

Bußgeldpraxis des Bundeskartellamtes

FIW-Ferienkurs

Dr. Justus Herrlinger

24. September 2015

Bestandsaufnahme

Bußgelder 2015

Monat	Branche	Gesamtsumme (€)	Anzahl Unternehmen*	Hauptvorwürfe (Absprache)
August	Containertransporte	4,56 Mio.	7	Preise
Juli	Laufpolster und Dämpfer	1,3 Mio.	3	Preise, Ausschreibungen
Juni	Fahrzeugteile	75 Mio.	5	Preise
Juni	Lebensmitteleinzelhandel	151,6 Mio.	11	Vertikale Preisbindung
Juni	Fertigaragen	11 Mio.	10	Preise, Kundenaufteilung
Mai	Navigationsgeräte	300.000	1	Vertikale Preisbindung
Februar	Matratzen	3,38 Mio.	1	Vertikale Preisbindung
Januar	Kohlensäure-zylinder	225.000	1	Wettbewerberbehinderung

* ohne nat. Pers. und Verbände

Bußgelder 2014

Monat	Branche	Gesamtsumme (€)	Anzahl Unternehmen*	Hauptvorwürfe (Absprache)
September	Pflastersteine	6,2 Mio.	14	Preise
August	Bergbauspezialarbeiten	17,4 Mio.	5	Preise, Ausschreibungen
August	Matratzen	8,2 Mio.	1	Vertikale Preisbindung
Juli	Wurst	338 Mio.	21	Preise
Juli	Serviceleistungen für Wärmetauscher	1,89 Mio.	2	Preise, Kundenaufteilung
April	Bier	238 Mio.	11	Preise
Februar	Zucker	280 Mio.	3	Preise, Quoten, Gebiete
Februar	Tapeten	17,0 Mio.	4	Preise

* ohne nat. Pers. und Verbände

§ 81 Abs. 4 GWB

„Die Ordnungswidrigkeit kann (...) mit einer Geldbuße bis zu einer Million Euro geahndet werden.

Gegen ein Unternehmen (...) kann über Satz 1 hinaus eine höhere Geldbuße verhängt werden; die Geldbuße darf 10 vom Hundert des in der Behördenentscheidung vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes (...) nicht übersteigen.

Bei der Ermittlung des Gesamtumsatzes ist der weltweite Umsatz aller natürlichen und juristischen Personen zugrunde zu legen, die als wirtschaftliche Einheit operieren. (...)“

Wille des Gesetzgebers

- Motivation der GWB-Änderungen 2005 und 2007 war Anpassung an EU Recht (VO 1/2003, Bußgeldleitlinien 2006 und EU Rechtsprechung)
 - Beschlussempfehlung Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit (BT-Drs. 15/5049, S. 50):
 - „Um der dezentralen Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts praktische Wirksamkeit („effet utile“) zu verschaffen, wird die Bußgeldbemessung nach deutschem Recht der europäischen Regelung angepasst. (...)“
 - Im Rahmen einer teleologischen Auslegung sind daher auch die von der Europäischen Kommission praktizierten Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen mit heranzuziehen.“

Wille des Gesetzgebers

- Beschlussempfehlung Ausschuss für Wirtschaft u. Technologie (BT-Drs.16/7156, S. 11):
 - „durch die Neuregelung wird klargestellt, dass eine solche Umsatzzurechnung im Konzern auch im Rahmen der Kappungsgrenze des § 81 Abs. 4 GWB zu erfolgen hat und hierzu entsprechend der europäischen Rechtslage auf den Begriff der wirtschaftlichen Einheit abzustellen ist“

§ 17 Abs. 3 OWiG

„Grundlage für die Zumessung der Geldbuße sind die Bedeutung der Ordnungswidrigkeit und der Vorwurf, der den Täter trifft.

Auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters kommen in Betracht; bei geringfügigen Ordnungswidrigkeiten bleiben sie jedoch in der Regel unberücksichtigt.“

Situation vor „Grauzement“-
Beschluss des BGH

Frühere Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes

1. Grundbetrag

„Der Grundbetrag berücksichtigt die Schwere und Dauer des Verstoßes. Er kann bis zu 30% des für die gesamte Dauer der Zuwiderhandlung zugrunde gelegten tatbezogenen Umsatzes betragen.“

