 81 Abs. 3 Nr. 2 i.V.m. § 21 Abs. 2 Nr. 1 GWB lägen nicht vor, erweist sich auf der Basis der ihr zugrunde gelegten Feststellungen als unzutreffend. Hiernach hatte der Betroffene die erforderliche Absicht, den Adressaten zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - hier § 1 GWB - nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf, indem er mit dem zielgerichteten Willen handelte, sich von seinem avisierten Nachfolger Wettbewerb abkaufen zu lassen.

9 a) Allerdings stellt - entgegen der Entscheidungsformel des Bußgeldbescheids - der erstrebte Vertragsschluss für sich gesehen kein vom Betroffenen beabsichtigtes Verhalten des N. im Sinne des § 21 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB dar. Nach diesen Vorschriften ist zu differenzieren zwischen der unterstellten kartellverbotswidrigen Vereinbarung über das vom Anwender der Druck- oder Lockmittel bezweckte tatsächliche Verhalten des Adressaten einerseits und diesem Verhalten andererseits. Hypothetischer Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemäß § 21 Abs. 2 GWB ist nicht ein Vertragsschluss selbst als Grundlage für künftiges Tun oder Unterlassen. Die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung als solche unterfällt vielmehr dem Bußgeldtatbestand des § 81 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB, der wegen der Sanktionslosigkeit des Versuchs nur erfüllt sein kann, wenn es tatsächlich zu einer derartigen Absprache gekommen ist.

10 b) Die geforderte und nach dem erstrebten Vertragsschluss zu leistende Zahlung ist indes als ein vom Betroffenen beabsichtigtes Verhalten des N. im

Sinne des § 21 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB zu beurteilen. Anders als das Oberlandesgericht und der Generalbundesanwalt meinen, erfassen diese den Bußgeldtatbestand des § 81 Abs. 3 Nr. 2 GWB ausfüllenden Vorschriften ein dem Mitbewerber unter Anwendung von Druck- oder Lockmitteln unterbreitetes Angebot, auf eigenes wettbewerbles Verhalten gegen Entgelt zu verzichten. Insoweit genügt die Absicht des Anwenders, den Adressaten zu einer Zahlung als Gegenleistung für einen Wettbewerbsverzicht zu veranlassen.

11 aa) Nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB ist die qualifizierte Beeinflussung eines Unternehmens unter der Voraussetzung verboten, dass mit ihr ein bestimmtes Verhalten des Adressaten bezweckt wird, dessen einvernehmliche Regelung kartellrechtlich unzulässig wäre (s. Nothdurft in Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Aufl., Bd. 1, § 21 GWB Rn. 74). Eine solche Beeinflussung muss darauf gerichtet sein, ein wettbewerbswidriges bzw. wettbewerbsbeschränkendes Verhalten des Unternehmens zu veranlassen (s. LMRKM/Loewenheim, Kartellrecht, 4. Aufl., § 21 GWB Rn. 39; Markert in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., Bd. 2, § 21 GWB Rn. 67; Roth in Frankfurter Kommentar, Kartellrecht, Stand: Juni 2020 [96. Lfg.], Bd. V, § 21 GWB 2013 Rn. 197).

12 Die Zahlung eines Entgelts für einen Wettbewerbsverzicht stellt ein solches kartellrechtlich unzulässiges Verhalten dar. Ein Vertrag mit diesem Inhalt kann nach § 134 BGB i.V.m. § 1 GWB nicht wirksam geschlossen werden (vgl. Nothdurft aaO, Rn. 76). Da es im Rahmen des § 21 Abs. 2 GWB um die kartellrechtliche Bewertung einer unterstellten Vereinbarung geht (vgl. BGH, Urteil vom 21. Oktober 1986 - KZR 28/85, WuW/E BGH 2326, 2328 - Guten-Tag-Apotheke II), kann ein Entgelt nur in Abhängigkeit davon beurteilt werden, was entgolten werden soll. Die Erwägung im angefochtenen Beschluss, die vom Betroffenen geforderte Zahlung sei isoliert betrachtet nicht wettbewerbs-

widrig, sondern "wettbewerbsrechtlich neutral", greift deshalb zu kurz. Vielmehr kann ein Verhalten gerade wegen des mit ihm intendierten Zwecks als wettbewerbswidrig bzw. -beschränkend zu bewerten sein.

