

HRRS-Nummer: HRRS 2014 Nr. 303

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2014 Nr. 303, Rn. X

BGH 3 StR 167/13 - Beschluss vom 17. Oktober 2013 (LG Stade)

BGHSt; wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen (beschränkte Ausschreibungen; vergaberechtlich mangelhaftes Angebot; freier Wettbewerb als Schutzgut der Strafvorschrift); Geldbuße (Bemessung; Abschöpfungs- und Ahndungsfunktion; Nettoprinzip; wirtschaftlicher Vorteil; Berücksichtigung der Steuerlast); nicht von allen beteiligten Richtern unterschriebener Verbindungsbeschluss.

§ 298 StGB; § 30 OWiG; § 17 OWiG; § 4 Abs. 5 Nr. 8 Satz 4 EStG; § 4 StPO; § 203 StPO

Leitsätze

1. Der Tatbestand des § 298 Abs. 1 StGB erfasst beschränkte Ausschreibungen öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Nr. 3 VOB/A(2006) (heute § 3 Abs. 3 und 4 VOB/A) auch dann, wenn diesen kein öffentlicher Teilnahmewettbewerb vorausgegangen ist. (BGHSt)
2. Auch ein Angebot, das an so schwerwiegenden vergaberechtlichen Mängeln leidet, dass es zwingend vom Ausschreibungsverfahren ausgeschlossen werden müsste, kann den Tatbestand des § 298 Abs. 1 StGB erfüllen. (BGHSt)
3. Die Vorschrift des § 298 StGB schützt zuvorderst den freien Wettbewerb; die Vermögensinteressen des Veranstalters (und gegebenenfalls der Mitbewerber) werden lediglich mittelbar in den Schutzbereich einbezogen. Daraus ergibt sich, dass bei einer Ausschreibung das nur vom freien Wettbewerb geprägte Verfahren die Grundlage des konkreten Preisbildungsprozesses darstellt. Dieser Prozess als realer Vorgang ist Angriffsobjekt der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen und wird von ihnen auch betroffen, wenn ein darauf beruhendes Angebot wegen vergaberechtlicher Mängel nicht hätte berücksichtigt werden dürfen. (Bearbeiter)
4. Bei der Bestimmung des Abschöpfungsanteils gemäß § 30 Abs. 3, § 17 Abs. 4 OWiG gilt - anders als bezüglich des erlangten Etwas beim Verfall gemäß § 73 Abs. 1 StGB bzw. § 29a Abs. 1 OWiG - das Nettoprinzip (hiergegen mit aus Sicht des Senats beachtlichen Argumenten Göhler/Gürtler, OWiG, 16. Aufl., § 17 Rn. 38 f.). Sogenannte Deckungskosten (Fixkosten in Form von Abschreibungen auf Anlagevermögen, Miet- und Zinskosten) werden gleichwohl bei der Bestimmung des wirtschaftlichen Vorteils nicht als Abzugsposten berücksichtigt. Denn einen wirtschaftlichen Vorteil stellt es auch dar, wenn Gemeinkosten, die selbst ohne Ausführung des infolge des abgesprochenen Angebots bemakelten Auftrags angefallen wären, mit den Erlösen aus diesem bezahlt werden können. (Bearbeiter)
5. Wird für eine Abschöpfungsmaßnahme der Bruttobetrag des erlangten Gewinns zugrunde gelegt, darf nicht zugleich der gesamte Bruttobetrag besteuert werden. Dem hat der Gesetzgeber insoweit Rechnung getragen, als § 4 Abs. 5 Nr. 8 Satz 4 EStG bestimmt, dass das grundsätzliche steuerrechtliche Abzugsverbot für Geldbußen nicht gilt, soweit mit diesen der wirtschaftliche Vorteil abgeschöpft wurde. Daraus folgt für den Tatrichter, dass er bei der Bußgeldbemessung zu überprüfen hat, ob für den Veranlagungszeitraum, in dem die abzuschöpfenden Erlöse erzielt wurden, das Besteuerungsverfahren bereits durch einen bestandskräftigen Bescheid beendet wurde. Ist dies nicht der Fall, so bleibt die Steuerlast unberücksichtigt. Der Betroffene kann vielmehr den ihm auferlegten Bruttoabschöpfungsanteil bei den Finanzbehörden gewinnmindernd geltend machen. Hierzu ist es jedoch erforderlich, dass sich aus den Gründen der Entscheidung ergibt, in welcher Höhe die Geldbuße ahndender und in welcher Höhe abschöpfender Natur ist. Ist dagegen das Besteuerungsverfahren endgültig abgeschlossen, so ist der auf § 17 Abs. 4 OWiG entfallende

Geldbußenanteil um die Steuerlast zu mindern. (Bearbeiter)

6. Ein schriftlicher Beschluss - hier: hinsichtlich der Verbindung zweier Verfahren gem. § 4 StPO - ist nach Auffassung des Senats nicht deshalb unwirksam, weil er nicht von allen beteiligten Richtern unterschrieben wurde. Es kommt demnach vielmehr entscheidend darauf an, ob der Beschluss von allen zur Entscheidung berufenen Richtern gefasst wurde. Etwas anderes gilt, wenn es bereits an der schriftlichen Abfassung des Beschlusses fehlt. (Bearbeiter)

Entscheidungstenor

Auf die Revision des Angeklagten D. wird das Urteil des Landgerichts Stade vom 6. Dezember 2012, soweit es ihn betrifft, dahin geändert, dass dieser Angeklagte wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen in zwei tateinheitlichen Fällen zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je 50 € verurteilt wird.

Auf die Revision der Nebenbeteiligten K. GmbH wird das vorbezeichnete Urteil, soweit es sie betrifft, dahin geändert, dass gegen diese Nebenbeteiligte im Fall II. 2. b) der Urteilsgründe eine Geldbuße von 2.000 € festgesetzt wird.

Die weitergehenden Revisionen des Angeklagten D. und der Nebenbeteiligten K. GmbH, die Revisionen der Angeklagten K. und H. sowie die Revision der Nebenbeteiligten N. GmbH gegen das vorbezeichnete Urteil werden verworfen.

