



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

KRB 23/04

vom

23. November 2004

in dem Kartellordnungswidrigkeitsverfahren

gegen

wegen: Kartellordnungswidrigkeit

Nachschlagewerk: ja

BGHSt: nein

BGHR: ja

StPO § 244 Abs. 2

OWiG § 77 Abs. 1

Der Tatrichter braucht sich jedenfalls im Bußgeldverfahren um so weniger zu einer Beweisaufnahme gedrängt zu sehen, je geringer die Bedeutung einer weiteren Aufklärung im Blick auf das Ergebnis ist.

BGH, Beschluß vom 23. November 2004 - KRB 23/04 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 23. November 2004 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch und die Richter Prof. Dr. Goette, Prof. Dr. Bornkamm, Dr. Raum und Dr. Meier-Beck

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 8. Januar 2004 wird gemäß § 79 Abs. 5 OWiG verworfen.

Die Kosten des Rechtsmittels und die dadurch entstandenen notwendigen Auslagen der Nebenbetroffenen zu 1 fallen der Staatskasse zur Last.

#### Gründe:

Das Oberlandesgericht hat die Nebenbetroffene zu 1 (im folgenden: Nebenbetroffene), die E. S. GmbH H. & Co. KG, wegen zweier vorsätzlicher Zuwiderhandlungen gegen das Verbot des § 1 GWB durch ihren Geschäftsführer R. W., den Betroffenen zu 1, mit einer Geldbuße von insgesamt 300.000 € belegt. Gegen die Höhe des Bußgelds wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer - zu Ungunsten der Nebenbetroffenen eingelegten - Rechtsbeschwerde, mit der sie die Verletzung materiellen und formellen Rechts rügt. Das vom Generalbundesanwalt vertretene Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg.

I.

Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts war der Betroffene zu 1 von 1992 bis 1997 zunächst Geschäftsführer der B. mbH (künftig: B. GmbH), der Komplementärin der B. GmbH & Co. KG, Ba. (künftig: B. KG). Zwischen 1997 und 2002 war der Betroffene zu 1 dann Geschäftsführer der Nebenbetroffenen. Zwischen September 1997 und März 1999 beteiligte er sich an Quotenabsprachen, zum einen für den Raum H./Q./W. und zum anderen für den Raum A./S.. Für die Nebenbetroffene vereinbarte er mit anderen Herstellern von Transportbeton jeweils eine bestimmte Lieferquote, die für den Raum A. 15 % und für den Raum H. zunächst 13,50 %, später dann 18,05 % betrug. Deren Einhaltung wurde dadurch kontrolliert, daß die einzelnen Hersteller ihre Liefermengen meldeten. Falls sich Zuviel- oder Unterlieferungen ergaben, verpflichteten sich die Beteiligten, diese bei zukünftigen Lieferungen auszugleichen.

Soweit im Zeitraum 1992 bis 1997 die B. KG an dem Quotenkartell beteiligt war, hat das Oberlandesgericht dies der Nebenbetroffenen nicht zugerechnet, weil schon nicht festgestellt werden könne, daß die B. KG von der Nebenbetroffenen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übernommen worden sei. Vielmehr ergebe sich aus der am 30. Oktober 2002 erfolgten Eintragung ins Handelsregister lediglich eine Verschmelzung der Komplementärgesellschaft, nämlich der B. GmbH, auf die Nebenbetroffene. Zudem habe sich nicht feststellen lassen, inwieweit das Vermögen der B. KG einen wesentlichen Teil des Vermögens der Nebenbetroffenen ausgemacht habe, zumal die Betriebsstätten der B. KG in den Jahren 1998 und 2002 stillgelegt worden seien.

II.

Gegen die unterlassene Einbeziehung der von der B. KG bewirkten Absprachen in die Zumessung der Geldbuße gegen die Nebenbetroffene gemäß § 30 OWiG wendet sich die Staatsanwaltschaft ohne Erfolg.