Frühere Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes

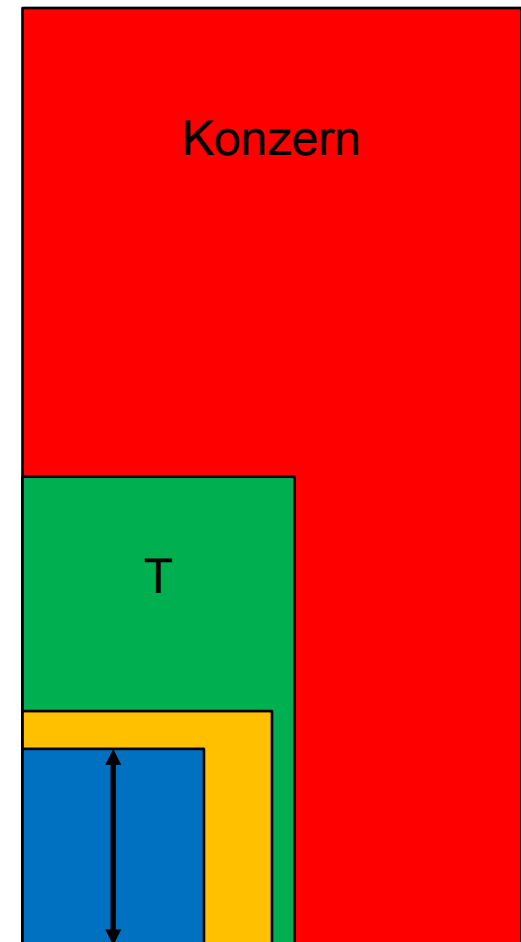
2. Anpassungsfaktoren

- Zur Abschreckung kann Grundbetrag um bis zu 100% erhöht werden
- Erschwerende Umstände, insbesondere schwere Form von Vorsatz, Wiederholungstat, besonders aktive Rolle im Kartell, hoher Organisationsgrad, Androhung von Vergeltungsmaßnahmen
- Mildernde Umstände, insbesondere Nachtatverhalten, passive Rolle

3. Bußgeldkappung bei 10% des Konzernumsatzes

Anwendungsbeispiel

- Tochtergesellschaft T eines internationalen Konzerns ist an Kartell beteiligt
 - Umsatz von T im Tatzeitraum mit betroffenen Produkten: EUR 250 Mio.
 - Gesamtumsatz des Konzerns im letzten Geschäftsjahr: EUR 1 Mrd.
- Bußgeldrahmen: bis zu 75 Mio.: darin Bemessung nach Schwere der Tat
- Kappungsgrenze: EUR 100 Mio.: nicht anwendbar