Die Beschwerdeführer haben die Kosten ihrer Rechtsmittel zu tragen.

Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagten - den Angeklagten H. unter Freispruch im Übrigen - jeweils wegen 1
wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen in zwei Fällen zu Gesamtgeldstrafen verurteilt und gegen die Nebenbeteiligten in drei Fällen (Fälle II. 2. a), b) und e) der Urteilsgründe) Geldbußen verhängt. Hiergegen richten sich die Revisionen aller Angeklagten und der Nebenbeteiligten, mit der sie die Verletzung materiellen Rechts rügen. Darüber hinaus beanstanden der Angeklagte K. und die K. GmbH mit gleichlautenden Rügen das Verfahren. Die Rechtsmittel des Angeklagten D. und der K. GmbH haben den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen sind sie - ebenso wie die Revisionen der Angeklagten K. und H. sowie der N. GmbH - unbegründet.

A. Verfahrensvoraussetzungen 2

Ein Verfahrenshindernis besteht bezüglich der Angeklagten H. und D. sowie der N. GmbH nicht. Das Landgericht 3
ist durch den Verbindungsbeschluss vom 11. Juli 2012 (§ 4 StPO) auch zur Durchführung des insoweit nach entsprechender Anklageerhebung zunächst beim Amtsgericht Langen eröffneten Hauptverfahrens zuständig geworden. Dem steht nicht entgegen, dass der schriftliche Beschluss nur von zwei Richtern unterzeichnet worden ist; denn er war dennoch wirksam.

Welche Folge dem Fehlen einer richterlichen Unterschrift unter einem Eröffnungsbeschluss zukommt - für den 4
Verbindungsbeschluss gemäß § 4 StPO kann nichts anderes gelten -, wird unterschiedlich beurteilt. Nach einer Ansicht ist in der Unterzeichnung durch sämtliche Richter eine wesentliche Förmlichkeit zu sehen (OLG Frankfurt, Beschluss vom 28. Mai 1991 - 1 Ss 43/91, NJW 1991, 2849, 2850; SK-StPO/Paefgen, 4. Aufl., § 203 Rn. 8; wohl auch HK-StPO/Julius, 5. Aufl., § 207 Rn. 18), nach anderer Auffassung soll es - unabhängig von der Unterschriftsleistung - entscheidend darauf ankommen, ob der Beschluss von allen zur Entscheidung berufenen Richtern gefasst wurde (Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl., § 207 Rn. 11; KK/Schneider, StPO, 7. Aufl., § 207 Rn. 29; Radtke/Hohmann/Reinhart, StPO, § 207 Rn. 14; KMR/Seidl, StPO, § 207 Rn. 6 [Stand: Mai 2012]).

Der Senat, der die Frage zuletzt offengelassen hat (BGH, Beschluss vom 29. September 2011 - 3 StR 280/11, 5
NStZ 2012, 225), folgt der letztgenannten Ansicht. Insoweit gilt Folgendes:

Beschlüsse außerhalb der Hauptverhandlung sind durch Zustellung oder formlose Übersendung bekannt zu 6
machen und deshalb schriftlich zu fassen (vgl. § 35 Abs. 2 StPO). Die Strafprozessordnung kennt indes keine Definition der Schriftform. Die in § 126 Abs. 1 BGB enthaltene Begriffsbestimmung ist wegen der

Eigenständigkeit des Prozessrechts auf Prozesshandlungen nicht übertragbar (GmSOGB, Beschluss vom 30. April 1979 - GmSOGB 1/78, BGHZ 75, 340, 348). Das allgemeine Sprachverständnis setzt für Schriftlichkeit eine Unterschriftsleistung durch den Urheber des Dokuments nicht voraus (ebenso BVerfG, Beschluss vom 19. Februar 1963 - 1 BvR 610/62, BVerfGE 15, 288, 291 f. zu § 23 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG; GmSOGB, aaO). Dass eine solche nach dem Willen des Gesetzgebers nicht notwendiger Bestandteil des Schriftformerfordernisses ist, wird bereits daraus ersichtlich, dass die Strafprozessordnung teilweise über die bloße Schriftform (vgl. § 314 Abs. 1, § 341 Abs. 1 StPO) hinaus die Unterzeichnung des Schriftstücks verlangt (vgl. § 172 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1, § 345 Abs. 2, § 366 Abs. 2, § 390 Abs. 2 StPO). Dies gilt vorliegend umso mehr, als mit Blick auf gerichtliche Entscheidungen nur für Urteile eine entsprechende Regelung besteht, § 275 Abs. 2 Satz 1 StPO. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass die Unterzeichnung eines Beschlusses durch den oder die erlassenden Richter keine Wirksamkeitsvoraussetzung ist (RG, Urteil vom 3. Februar 1910 - III 1038/09, RGSt 43, 217, 218; BayObLG, Beschluss vom 27. Juni 1989 - RReg 4 St 34/89, StV 1990, 395 ff.; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 7. November 1997 - 1 Ss 220/97, NSTZ-RR 1998, 75, 76; ebenso Stuckenberg, StV 2013, 133, 135; Meyer-Goßner aaO, vor § 33 Rn. 6; KK/Maul, StPO, aaO, § 33 Rn. 4).

Dieser Auffassung steht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht entgegen. Soweit sich in mehreren Entscheidungen die Formulierung findet, dass schriftliche Abfassung und Unterzeichnung wesentliche Förmlichkeiten darstellten (BGH, Urteil vom 1. März 1977 - 1 StR 771/76; Beschluss vom 9. Juni 1981 - 4 StR 263/81, NSTZ 1981, 448; Beschluss vom 3. April 2012 - 2 StR 46/12), war den zugrundeliegenden Fällen gemeinsam, dass es bereits an der - nach allgemeiner Meinung erforderlichen (BGH, Beschluss vom 11. Januar 2011 - 3 StR 484/10, NSTZ-RR 2011, 150) - schriftlichen Abfassung des Beschlusses fehlte. Vorliegende Konstellation ist demnach noch nicht tragend entschieden worden. Darüber hinaus haben der 1. und 4. Strafsenat in späteren Entscheidungen klargestellt, dass es auch für sie nicht auf die Zahl der Unterschriften, sondern darauf ankomme, dass der Beschluss von allen zur Entscheidung berufenen Richtern gemeinsam getroffen wurde (BGH, Urteil vom 8. Juni 1999 - 1 StR 87/99, NSTZ-RR 2000, 34; Beschluss vom 21. Dezember 2011 - 4 StR 553/11, NSTZ-RR 2012, 117; so schon RG aaO; BGH, Urteil vom 14. Mai 1957 - 5 StR 145/57, BGHSt 10, 278, 279).

