



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KRB 58/16

vom

9. Oktober 2018

in der Kartellbußgeldsache

gegen

BGHSt: nein

BGHR: ja

Nachschlagewerk: ja

Veröffentlichung: ja

Flüssiggas II

OWiG § 31 Abs. 3

Der Tatbeendigung im Sinne des § 31 Abs. 3 OWiG kann es entgegenstehen, wenn zwar die ursprünglich handelnde Gesellschaft aus dem Kartell ausscheidet, aber für sie ihre (hundertprozentige) Tochtergesellschaft eintritt.

BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2018 - KRB 58/16 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 9. Oktober 2018 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg, die Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck und Dr. Raum, den Richter Sunder und die Richterin Dr. Hohoff gemäß § 79 Abs. 3 Satz 1 OWiG, § 349 Abs. 2 und 4 StPO

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Nebenbetroffenen zu 2 wird das Urteil des 4. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 19. Juni 2013 im Bußgeldausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

Die weitergehende Rechtsbeschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet verworfen, dass gegen die Nebenbetroffene zu 2 wegen einer vorsätzlichen Kartellordnungswidrigkeit nach § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB i.V. mit § 1 GWB in der Fassung vom 20. Februar 1990 und zugleich nach § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB i.V. mit § 1 GWB in der Fassung vom 26. August 1998 eine Geldbuße festgesetzt werden kann.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an einen anderen Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 Das Oberlandesgericht hat gegen die Nebenbetroffene zu 2 wegen eines vorsätzlichen Verstoßes gegen § 1 GWB, begangen durch Leitungspersonen ihrer Rechtsvorgängerin, eine Geldbuße in Höhe von 15 Millionen Euro, zahlbar

in drei Raten, verhängt. Das Verfahren ist in der Hauptverhandlung von dem Verfahren gegen die Nebenbetroffenen zu 1 und 3 bis 7 sowie die Betroffenen zu 1 und 5 (KRB 51/16 - Flüssiggas I) abgetrennt worden. Mit ihrer Rechtsbeschwerde rügt die Nebenbetroffene zu 2 die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Während der Schuldspruch keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Beschwerdeführerin erkennen lässt, hält der Bußgeldausspruch der rechtlichen Überprüfung auf die Sachrüge nicht stand.

A.

2 Nach den Feststellungen war die Vorgängergesellschaft der Nebenbetroffenen zu 2 in ein flächendeckendes Kartell von Versorgungsunternehmen auf dem bundesweiten Flüssiggasmarkt für Tankgas eingebunden, das eine Bestandskundenabsprache traf. Diese Vorgängergesellschaft gehörte - wie die Nebenbetroffenen aus dem Verfahren KRB 51/16 - zu den führenden Anbietern von Flüssiggas für Heiz- und Kochzwecke für private wie gewerbliche Endverbraucher und war Mitglied im D. e.V. (D.), dem größten Interessenverband deutscher Flüssiggasunternehmen mit im Jahr 1996 ca. 80 und im Jahr 2005 noch ca. 50 Mitgliedern. In den 1950er Jahren wurde Flüssiggas noch in Gaszylindern überwiegend zu Kochzwecken und von Handwerksbetrieben eingesetzt. Seit den 1960er Jahren erfolgte die Nutzung auch in Tankanlagen zu Heizzwecken. Die Versorgungsunternehmen vermieteten über 80 Prozent der Flüssiggastanks an private und gewerbliche Endabnehmer. Nur ein geringer Teil der Tanks stand im Eigentum der Kunden. Die Anzahl der Tankgas-Endverbraucher belief sich im Jahr 1996 auf rund 420.000 und sank bis zum Jahr 2004 auf etwa 406.000.

3 Schon ab Beginn der 1960er Jahre schlossen sich die in Deutschland führenden Versorgungsunternehmen zu regionalen Transportgemeinschaften in wechselnder Beteiligung zusammen, um steigende Transportkosten für die

Ausfuhr des Flüssiggases zu senken. Es bildete sich eine bundesweite Infrastruktur von Auslieferungslagern heraus. In den Jahren 1995 bis 1997 kam es zu einer "Neuaufstellung" der regional verstreut agierenden Ausfuhrkooperationen. Unter Zusammenführung von deren Ausfuhrgeschäft in Gemeinschaftsunternehmen erfolgte die Gründung der deutschlandweit tätigen Tr.

sowie

der in den alten Bundesländern agierenden f.

und der in den neuen Bundesländern tätigen f. (Ost)

. Die zuletzt genannten Gesellschaften wurden im Jahr 2000 zu einer Kommanditgesellschaft verschmolzen.

4

Zu einem nicht mehr genau bestimmbareren Zeitpunkt in den Jahren 1996 und 1997 befürchteten damals tätige Leitungspersonen der Gründungsgesellschaften der genannten Ausfuhrkooperationen einen Preisverfall angesichts - insbesondere durch das Aufkommen von Erdgas - eintretender Mengenrückgänge bei Tankgas und hoher Ausfuhrkosten. Sie trafen zumindest stillschweigend die bundesweit wirkende Grundabsprache, während ihrer Zusammenarbeit in den Ausfuhrgesellschaften nicht aktiv Bestandskunden der anderen Gesellschafter und Kooperationspartner abzuwerben ("Nichtangriffspakt"). Die Absprache erstreckte sich auf Bestandskunden mit Miet- und Eigentumstanks, nicht jedoch auf Neukunden. Zur Optimierung und Sicherung des Bestandskundenschutzes bestand im Rahmen der Ausfuhrkooperationen ein Meldewesen. Sofern eine Gesellschafterin eine Auslieferung an einen Kunden begehrte, der in den Datenbanken für eine andere Gesellschafterin erfasst war, informierten die Tr. und die f. hierüber beide Unternehmen. Diese "Wettbewerbsmeldungen" schufen eine gegenseitige potentielle und praktizierte Kontrolle der Kartellteilnehmer. Als Folge der Kartellabsprache kam der Wettbewerb um Bestandskunden der an ihr beteiligten Versorgungsunternehmen, der durch hohe Wechselkosten und die Rahmenbedingungen ohnedies schon stark gedämpft

war, nahezu vollständig zum Erliegen. Die Vorgängergesellschaft der Rechtsbeschwerdeführerin zählte seit Errichtung der Ausfuhrkooperation Tr. zu deren Kommanditistinnen und Gesellschafterinnen der Komplementärgesellschaft. Die Bestandskundenabsprache setzten vorsätzlich handelnde Leitungspersonen um.

- 5 Bis zum Jahr 2006 firmierte die Vorgängergesellschaft der Nebenbetroffenen zu 2 als T. und sodann als T. E. , an die der Bußgeldbescheid des Bundeskartellamts vom 14. Dezember 2007 adressiert war. Die T. (E.) war bis November 2001 in dem von der Kartellabsprache betroffenen Flüssigtankgas-Geschäft mit Endverbrauchern in den alten Bundesländern operativ tätig. Sie brachte das im selben Jahr von der A. erworbene Flüssiggas-Endverbrauchergeschäft in den neuen Bundesländern zum 1. Mai 2001 in die dort tätige T. M. ein. Das Flüssiggas-Endverbrauchergeschäft in den alten Bundesländern brachte sie Ende November 2001 mit Rückwirkung zum 1. April 2001 in die gesondert verfolgte - damals noch als T. F. firmierende - T. T. ein, der sie zugleich (ebenfalls rückwirkend) ihre Gesellschaftsanteile an der Ausfuhrkooperation Tr. und deren Komplementärin übertrug (UA S. 46). Zuvor wurde die T. (E.) die Alleingesellschafterin der T. T. , die seit der Übernahme des operativen Flüssiggas-Endkundengeschäfts im Jahr 2001 dem Kartell angehörte (vgl. UA S. 46 f., 91). Seit dem Jahr 2002 handelte es sich bei der zuletzt genannten Gesellschaft um ein paritätisches Gemeinschaftsunternehmen der T. D. und der T. (E.) . Komplementärin dieser KGaA war eine Kommanditgesellschaft. Geschäftsführer von deren persönlich haftender Gesellschafterin waren F. und R. . Als sich die Komplementärin der KGaA im März 2002 in eine GmbH umwandelte, wurden sie zu ihren Geschäftsführern bestellt. Seit dem 1. April 2001 waren sie zugleich - R.

bis zu seinem Ausscheiden im Jahr 2003 - Geschäftsführer der T. T. .

6 Die T. (E.) setzte ab Dezember 2001 ihre bundesweite Tätigkeit als Großhändlerin im Flüssiggasgeschäft mit Industriekunden (Streckengeschäft) fort und "leitete die Aktivitäten ihrer operativ tätigen Tochter- und Beteiligungsgesellschaften" (UA S. 46), unter anderem der gesondert verfolgten T. T. , der T. P. und der T. K. . Im Januar 2009 wechselte die T. E. ihre Rechtsform und handelte fortan als T. E. GmbH, gegen die sich das Verfahren vor dem Oberlandesgericht zunächst richtete. Im Januar 2013 verschmolz sich diese Gesellschaft auf die Nebenbetroffene zu 2.

7 Zumindest bis zu den Durchsuchungen durch das Bundeskartellamt am 3. Mai 2005 setzten die Leitungspersonen der Kartellmitglieder die festgestellte Kartellabsprache weiter um.