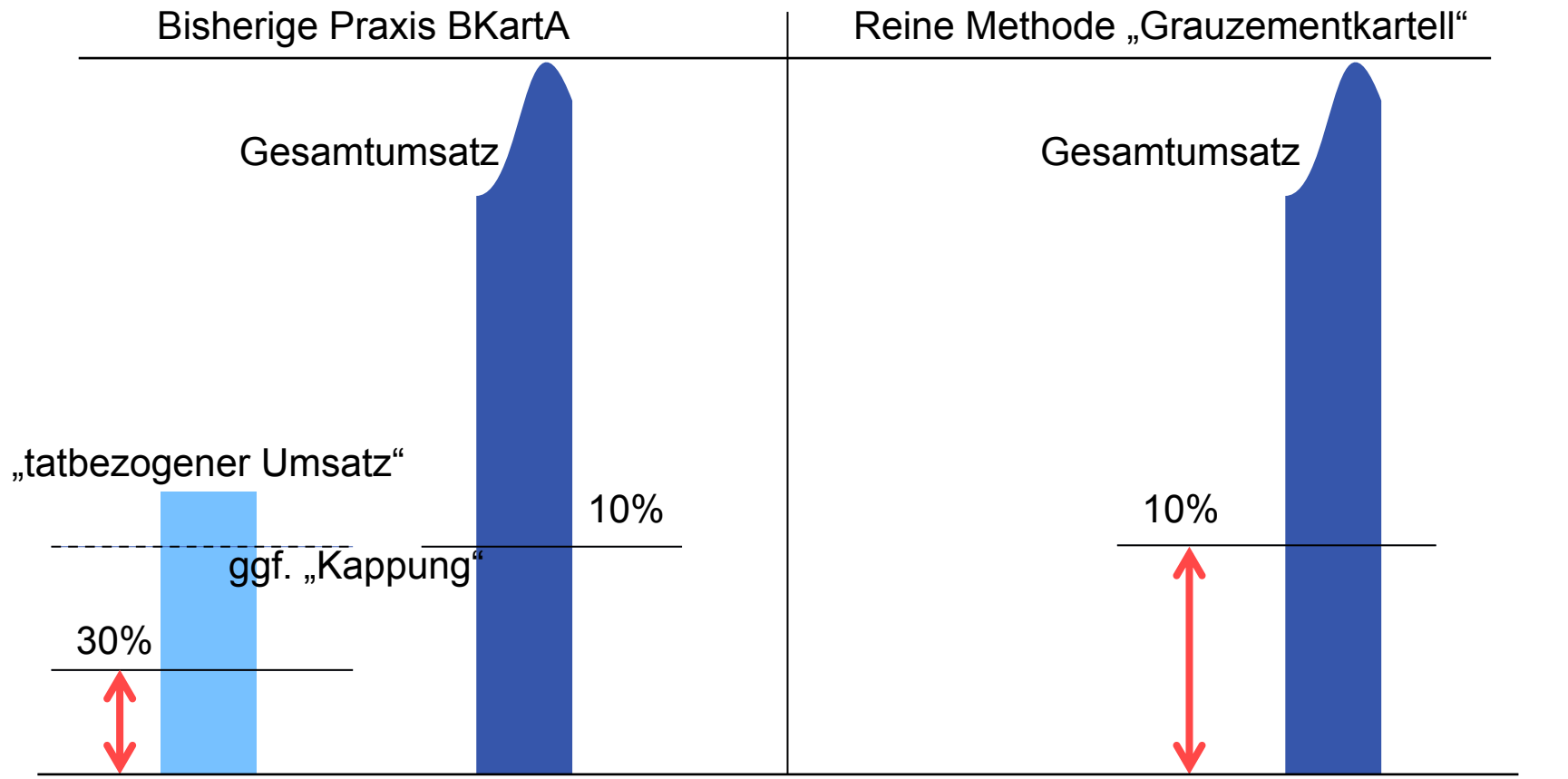
Aktuelle Situation nach BGH-
Beschluss

Der Beschluss „Grauzementkartell“ des BGH

- Beschluss vom 26.02.2013, KRB 20/12 –*Grauzementkartell*
- Zentrale Aussagen:
 1. 10%-Grenze ist Ober-, nicht Kappungsgrenze für Bußgeldhöhe
 - Ersetzt Obergrenze nach tatbetroffenen Umsätzen
 - Konzept der tatbetroffenen Umsätze erwähnt BGH gar nicht
 2. Berechnung der 10%-Grenze anhand der Konzernumsätze, nicht nur tatbeteiligtes Unternehmen (bereits nach GWB 2005)
 3. Sanktionsfindung durch „eigenständigen Erkenntnisakt des Gerichts“ anhand der gesetzlich vorgegebenen Bemessungskriterien (§17 Abs. 3 OWiG)

Was bedeutet Ober- statt Kappungsgrenze?

- 10%-Grenze des § 81 Abs. 4 S. 2 GWB „ist in verfassungskonformer Auslegung als Obergrenze zu verstehen“



Weitere Elemente der „verfassungsgemäßen Obergrenze“

- Kombination dreier Aspekte kann zu zweifelhaften Ergebnissen der 10%-Obergrenze führen
 1. Nicht weiter differenzierter Bezug allein auf Umsatzerlöse
 - Begrenzte wirtschaftliche Aussagekraft
 2. Konzernbetrachtung / wirtschaftliche Einheit
 - Lösung von tatbeteiligtem Unternehmen
 3. Trotz Lesart als Obergrenze fehlt absolute, betragsmäßige Begrenzung (gegen rechnerische Exzesse)
 - Prozentuale Betrachtung führt zu sehr hoher Obergrenze für Großkonzerne