Dass letzteres der Fall war, haben die vom Senat eingeholten dienstlichen Stellungnahmen der drei an dem Beschluss vom 11. Juli 2012 beteiligten Richter ergeben. Diese haben mitgeteilt, dass die Entscheidung zur Verbindung Ergebnis einer mündlichen Beratung gewesen und lediglich die Unterzeichnung der schriftlich niedergelegten Gründe durch einen der Richter versehentlich unterblieben sei. Der Beschluss ist demnach nicht im sogenannten Umlaufverfahren getroffen worden, bei dem es sich bis zur Unterzeichnung durch alle Richter lediglich um einen Entwurf handelt (BGH, Beschluss vom 15. Januar 1954 - 5 StR 703/53, NJW 1954, 360, 361).

B. Revisionen der Angeklagten

I. Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen tragen - mit Ausnahme der konkurrenzrechtlichen Beurteilung der Taten des Angeklagten D. - den jeweiligen Schuldspruch.

1. Nach den landgerichtlichen Feststellungen stimmten sich die Angeklagten - der Angeklagte K. als (damaliger) Geschäftsführer der K. GmbH, die Angeklagten H. und D. als Geschäftsführer der N. GmbH - jeder für sich zwischen Ende Juli und November 2008 mit gesondert verurteilten Mitarbeitern anderer Bauunternehmen jeweils in zwei Fällen telefonisch über die Höhe der Gebote ab, bevor sie diese auf - überwiegend beschränkte - Ausschreibungen der öffentlichen Hand abgaben, der Angeklagte D. durch seinen insoweit gutgläubigen Kollegen H. Diese bilateralen Vereinbarungen zielten jeweils darauf ab, einem der beiden Unternehmen eine günstigere Position im Bietergefüge zu verschaffen, um so die Chancen für einen Zuschlag zu erhöhen.

2. Dadurch erfüllten die Angeklagten jeweils den Tatbestand des § 298 Abs. 1 StGB. Hierzu gilt:

a) Der Tatbestand des § 298 Abs. 1 StGB erfasst - unabhängig von der Frage eines vorausgegangenen öffentlichen Teilnahmewettbewerbs - beschränkte Ausschreibungen öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Nr. 3 VOB/A (2006) (heute § 3 Abs. 3 und 4 VOB/A).

Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen richtet sich - je nachdem, ob der Schwellenwert gemäß § 2 Vergabeverordnung über- oder unterschritten ist - nach den Regelungen des vierten Teils des GWB (§ 100 Abs. 1 GWB) oder § 3 VOB/A bzw. VOL/A. Im letzteren Fall werden die Aufträge nach öffentlicher oder beschränkter Ausschreibung bzw. nach freihändigem Verfahren vergeben. Dabei wird hinsichtlich der beschränkten

Ausschreibung, bei der nur eine ausgewählte Anzahl von Unternehmern zur Einreichung von Angeboten aufgefördert wird, weiter zwischen der ohne (§ 3 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A (2006)) und der nach öffentlichem Teilnahmewettbewerb (§ 3 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A (2006)) unterschieden.

Mit Blick auf diese Regelungen ist umstritten, ob § 298 Abs. 1 StGB auch beschränkte Ausschreibungen ohne vorangegangenen öffentlichen Teilnahmewettbewerb im Sinne der VOB/A erfasst. Während nach einer Auffassung ein solcher zu verlangen ist (MüKo-StGB/Hohmann, 2. Aufl., § 298 Rn. 35; SSW-StGB/Bosch, § 298 Rn. 3; SK-StGB/Rogall, Stand: März 2012, § 298 Rn. 10; S/S/Heine, StGB, 28. Aufl., § 298 Rn. 4), subsumiert eine andere Ansicht beide Formen der beschränkten Ausschreibung unter den Tatbestand (NK-StGB/Dannecker, 4. Aufl., § 298 Rn. 36; Matt/Renzikowski/Schröder/Bergmann, StGB, § 298 Rn. 9; G/J/W/Böse, Wirtschafts- und Strafrecht, § 298 StGB Rn. 8; Bender, Sonderstrafatbestände gegen Submissionsabsprachen, 2005, S. 64 f.). Bei dem Streit geht es letztlich um die Frage, ob unter Ausschreibung bereits ein Verfahren verstanden werden kann, das von Beginn an darauf beschränkt ist, Angebote von einer begrenzten Mehrzahl von Unternehmern einzuholen, oder ob zu verlangen ist, dass es sich jedenfalls derart an einen unbestimmten Adressatenkreis richtet, dass diesem die Möglichkeit eingeräumt wird, einen Antrag auf Teilnahme an der Ausschreibung zu stellen (vgl. Wiesmann, Die Strafbarkeit gemäß § 298 StGB bei der Vergabe von Bauleistungen und die Implementierung eines Straftatbestands verbotener Submissionsabsprachen in ein Strafgesetz der Europäischen Union, 2006, S. 86; G/J/W/Böse aaO).

Der Senat entscheidet die Frage dahin, dass auch beschränkte Ausschreibungen ohne vorangegangenen öffentlichen Teilnahmewettbewerb dem Tatbestand des § 298 Abs. 1 StGB unterfallen (ebenso OLG Celle, Beschluss vom 29. März 2012 - 2 Ws 81/12, wistra 2012, 318, 321). Dafür spricht bereits der Wortlaut des § 298 Abs. 1 StGB, der eine Einschränkung auf bestimmte Formen der Ausschreibung nicht erkennen lässt. Es finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Begriff der Ausschreibung im Sinne des § 298 Abs. 1 StGB einschränkender zu verstehen wäre als in § 3 VOB/A definiert. Der Wille des Gesetzgebers zielte ausdrücklich auf eine Einbeziehung der beschränkten Ausschreibung in den Tatbestand (BT-Drucks. 13/5584, S. 14). Da die Möglichkeit einer solchen mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb erst 2000, mithin nach Inkrafttreten des § 298 StGB in die VOB/A eingeführt wurde (hierzu Bender aaO), ist offensichtlich, dass er dabei lediglich beschränkte Ausschreibungen ohne Vorverfahren im Blick haben konnte.