8 Das Oberlandesgericht ist von einer Tat der kartellangehörigen Rechtsvorgängerin der Nebenbetroffenen zu 2 kraft einer durch die Grundabsprache begründeten Bewertungseinheit ausgegangen. Als Rechtsfolge hat es eine reine Ahndungsgeldbuße verhängt, die es dem Bußgeldrahmen des § 81 Abs. 2 GWB 1999 - der von ihm als das günstigste Recht angesehenen Gesetzesfassung (§ 4 Abs. 3 OWiG) - entnommen hat. Den Mehrerlös hat das Oberlandesgericht geschätzt, indem es die Preise der T. mit den - nach den Urteilsgründen nicht durch einen Preisschirmeffekt beeinflussten - Preisen nicht im D. organisierter Flüssiggasanbieter (freier Anbieter) aus demselben Markt während desselben Zeitraums verglichen hat. Die Preisdaten der Kartellaußenseiter und der T. hat es bis November 2001 verglichen. In die Berechnungen der monatlichen Durchschnittspreise sind

die zusammengeführten Preisdaten der Vergleichsunternehmen nach Maßgabe des Absatzes der T. in den einzelnen Postleitregionen eingeflossen. Zudem hat das Oberlandesgericht dabei nach Kunden mit eigenem Tank und Kunden mit gemietetem Tank unterschieden (vgl. UA S. 194 ff.). Die so ermittelten monatlichen Wettbewerbspreise hat das Oberlandesgericht mit dem monatlichen Absatz der T. an ihre Bestandskunden multipliziert und die Ergebnisse addiert. Die Differenz zwischen dieser Summe und dem Ergebnis des gleichen Rechenvorgangs mit den realen monatlichen Durchschnittspreisen der T. hat es - vermindert um einen Sicherheitsabschlag von zehn Prozent - als den kartellbedingten Mehrerlös angesehen (rund 6,84 Millionen Euro). Ferner hat es eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung von "knapp drei Monaten" festgestellt.

B.

9 I.1. Der einen Tatzeitraum bis 2001 umfassende Bußgeldbescheid bildet - wie der Generalbundesanwalt zutreffend ausführt - eine tragfähige Verfahrensgrundlage und beschreibt hinreichend konkret die dem Urteil zugrunde liegende Tat im prozessualen Sinn (§ 264 StPO). Der eindeutig identifizierbare geschichtliche Vorgang ändert sich für die Nebenbetroffene zu 2 nicht dadurch, dass der Vorwurf einer D. -weiten Absprache auf eine zumindest an die Ausführkooperationen Tr. und f. anknüpfende Vereinbarung "herabgestuft" wurde. Diese Gesellschaften sind bereits in dem Bußgeldbescheid als Kontrollinstrumente für die Vertriebsaktivitäten der Kartellmitglieder genannt.

10 2. Verfolgungsverjährung ist nicht eingetreten. Das angefochtene Urteil ist insbesondere vor Ablauf der zehnjährigen (absoluten) Verjährungsfrist ergangen (vgl. § 81 Abs. 8 GWB, § 32 Abs. 2, § 33 Abs. 3 Sätze 2 und 4 OWiG). Denn die Tat war entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht dadurch im Sinne von § 31 Abs. 3 OWiG beendet, dass ihre Vorgängergesellschaft das

Flüssiggas-Endverbrauchergeschäft im Jahr 2001 auf ihre Tochtergesellschaft übertragen hat. Vielmehr begann die Verjährung frühestens mit der Beendigung der Gesamttat im Jahr 2005, ohne dass hierfür auf eine etwaige Konzernbußgeldhaftung abgestellt werden müsste. Im Einzelnen:

11 a) Das Oberlandesgericht hat für die festgestellte Grundabsprache, wie sie anlässlich der Gründung der bundesweit agierenden Ausfuhrkooperationen getroffen wurde, und deren Umsetzung zu Recht eine Bewertungseinheit angenommen (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005 - KRB 2/05, WuW/E DE-R 1567, 1568 - Berliner Transportbeton I; Beschluss vom 26. Februar 2013 - KRB 20/12, BGHSt 58, 158 Rn. 23 ff. - Grauzementkartell I; kritisch Galle/Rengier, NZKart 2017, 229, 233 ff.). Bei einer solchen Bewertungseinheit sind die Ausführungshandlungen von Leitungspersonen anderer Kartellmitglieder für ein kartellbeteiligtes Unternehmen grundsätzlich auch aus verjährungsrechtlicher Sicht relevant, denn sie stehen der Tatbeendigung entgegen (vgl. BGHSt 58, 158 Rn. 28 - Grauzementkartell I; BGH, Beschluss vom 12. März 1991 - KRB 3/90, BGHR OWiG § 130 Verletzung 1; Dannecker/Biermann in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., § 81 GWB Rn. 588; Raum in Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Aufl., § 81 GWB Rn. 223; Klusmann in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl., § 55 Rn. 23 f.).

12 Dies gilt - worauf die Beschwerdeführerin zu Recht hinweist - jedoch nur, soweit und solange eine Nebenbetroffene für die Tat nach allgemeinen Grundsätzen einzustehen hat. Die Frage, ob eine Handlungseinheit besteht, ist bei mehreren Tatbeteiligten für einen jeden gesondert zu prüfen und zu entscheiden (vgl. BGH, Beschluss vom 29. Juni 2017 - 3 StR 58/17, Rn. 5 mwN). Beschränkt sich die Beteiligung eines Mittäters oder Teilnehmers auf abgrenzbare Teile der Haupttat oder auf einen begrenzten Zeitraum, so ist seine Tat mit dem Abschluss der ihn betreffenden Einzelakte beendet (vgl. BGH, Urteil vom 19. Juni 2008 - 3 StR 90/08, BGHSt 52, 300 Rn. 12; Urteil vom 27. April 1978

- 4 StR 67/78, MDR/H 1978, 803; Urteil vom 11. Juni 1965 - 2 StR 187/65, BGHSt 20, 227, 228 f.; Beschluss vom 20. Dezember 1989 - 3 StR 276/88, StV 1990, 404, 405; Beschluss vom 13. März 1990 - KRB 3/89, WuW/E BGH 2659 - Leerangebot). Für das ordnungswidrige Handeln von Leitungspersonen im Rahmen von § 30 Abs. 1 OWiG, der eine selbständige Sanktion gegen die juristische Person zulässt, gelten keine anderen Grundsätze.

- 13 b) Die Verjährung beginnt jedoch gemäß § 31 Abs. 3 OWiG - nicht anders als nach § 78a StGB - erst, wenn das materielle Unrecht nicht weiter vertieft, also der Angriff auf das geschützte Rechtsgut nicht mehr perpetuiert oder gar intensiviert wird (vgl. BGHSt 52, 300 Rn. 6 mwN). Dies ist der Fall, wenn der Täter sein rechtsverneinendes Tun insgesamt abschließt, das Tatunrecht mithin tatsächlich in vollem Umfang verwirklicht ist (vgl. BGHSt 52, 300 Rn. 6 mwN; BGH, Beschluss vom 12. Dezember 2017 - 2 StR 308/16, Rn. 24; Urteil vom 6. September 2011 - 1 StR 633/10, wistra 2012, 29, 35). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor, obgleich die Vorgängergesellschaft der Nebenbetroffenen zu 2 ab dem Jahr 2001 nicht mehr selbst auf dem kartellbefangenen Markt tätig war. Ihr vorheriger Tatbeitrag begrenzte sich gleichwohl nicht auf diesen Zeitraum, sondern reichte verjährungsrechtlich aufgrund folgender Umstände darüber hinaus:

- 14 Die T. T. - damals noch als T. F. firmierend - übernahm das Flüssiggas-Endverbrauchergeschäft und beteiligte sich an derselben Kartellabsprache (UA S. 46, 91). Die Gesellschaft war zu dieser Zeit eine einhundertprozentige Tochter der Rechtsvorgängerin der Nebenbetroffenen zu 2. Diese Rechtsvorgängerin blieb in der Flüssiggasbranche tätig, wenn auch nur noch auf einer anderen Vertriebssebene beim Großhandel mit Industriekunden. Sie hatte alle Gesellschaftsanteile an der T. T. vor Abschluss des Einbringungsvertrages vom 29. November 2001 erst vollständig erworben (UA S. 21). Wirtschaftlich gesehen fand das kartellbe-

troffene Geschäft mithilfe einer Tochtergesellschaft auf einem anderen Vertriebsweg Fortsetzung. Dies zeigen nicht nur die Identität der Betriebsmittel und des Kundenstamms, sondern auch die Personenidentität der Geschäftsführer (UA S. 47), die auf alle durch die Kartellzugehörigkeit gemachten Erfahrungen weiterhin zurückgreifen konnten. Eine Gesamtbetrachtung dieser Umstände rechtfertigt es, den eigenen Angriff der Muttergesellschaft auf die Wettbewerbsfreiheit erst für beendet zu halten (§ 31 Abs. 3 OWiG), als das Kartell und damit auch die Zuwiderhandlung der Tochtergesellschaft ihr Ende fanden. Dem steht nicht entgegen, dass diese seit dem Jahr 2002 ein paritätisches Gemeinschaftsunternehmen war, an dem die T. D. die Hälfte der Anteile hielt. Dies ist auch deshalb unerheblich, weil die Rechtsvorgängerin der Nebenbetroffenen zu 2 gleichwohl das gesetzwidrige Handeln der Leitungspersonen ihrer Tochtergesellschaft hätte unterbinden können. Die Verjährung begann daher nicht vor Mai 2005, weshalb das im Juni 2013 ergangene angefochtene Urteil vor Eintritt der absoluten Verjährung verkündet wurde.

15 II. Die von der Beschwerdeführerin erhobenen Verfahrensrügen haben - soweit sie von Relevanz für den ergangenen Schuldspruch sind - aus den vom Generalbundesanwalt in seiner Zuschrift genannten Gründen keinen Erfolg. Ergänzend hierzu bemerkt der Senat:

16 1. Die zulässige Rüge, der Beschwerdeführerin sei das letzte Wort verweigert worden, ist unbegründet. Ihr organschaftlicher Vertreter war abwesend. An seiner Stelle musste der Vorsitzende des Tatgerichts dem (mit einer Vertretungsvollmacht ausgestatteten) Verteidiger - über die für die Nebenbetroffene zu 2 im Schlussvortrag gehaltenen Ausführungen und gestellten Anträge hinaus - nicht das letzte Wort erteilen (vgl. BGH, Urteil vom 31. Januar 1978 - 5 StR 533/77, MDR 1978, 460 [H]). Dies gilt auch für die Wiedergabe einer schriftlich vorformulierten Erklärung des organschaftlichen Vertreters als "Bote". Denn das letzte Wort ist als höchstpersönliches Äußerungsrecht in der Haupt-

verhandlung nicht übertragbar (vgl. BGH, Beschluss vom 28. März 2000 - 1 StR 637/99, NStZ 2000, 439; LR-Stuckenberg, StPO, 26. Aufl., § 258 Rn. 38; KK-Ott, 7. Aufl., § 258 Rn. 14). Der anwesende Betroffene kann das letzte Wort abgeben, gegebenenfalls auch verlesen. Bei einer Nebenbetroffenen steht dieses Recht allein dem organschaftlichen Vertreter zu (vgl. auch § 444 Abs. 2 StPO). Es trifft - anders als die Verteidigung meint - nicht zu, dass insoweit normativ kein Unterschied zu einem rechtsgeschäftlichen Vertreter bestehe.