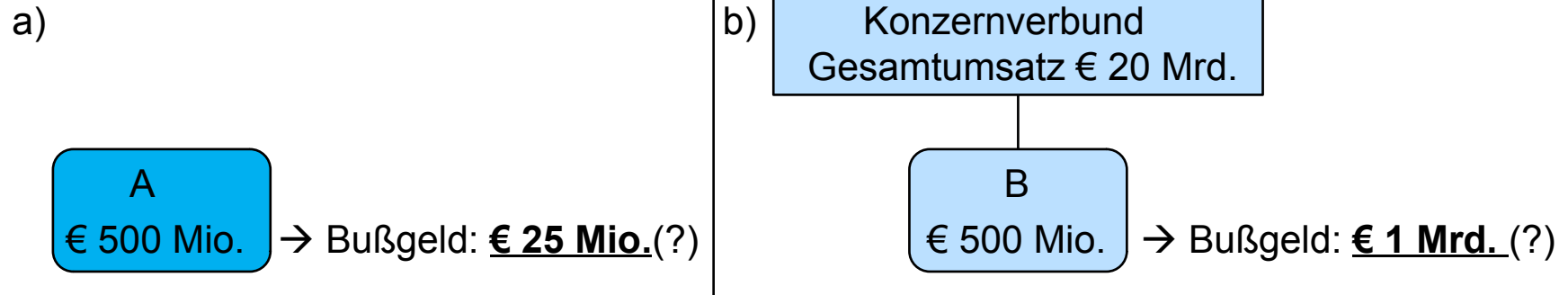
Umsatzerlöse als Maßstab der Obergrenze

- Laut BGH sind Umsätze geeigneter Maßstab (Tz. 62 f.), weil
 - „aussagekräftig im Hinblick auf die Größe des Unternehmens“
 - sie „Rückschlüsse auf Stellung [des Unternehmens] am Markt“ zulassen
 - relativ leicht feststellbar sind
 - starre Obergrenze nicht gleichzeitig für kleinere und sehr große Unternehmen geeignet wären
 - zusätzliche betragsmäßig Grenze (wie für Tagessätze, § 40 Abs. 2 S. 2 StGB) weder zweck- noch verfassungsmäßig geboten sind

Ungleichbehandlung durch Konzernbetrachtung

Ausreichend gerechtfertigte Ungleichbehandlung?

- Gleicher (mittelschwerer) Verstoß bei gleichem betroffenen Umsatz: sehr ungleiche Bußgelder



- Bloße Umsatzgröße des Gesamtkonzerns als ausreichendes *tertium comparationis*?
- Aber gesetzgeberische Grundentscheidung für Umsätze und wirtschaftliche Einheit

Aktuelles Beispiel Drogerieartikelkartell

- Einsprüche gegen Bußgeldbescheide von P&G, Gillette, GlaxoSmithKline, L'Oreal, Erdal (2013)
- Beispiel P&G:
 - Umsatz 2012 ca. € 65 Mrd.
 - Bußgeldobergrenze: € 6,5 Mrd.
 - Mittelschwerer Verstoß: Rechnerisch € 3,3 Mrd.(?)
- OLG deutete in Verhandlung deutliche Erhöhung der Bußgelder an, wenn Vorwürfe im Kern zutreffend
- Alle Unternehmen haben Einsprüche zurückgenommen

Mögliche rechnerische Bußgeldexzesse

- Keine absolute, betragsmäßige Begrenzung (siehe § 40 Abs. 2 S. 2 StGB)
- Unverhältnismäßig → verfassungskonform?
- Fehlen jeglichen Problembewusstseins bzw. Korrektivs in Entscheidungsgründen
- Erhebliche Unsicherheit für gerichtliches Bußgeld
- Mögliche Vorfeldwirkung im Rahmen von Kooperation und Settlements beim Bundeskartellamt

Zukünftige Bußgeldzumessung in der Praxis

Bußgeldzumessung nach BGH

- „Eigenständiger Erkenntnisakt“ des Gerichts (und des BKartA) anhand der gesetzlich vorgegebenen Bemessungskriterien (§ 17 Abs. 3 OWiG)
 - Ausgangspunkt ist **Bußgeldrahmen**
 - Obergrenze für „denkbar schwerste Fälle“ ohne jegliche Milderungsgründe
 - Begründete Einordnung aller anderen Fälle darunter („kontinuierliche Schwereskala“ der Begehungsformen, OLG Köln, NJW 1988, 1606)
 - Praktisch vorkommende Durchschnittsfälle liegen „regelmäßig weit unter dem Mittelwert“ (OLG Köln, a.a.O.)