Für dieses Ergebnis streiten auch Systematik und Telos der Norm, denn in § 298 Abs. 2 StGB wird sogar die freihändige Vergabe den Ausschreibungen gleichgestellt, wenn ihr ein öffentlicher Teilnahmewettbewerb vorausging. Daraus wird deutlich, dass Verstöße im Vergabeverfahren nur, aber auch stets dann erfasst werden sollen, wenn das Verfahren eine bestimmte Wettbewerbsintensität erzielt (Wiesmann aaO, S. 95 f., zum Schutzzweck der Norm BT-Drucks. aaO, S. 13). Diese ist aber in allen Fällen der beschränkten Ausschreibung wegen der eng umgrenzten Anzahl an Teilnehmern erreicht. Gerade dieser Umstand lässt diese Form der Ausschreibung für Absprachen besonders anfällig und dementsprechend besonders schutzbedürftig erscheinen, steigt doch die Wahrscheinlichkeit des Erfolgs einer Absprache, je weniger mitbietende Konkurrenten insgesamt am Wettbewerb beteiligt sind, die an der Absprache nicht mitgewirkt haben.

b) Soweit die Revision des Angeklagten K. rügt, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Durchführung einer beschränkten Ausschreibung (§ 3 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A (2006)) nicht vorgelegen hätten, kommt es darauf nicht an. Denn Fehler anlässlich eines Ausschreibungsverfahrens finden - wenn überhaupt (für generelle Unbeachtlichkeit MüKo-StGB/Hohmann aaO, Rn. 46; LK/Tiedemann, StGB, 12. Aufl., § 298 Rn. 19; G/J/W/Böse aaO, Rn. 11) - allenfalls dann Berücksichtigung, wenn sie so schwerwiegend sind, dass von einer Ausschreibung insgesamt nicht mehr gesprochen werden kann (NK-StGB/Dannecker aaO, Rn. 44; Wiesmann aaO, S. 114 f.). Ein etwaiger Fehler bei der Auswahl eines grundsätzlich von § 298 StGB erfassten Vergabeverfahrens lässt demnach die Strafbarkeit unberührt.

c) Die Angeklagten trafen nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen auch jeweils mit ihren Gesprächspartnern kartellrechtswidrige (BGH, Beschluss vom 25. Juli 2012 - 2 StR 154/12, NJW 2012, 3318) Absprachen, die darauf abzielten, den jeweiligen Veranstalter zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen. Dabei dienten die Gespräche nicht nur der gegenseitigen Kenntnisnahme der Angebote des anderen, stellten mithin nicht nur einen vom Tatbestand nicht erfassten Informationsaustausch dar (vgl. G/J/W/Böse aaO, Rn. 22). Die für die Absprache maßgebliche, von Koordinationserwartung (so Wiesmann aaO, S. 126) bzw. einem faktischen Bindungswillen der Angeklagten (so SK-StGB/Rogall aaO, Rn. 22; LK/Tiedemann aaO, Rn. 32; NK-StGB/Dannecker aaO, Rn. 56 ff.; MüKo-StGB/Hohmann aaO, Rn. 66 ff.; Otto, wistra 1999, 41) getragene Verständigung über das Verhalten im Ausschreibungsverfahren kommt vielmehr darin zum Ausdruck, dass in den Telefonaten zunächst eine Gebotsreihenfolge festgelegt und sodann - im

selben oder in einem weiteren Gespräch - die Auftragssumme dem jeweils anderen mitgeteilt wurde, damit diese gegebenenfalls der abgesprochenen Reihenfolge entsprechend angepasst werden konnte. Weder der Umstand, dass - mit Ausnahme eines Falles - die abgesprochene Reihenfolge von vornherein den Vorstellungen beider Absprachepartner entsprach, noch die Tatsache, dass dementsprechend die kalkulierten Angebote bereits mit dieser Gebotsreihenfolge in Einklang stehende Auftragssummen auswiesen, lassen die entsprechende Zielrichtung der Gespräche entfallen. Dies gilt umso mehr, als nach den Feststellungen ein Verzicht des an dem Auftrag nicht interessierten Absprachepartners auf die Teilnahme an den beschränkten Ausschreibungen nicht in Betracht kam, weil nur durch die Angebotsabgabe sichergestellt werden konnte, dass der gewollt unterlegene Bieter auch bei der nächsten beschränkten Vergabe wieder Berücksichtigung fand.

d) Entgegen der Ansicht der Revision des Angeklagten K. steht dem Schuldspruch auch nicht der Umstand entgegen, dass einem seiner Angebote Unterlagen gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 Buchst. c bis e VOB/A (2006) nicht beigelegt waren, was - so die Revision - dazu hätte führen müssen, dass das Angebot nicht hätte berücksichtigt werden dürfen. Der Senat muss nicht entscheiden, ob dieser Mangel überhaupt einen zwingenden Ausschluss des Angebots gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A (2006) hätte nach sich ziehen müssen (dagegen: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Oktober 2005 - VII/Verg 40/05, NZBau 2006, 525, 526; dafür: BGH, Urteil vom 3. April 2012 - X ZR 130/10, NZBau 2012, 513). Denn die Strafbarkeit nach § 298 StGB besteht grundsätzlich unabhängig von der Frage, ob das Angebot zu Recht Berücksichtigung fand. 20