17 2. Die Inbegriffsrüge (§ 261 StPO), das Oberlandesgericht - welches auf das an sich bestehende Provisionsinteresse des Außendienstes als Indiz für die Bestandskundenabsprache abstelle - habe sich nicht mit dem Inhalt von Prämienerordnungen der T. -Gruppe auseinandergesetzt, ist unbegründet. Die Urteilsgründe stellen nicht allein auf das Provisionsinteresse der Außendienste des T. -Konzerns ab. Nach deren Prämienordnungen entfiel eine Prämie zudem erst, sofern der mit dem Kunden vereinbarte Preis um mehr als 19 Pfennig, später um 14 Cent unter den Vorgaben der Geschäftsleitung blieb. Zur besonderen Erörterung dieses Umstands musste sich das Oberlandesgericht nicht veranlasst sehen, zumal die von der Rechtsbeschwerde betonten Wechselkosten bis zu 5.000 Euro nur bei einem Wechsel des Kunden von einem Miet- zu einem Eigentumstank anfielen (vgl. UA S. 73).

18 3. Die Aufklärungsrüge (§ 244 Abs. 2 StPO) zum Verkehrswert der Beteiligung der T. E. GmbH an der T. T. bleibt ebenso wie die zur Motivation der konzerninternen Umstrukturierung erhobene Inbegriffsrüge (§ 261 StPO) erfolglos. Denn diese Umstände sind für die Bußgeldhaftung der Nebenbetroffenen zu 2 ohne rechtliche Relevanz.

19 III. Der Schuldspruch hält der rechtlichen Überprüfung auf die Sachrüge der Beschwerdeführerin stand. Der Senat hat insoweit lediglich die - im Tenor

des angefochtenen Urteils ersichtlich verwechselten - anwendbaren Gesetzesfassungen von § 1 GWB, die der Kartellordnungswidrigkeit der Leitungspersonen zugrunde liegen, richtiggestellt.

20 1. Die Feststellungen des Oberlandesgerichts tragen eine verbotene Kartellvereinbarung im Sinne von § 1 GWB 1999 ebenso wie ein Zuwiderhandeln gegen dieses Verbot nach § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB 1999. Da gemäß Art. 103 Abs. 2 GG, § 3 OWiG nur Handlungsteile geahndet werden können, die zur Zeit ihrer Begehung ordnungswidrig waren (vgl. Gürtler in Göhler, OWiG, 17. Aufl., § 4 Rn. 3; KK-OWiG/Rogall, 5. Aufl., § 4 Rn. 16 mwN), sind zudem für den Beginn des Tatzeitraums § 1 GWB 1990 i.V. mit § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB 1990 maßgeblich, deren Voraussetzungen die Urteilsgründe ebenfalls belegen.

21 a) Ein Vertrag im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 GWB 1990 - und zugleich eine Vereinbarung im Sinne der Fassungen des § 1 GWB seit dem Jahr 1999 - liegt auf der Grundlage der Feststellungen vor. Eine solche Einigung ist - wie sich aus allgemeinen Regeln (§§ 145 ff. BGB) ergibt - nicht nur durch ausdrückliche, sondern ebenso durch stillschweigende Erklärungen möglich. Einen derartigen, aus Anlass der Gründung der Gemeinschaftsunternehmen Tr. , f. und f. (Ost) zustande gekommenen (mehrseitigen) Vertragsschluss, der unter den Beteiligten zumindest auf eine wettbewerbliche Bindung abzielte (vgl. Zimmer in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., § 1 GWB Rn. 83 ff.), hat das Oberlandesgericht rechtsfehlerfrei bejaht (vgl. insbesondere UA S. 7, 90 f.). Dabei war es nicht unabdingbar, alle handelnden Akteure namentlich zu nennen. Denn die den Tatbestand ausfüllenden Merkmale lassen sich den Urteilsgründen entnehmen. Diese ermöglichen die umfassende Kontrolle durch das Rechtsbeschwerdegericht (vgl. auch BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013 - KRB 20/12, WuW/E DE-R 3861 Rn. 42 f. - Grauzementkartell I [insoweit nicht in BGHSt 58, 158 abgedruckt]).

22 b) Die überregional tätigen Versorgungsunternehmen standen - wie von den zur Tatzeit geltenden Fassungen von § 1 GWB gefordert - zudem miteinander auf dem deutschen Flüssiggasmarkt im Wettbewerb. Daher lag bei seinem Abschluss ein Vertrag unter den Nebenbetroffenen "zu einem gemeinsamen Zweck" im Sinne von § 1 GWB 1990 vor. Die von § 1 GWB 1990 verlangte Eignung, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs spürbar zu beeinflussen, ist ebenfalls festgestellt. Denn der "Nichtangriffspakt" hatte eine gezielte Aufteilung und Sicherung von Kundenstämmen zum Gegenstand, die ca. 80 Prozent der Kundengesamtheit ausmachten. Das Oberlandesgericht hat zudem festgestellt, dass der aus kartellrechtsneutralen Gründen gedämpfte Bestandskundenwettbewerb infolge der Absprache weiter beschränkt wurde (UA S. 104, 184). Einer solchen Absprache ist immanent, dass sie die Wettbewerbslage festschreibt. Des Weiteren schuf die Vereinbarung - wie von den Beteiligten angestrebt - ein geringeres wirtschaftliches Risiko für Expansionen durch den Zukauf von Kundenstämmen und Unternehmen (UA S. 104). Unter der Geltung von § 1 GWB 1999 stellt die Kundenschutzabsprache nicht nur eine bewirkte, sondern auch bereits eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung (vgl. EuGH, GRUR Int. 2013, 285 Rn. 36 f. - Expedia; näher BGH, Urteil vom 17. Oktober 2017 - KZR 59/16 mwN - Almased Vitalkost; Krauß in Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Aufl., § 1 GWB Rn. 229) dar.

23 c) Die verbotene Absprache setzten die Leitungspersonen der Kartellmitglieder in der Folgezeit bewusst und gewollt um, wodurch sie sich im Sinne von § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB 1990 über die Unwirksamkeit des Vertrages vorsätzlich hinwegsetzten. Denn ein Sich-Hinwegsetzen ist jedes Handeln, das der Durchführung eines unwirksamen Vertrages dient, mithin jede Tätigkeit, die darauf abzielt, den Vertrag oder Beschluss als gültig anzusehen und zu behandeln, obwohl ihm das Gesetz die Wirksamkeit abspricht (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Dezember 1995 - KRB 33/95, BGHSt 41, 385, 389). Solche Handlungen werden durch das in § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB 1999 enthaltene Tatbestands-

merkmal des Zuwiderhandelns ebenfalls erfasst (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005 - KRB 2/05, WuW/E DE-R 1567, 1568 - Berliner Transportbeton I; Dannecker/Biermann in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., § 81 GWB Rn. 56).

24 Den Urteilsgründen lassen sich auch für die Rechtsvorgängerin der Nebenbetroffenen zu 2 konkrete Tathandlungen ihrer von § 30 Abs. 1 OWiG erfassten Leitungspersonen entnehmen, etwa die Behandlung von "Wettbewerbsfällen" in Beiratssitzungen der Tr. (UA S. 33 f., 105) und das kartellstützende Auftreten auf Tagungen und in Gremien des D. (UA S. 96). Zudem traf der Geschäftsführer R. die Kundenschutzabsprache (UA S. 182 oben). Darüber hinaus hielten die Leitungspersonen generell an der passiven Vertriebsausrichtung ihrer Vorgänger fest (UA S. 94, 182 f.). Solche allgemeinen Umschreibungen haben ihren Grund darin, dass die Kartellabsprache darauf abzielte, Wettbewerb um Bestandskunden zu unterlassen. Nach den Feststellungen liegt der Schwerpunkt der Tathandlungen der für die Unternehmen tätigen Leitungspersonen gleichwohl in einem aktiven Tun, wofür - über den Abschluss der Vereinbarung hinaus - die diesen dauerhaft obliegende Kontrolle, Führung und Ausrichtung des Unternehmens spricht.

25 d) Die Dauer der abgeurteilten Zuwiderhandlung bleibt nach den Urteilsgründen nicht im Unklaren. Dem Schuldspruch liegt ungeachtet der missverständlichen Formulierung in der rechtlichen Würdigung die Kartellzugehörigkeit der Rechtsvorgängerin der Nebenbetroffenen zu 2 von Juli 1997 bis November 2001 zugrunde (UA S. 105, 217, 273). Im Übrigen bezeichnen die Urteilsgründe mit einem Tatzeitraum bis 2005 die Gesamtdauer des Kartells. Der Senat muss daher auch insoweit nicht entscheiden, ob die Rechtsvorgängerin der Nebenbetroffenen zu 2 für das ordnungswidrige Handeln von Leitungspersonen ihrer Tochtergesellschaft T. T. bis Mai 2005 einzustehen hätte.