1. Die hierzu erhobene Aufklärungsrüge der Staatsanwaltschaft ist weder zulässig ausgeführt, noch wäre sie in der Sache begründet.

a) Die Staatsanwaltschaft trägt vor, durch den Handelsregisterauszug für die B. KG wäre bewiesen worden, daß die Nebenbetroffene spätestens am 11. Mai 1999 Rechtsnachfolgerin der B. KG geworden sei. Das Oberlandesgericht hätte sich deshalb veranlaßt sehen müssen, diesen im Bußgeldbescheid als Beweismittel bezeichneten Handelsregisterauszug in die Hauptverhandlung einzuführen.

b) Die Rüge entspricht nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, der auch im Rechtsbeschwerdeverfahren gemäß § 79 Abs. 3 OWiG Anwendung findet. Eine zulässige Aufklärungsrüge setzt voraus, daß ein bestimmtes Beweismittel und ein bestimmtes zu erwartendes Beweisergebnis benannt werden; zudem ist aber auch die Darlegung der Umstände und Vorgänge erforderlich, die für die Beurteilung der Frage, ob sich dem Gericht die vermißte Beweiserhebung aufdrängen mußte, bedeutsam sein konnten (BGH, Beschl. v. 3.5.1993 - 5 StR 180/93, BGHR StPO § 344 Abs. 2 Satz 2 - Aufklärungsrüge 6). Die Rechtsbeschwerdeführerin beschränkt sich in ihrem Vortrag, in dem sie Teile des Urteils des Oberlandesgerichts wörtlich zitiert, lediglich auf den Hinweis, daß das Bundeskartellamt den Handelsregisterauszug der B. KG im Bußgeldbescheid als Beweismittel benannt habe und dort von einer Verschmelzung ausgegangen sei. Hieraus leitet sie ihre Behauptung her, dem Oberlan-

desgericht habe sich die Verlesung dieses Handelsregisterauszuges aufdrängen müssen.

Damit genügt die Rechtsbeschwerdeführerin ihrer Vortragspflicht nicht. Sie teilt schon nicht den Inhalt der in Bezug genommenen und verlesenen Handelsregisterauszüge mit. Vor allem aber verschweigt die Rechtsbeschwerde, daß zu den wirtschaftlichen Verhältnissen der Nebenbetroffenen der Wirtschaftsprüfer B. W. als Zeuge vernommen wurde, den die Verteidiger der Nebenbetroffenen gestellt haben. Demnach hätte vorgetragen werden müssen, was der Zeuge W. im Hauptverhandlungstermin ausgesagt hat. Dieser hat ersichtlich - wie sich schon aus dem vom Oberlandesgericht auszugsweise mitgeteilten Inhalt seiner Aussage ergibt - zu dem Schicksal der Betriebstätten der B. KG Angaben gemacht und ausgeführt, daß diese 1998 und 2002 stillgelegt wurden. Es hätte deshalb dargelegt werden müssen, ob der Zeuge auch Angaben dazu gemacht hat, für wen dort produziert wurde und wer ab dem Jahr 1997 als Arbeitgeber für eventuelle Beschäftigte dieser Betriebstätten fungiert hat. Wäre nämlich insoweit die Nebenbetroffene nicht als diejenige erschienen, die insoweit an die Stelle der B. KG getreten ist, dann bestand kein Anlaß zur Durchführung weiterer Ermittlungen. Hätten sich dagegen aufgrund der Aussage des Zeugen W. Anhaltspunkte ergeben, daß in den Betriebstätten der B. KG Güter für Rechnung der Nebenbetroffenen hergestellt wurden oder die Nebenbetroffene für dort tätige Arbeitnehmer die Zahlung von Arbeitsentgelten und Sozialversicherungsbeiträgen übernommen hat, so wäre dies umgekehrt ein bedeutsames Anzeichen für eine Gesamtrechtsnachfolge gewesen und hätte im Hinblick auf hierfür in Betracht kommende Entstehungstatbestände deshalb auch zu weiterer Aufklärung drängen müssen. Da der Inhalt der Aussage des Zeugen W. für die Beurteilung der Aufklärungsrüge entscheidungserheblich sein konnte, wäre nach § 79 Abs. 3 OWiG i.V.m. § 344

Abs. 2 Satz 2 StPO eine Mitteilung über den Inhalt der Aussage erforderlich gewesen, um dem Rechtsbeschwerdegericht eine Prüfung der Aufklärungsrüge auf einer vollständigen Tatsachengrundlage zu ermöglichen.

c) Im übrigen ist die Aufklärungsrüge auch in der Sache unbegründet. Eine zur Aufhebung des Rechtsfolgenausspruches nötige Aufklärungspflichtverletzung des Oberlandesgerichts zeigt die Staatsanwaltschaft nicht auf. Der Senat kann dabei offenlassen, ob die erhobene Aufklärungsrüge unter Umständen schon deshalb erfolglos bleiben muß, weil weder die Vertreterin der Generalstaatsanwaltschaft eine Verlesung des Handelsregisterauszuges der B. KG beantragt hat, noch die im Termin anwesenden Vertreter des Bundeskartellamts auf eine Einführung dieses Handelsregisterauszuges gedrungen haben. Hierfür bestand Anlaß, als die Handelsregisterauszüge der beiden Nebenbetroffenen zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht wurden.