Dies hat der Bundesgerichtshof bereits in einem Fall entschieden, in dem das Angebot des Bieters verspätet im Sinne des § 22 Nr. 2 VOB/A aF bei dem Veranstalter eingegangen war und deshalb der zwingenden Ausschließung nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. a VOB/A aF unterlag (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2002 - 1 StR 366/02, NStZ 2003, 548). Das Bundesverfassungsgericht hat die dieser Rechtsprechung zugrunde liegende Auslegung für verfassungsrechtlich unbedenklich erachtet (BVerfG, Beschluss vom 2. April 2009 - 2 BvR 1468/08, wistra 2009, 269 f.). 21

In der Literatur wird dem allerdings entgegengehalten, ein Angebot, das an so schwerwiegenden vergaberechtlichen Mängeln leide, dass es zwingend vom Ausschreibungsverfahren ausgeschlossen werden müsste, könne den Tatbestand des § 298 StGB nicht erfüllen (MüKo-StGB/Hohmann aaO, Rn. 58; NK-StGB/Dannecker aaO, Rn. 51, 53). Das Schutzgut der Vorschrift, das Vertrauen des Einzelnen in den freien und fairen Wettbewerb, werde durch solche Angebote nicht berührt (MüKoStGB/Hohmann aaO, Rn. 58, 62), weil sie sich auf die Vergabeentscheidung von vornherein nicht auswirken und deshalb eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung nicht entfalten könnten (NK-StGB/Dannecker aaO). Andere Autoren stellen darauf ab, dass es sich bei § 298 StGB um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handle: Könne eine Gefährdung des Schutzgutes - dies sei bei vergaberechtlich auszuschließenden Angeboten der Fall - im Einzelfall nicht eintreten, sei eine Bestrafung verfassungsrechtlich nicht mehr legitim (Wiesmann aaO, S. 52, 68 ff. mwN); insoweit wird zudem vertreten, ein wesentliches Element der Strafwürdigkeit wettbewerbsbeschränkender Absprachen liege in der möglichen Schädigung oder Gefährdung des Vermögens der Ausschreibenden; könne dessen Gefährdung ausgeschlossen werden, müsse die Strafbarkeit entfallen (Otto, wistra 1999, 41, 42 f., 46). 22

Zu einer solchen - methodisch im Wege einer teleologischen Reduktion zu erreichenden (Wiesmann aaO, S. 68 ff.) - Auslegung besteht indes kein Anlass. Dabei kann offen bleiben, ob es sich bei § 298 StGB - mit Blick auf die Beeinträchtigung des Ausschreibungswettbewerbs - überhaupt um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt (aA LK/Tiedemann aaO, Rn. 9; MüKo-StGB/Hohmann aaO, Rn. 6 f.; NK-StGB/Dannecker aaO, Rn. 17: Verletzungsdelikt) und ob gegebenenfalls eine tatbestandliche Reduktion zulässig wäre (vgl. LK/Tiedemann aaO, Rn. 11 f.). Denn es trifft schon nicht zu, dass durch die Abgabe eines zwingend auszuschließenden Angebots das Rechtsgut des § 298 StGB nicht verletzt und nicht einmal gefährdet wird: 23

Die Vorschrift des § 298 StGB schützt zuvorderst den freien Wettbewerb; die Vermögensinteressen des Veranstalters (und gegebenenfalls der Mitbewerber) werden lediglich mittelbar in den Schutzbereich einbezogen. Insoweit hat sich der Gesetzgeber von vorangegangenen Reformvorschlägen, die einen Straftatbestand des Ausschreibungsbetrugs als abstraktes Gefährdungsdelikt im Vorfeld des Betruges vorgesehen und den Schutz des Vermögens des Veranstalters in den Vordergrund gerückt hatten, bewusst gelöst (BT-Drucks. 13/5584, S. 13). Der Zweck von Ausschreibungen besteht darin, dem Veranstalter durch Heranziehung von auf selbständiger und verantwortlicher Rechnung beruhenden Angeboten einen verlässlichen Überblick über die tatsächlich erforderlichen Aufwendungen und die Güte der dafür zu erwartenden Leistungen zu ermöglichen (BTDrucks. aaO, S. 12 f.). Daraus ergibt sich, dass bei einer Ausschreibung das nur vom freien Wettbewerb geprägte Verfahren die Grundlage des konkreten Preisbildungsprozesses darstellt. Dieser Prozess als realer Vorgang ist Angriffsobjekt der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen (LK/Tiedemann aaO, Rn. 9) und wird von ihnen 24

auch betroffen, wenn ein darauf beruhendes Angebot wegen vergaberechtlicher Mängel nicht hätte berücksichtigt werden dürfen. Dies zeigt sich hier schon daran, dass das Angebot tatsächlich berücksichtigt wurde und sogar den Zuschlag erhielt. Darüber hinaus gilt Folgendes: Eine wettbewerbsbeschränkende, den Preisbildungsprozess betreffende Wirkung liegt bereits in der für Submissionsabsprachen typischen Wiederholung und allmählichen Steigerung der Angebotspreise in zukünftigen Vergabeverfahren (LK/Tiedemann aaO, Rn. 12; G/J/W/Böse aaO, Rn. 31; NK-StGB/Dannecker aaO, Rn. 18). Diese entsteht durch die Abgabe der abgesprochenen Angebote unabhängig davon, ob sie hätten ausgeschlossen werden müssen. Erst recht wird der Eintritt dieser Wirkung nicht dadurch gehindert, dass im konkreten Fall keine Vermögensschädigung eines Einzelnen eintritt (LK/Tiedemann aaO, Rn. 12; NK-StGB/Dannecker aaO, Rn. 18; Kuhlen in Festschrift für Lampe, 2003, 743, 751).