Bußgeldzumessung nach BGH

- Kriterien für die **Einordnung**
 - im GWB (§ 81 Abs. 4 S. 6 GWB)
 - Schwere der Zuwiderhandlung
 - Dauer der Zuwiderhandlung
 - und in § 17 Abs. 3 OWiG (siehe sogleich)

Zumessungskriterien gemäß § 17 Abs. 3 OWiG

- Bedeutung der Ordnungswidrigkeit
 - Kriterien nach *Mitsch*, Karlsruher Kommentar (§ 17 OWiG)
 - Art der Ausführung / Tatbeitrag / Dauer
 - Gefährdung der geschützten Rechtsgüter
 - Auswirkungen / Schadensverursachung
 - General- /Spezialprävention
 - „Übersetzt“ ins Kartellrecht
 - Art des Kartellverstoßes
 - Gesamtwirtschaftliche Bedeutung
 - Auswirkungen auf Markt, Wettbewerb und Verbraucher
 - tatbetroffener Umsatz als Korrektiv für (exzessiv) weiten Bußgeldrahmen

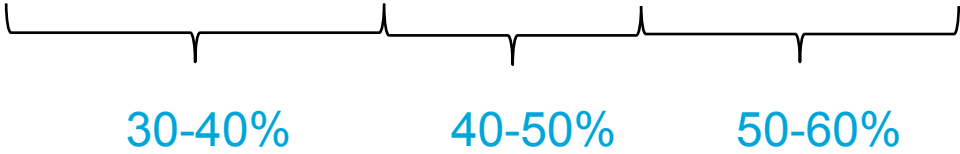
Zumessungskriterien gemäß § 17 Abs. 3 OWiG

- Den Täter treffender Vorwurf
 - Individuelle Schuld (nicht Vorsatz / Fahrlässigkeit)
 - **Erhöhende** Umstände, z. B.
 - Rechtsfeindliche Gesinnung, z.B. angesichts Wiederholung
 - Verletzung besonderer Berufspflichten
 - „Drahtzieher“-Rolle
 - **Mindernde** Umstände, z. B.
 - Untergeordnete Beteiligung
 - Positives Nachtatverhalten
 - Mitwirkung an Aufklärung

Zumessungskriterien gemäß § 17 Abs. 3 OWiG

- Wirtschaftliche Verhältnisse „kommen in Betracht“
 - Gleichberechtigtes Kriterium oder „nur“ Existenzschutz
 - Verhältnis zu „tatbezogenem Umsatz“
 - Tatbetroffener Umsatz berücksichtigt zwingend Unternehmensgröße
 - Wirtschaftliche Verhältnisse *können* wirtschaftliche Verfassung des Unternehmens berücksichtigen; „erlauben“ aber auch Milliardenbußgeld
 - Gruppen- oder Einzelbetrachtung?
 - Leistungsfähigkeit der „wirtschaftlichen Einheit“ steht im Vordergrund (s.o.)
 - Zivil-/ gesellschaftsrechtl. Ausgleichsansprüche bleiben unberücksichtigt
 - Widerspruch zwischen Bemessung im Konzern und individueller Reduzierung
 - EU Kommission zu „*Inability to pay*“: „Unternehmen“ (EU-Leitlinien, Tz. 35)

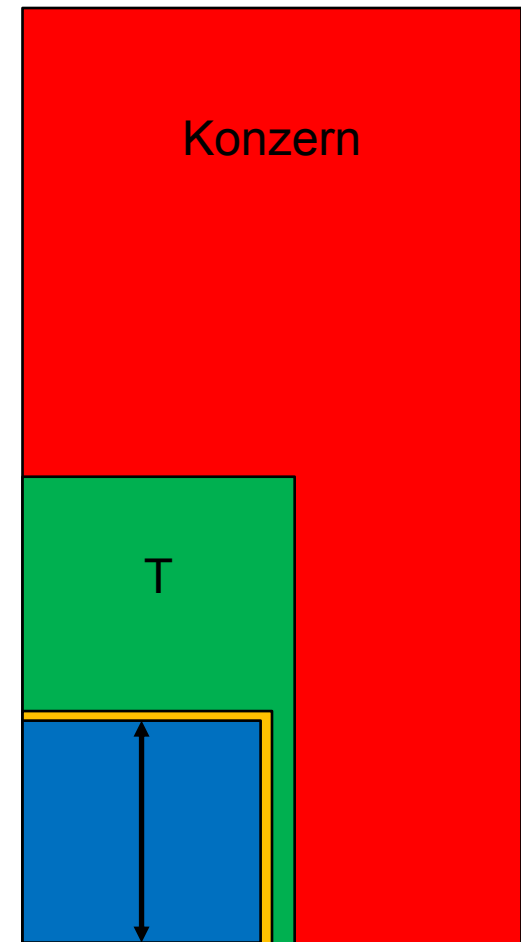
Neue Bußgeldleitlinien

- Bußgeldobergrenze berücksichtigt Gesamtumsatz und tatbezogenen Umsatz
- Prozentsatz, mit dem tatbezogener Umsatz angesetzt wird, variiert nach Konzerngesamtumsatz zwischen 20 und 60%
 - Für Konzerngesamtumsatz € 100 Mio.: 30% (wie bisher)
 - Darunter: 20 – 30%
 - Darüber: € 100 Mio. – € 1 Mrd. – € 10 Mrd. – € 100 Mrd.