- 26 2. Die Beweiswürdigung des Oberlandesgerichts zu dieser festgestellten
Zu widerhandlung begegnet keinen durchgreifenden Bedenken.
- 27 a) Die Würdigung der Beweise ist Sache des Tatgerichts, das sich unter
dem umfassenden Eindruck der Hauptverhandlung ein Urteil zu bilden hat
(§ 261 StPO). Die tatsächlichen Schlussfolgerungen des Tatgerichts müssen
nicht zwingend sein; es genügt, dass sie möglich sind und das Tatgericht von
ihrer Richtigkeit überzeugt ist. Das Rechtsbeschwerdegericht ist auf die Prüfung
beschränkt, ob die Beweiswürdigung mit Rechtsfehlern behaftet ist, weil sie
Lücken oder Widersprüche aufweist, mit den Denkgesetzen oder gesicherten
Erfahrungssätzen nicht übereinstimmt oder sich so weit von einer Tatsachen-
grundlage entfernt, dass sich die gezogenen Schlussfolgerungen letztlich als
reine Vermutung erweisen (vgl. BGH, Urteil vom 21. März 2013 - 3 StR 247/12,
NStZ 2013, 420 mwN).
- 28 Zudem muss das Urteil erkennen lassen, dass das Tatgericht solche
Umstände, die geeignet sind, die Entscheidung zugunsten oder zu Ungunsten
des Betroffenen oder der Nebenbetroffenen zu beeinflussen, erkannt und in
seine Überlegungen einbezogen hat. Dabei dürfen die einzelnen Beweisergeb-
nisse nicht nur isoliert gewertet, sondern müssen in eine umfassende Gesamt-
würdigung eingestellt werden (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2017
- 1 StR 535/16, Rn. 7; Urteil vom 10. Mai 2017 - 2 StR 258/16, Rn. 17; jeweils
mwN).
- 29 b) Hieran gemessen ist die Beweiswürdigung zum Schuldspruch nicht
durchgreifend rechtsfehlerhaft. Den Abschluss und die Umsetzung der Be-
standskundenabrede stützt das Oberlandesgericht ohne Rechtsfehler auf eine
Vielzahl von Beweismitteln einschließlich von ihm als glaubhaft bewerteter Zeu-
genaussagen. Die Wertungen und Schlussfolgerungen des Oberlandesgerichts
sind möglich und daher von dem Rechtsbeschwerdegericht hinzunehmen.

Nichts anderes gilt für die kartellstützende Funktion der von der Tr. generierten "Wettbewerbsmeldungen".

30 aa) Als durchgreifend lückenhaft oder widersprüchlich erweist sich die Beweiswürdigung - entgegen der Rechtsbeschwerdebegründung - im Ergebnis auch nicht mit Blick auf die Rolle der T. M. . Das Oberlandesgericht hat festgestellt, dass diese Gesellschaft aufgrund einer eigenen Vertriebsstrategie um fremde Bestandskunden geworben hat (vgl. UA S. 95 f., 142, 161). Die T. M. hat in den Jahren 2002 und 2003 Flüssiggas über die Tr. und die f. ausfahren lassen (UA S. 28, 41 f.). Zugleich führt das Oberlandesgericht aus, dass "eine stillschweigend geschlossene Kundenschutzabsprache *conditio sine qua non* ... für die Zusammenarbeit in den Transportgesellschaften war" (UA S. 115). Auch für deren Kooperationspartner sei der Kundenschutz "zwingende Bedingung (Spielregel, Grundlage/Voraussetzung)" gewesen (UA S. 130). Ein Entscheidungsvorbehalt in der Frage des Kundenschutzes hätte zum Ausschluss aus der Kooperation geführt oder die Aufnahme verhindert (UA S. 135).

31 Nach den Urteilsgründen ist gleichwohl auszuschließen, dass das Oberlandesgericht die Rolle der T. M. aus dem Blick verloren haben könnte. Sie wird in den Urteilsgründen an diversen Stellen erwähnt, ohne zu den Gesellschafterinnen der Ausfuhrkooperationen und damit zu deren wichtigsten Akteurinnen zu zählen. Des Weiteren kam ihr als ein Unternehmen des T. -Konzerns ersichtlich eine Sonderrolle zu, die sie von einem (anderen) Kooperationspartner unterschied. Bereits im Jahr 2002 hatten die Muttergesellschaften unter anderem ihr Aufgehen in einem bundesweit tätigen "Joint Venture" - der T. T. - beschlossen (vgl. UA S. 22, 26-28). Demgemäß wurden im Jahr 2002 eine Kommanditistin der f. und sodann mit Wirkung zum 1. Januar 2003 auch die T. M. auf die T. T. verschmolzen. Diese hatte von ihrer dem Kartell zugehörigen

Muttergesellschaft aus dem T. -Konzern bereits das Flüssiggasgeschäft in den alten Bundesländern und die Gesellschafterstellung in der Tr. übernommen. Das Vertriebsverhalten der T. M. löste denn auch Beschwerden aus (UA S. 161) und kam durch die Verschmelzung zu seinem Ende. All dies steht mit dem sonstigen Beweisergebnis des Oberlandesgerichts im Einklang.

32 Rechtsfehlerhaft ist die tatrichterliche Beweiswürdigung ebenso wenig hinsichtlich der Rolle der Leitungsperson F. als Geschäftsführer der (kartellangehörigen) T. T. und Beiratsvorsitzender der Tr. einerseits sowie als Beiratsvorsitzender der (womöglich kartellneutralen) T. M. andererseits. Ein Erörterungsmangel liegt nicht vor. Das Oberlandesgericht stellt zwar fest, dass "der Beirat" der T. M. auch deren Geschäftspolitik bestimmte (UA S. 23). Es liegt aber weder auf der Hand noch sind zureichende Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Beirat sich hierbei mit der Frage eines Kundenschutzes befasst hätte.

33 bb) Des Weiteren verstößt die Beweiswürdigung des Oberlandesgerichts nicht gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze. Soweit sich die Rechtsbeschwerde gegen zwei "Erfahrungssätze" wendet, die das Oberlandesgericht herangezogen habe, dringt sie hiermit nicht durch. Die beanstandete Aussage, es entspreche der "wirtschaftlichen Vernunft eines Kaufmanns, sich ein Kundenpotential zu erschließen und nicht brach liegen zu lassen" (UA S. 148 f.), ist für sich betrachtet zutreffend. Dass sie das Oberlandesgericht auch für die Annahme der Kartellabsprache auf dem Flüssiggasmarkt herangezogen hat, ist schon deshalb nicht durchgreifend rechtsfehlerhaft, weil es andere Erklärungen für einen fehlenden Bestandskundenwettbewerb erörtert und aufgrund der erhobenen Beweise ausgeschlossen hat. Keinen Rechtsfehler lässt daher zudem die ebenfalls von der Rechtsbeschwerde beanstandete Annahme des Oberlandesgerichts erkennen, dass in einem von Nachfragerück-

gängen gekennzeichneten Markt auch Bestandskundenwettbewerb zu erwarten gewesen wäre (vgl. UA S. 149/150). Die Rechtsbeschwerde legt selbst dar, dass ein solches Wettbewerbsverhalten in schrumpfenden Märkten vorkomme ("Kostenführerschaft"). Im Ergebnis handelt es sich um eine tragfähige Erwartung des Tatgerichts (vgl. auch BGH, Beschluss vom 4. Oktober 1983 - KVR 3/82, BGHZ 88, 284, 290), die nicht isoliert, sondern vor dem Hintergrund seiner sonstigen Feststellungen zu den Marktverhältnissen zu sehen ist.

34 Das Oberlandesgericht hat hierbei insbesondere die Möglichkeit eines zulässigen autonomen Parallelverhaltens erwogen, jedoch zu seiner Überzeugung als alleinige Ursache des unterbleibenden Bestandskundenwettbewerbs ausgeschlossen (UA S. 134 f., 160). Die auch für eine Reaktionsverbundenheit sprechenden Marktumstände wie die von dem neuen Anbieter zu tragenden Wechselkosten hat das Oberlandesgericht nicht aus dem Blick verloren und sich auch mit der "Furcht vor wettbewerblichen Reaktionen" befasst (UA S. 139). Die Wechselkosten hat es indes - tragfähig gestützt unter anderem auf das Vertriebsverhalten der T. M. - als nicht prohibitiv hoch bewertet (vgl. auch schon UA S. 95 f.). Diese Wertungen lassen - ebenso wie die Gesamtwürdigung, die andere Erklärungen für die Wettbewerbslage nochmals in den Blick nimmt - Rechtsfehler nicht erkennen. Es handelt sich um nachvollziehbare Bewertungen von Indiztatsachen. Die Bedeutung und das Gewicht der einzelnen Indizien in der Gesamtwürdigung des Beweisergebnisses zu bewerten, ist allein Sache des Tatrichters. Das Rechtsbeschwerdegericht kann nicht in dessen Überzeugungsbildung eingreifen, indem es einer vom Tatrichter vertretbar bewerteten Indiztatsache eine andere Bedeutung zumisst (vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 2017 - 3 StR 69/17, Rn. 8).

35 Darüber hinaus hat sich das Oberlandesgericht hinreichend mit den rechtlichen Rahmenbedingungen des Flüssiggasmarkts befasst (UA S. 80 f.).

Die Rechtsbeschwerde zeigt nicht auf, dass ein Bestandskundenwettbewerb als "Regelverhalten" (UA S. 138) rechtlich unzulässig gewesen wäre.

36 cc) Ebenso trägt die Beweiswürdigung des Oberlandesgerichts zum vorsätzlichen Handeln von F. und R. als Leitungspersonen der Vorgängergesellschaft der Nebenbetroffenen zu 2. Das Wissen von F. um die Kundenschutzabsprache durfte das Oberlandesgericht insbesondere an der "praktische[n] Handhabung der Wettbewerbsfälle" festmachen (UA S. 93). Denn dem Meldewesen der Tr. - in dessen Beirat F. tätig war - hat es rechtsfehlerfrei eine (erkennbar) kartellstützende Wirkung beigemessen. Dass F. nach den Feststellungen erst ab Juli 2000 vorsätzlich handelte (vgl. UA S. 93 sowie zur Zuständigkeit für das Flüssiggasgeschäft UA S. 33), ist wegen der vorsätzlichen Tathandlungen der anderen Leitungsperson R. seit Beginn des Tatzeitraums unmaßgeblich.