Da es demnach auf das Fehlen der Unterlagen nicht ankommt, greifen die auf deren (teilweise unterlassene) Würdigung durch die Strafkammer bezogenen Verfahrensbeanstandungen des Angeklagten K. schon deshalb nicht durch. 25

e) Soweit die mit der Absprache des Angeklagten D. belasteten Angebote seitens des insoweit gutgläubigen Angeklagten H. abgegeben wurden, ist das Landgericht zu Recht von mittelbarer Täterschaft ausgegangen. Entgegen der Ansicht der Kammer lag die strafbarkeitsbegründende Handlung des Angeklagten D. jedoch nicht in einem Unterlassen, sondern einem aktiven Tun. Denn der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt bei ihm nicht darin, dass er das Angebot abgeben ließ, sondern in seiner eigenen Beteiligung an der Absprache. Dass diese selbst nicht die tatbestandsmäßige Handlung darstellt, ist für die Beurteilung der Handlung des mittelbaren Täters irrelevant. 26

Da die Absprache unter Beteiligung des Angeklagten D. jedoch in beiden ihm zur Last gelegten Fällen anlässlich desselben Telefonats vorgenommen wurde, bedurfte die konkurrenzrechtliche Beurteilung, die sich nach dem Tatbeitrag des mittelbaren Täters und nicht nach dem des Tatmittlers beurteilt (vgl. BGH, Beschluss vom 1. September 1998 - 1 StR 410/98, wistra 1999, 23), der Korrektur. Es lag natürliche Handlungseinheit vor. Der Senat hat den Schuldspruch entsprechend abgeändert. § 265 StPO stand dem nicht entgegen, da sich der Angeklagte nicht anders als geschehen hätte verteidigen können. 27

II. 1. Die Änderung des Schuldspruches gegen den Angeklagten D. führt zum Wegfall der vom Landgericht ausgesprochenen Gesamtstrafe sowie der zugrunde liegenden Einzelstrafen. Gleichwohl bedurfte es vorliegend keiner Zurückverweisung an den Tatrichter zur neuerlichen Strafbemessung. Da durch die Schuldspruchänderung der Schuld- und Unrechtsgehalt der Tat hier unverändert geblieben ist und die Strafzumessungserwägungen des angefochtenen Urteils keinen Rechtsfehler erkennen lassen, kann der Senat ausschließen, dass ein neuer Tatrichter bei zutreffender konkurrenzrechtlicher Bewertung zu einem für den Angeklagten günstigeren Ergebnis gelangen würde. Er setzt deshalb die vom Landgericht verhängte Gesamtgeldstrafe als (Einzel)Geldstrafe fest. 28

2. Bezüglich der Angeklagten K. und H. weist die Strafzumessung keinen Rechtsfehler auf. 29

C. Revisionen der Nebenbeteiligten 30

I. Das Landgericht war für die Entscheidung, gegen die Nebenbeteiligten Geldbußen gemäß § 30 OWiG festzusetzen, zuständig. Die gemäß § 82 Satz 1 GWB grundsätzlich ausschließlich zuständige Kartellbehörde hat vorliegend von der in § 82 Satz 2 GWB vorgesehenen Möglichkeit der Abgabe an die Staatsanwaltschaft Gebrauch gemacht (Band III, AS 68 f. aus 770 Js 29530/12 sowie Band III, AS 37 f. aus 170 Js 16930/09). 31

II. Die Voraussetzungen für die Verhängung von Geldbußen waren gegeben. Die Angeklagten K. (Fälle II. 2 a) und b) der Urteilsgründe) und D. (Fall II. 2. e) der Urteilsgründe) begingen - wie oben unter B. ausgeführt - als jeweils vertretungsberechtigtes Organ Straftaten und verletzen dadurch Pflichten aus § 1 GWB, die die Gesellschaften trafen, § 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG. 32

Da die auf die Sachrügen der Angeklagten gebotene umfassende Überprüfung des Urteils keinen Rechtsfehler zu deren Nachteil ergeben hat, können die Angriffe der Nebenbeteiligten gegen den Schuldspruch ebenfalls nicht durchgreifen. Es bedarf daher keiner abschließenden Klärung, ob der herrschenden Lehre (vgl. LR/Gössel, StPO, 26. Aufl., § 444 Rn. 33; Meyer-Goßner aaO, § 444 Rn. 18; KK/Schmidt, StPO, aaO, § 444 Rn. 12) darin gefolgt werden kann, dass gemäß § 444 Abs. 2 Satz 2, § 437 Abs. 1 Satz 1 StPO auf das (alleinige) 33

Rechtsmittel eines Nebenbeteiligten der Schuldanspruch gegen das Organ nur dann zu überprüfen sei, wenn dieser in der vorangegangenen Instanz hierzu nicht gehört wurde (zu beachtlichen Bedenken, insbesondere mit Blick auf die fehlende Vergleichbarkeit zum Einziehungsbeteiligten und auf die - nicht einleuchtend - abweichende Regelung für das selbständige Verfahren nach § 444 Abs. 3 Satz 1, § 441 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 StPO vgl. Müller, Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht, 1985, 109 f.; ebenso für den Fall einer Ordnungswidrigkeit als Anknüpfungstat KK-OWiG/Rogall, 3. Aufl., § 30 Rn. 222; Göhler/Gürtler, OWiG, 16. Aufl., § 88 Rn. 13). Entsprechendes gilt bezüglich der durch die K. GmbH erhobenen, den Schuldanspruch berührenden Verfahrensbeanstandungen, die sich mit denen des Angeklagten K. decken.

III. Die Überprüfung der Rechtsfolgenaussprüche führt lediglich zu der aus der Entscheidungsformel 34 ersichtlichen geringfügigen Verringerung der gegen die K. GmbH im Fall II. 2. b) der Urteilsgründe verhängten Geldbuße; im Übrigen bleiben die Rechtsmittel der Nebenbeteiligten erfolglos.

1. Das Landgericht ist von einem Bußgeldrahmen von 5 bis 1 Million € zuzüglich 10 % des Umsatzes des 35 vorausgegangenen Geschäftsjahres ausgegangen. Die konkreten Geldbußen hat es derart festgesetzt, dass es einen Ahndungs- und einen Abschöpfungsanteil bestimmt hat. Bei Bezifferung des Ahndungsanteils hat es sich an den Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts vom 15. September 2006 orientiert und im Fall II. 2. b) der Urteilsgründe einen Grundbetrag von 5 %, in den beiden anderen Fällen einen Grundbetrag von 10 % des tatbezogenen Umsatzes veranschlagt. Zu den insoweit maßgeblichen Umsätzen hat es festgestellt, dass die K. GmbH im Fall II. 2. a) der Urteilsgründe den Zuschlag auf ihr Angebot zu brutto 95.871,90 € und im Fall II. 2. e) der Urteilsgründe die N. GmbH den Zuschlag auf ihr Angebot zu brutto 930.818,03 € erhielt; im Fall II. 2. b) der Urteilsgründe kam es hingegen zu keiner Annahme durch den Ausschreibenden, da sämtliche eingereichten Angebote die Kostenschätzung von 40.000 € übertrafen.