13 Infolgedessen verlangt § 21 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB nicht weitergehend, dass der Anwender der Druck- oder Lockmittel ein bestimmtes Verhalten des Adressaten auf dem Markt beabsichtigt.

14 bb) Dieses Verständnis steht in Einklang mit dem Zweck des § 21 Abs. 2 GWB. Die Vorschrift dient dem Schutz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit vor unerlaubter Einflussnahme durch andere Unternehmer und will der Gefahr vorbeugen, dass wettbewerbswidriges Verhalten unabhängig von vertraglichen Vereinbarungen durch Druck- oder Lockmittel erzeugt wird und damit kartellrechtliche Verbote umgangen werden (BGH, Beschluss vom 26. Mai 1987 - KRB 1/87, WuW/E BGH 2377 f. mwN - Abwasserbauvorhaben Oberes Aartal). Die Anwendung derartiger Mittel, um eine Zahlung für einen eigenen Wettbewerbsverzicht zu erhalten, unterfällt dem Normzweck:

15 Dieses Vorgehen birgt das Risiko von Wettbewerbsbeschränkungen. Zielt die Absicht des Anwenders darauf, einen § 1 GWB unterfallenden Vertrag zu schließen und den Adressaten auf diese Weise zu einem vertragsgemäßen, indes kartellrechtlich unzulässigen Verhalten zu bewegen, und macht er ein entsprechendes Angebot, so besteht zwar nicht die Gefahr der Umgehung, sondern - sogar - die der Verletzung dieses kartellrechtlichen Verbots. Jedoch wird die Vermeidung eines solchen Risikos gleichermaßen vom Zweck des § 21 Abs. 2 GWB erfasst, es sei denn, die qualifizierte Beeinflussung erschöpft sich in dem Versprechen eines Vorteils durch das bloße Inaussichtstellen des Vertragsschlusses und der Vertragsabwicklung; denn - nur - in diesem Fall stellt das Vertragsangebot keine unzulässige Willensbeeinflussung dar (s. BGH,

WuW/E BGH 2377, 2378 mwN - Abwasserbauvorhaben Oberes Aartal; Achenbach in Frankfurter Kommentar, Kartellrecht, Stand: Juni 2020 [96. Lfg.], Bd. VI, § 81 GWB Rn. 436; Biermann in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., Bd. 2, § 81 GWB Rn. 285 f.; Markert in Immenga/Mestmäcker aaO, § 21 GWB Rn. 65; Roth in Frankfurter Kommentar aaO, Bd. V, § 21 GWB 2013 Rn. 191).

16 cc) Weder die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs noch - zumindest - der ganz überwiegende Teil der Kommentarliteratur stellt höhere Anforderungen an den subjektiven Tatbestand des § 21 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB in dem Sinne, dass der Anwender der Druck- oder Lockmittel mit der Absicht handeln müsste, ein bestimmtes Marktverhalten des Adressaten zu veranlassen.

17 (1) Zwar treffen die Ausführungen in den Gründen des angefochtenen Beschlusses zu, dass der Senat einen Verstoß gegen § 25 Abs. 2 GWB aF als Vorgängerregelung des § 21 Abs. 2 GWB bisher in solchen Fällen angenommen hat, in denen ein Wettbewerber einem Mitbewerber Nachteile androhte oder Vorteile versprach, wenn dieser (ebenfalls) sein Marktverhalten zugunsten des Androhenden oder Versprechenden einschränkt (vgl. Beschluss vom 1. Dezember 1966 - KRB 1/66, WuW/E BGH 858 - Konkurrenzfiliale; WuW/E BGH 2326 - Guten-Tag-Apotheke II; WuW/E BGH 2377 - Abwasserbauvorhaben Oberes Aartal). Daraus folgt aber nicht umgekehrt, dass die Absicht im Sinne des § 25 Abs. 2 GWB aF nur in einem derartigen Fall vorläge. Dies lässt sich den Entscheidungen nicht entnehmen.