37 Das Urteil ist zwar insoweit unrichtig, als es R. als "geschäftsführenden Gesellschafter" beschreibt und ihn dem Beirat der F. - einer alten Ausfuhrkooperation - zuordnet (UA S. 185; richtig hingegen UA S. 34, 87). Es ist aber auszuschließen, dass das Oberlandesgericht ohne Berücksichtigung dieser Umstände zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre (vgl. UA S. 94). Denn R. war als Geschäftsführer in leitender Position - auch bei der F. - tätig. Tatbestands- und Verbotsirrtümer hat das Oberlandesgericht geprüft und rechtsfehlerfrei verneint.

38 dd) Im Übrigen wird ergänzend Bezug genommen auf den Beschluss des Senats vom heutigen Tage in der Sache KRB 51/16.

39 3. Eine "Sanktionslücke", in der das mildeste Gesetz im Sinne von § 4 Abs. 3 OWiG zu sehen sein könnte, bestand zu keiner Zeit. Der Senat hat be-

reits entschieden, dass § 81 GWB 2005 und § 81 GWB 2007 verfassungskonform sind, wobei auch ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot nicht vorliegt (vgl. dazu im Einzelnen BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013 - KRB 20/12, BGHSt 58, 158 Rn. 45 ff. - Grauzementkartell I; hieran anknüpfend BGH, Beschluss vom 3. Juni 2014 - KRB 46/13, WuW/E DE-R 4317, 4318 f. - Silostellgebühren III). Letzteres gilt ebenso für die im Jahr 2005 erfolgte Änderung von § 1 GWB (Streichung der Wörter "miteinander im Wettbewerb stehenden"). Es besteht kein Anlass, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Ein solcher folgt auch nicht aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Dezember 2013 (BVerfGE 135, 1 Rn. 35 ff.).

40 4. Eine bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit der Nebenbetroffenen zu 2 als der Gesamtrechtsnachfolgerin der - mit der kartellbeteiligten T. identischen - T. E. GmbH (& Co. KG) ist zu bejahen.

41 a) Das Oberlandesgericht hat zur Rechtsnachfolge Folgendes festgestellt: Die T. -Gruppe nahm im Dezember 2012 und im Januar 2013 konzerninterne Umstrukturierungsmaßnahmen vor, deren Hauptmotiv es war, eine Bußgeldhaftung der T. E. GmbH zu vermeiden. Die Konzernumstrukturierung vollzog sich in sechs Schritten.

42 (1) Die T. E. GmbH - die Vorgängergesellschaft der Nebenbetroffenen zu 2 - brachte mit notariellem Einbringungs- und Einlagevertrag vom 11. Dezember 2012 das von ihr betriebene Flüssiggas-Großhandelsgeschäft und fast ihr gesamtes Beteiligungsvermögen in die T. A. ein, deren alleinige Kommanditistin sie war und zunächst blieb. Zudem war sie weiterhin die Alleingesellschafterin der T. Ma., der Komplementärin der T. A. (und weiterer Tochtergesellschaften). Unter den übertragenen Beteiligungen der T. E. GmbH befand sich der hälftige Anteil an der gesondert verfolgten T. T.

, die weiter das operative Flüssiggas-Endverbrauchergeschäft betrieb, sowie der Kommanditanteil an der T. K.

43 (2) Unmittelbar anschließend brachte die T. A. mit demselben Vertrag die auf sie übertragenen Beteiligungen - mit Ausnahme des Kommanditanteils an der T. K. - in die T. B.

ein, deren alleinige Kommanditistin die einbringende Gesellschaft war. Das Flüssiggas-Großhandelsgeschäft (ohne Grundstücke) übertrug die T. A. auf die T. Tr., deren alleinige Kommanditistin sie ebenfalls war.

44 (3) Den bei ihr verbliebenen Kommanditanteil an der T. K. übertrug die T. A. am 2. Januar 2013 wieder zurück auf die T. E. GmbH, der Vorgängergesellschaft der Nebenbetroffenen zu 2.

45 (4) Nach einer formwechselnden Umwandlung übertrug diese nun als T. E. GmbH & Co. KG firmierende Gesellschaft den Kommanditanteil an der T. K. am 17. Januar 2013 mit sofortiger Wirkung auf die Nebenbetroffene zu 2, die zu diesem Zeitpunkt noch als T. T. T. firmierte. Der hierfür vereinbarte Kaufpreis in Höhe von 15 Millionen Euro sollte erst vier Wochen später fällig werden.

46 (5) Die T. Verwaltungs GmbH als Konzernzwischenholdinggesellschaft, welche die Nebenbetroffene zu 2 sowie die T. E. GmbH (& Co. KG) beherrschte, entnahm dieser mit notariellem Vertrag vom 18. Januar 2013 sodann die Gesellschaftsanteile an der T. Ma. und der T. A. mit Wirkung zum 22. Januar 2013.

- 47 (6) Schließlich verschmolz sich die T. E. GmbH & Co. KG mit notariellem Vertrag vom 18. Januar 2013 auf die Nebenbetroffene zu 2, die nach Maßgabe der Handelsregistereintragung vom 5. Februar 2013 ihre Firma von T. T. T. in T. G. änderte. Die Verschmelzung war am 31. Januar 2013 in das Handelsregister eingetragen worden. Wie beabsichtigt hatte daher eine Zahlung des Kaufpreises für den Kommanditanteil an der T. K. nicht zu erfolgen, da diese Forderung erlosch (Konfusion).
- 48 Bis zur Verschmelzung übte die Nebenbetroffene zu 2 allein das Kesselwagenvermietungsgeschäft aus. Ihr hierfür eingesetztes Betriebsvermögen bewertet das Oberlandesgericht mit acht Millionen Euro (UA S. 60, 189), die Umsatzerlöse beliefen sich im Geschäftsjahr 2011/2012 und im Vorjahr auf jeweils etwa 1,2 Millionen Euro (UA S. 60). Die T. K. zählte seit 2004 zu den bundesweit führenden Anbietern von flüssiger Kohlensäure (mit einem Marktanteil zwischen acht und zehn Prozent) und von technischen Gasen. Den Wert des Kommanditanteils an dieser Gesellschaft beziffert das Oberlandesgericht mit mindestens 15 Millionen Euro (UA S. 189). Ihre Umsatzerlöse beliefen sich im Geschäftsjahr 2012 wie im Vorjahr auf mehr als zwölf Millionen Euro.
- 49 b) Die auf § 30 a.F. OWiG gestützte Bußgeldhaftung der Gesamtrechtsnachfolgerin setzt voraus, dass zwischen der früheren und der neuen Vermögensverbindung nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise Nahezu-Identität besteht. Dies ist der Fall, wenn das "haftende Vermögen" in einer anderen Organisation weiterhin vom Vermögen des gemäß § 30 OWiG Verantwortlichen getrennt, in gleicher oder ähnlicher Weise wie bisher eingesetzt wird und in der neuen juristischen Person einen wesentlichen Teil des Gesamtvermögens ausmacht (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 11. März 1986 - KRB 8/85, WuW/E BGH 2265, 2267 - Bußgeldhaftung; Beschluss vom 23. November 2004

- KRB 23/04, WuW/E DE-R 1469, 1470 - nicht verlesener Handelsregisterauszug; Beschluss vom 4. Oktober 2007 - KRB 59/07, BGHSt 52, 58 Rn. 7 - Akteneinsichtsgesuch; Beschluss vom 10. August 2011 - KRB 55/10, BGHSt 57, 193 Rn. 16 - Versicherungsfusion; Beschluss vom 10. August 2011 - KRB 2/10, wistra 2012, 152 - Transportbeton II; Beschluss vom 16. Dezember 2014 - KRB 47/13, BGHSt 60, 121 Rn. 12 f. - Maxit; Beschluss vom 27. Januar 2015 - KRB 39/14, WuW/E DE-R 4686 Rn. 3 - Melitta).

50 c) Diese Voraussetzungen liegen vor. Denn mit dem Kommanditanteil an der T. K. ist ausreichendes Vermögen der Rechtsvorgängerin auf die Nebenbetroffene zu 2 übergegangen, um die Nahezu-Identität der Vermögensverbindungen bejahen zu können.

51 aa) Der übertragene Kommanditanteil war für die Nebenbetroffene zu 2 nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts (UA S. 188-190) von überragender Bedeutung. Er machte daher einen wesentlichen Teil ihres Gesamtvermögens aus. Ihr eigenes Kesselwagengeschäft blieb deutlich hinter dem operativen Geschäft der T. K. zurück, in dem sich die wirtschaftliche Bedeutung des übergegangenen Kommanditanteils verkörperte. Dessen Wert betrug mindestens knapp das Doppelte des Betriebsvermögens "Kesselwagenvermietung" der Nebenbetroffenen zu 2. Dies genügt, um deren Einstandspflicht zu begründen, denn das übrige Vermögen der neuen juristischen Person muss nicht in jedem Fall vollständig oder nahezu vollständig in den Hintergrund treten (vgl. BGH, WuW/E DE-R 4686 Rn. 3 - Melitta).

52 Den Zeitwert des Kommanditanteils hat das Oberlandesgericht anhand des Kaufpreises geschätzt, den die Nebenbetroffene zu 2 im Januar 2013 mit der T. E. GmbH & Co. KG für seine Übertragung vereinbart hatte. Hiergegen wendet sich die Beschwerdeführerin ohne Erfolg, indem sie insbesondere auf von der T. K. erzielte Jahresfehlbeträge (vgl. UA

S. 56) abstellt. Der Generalbundesanwalt weist zu Recht darauf hin, dass das Vorgehen des Oberlandesgerichts nicht zu beanstanden ist, weil der vereinbarte Kaufpreis der beste Anknüpfungspunkt war, um den Wert der Beteiligung zu ermitteln. Der Umstand, dass neben dem Kesselwagengeschäft der Kommanditanteil lediglich zu verwalten war, tritt hinter dessen qualitativer und quantitativer Bedeutung für die Nebenbetroffene zu 2 zurück.