Unter Abwägung der Einzelfallumstände hat die Strafkammer im Fall II. 2. e) der Urteilsgründe hinsichtlich des 36 Ahndungsanteils einen Abschlag auf "gut 5 %" vorgenommen, im Übrigen es bei den Grundbeträgen belassen. Den wirtschaftlichen Vorteil hat es in den Fällen II. 2. a) und e) der Urteilsgründe jeweils mit 10 % bemessen, im letzteren Fall diesen Wert jedoch als bereits abgeschöpft erachtet, da die N. GmbH wegen des diesbezüglichen Wettbewerbsverstößes an den Auftraggeber Schadensersatz in Höhe von rund 113.000 € geleistet hatte. Dementsprechend hat die Kammer gegen die K. GmbH zwei (§ 20 OWiG) Geldbußen in Höhe von 19.000 € (Fall II. 2. a) der Urteilsgründe) und 2.200 € (Fall II. 2. b) der Urteilsgründe) und gegen die N. GmbH eine solche in Höhe von 50.000 € (Fall II. 2. e) der Urteilsgründe) festgesetzt.

2. Diese Erwägungen halten der rechtlichen Überprüfung im Wesentlichen stand; soweit nicht im Fall II. 2. b) der 37 Urteilsgründe die Herabsetzung der Geldbuße veranlasst war, enthalten sie jedenfalls keine durchgreifenden Rechtsfehler zum Nachteil der Nebenbeteiligten. Im Einzelnen:

a) Nicht gänzlich rechtsbedenkenfrei ist allerdings die Bestimmung der Obergrenze des Bußgeldrahmens. 38 Diese lag, da es sich bei den von den Angeklagten begangenen Straftaten nach § 298 Abs. 1 StGB zugleich um Ordnungswidrigkeiten gemäß § 81 Abs. 2 Nr. 1, § 1 GWB handelte, nicht bei 1 Million € zuzüglich 10 % des vorjährigen Geschäftsumsatzes, sondern bei 10 % des vorjährigen Geschäftsumsatzes, mindestens jedoch 1 Million €, § 30 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Satz 3 OWiG in der Fassung vom 22. August 2002, § 4 Abs. 3 OWiG, § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013 - KRB 20/12, NJW 2013, 1972, 1973 ff.). Hierauf beruht das Urteil jedoch ersichtlich nicht. Angesichts der moderaten, fernab der Obergrenze des § 30 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 OWiG aF festgesetzten Geldbußen kann der Senat ausschließen, dass diese durch den Fehler beeinflusst wurden.

b) Die Festsetzung des Ahndungsanteils erweist sich im Ausgangspunkt als rechtsfehlerfrei. Sie bedarf lediglich 39 in Fall II. 2. b) der Urteilsgründe einer (rechnerischen) Korrektur.

Zu Recht hat das Landgericht insoweit auf § 17 Abs. 3 OWiG abgestellt, wobei dieser wegen der Eigenart des § 40 30 OWiG dahingehend zu verstehen ist, dass die Bedeutung der Straftat des § 298 Abs. 1 StGB und der Vorwurf, der das handelnde Organ trifft, zu berücksichtigen sind (vgl. BGH, Beschluss vom 24. April 1991 - KRB 5/90, wistra 1991, 268, 269).

Soweit sich die Kammer in dem Bemühen, die insbesondere angesichts des weiten Bußgeldrahmens für sich 41 betrachtet wenig aussagekräftige Regelung des § 17 Abs. 3 OWiG handhabbar zu machen, an der Systematik der aufgrund § 81 Abs. 7 GWB erlassenen Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts vom 15. September 2006

orientiert hat, ist dies nicht zu beanstanden.

Da es sich, wie das Landgericht erkannt hat, bei den Leitlinien um allgemeine Verwaltungsgrundsätze handelt, die eine Bindung der Gerichte nicht bewirken können, ist nicht von Bedeutung, dass das Bundeskartellamt mit Wirkung vom 25. Juni 2013 zwischenzeitlich neue Leitlinien erlassen hat, die eine Reaktion auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26. Februar 2013 (KRB 20/12, aaO) darstellen, mit der dem Verständnis des § 81 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 GWB durch das Bundeskartellamt als Kappungsgrenze des ansonsten nach oben offenen Bußgeldrahmens die Grundlage entzogen wurde. Es kommt vielmehr allein darauf an, ob die Anwendung der den Leitlinien aus dem Jahr 2006 zugrundeliegenden Grundsätze im konkreten Fall mit der gesetzlichen Bestimmung des § 17 Abs. 3 OWiG in Einklang steht. Dies ist der Fall. Die vorrangige Orientierung am tatbezogenen Umsatz lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen, sie wird vielmehr der Maßgeblichkeit des Unrechtsgehalts der Bezugstat für die Bestimmung des Ahndungsanteils ausdrücklich gerecht (vgl. BGH aaO). Der Einwand der Revision, es bestünde keine zwingende Korrelation zwischen Umsatzhöhe und dem entstandenen Schaden bzw. Gewinn, geht insofern fehl, als § 298 StGB als Bezugsnorm den Eintritt eines Schadens oder die Realisierung eines Gewinns gerade nicht verlangt. Entscheidend ist vielmehr das dementsprechende Potential der Tathandlung. Dass dieses in allen Fällen konkret dadurch abgeschwächt war, dass die Absprachen lediglich bilateral getroffen wurden, hat die Kammer im Rahmen der die Angeklagten betreffenden Strafzumessung ausdrücklich berücksichtigt. Dass das Landgericht diesen Gesichtspunkt im Rahmen der Geldbußenbemessung aus den Augen verloren haben könnte, schließt der Senat aus.