Bei der gegebenen Verfahrenskonstellation fehlen jedenfalls die besonderen Umstände, die das Oberlandesgericht zu dieser Beweisaufnahme hätten drängen können. Zwar trifft die Ausgangsüberlegung der Rechtsbeschwerdeführerin zu, daß eine Gesamtrechtsnachfolge auch in Betracht kommt, wenn aus einer mehrgliedrigen Gesellschaft so viele Gesellschafter ausscheiden, daß nur ein Gesellschafter übrig bleibt (Hopt in Baumbach/Hopt, HGB 31. Aufl. § 131 Rdn. 35), unabhängig davon, ob dieses Ergebnis durch das Ausscheiden der übrigen Gesellschafter, den Erwerb der Anteile oder durch Erbfall zustande kommt (BGHZ 113, 132, 133 für den Fall der Beerbung eines Gesellschafters durch den anderen). Hier mußte der Tatrichter jedoch bei verständiger Würdigung keine begründeten Zweifel an dem bisherigen Beweisergebnis erlangen. Ob dies der Fall ist und der Tatrichter zum Gebrauch eines weiteren Beweismit-

tels gedrängt war, entscheidet das Gericht, das über die Rechtsbeschwerde zu befinden hat (BGH, Urt. v. 14.3.1985 - 1 StR 775/84, NStZ 1985, 324 f.).

Im vorliegenden Fall ist der Bußgeldbescheid davon ausgegangen, daß die B. KG zum 30. Juli 1997 auf die Nebenbetroffene verschmolzen wurde. Dieser Annahme ist das Oberlandesgericht rechtsfehlerfrei nicht gefolgt, weil eine Verschmelzung nicht wirksam werden konnte, da die hierfür konstitutive Eintragung im Handelsregister nicht vorgelegen hatte (§ 20 UmwG). Eine Gesamtrechtsnachfolge in der durch den Bußgeldbescheid vorgezeichneten Form war deshalb aus der Sicht des Oberlandesgerichts nicht gegeben. Damit stellt sich die Frage, ob das Oberlandesgericht bei dieser Sachlage anderweitige Tatbestände hätte prüfen müssen, die eine Gesamtrechtsnachfolge hätten begründen können. Eine diesbezügliche Aufklärungspflicht bemißt sich einmal danach, wie gesichert das Beweisergebnis erscheint (BGH, Urt. v. 9.5.1996 - 1 StR 175/96, BGHR StPO § 244 Abs. 2 Aufdrängen 6). Die Frage des Umfangs der Aufklärungspflicht orientiert sich aber auch an dem Gewicht dessen, was mit zusätzlichen Ermittlungen noch hätte bewiesen werden können. Je geringer die Bedeutung einer weiteren Aufklärung für die richterliche Entscheidung ist, desto weniger braucht sich das Gericht gedrängt zu sehen, im Anschluß an eine fehlgeschlagene Beweiserhebung in dem vorliegenden Aktenmaterial nach anderen Ansatzpunkten für eine bislang nicht aufgezeigte Nachweismöglichkeit zu suchen. Dies gilt jedenfalls für den Bereich des Ordnungswidrigkeitengesetzes. Dort ist der Grundsatz einer bedeutungsabhängigen Aufklärungsintensität in § 77 Abs. 1 OWiG niedergelegt.

Unter Berücksichtigung dieses Maßstabs kann im vorliegenden Fall nicht angenommen werden, daß sich das Oberlandesgericht zu einer Prüfung weiterer Möglichkeiten einer Gesamtrechtsnachfolge hätte veranlaßt sehen müssen.