53 Mit der Berücksichtigung des Kommanditanteils wird auch nicht etwa eine "Konzernhaftung" begründet, die dem damaligen Ordnungswidrigkeitenrecht fremd war (vgl. BGHSt 57, 193 Rn. 20 - Versicherungsfusion; BGH, wistra 2012, 152, 153 - Transportbeton II). Denn der Nebenbetroffenen zu 2 wird nicht in rechtlich unzulässiger Weise das Vermögen von Schwester- oder Tochtergesellschaften zugerechnet. Anders als in Fällen, in denen die Rechtsnachfolgerin als Muttergesellschaft bereits über die Anteile an weiteren Gesellschaften verfügte, ging eine solche Beteiligung hier erst über und kann daher auch in die wirtschaftliche Betrachtung einbezogen werden.

54 bb) Das Unternehmen, wie es die T. E. GmbH vor Beginn der Umstrukturierung betrieb, war entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht (allein) entscheidend für den Abgleich mit der neuen juristischen Person. Denn die Bußgeldhaftung der nach § 30 Abs. 1 OWiG originär haftenden juristischen Person besteht ebenso unabhängig von identitätswahrenden Rechtsformwechseln (vgl. § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) wie unabhängig von ihrem Vermögensbestand bis zu ihrem Erlöschen fort (vgl. BGHSt 57, 193 Rn. 15 f., 18 - Versicherungsfusion; BGH, wistra 2012, 152, 153 - Transportbeton II; siehe auch bereits BGH, WuW/E BGH 2265, 2266 - Bußgeldhaftung). Die wirtschaftliche Betrachtung, ob die Rechtsträger nahezu identisch sind, kann daher - zumindest auch - an den Zeitpunkt anknüpfen, zu dem die Gesamtrechtsnachfolge erfolgt. Erst mit deren Eintritt wechselt der Rechtsträger, so dass bei einem Übergang von dann vorhandenem Vermögen die Unternehmenskontinuität aus

der Sicht des Bürgers als des Normadressaten (vgl. dazu BVerfG, WuW/E DE-R 4835, 4837) gewahrt sein kann. Eine bußgeldrechtliche Haftung der Gesamtrechtsnachfolgerin setzt mithin nicht zwingend voraus, dass "operatives Betriebsvermögen" unmittelbar übergeht.

55 cc) Bei wirtschaftlicher Betrachtung ist der Kommanditanteil an der T. K. als das maßgebliche Vermögen der T. E. GmbH (& Co. KG) im Zeitpunkt der Gesamtrechtsnachfolge anzusehen. Hieran ändert sich zunächst nichts dadurch, dass die T. E. GmbH zu Beginn der Umstrukturierung auch diese Kommanditbeteiligung an die T. A. übertragen hat, um sie wenig später zurückzuerhalten. Ungeachtet dieser Wendung hat die von § 30 Abs. 1 OWiG erfasste Gesellschaft im Zuge der Umstrukturierung - unter Fortbestand ihrer Haftung - letztlich nur ihr Vermögen reduziert, bevor sie sich auf die Nebenbetroffene zu 2 verschmolzen hat. Der vor dieser Verschmelzung übertragene Kommanditanteil an der T. K. ist sodann so zu behandeln, als wäre er erst infolge der Gesamtrechtsnachfolge auf die Nebenbetroffene zu 2 übergegangen. Daher steht es deren Bußgeldhaftung nicht entgegen, dass die Rechtsvorgängerin zwischenzeitlich noch andere Gesellschaftsanteile hielt. In der Sache kann es keinen entscheidenden Unterschied machen, wie das Vermögen der alten juristischen Person im Rahmen einer Umstrukturierungsmaßnahme auf ihre Gesamtrechtsnachfolgerin übergeht. Durch die vorgezogene Einzelübertragung des Anteils traten dem Grunde nach keine anderen wirtschaftlichen Folgen ein. Dies zeigt die wie geplant zu einem späteren Zeitpunkt durch Konfusion erloschene Kaufpreisforderung. Bei wirtschaftlicher Betrachtung sind derartige Rechtsgeschäfte Teil einer zusammenhängenden Umstrukturierungsmaßnahme, die ohne sie aufgrund der Gesamtrechtsnachfolge zu denselben Ergebnissen geführt hätte.

56 IV. Die Rechtsbeschwerde hat hingegen Erfolg, soweit sie sich mit der Sachrüge gegen den Bußgeldausspruch richtet. Auf die Verfahrensrügen, mit

denen sich die Beschwerdeführerin ebenfalls gegen die Geldbuße wendet, kommt es daher nicht an.

57 1. Die Mehrerlösschätzung, die für die Bußgeldobergrenze nach § 81 Abs. 2 GWB 1999 entscheidend ist, wird den rechtlichen Anforderungen nicht gerecht. Denn das Oberlandesgericht hat die Geeignetheit seiner marktinternen Vergleichsanalyse in den Urteilsgründen nicht nachprüfbar dargelegt.

58 a) Unter Mehrerlös ist der Differenzbetrag zwischen den tatsächlichen Einnahmen, die aufgrund des Wettbewerbsverstoßes erzielt werden, und den Einnahmen zu verstehen, die das durch die Kartellabsprachen bevorzugte Unternehmen ohne den Wettbewerbsverstoß erzielt hätte (vgl. BGH, Beschluss vom 24. April 1991 - KRB 5/90, WuW/E BGH 2718, 2719 - Bußgeldbemessung; Beschluss vom 25. April 2005 - KRB 22/04, WuW/E DE-R 1487, 1488 - steuerfreier Mehrerlös; Beschluss vom 28. Juni 2005 - KRB 2/05, WuW/E DE-R 1567, 1569 - Berliner Transportbeton I; Beschluss vom 19. Juni 2007 - KRB 12/07, BGHSt 52, 1 Rn. 10 - Papiergroßhandel).

59 Dieser Differenzbetrag kann nur durch Schätzung ermittelt werden, da der hypothetische Wettbewerbspreis nicht beobachtbar ist, sondern allein aufgrund von Anknüpfungstatsachen näherungsweise bestimmt werden kann. Die ökonomische Gültigkeit und rechtliche Brauchbarkeit der Annäherung hängt dabei zum einen von der Genauigkeit und Validität der Beobachtungen ab, die auf einem Vergleichsmarkt oder zu anderen tatsächlichen Umständen wie den Kosten der in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen gemacht werden können, die nach der gewählten Methode die Grundlage der Ermittlung des hypothetischen Wettbewerbspreises bilden sollen. Zum anderen hängen sie davon ab, wie genau und wie verlässlich die Unterschiede erfasst werden können, die zwischen dem beobachteten und dem hypothetischen Szenario bestehen.

60 Der kartellbedingte Mehrerlös kann danach zunächst anhand der Preisentwicklung auf kartellfreien Vergleichsmärkten bestimmt werden (vgl. BGHSt 52, 1 Rn. 13, 19 - Papiergroßhandel; BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013 - KRB 20/12, BGHSt 58, 158 Rn. 78 - Grauzementkartell I). Soweit strukturelle Unterschiede der verglichenen Märkte dies erfordern, sind Korrekturzuschläge oder -abschläge vorzunehmen, die dazu dienen, den Einfluss der strukturellen Unterschiede auf das Ergebnis der Schätzung möglichst weitgehend auszugleichen (vgl. BGH, Beschluss vom 16. Dezember 1976 - KVR 2/76, BGHZ 68, 23, 33 - Valium; Beschluss vom 6. November 1984 - KVR 13/83, WuW/E BGH 2103, 2104 - Favorit; ferner BGH, Urteil vom 7. Dezember 2010 - KZR 5/10, WuW/E DE-R 3145 Rn. 18 - Entega II zu § 19 Abs. 4 Nr. 3 a.F. GWB). Ein zwingender Vorrang kommt einem Vergleich mit den Preisen auf einem - zeitlich, räumlich oder sachlich - anderen, kartellfreien Markt gegenüber weiteren Schätzmethode n allerdings nicht zu (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Mai 2012 - KVR 51/11, WuW/E DE-R 3632 Rn. 14 - Wasserpreise Calw I; Beschluss vom 14. Juli 2015 - KVR 77/13, BGHZ 206, 229 Rn. 22 ff. - Wasserpreise Calw II). Den Kartellbehörden und -gerichten ist es grundsätzlich unbenommen, stattdessen eine andere, zur Bestimmung des Mehrerlöses ebenfalls geeignete Methode heranzuziehen. So können sie die Wettbewerbspreise auch durch einen kostenbasierten Vergleich anhand einer Überprüfung von Preisbildungsfaktoren bestimmen (vgl. BGH, WuW/E DE-R 3632 Rn. 13 ff. - Wasserpreise Calw I; BGHZ 206, 229 Rn. 22 ff. - Wasserpreise Calw II; Urteil vom 24. Januar 2017 - KZR 2/15, NZKart 2017, 198 Rn. 27 f. - Kabelkanalanlagen; jeweils zu § 19 GWB). Ein anderes Vorgehen als eine Vergleichsmarktanalyse kann vor allem angezeigt sein, wenn - wie hier auch vom Oberlandesgericht bejaht (UA S. 192 ff.) - keine hinreichend ähnlichen Märkte mit wirksamem Wettbewerb existieren.

61 Von wesentlicher Bedeutung für die Rechtsfehlerfreiheit der Mehrerlöschätzung nach § 81 GWB ist - ebenso wie im Rahmen von § 19 GWB (vgl.