18 (2) In der Kommentarliteratur wird die hier entscheidungserhebliche Problematik nicht erörtert. Allein Achenbach, auf den sich sowohl das Oberlandesgericht als auch der Generalbundesanwalt beziehen, führt in seiner Kom-

mentierung zu § 81 Abs. 3 Nr. 2 GWB an einer Stelle (Frankfurter Kommentar, Kartellrecht, Stand: Juni 2020 [96. Lfg.], Bd. VI, § 81 GWB Rn. 441) - ohne Beleg - aus, der Täter müsse "anstreben, dass der Adressat sich in einer bestimmten Weise am Markt verhält". Dabei befasst er sich allerdings mit der Frage, ob sich der zielgerichtete Wille des Täters auf die kartellrechtliche Unzulässigkeit des beabsichtigten Adressatenverhaltens erstrecken muss oder ob insoweit bedingter Vorsatz genügt. Darüber hinausgehende Folgerungen aus der von ihm gewählten Formulierung zieht er weder in diesem Zusammenhang noch an anderer Stelle der Kommentierung. Ein sachlicher Grund dafür, dass ein bestimmtes Marktverhalten des Adressaten bezweckt sein muss, wird von Achenbach nicht angeführt und ist auch sonst nicht ersichtlich.

19 dd) Auf der Grundlage der Feststellungen, von denen das Oberlandesgericht ausgegangen ist, sind der vom Betroffenen intendierte Vertrag und damit die von ihm erstrebte Zahlung als kartellrechtlich unzulässig zu beurteilen. Insbesondere ist diese Vereinbarung nicht vergleichbar mit einem - unter bestimmten Voraussetzungen zulässigen - nachvertraglichen Wettbewerbsverbot beim Unternehmenskauf; denn es spricht nichts dafür, dass der angebotene Wettbewerbsverzicht als Nebenabrede zu einem Austauschvertrag mit kartellrechtlich neutralem Hauptzweck anzusehen wäre. Selbst wenn ein solcher Vergleich gezogen werden könnte, begegneten jedenfalls einem zeitlich unbeschränkten Wettbewerbsverzicht durchgreifende rechtliche Bedenken (vgl. BGH, Urteil vom 3. November 1981 - KZR 33/80, WuW/E BGH 1898, 1899 f. - Holzpaneele; Schmitt, WuW 2007, 1096, 1097, 1100 f.).

20 2. Das Urteil beruht auf dem Rechtsfehler (§ 337 Abs. 1 StPO, § 79 Abs. 3 Satz 1 OWiG). Es erweist sich nicht aus einem anderen Grund als richtig.

21

Zu Druck- oder Lockmitteln im Sinne des § 21 Abs. 2 GWB hat das Oberlandesgericht - aus seiner Sicht konsequent - bisher keine eigenen durch eine Beweiswürdigung unterlegten Feststellungen getroffen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass es feststellt, dass der Betroffene solche Mittel einsetzte, um sich von N. Wettbewerb abkaufen zu lassen. Allein in dem Angebot des Wettbewerbsverzichts liegt zwar kein Versprechen eines Vorteils im Sinne des § 21 Abs. 2 GWB. Wie in anderem Zusammenhang dargelegt (Rn. 15), fällt darunter im Hinblick auf den Zweck der Vorschrift nicht das bloße Inaussichtstellen des Abschlusses und der Abwicklung eines für den Adressaten auch vorteilhaften wettbewerbsbeschränkenden Vertrags. Jedoch käme insbesondere eine Ankündigung des Betroffenen, seinem avisierten Nachfolger bei Ausbleiben der geforderten Zahlung keine Informationen zugänglich zu machen, die nicht zu den zwingend mitzuteilenden Daten zählen, als Androhen eines Nachteils in Betracht. Dass dieser Nachteil isoliert betrachtet nicht rechtswidrig ist, steht einem nach § 81 Abs. 3 Nr. 2 i.V.m. § 21 Abs. 2 Nr. 1, § 1 GWB ordnungswidrigen Handeln nicht entgegen. Vielmehr kann die Rechtswidrigkeit eigenständig durch die Verknüpfung mit dem unzulässigen Zweck begründet werden. Maßgebend ist die Mittel-Zweck-Relation (vgl. Nothdurft in Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Aufl., Bd. 1, § 21 GWB Rn. 60, 62; ferner Roth in Frankfurter Kommentar, Kartellrecht, Stand: Juni 2020 [96. Lfg.], Bd. V, § 21 GWB 2013 Rn. 169), die unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls zu bewerten ist.

22 3. Nach alledem ist der Beschluss mit den Feststellungen aufzuheben.
Die Sache bedarf der erneuten Entscheidung.

Meier-Beck

Berg

Tolkmitt

Rombach

Linder

Vorinstanz:

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 21.08.2019 - 11 Ws 1/18 (Kart) -