Der im Bußgeldbescheid aufgeführte Handelsregisterauszug der B. KG war dort als Beweismittel für die angenommene Verschmelzung bezeichnet. Abgesehen davon, daß andere Tatbestände einer Gesamtrechtsnachfolge im bisherigen Verlauf des Bußgeldverfahrens unerörtert geblieben sind, hätte eine Gesamtrechtsnachfolge - unter weiteren einschränkenden Voraussetzungen - allenfalls zur Folge haben können, daß sich der Schuldumfang erhöht hätte. Dies hätte aber lediglich die Höhe des Bußgelds betroffen. Zudem wäre - wenn in dem Wechsel der Kartellmitglieder nicht ohnehin eine neue Absprache und damit eine neue Tat gesehen werden müßte - dieser Abschnitt der Gesamttat derjenige gewesen, der in der Anfangsphase des Quotenkartells angesiedelt war, nämlich im Zeitraum zwischen 1992 bis 1997 (Bereich H.) bzw. zwischen 1995 und 1996 (Bereich A.). Eine derart lange zurückliegende Tatzeit hätte aber bei der Bemessung des Bußgeldes auch zugunsten der Nebenbetroffenen Beachtung finden müssen. Sichere Anhaltspunkte für einen durch die Kartellabsprache bedingten Mehrerlös hat das Oberlandesgericht - von der Rechtsbeschwerdeführerin unbeanstandet - ohnehin nicht gesehen. Somit läßt sich mangels gewichtiger Anhaltspunkte, die das Oberlandesgericht auf den Handelsregisterauszug der B. KG hätten hinführen müssen, wie auch wegen der im Blick auf die Höhe des Bußgeldes eher geringen Auswirkungen keine hinreichende Veranlassung für das Oberlandesgericht feststellen, weitere Aufklärung hinsichtlich einer möglichen Rechtsnachfolge der B. KG zu betreiben.

2. Die weiterhin von der Rechtsbeschwerde erhobene Sachrüge führt gleichfalls nicht zum Erfolg.

a) Die Rechtsbeschwerde beanstandet, daß das Oberlandesgericht eine Rechtsnachfolge durch wirksame Verschmelzung ins Auge gefaßt, nicht aber



die Rechtsnachfolge durch Eintritt der übernehmenden Gesellschaft bei Austritt der übrigen Gesellschafter erwogen habe. Einen sachlichrechtlichen Erörterungsmangel zeigt sie damit nicht auf, weil die Anknüpfungstatsachen fehlen, die eine solche Erörterung hätten notwendig machen können. Die in diesem Zusammenhang erhobene Verfahrensrüge ist erfolglos geblieben. Auf der Basis dessen, was als Inbegriff der mündlichen Verhandlung Tatsachengrundlage war, bestand keine Notwendigkeit einer weitergehenden Erörterung.

b) Allerdings trifft die weitere Beanstandung der Rechtsbeschwerde zu, das Oberlandesgericht habe bei der Bestimmung der Vermögensidentität übersehen, daß die Nebenbetroffene jeweils die Quoten der B. KG übernommen habe. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es darauf an, daß das Vermögen der ursprünglich nach § 30 OWiG haftenden juristischen Person in gleicher oder ähnlicher Weise wie bisher eingesetzt wird und in der neuen juristischen Person einen wesentlichen Teil des Gesamtvermögens ausmacht (BGH, Beschl. v. 11.3.1986 - KRB 8/85, wistra 1986, 221, 222). Insofern hätten die übernommenen Quoten, die jedenfalls faktisch einen wirtschaftlichen Wert darstellten, mit einbezogen werden müssen.

Dieser Fehler nötigt jedoch nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, weil sich diese ersichtlich als hilfswise Begründung gedachte Erwägung nicht auf das vom Oberlandesgericht gefundene Ergebnis auswirken kann. Die vom Bundesgerichtshof in der genannten Entscheidung aufgezeigten Einschränkungen setzen nämlich eine Gesamtrechtsnachfolge voraus. Erst wenn eine Gesamtrechtsnachfolge vorliegt, ist weiter zu prüfen, ob das übernommene Vermögen in gleicher oder ähnlicher Weise wie bisher eingesetzt wird und in der neuen juristischen Person noch einen wesentlichen Teil des Gesamtvermögens ausmacht. Auf diese zusätzlichen Erfordernisse kommt es

mithin nicht an, soweit - wie hier - überhaupt keine Gesamtrechtsnachfolge festgestellt ist.

Hirsch

Goette

Bornkamm

Raum

Meier-Beck