BGHZ 206, 229 Rn. 22 - Wasserpreise Calw II) - die Beachtung derjenigen Faktoren, die die Preisbildung im Markt bestimmen oder jedenfalls beeinflussen können ("anerkannte ökonomische Theorien", vgl. BT-Drucks. 16/5847, S. 11). Die Schätzungsbefugnis räumt dem Tatrichter vor diesem Hintergrund einen erheblichen methodischen Spielraum ein (vgl. BGHZ 206, 229 Rn. 25 - Wasserpreise Calw II). Letztlich ist entscheidend, ob die von dem Tatgericht durchgeführte Mehrerlösschätzung schlüssig ist und zu wirtschaftlich vernünftigen und möglichen Ergebnissen führt (vgl. BGHSt 52, 1 Rn. 12 - Papiergroßhandel; BGH, Beschluss vom 6. April 2016 - 1 StR 523/15, NStZ 2016, 728, 729; Beschluss vom 4. Februar 1992 - 5 StR 655/91, BGHR AO § 370 Abs. 1 Nr. 2 Steuerschätzung 5). Dabei hat der Tatrichter selbst zu entscheiden, welche Schätzungsmethode dem vorgegebenen Ziel, der Wirklichkeit durch Wahrscheinlichkeitsüberlegungen möglichst nahe zu kommen, am besten gerecht wird (BGHSt 52,1 Rn. 12 - Papiergroßhandel).

62

In den Urteilsgründen hat das Tatgericht für das Rechtsbeschwerdegericht nachvollziehbar darzulegen, warum es sich der gewählten Schätzungsmethode bedient hat und weshalb diese geeignet ist (vgl. BGH, Beschluss vom 10. November 2009 - 1 StR 283/09, NStZ 2010, 635, 636). Stehen ihm unterschiedliche methodische Vorgehensweisen zur Verfügung, ist der Tatrichter zwar regelmäßig nicht zu einer umfassenden Darstellung sämtlicher Vor- und Nachteile der verschiedenen Methoden gehalten. Das Urteil muss jedoch erkennen lassen, aus welchen Gründen sich der Tatrichter für eine von mehreren möglichen Methoden entschieden hat und dass ihm dabei jedenfalls die wesentlichen Vor- oder Nachteile der in Betracht kommenden Alternativen bewusst waren. Zu diesen Vor- oder Nachteilen gehören insbesondere die mit einer bestimmten Vorgehensweise verbundenen Unsicherheiten, namentlich die Wahrscheinlichkeit und der Umfang systematischer Schätzfehler, die das Schätzungsergebnis in eine bestimmte oder auch in eine nicht bestimmbare

Richtung verfälschen können. Darüber hinaus muss die Schätzung den strafprozessualen Vorgaben - etwa dem Zweifelssatz - genügen.

63 b) Die marktinterne Vergleichsanalyse, wie sie das Oberlandesgericht unter Heranziehung der Preisdaten von Kartellaußenseitern bevorzugt hat, ist nach dem aufgezeigten (begrenzten) Prüfungsmaßstab nicht grundsätzlich zu verwerfen. Entscheidend ist - wie ausgeführt - allein, ob die gewählten Vergleichsparameter im Einzelfall eine sachgerechte Quantifizierbarkeit des Mehrerlöses zulassen (vgl. auch BGH, Urteil vom 12. April 2016 - KZR 31/14, NZKart 2016, 371 Rn. 35 f., 39 f. - Gemeinschaftsprogramme). Bei einem Kundenschutzkartell ist es grundsätzlich nachvollziehbar, dass sich die Preise der Kartellmitglieder ohne die Zuwiderhandlung den niedrigeren Preisen von Kartellaußenseitern angenähert hätten. Denn ohne die protektive Wirkung durch das Kartell hätte sich der Wettbewerbsdruck auf die Kartellmitglieder erhöht, was für eine (hypothetische) Verringerung auch von deren Preisniveau spricht. Das Oberlandesgericht hat jedoch nicht beachtet, dass diese Erwägung noch keine Quantifizierung der hypothetischen Preisentwicklung erlaubt.

64 Eine marktinterne Vergleichsanalyse gilt vielmehr als mit hohen Schätzunsicherheiten behaftet (vgl. Coppik/Haucap, WuW 2016, 50, 57; siehe auch Stock, Der Schadensnachweis bei Hardcore-Kartellen, S. 115 f.). So sind etwa Einflüsse des Kartells auf die Preissetzung der Kartellaußenseiter zu erwarten (sog. umbrella effect, Preisschirmeffekt). Die Methode zählt denn auch nicht zu den ökonomisch allgemein anerkannten Schätzverfahren (vgl. etwa Europäische Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 oder 102 AEUV vom 11. Juni 2013 - SWD (2013) 205, Rn. 26 ff.; Oxera, Quantifying antitrust damages, 2009, S. 42 ff.; Ellger, FS Möschel 2011, 191, 202 ff.; Stock, Der Schadensnachweis bei Hardcore-Kartellen, S. 86 ff.). In aller Regel wird daher die Betrachtung eines kartellfreien Vergleichsmarkts oder

ein kostenbasierter Vergleich einer marktinternen Analyse vorzuziehen sein. Vor diesem Hintergrund wäre es erforderlich gewesen, dass das Oberlandesgericht die Geeignetheit der - in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bisher nicht anerkannten - Methode darlegt und dabei auch deren Schwachpunkte im konkreten Fall und den Korrekturbedarf wegen möglicher systematischer Schätzfehler eingehend analysiert und in den Urteilsgründen mitteilt.

65 c) Das Oberlandesgericht hat jedoch schon ohne eine zureichende Begründung angenommen, dass die Preise der Vergleichsunternehmen nicht durch das Kartell beeinflusst waren (UA S. 12, 192 f., 202). Die Feststellungen legen allerdings einen solchen Preisschirmeffekt (vgl. EuGH, WuW/E EU-R 3030 - Kone) nahe. Insbesondere ein hoher Grad der Marktabdeckung, eine längere Dauer der Zuwiderhandlung und eine Produkthomogenität sprechen dafür, dass sich auch die Preissetzung von Kartellaußenseitern - bewusst oder unbewusst - an den Kartellpreisen orientiert (vgl. Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 327 ff.; Stühmeier, WuW 2017, 379; Beth/Pinter, WuW 2013, 228, 230 ff.). Die kartellbeteiligten Unternehmen verfügten über große Marktanteile, vermochten die Kartellwirkungen auf die weiteren D. - Mitglieder zu erstrecken und praktizierten die Kartellierung über eine lange Zeit. Daher reicht die in den Urteilsgründen allein zu findende bloße Annahme, die zum Vergleich herangezogenen freien Anbieter hätten ihre Preise unabhängig von den Wirkungen der Kartellabsprache festgesetzt, nicht aus, um einen Preisschirmeffekt rechtsfehlerfrei zu verneinen. Beweiswürdigend erörtert das Oberlandesgericht diesen Gesichtspunkt nicht näher.

66 d) Darüber hinaus steht die Mehrerlösschätzung nicht im Einklang mit den marktinternen Umständen und den festgestellten Preissetzungsanreizen der Nebenbetroffenen zu 2. Vielmehr fehlt es an nachprüfbar dargelegten, realistischen Anhaltspunkten für die der Schätzung zugrunde liegende Wahrscheinlichkeitsaussage, dass die Durchschnittspreise der Nebenbetroffenen

zu 2 unter Wettbewerbsbedingungen jenen der Vergleichsunternehmen entsprochen hätten (vgl. zu den Erfordernissen Bornkamm/Tolkmitt in Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Aufl., § 34 GWB Rn. 13; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., § 34 GWB Rn. 21). Die Annahmen des Oberlandesgerichts, dass einerseits die freien Anbieter ihre Preise unabhängig von den Preisen der Kartellmitglieder gesetzt, andererseits aber die Kartellmitglieder, hätte es das Kartell nicht gegeben, ihre Preise an den Preisen der freien Anbieter orientiert hätten, sind nicht ohne weiteres miteinander vereinbar. Denn in demselben Markt tätige, rational handelnde Unternehmen werden ihre Preise grundsätzlich nicht vollkommen unabhängig voneinander setzen. Der Ansatz des Oberlandesgerichts lässt besorgen, dass es aus dem Blick verloren hat, die Preise zu ermitteln, die von der Nebenbetroffenen zu 2 wahrscheinlich gesetzt worden wären, hätte es das Kartell nicht gegeben, und statt dessen auf Preise gezielt hat, die die Nebenbetroffene zu 2 in einem idealen Markt nicht hätte überschreiten können. Ein solches Vorgehen ist jedoch mit der - nicht quantifizierbaren - Gefahr einer systematischen Fehleinschätzung kartellbedingter Preiseffekte verbunden.

67 aa) Auch bei einer marktinternen Vergleichsanalyse sind zur Vermeidung systematischer Schätzfehler wettbewerbsimmanente Gründe für Preisunterschiede zwischen der Nebenbetroffenen und den Vergleichsunternehmen korrigierend zu berücksichtigen (vgl. Coppik/Haucap, WuW 2016, 50, 56 f.). Denn trotz der notwendig identischen Gesamtstruktur des Marktes kann ein unterschiedliches Preisniveau der Unternehmen von marktimmanenten und demnach nicht kartellbedingten Preisdeterminanten abhängen. Dies hat das Oberlandesgericht im Grundsatz auch erkannt. Denn als solche strukturellen Elemente hat es zutreffend (etwa durch schwankende Einkaufspreise verursachte) zeitliche und zudem regionale Preisunterschiede identifiziert und seine Schätzung entsprechend modifiziert.

68 bb) Mit der Bedeutung der festgestellten Wechselkosten für einen Kartellpreiseffekt hat sich das Oberlandesgericht hingegen nicht hinreichend auseinander gesetzt. Nach den Feststellungen war nicht nur beim Erwerb eines eigenen Tanks, der günstigere Gaspreise nach sich zog, ein Anbieterwechsel für den Kunden mit (objektiven) Wechselkosten verbunden (dazu UA S. 73). Wechselnde Kunden hatten gemäß den Verträgen mit der Nebenbetroffenen zu 2 auch die Kosten für Abbau, Entleerung und Rücktransport des gemieteten Tanks zu tragen (vgl. UA S. 67). Daher war ein "Miettankwechsel" ebenfalls mit Kosten verbunden. Diesen (wie den günstigeren Preisen für Kunden mit einem eigenen Tank) will das Oberlandesgericht dadurch Rechnung tragen, dass es in der Vergleichsberechnung nach "Tankmodellen" (Eigentumstank/Miettank) differenziert.