The diagram consists of a horizontal line with three brackets underneath it. The first bracket is labeled '30-40%', the second '40-50%', and the third '50-60%'. The brackets are positioned below the text '€ 100 Mio. – € 1 Mrd. – € 10 Mrd. – € 100 Mrd.' from the previous list item, indicating that these percentage ranges apply to different turnover brackets.
- Alternativ: 10% Gesamtkonzernumsatz, wenn niedriger

Anwendungsbeispiel

- Tochtergesellschaft T eines internationalen Konzerns ist an Kartell beteiligt
 - Umsatz von T im Tatzeitraum mit betroffenen Produkten: EUR 250 Mio.
 - Gesamtumsatz des Konzerns im letzten Geschäftsjahr: EUR 1 Mrd.
- Bußgeldrahmen (40% des tatbezogenen Umsatzes): bis zu 100 Mio.
- Kappungsgrenze: EUR 100 Mio.:
nicht anwendbar



Neue Bußgeldleitlinien

- Bemessung innerhalb jeweiligen Rahmens gem. § 17 Abs. 3 OWiG
- Leitlinien nicht bindend für Gerichte!

Neue Bußgeldleitlinien

	Gesamtumsatz (€)	Faktor (% von tatbezogenem Umsatz)	tatbezogener Umsatz (Bsp.)	
			modifiz. Bußgeldrahmen	
Szenario 1	50 Mio.	2,5 (25%)	20 Mio.	40 Mio.
Gesetzliche Obergrenze	5 Mio.			
Neue Leitlinien			5 Mio.	(10 Mio.)
Alte Leitlinien			(6 Mio.)	(12 Mio.)
Szenario 2	1 Mrd.	4 (40%)	20 Mio.	200 Mio.
Gesetzliche Obergrenze	100 Mio.			
Neue Leitlinien			8 Mio.	80 Mio.
Alte Leitlinien			6 Mio.	60 Mio.
Szenario 3	10 Mrd.	5 (50%)	20 Mio.	500 Mio.
Gesetzliche Obergrenze	1 Mrd.			
Neue Leitlinien			10 Mio.	250 Mio.
Alte Leitlinien			6 Mio.	150 Mio.

- Für mittlere und große Unternehmen höhere Bußgeldrahmen als früher

Folgen in der Praxis

- Erhebliche Unsicherheit in der Bußgelderwartung, insbesondere vor Gericht
- Potentielle Vorfeldwirkung für Verteidigung gegenüber Bundeskartellamt durch rechnerisch weiten Bußgeldrahmen

Ergebnisse

- BGH rettet § 81 Abs. 4 GWB (vorläufig) durch Auslegung mit schwerwiegenden Konsequenzen
- Nach Zumessung des BGH drohen Großunternehmen theoretisch Bußgelder in verfassungsrechtlich bedenklicher Höhe (Art. 19 Abs. 4 GG?)
- Leitlinien mildern – im Widerspruch zu BGH (?) – exzessive Bußen, erhöhen sie dennoch für mittlere und Großunternehmen

Ergebnisse

- Ahndungspotential kann Betroffene bereits im Kartellamtsverfahren erheblich benachteiligen („Sanktionsschere“)
- Unsicherheit und Unberechenbarkeit verbleiben jedenfalls vor Gerichten
- Weiterer Handlungsbedarf für den Gesetzgeber?

Fragen?

Vielen Dank!

White & Case LLP

Valentinskamp 70 / EMPORIO

20355 Hamburg

T +49 40 35005 0

F +49 40 35005 111

E jherrlinger@whitecase.com

White & Case ist eine internationale Anwaltskanzlei, die aus White & Case LLP, einer im US-Staat New York registrierten Limited Liability Partnership, White & Case LLP, einer nach englischem Recht eingetragenen Limited Liability Partnership, und weiteren angeschlossenen Unternehmen besteht. Die Partner unserer deutschen Büros gehören der nach dem Recht des Staates New York gegründeten Limited Liability Partnership an. Demzufolge ist die persönliche Haftung der einzelnen Partner beschränkt.