69 Für den Miettankbereich ist an diesem Vorgehen nachvollziehbar, dass die Wechselkosten Kunden nicht hinderten, zu einem freien Anbieter zu wechseln. Unberücksichtigt bleiben jedoch die subjektiven Wechselkosten, also die mit einem Anbieterwechsel verbundenen immateriellen Belastungen, wie dem hier womöglich erheblichen Zeit- und Organisationsaufwand. Das Oberlandesgericht führt selbst aus, dass der Wettbewerb auf dem bundesweiten Endverbrauchermarkt für Flüssiggas "ohne dies schon stark gedämpft" war (UA S. 10). Der Hauptgrund war die "Wechselträgheit" der Kunden. Weiter heißt es in den Urteilsgründen über den festgestellten Preisabstand zu den freien Anbietern von durchschnittlich rund vier Cent pro Liter: "Die Preisüberhöhung war noch viel zu gering, als dass eine breite Mehrheit der Kunden sie zum Anlass nehmen konnte, einen Anbieter- oder Systemwechsel ... in Betracht zu ziehen." (UA S. 245 zum Mengeneffekt). Dies weist darauf hin, dass die Nebenbetroffene zu 2 auch ohne die Zuwiderhandlung über erhebliche Preissetzungsspielräume verfügt hätte und der Preiseffekt des Kartells nur gering gewesen sein könnte. Daher ist zumindest ohne nähere Erläuterung nicht nachvollziehbar, weshalb sich die Nebenbetroffene zu 2 trotz der Wechselträgheit der Kunden

hätte veranlasst sehen sollen, ihre Gaspreise "auf breiter Front" niedriger festzusetzen. Dies gilt zumindest für die weit zahlreicheren Kunden mit gemietetem Tank. Dass den Urteilsgründen zufolge ohne die Zuwiderhandlung zugleich von einer höheren Wettbewerbsintensität auszugehen ist, genügt als Erklärung nicht. Erst recht ist es dem Senat verwehrt, auf ein Absinken der kartellfreien Preise noch unter das Preisniveau der Vergleichsunternehmen abzustellen. Dem steht schon der vom Oberlandesgericht verneinte Preisschirmeffekt entgegen.

70 cc) Darüber hinaus könnte ein höherer Anteil an (wechselträgen) Stammkunden mit teureren Alttarifen bei der Nebenbetroffenen zu 2 zu einer systematischen Differenz in den Durchschnittspreisen der Anbieter geführt haben (vgl. Coppik/Haucap, WuW 2016, 50, 57 Fn. 62). Die Vergleichsunternehmen dürften anteilig über mehr "Wechselkunden" - denen sie aufgrund der Wechselkosten günstige Konditionen bieten mussten - verfügt haben als die Nebenbetroffene zu 2. Hierfür sprechen das überwiegend späte Eintreten der Vergleichsunternehmen in den Flüssiggasmarkt (UA S. 74 ff.) und der steigende Marktanteil der freien Anbieter (UA S. 71) in dem insgesamt schrumpfenden Markt. Der Anteil an "Landwirtschaftskunden", denen ebenfalls besonders attraktive Preise gewährt wurden, war bei der Nebenbetroffenen zu 2 ohnehin geringer als bei den Vergleichsunternehmen (vgl. UA S. 252 f.). Dass die Nebenbetroffene zu 2 ohne die Zuwiderhandlung über einen vergleichbar hohen Anteil an preissensiblen Kunden mit günstigen Tarifen verfügt hätte, zeigen die Urteilsgründe indes nicht auf. Dass die längere Kundenbindung "auch eine unmittelbare Folge des Kartells" gewesen sei (UA S. 159), ist hierfür keine ausreichende Begründung.

71 dd) Rechtsfehlerhaft hat das Oberlandesgericht zudem eine Kostenheterogenität der verglichenen Flüssiggasanbieter nicht überprüft (vgl. UA S. 246). Insbesondere Transportkosten in anderer Höhe zählen zu den objektiven Strukturunterschieden (vgl. Barth/Bongard, WuW 2009, 30, 34 mwN), die kartellun-

abhängig das Preissetzungsverhalten beeinflussen und daher notwendige Abschlüsse von dem an sich ermittelten Mehrerlös bedingen können. Es ist trotz der von der Rechtsvorgängerin der Nebenbetroffenen zu 2 genutzten Ausführungskooperation keineswegs ausgeschlossen, dass die als Vergleichsunternehmen herangezogenen freien Anbieter geringere Lieferkosten hatten. Denn sie waren zumeist mit regionalen Schwerpunkten tätig, was ebenfalls eine effiziente Transportkostenstruktur nahelegt. Gleiches gilt für die festgestellten Kooperationen mit anderen Flüssiggasanbietern (UA S. 77 f. zur I.).

72 ee) Des Weiteren trifft es nicht zu, dass die Frage irrelevant ist (UA S. 246), "ob die Versorgungsunternehmen den Miettank über den Preis des Flüssiggases querfinanzierten (unterschiedliche Mietpreisstrategien)". Denn der Nebenbetroffenen zu 2 ist es auch unter Wettbewerbsbedingungen unbenommen, höhere Gaspreise mit günstigeren Mietpreisen für den Tank zu einem marktfähigen Angebot zu kombinieren. Eine Vergleichsbetrachtung im Miettanksegment hat daher das "Leistungsbündel" in den Blick zu nehmen (vgl. BGH, Beschluss vom 6. November 1984 - KVR 13/83, WuW/E BGH 2103, 2105 - Favorit).

73 e) Durch die aufgezeigten Darlegungsmängel ist die Beschwerdeführerin im Ergebnis beschwert. Das Oberlandesgericht hätte den kartellbedingten Mehrerlös allerdings lediglich unterschätzt, sollte es einen positiven, zu einer Preissteigerung der Kartellaußenseiter führenden Preisschirmeffekt außer Acht gelassen haben. Einen negativen Preisschirmeffekt (vgl. dazu Coppik/Haucap, WuW 2016, 50, 55; Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe, WuW 2014, 1043, 1047 Fn. 10) legen die sonstigen Feststellungen nicht nahe. Indes ist die Nebenbetroffene zu 2 durch die weiteren (möglichen) Schätzfehler beschwert, denn diese könnten einzeln wie in ihrer Gesamtheit dazu geführt haben, dass das Oberlandesgericht den Mehrerlös zu hoch festgesetzt hat. Dass ein übersehener positiver Preisschirmeffekt diese Schätzunsicherheiten jedenfalls kompensiert,

vermag der Senat mangels ausreichender tatsächlicher Grundlagen in den Urteilsgründen nicht sicher festzustellen. Da der mögliche systematische Schätzfehler nicht quantifizierbar ist, kann daran auch der vom Oberlandesgericht vorgenommene Sicherheitsabschlag nichts ändern.

74 f) Nicht zu entscheiden braucht der Senat, ob die Datenauswahl - den im Urteil mitgeteilten Absatzmengen zufolge stammen die weitaus meisten Vergleichspreise nur von der H. - und die Datendichte den rechtlichen Anforderungen gerecht werden.

75 2. Die rechtsfehlerhafte Mehrerlösschätzung, auf der der Bußgeldanspruch beruht (§ 79 Abs. 3 Satz 1 OWiG, § 337 StPO), nötigt zu dessen Aufhebung mit den zugehörigen Feststellungen. Auch die Feststellungen zu den Gesamtumsätzen der Nebenbetroffenen zu 2 nach § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB 2005/2007 haben keinen Bestand. Das neue Tatgericht wird - soweit wie für den Günstigkeitsvergleich erforderlich - die Gesamtumsätze der Nebenbetroffenen zu 2 in dem seiner (neuen) Entscheidung vorausgehenden Geschäftsjahr festzustellen haben (§ 81 Abs. 4 Satz 2 GWB 2005; vgl. BGHSt 58, 158 Rn. 65, 73 - Grauzementkartell I). Um dem neuen Tatgericht eine insgesamt widerspruchsfreie Beurteilung der wirtschaftlichen Einheiten zu ermöglichen, hat der Senat die Feststellungen ebenfalls aufgehoben, die den Gesamtumsätzen des Jahres 2006 (und des nunmehr bedeutungslosen Jahres 2012) zugrunde liegen.

76 3. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin: Aufgrund der komplexen Marktverhältnisse empfiehlt sich die Einschaltung eines Sachverständigen, um den kartellbedingten Mehrerlös der Nebenbetroffenen zu 2 bestimmen zu können. Angesichts (und trotz) des weiteren Zeitablaufs seit der Verkündung des angefochtenen Urteils wird sich dabei die Frage neu stellen, ob eine zeitliche Vergleichsmarktanalyse die vorzugswürdige

Schätzmethode ist. Auch kann als kostenbasiertes Verfahren die "gesamtwirtschaftliche Analyse" (vgl. dazu BGHSt 52, 1 Rn. 19 - Papiergroßhandel) in Betracht zu ziehen sein.

77 V. Von der Aufhebung des Bußgeldausspruchs unberührt bleibt die Entscheidung des Oberlandesgerichts, eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung von "knapp drei Monaten" zugunsten der Nebenbetroffenen zu 2 festzustellen (vgl. UA S. 276).

78 Die Verfahrensrüge, mit der die Beschwerdeführerin eine weitergehende Verfahrensverzögerung unter Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK geltend macht, ist unzulässig. Die Rechtsbeschwerde teilt die im Verwaltungsverfahren durchgeführten Ermittlungen sowie die Geschehnisse in der Hauptverhandlung

nicht im Einzelnen mit. Der Senat kann daher entgegen § 79 Abs. 3 Satz 1 OWiG, § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht allein aufgrund des Beschwerdevorbringens prüfen, ob das Verfahren in seiner Gesamtheit rechtsstaatswidrig verzögert worden ist.

Limperg

Meier-Beck

Raum

Sunder

Hohoff

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 19.06.2013 - V-4 Kart 2/13 OWi - vormals VI-4 Kart 3/10 -