Soweit das Landgericht sich in diesem Zusammenhang mit der Frage der wirtschaftlichen Verhältnisse der Nebenbeteiligten nicht ausdrücklich befasst hat, begegnet dies angesichts der innerhalb des eröffneten Rahmens sehr moderaten Geldbußen ebenfalls keinen durchgreifenden Bedenken. Denn die Kammer hat festgestellt, dass zum Zeitpunkt des Urteils bei der K. GmbH noch 15, bei der N. GmbH noch 60 Mitarbeiter beschäftigt waren. Daraus lässt sich jedenfalls schließen, dass beide Unternehmen einen Umsatz erwirtschaften, der die Leistungsfähigkeit bezüglich der verhängten Ahndungsanteile nicht in Frage stellt.

Allerdings ist dem Landgericht im Fall II. 2. b) der Urteilsgründe bei Bestimmung des tatbezogenen Umsatzes insofern ein Fehler unterlaufen, als es auf den Angebotspreis des günstigsten Bieters abgestellt hat. Dies wäre nur zutreffend, wenn diesem der Zuschlag erteilt worden wäre. Da es hierzu nicht kam, hätte das Landgericht von seinem zutreffenden Ausgangspunkt aus, dass es auf den von einem Dritten erlangten Bruttowert ankomme, die Höchstgrenze der Kostenschätzung als den Betrag heranziehen müssen, zu dem der Zuschlag erteilt worden wäre, mithin 40.000 €. Der Senat kann den sich daraus zu errechnenden Ahndungsanteil von 2.000 € (5 %) in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO selbst festsetzen (vgl. zur Korrektur der Tagessatzhöhe durch das Revisionsgericht BayObLG, Beschluss vom 12. Januar 1988 - RReg 2 St 468/87, StV 1988, 389).

c) Bei der Bestimmung des Abschöpfungsanteils gemäß § 30 Abs. 3, § 17 Abs. 4 OWiG ist es zunächst nicht zu beanstanden, dass das Landgericht sogenannte Deckungskosten (Fixkosten in Form von Abschreibungen auf Anlagevermögen, Miet- und Zinskosten) bei Bestimmung des wirtschaftlichen Vorteils nicht als Abzugsposten berücksichtigt hat. Zwar gilt insoweit - anders als bezüglich des erlangten Etwas beim Verfall gemäß § 73 Abs. 1 StGB bzw. § 29a Abs. 1 OWiG - nach herrschender Ansicht das Nettoprinzip (OLG Hamburg, Beschluss vom 3. März 1971 - 2 Ss 90/70 OWi, NJW 1971, 1000, 1003; KKOWiG/Rogall aaO, § 30 Rn. 122; hiergegen mit beachtlichen Argumenten Göhler/Gürtler aaO, § 17 Rn. 38 f.). Einen wirtschaftlichen Vorteil stellt es aber auch dar, wenn Gemeinkosten, die selbst ohne Ausführung des infolge des abgesprochenen Angebots bemakelten Auftrags angefallen wären, mit den Erlösen aus diesem bezahlt werden können. Dies führt dazu, dass solche Kosten als Abzugsposten unberücksichtigt bleiben müssen (OLG Stuttgart, Beschluss vom 6. September 1973 - 3 Ss 331/73, VRS 46, 144, 146; FK-Kartellrecht/Achenbach, Stand: Oktober 2006, § 81 GWB Rn. 301; Tiedemann in HwWiStR, Gewinnabschöpfung, S. 1; aA KK-OWiG/Rogall aaO, Rn. 124 mwN). Aus den Ausführungen des Landgerichts zu den Deckungskosten ergibt sich im Übrigen zugleich, dass es - entgegen der Ansicht der Revision der N. GmbH - bei der Bestimmung des abzuschöpfenden wirtschaftlichen Vorteils nicht ausschließlich auf die Richtsatzsammlung der Bundesfinanzverwaltung abgestellt hat, sondern neben dieser auch die seitens der Angeklagten vorgelegte Übersicht zur Umsatzrentabilität sowie das Erfordernis der Berücksichtigung der Fixkosten in die Abwägung einbezogen hat.

Rechtlich bedenklich ist es allerdings, dass das Landgericht die mit der Abschöpfung verbundenen steuerrechtlichen Auswirkungen nicht erörtert hat. Denn es wäre mit dem Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar, wenn für eine Abschöpfungsmaßnahme der Bruttobetrag des erlangten Gewinns zugrunde

gelegt wird und zugleich der gesamte Bruttobetrag besteuert würde (BVerfG, Beschluss vom 23. Januar 1990 - 1 BvL 4/87, BVerfGE 81, 228, 241 f.; zu § 73 StGB: BGH, Urteil vom 21. März 2002 - 5 StR 138/01, NJW 2002, 2257, 2259). Dem hat der Gesetzgeber insoweit Rechnung getragen, als § 4 Abs. 5 Nr. 8 Satz 4 EStG bestimmt, dass das grundsätzliche steuerrechtliche Abzugsverbot für Geldbußen nicht gilt, soweit mit diesen der wirtschaftliche Vorteil abgeschöpft wurde. Daraus folgt für den Tatrichter, dass er bei der Bußgeldbemessung zu überprüfen hat, ob für den Veranlagungszeitraum, in dem die abzuschöpfenden Erlöse erzielt wurden, das Besteuerungsverfahren bereits durch einen bestandskräftigen Bescheid beendet wurde. Ist dies nicht der Fall, so bleibt die Steuerlast unberücksichtigt. Der Betroffene kann vielmehr den ihm auferlegten Bruttoabschöpfungsanteil bei den Finanzbehörden gewinnmindernd geltend machen. Hierzu ist es jedoch erforderlich, dass sich aus den Gründen der Entscheidung ergibt, in welcher Höhe die Geldbuße ahndender und in welcher Höhe abschöpfender Natur ist. Ist dagegen das Besteuerungsverfahren endgültig abgeschlossen, so ist der auf § 17 Abs. 4 OWiG entfallende Geldbußenanteil um die Steuerlast zu mindern (vgl. zu alledem BGH, Beschluss vom 25. April 2005 - KRB 22/04, NSTZ 2006, 231, 232; KK-OWiG/Rogall aaO, Rn. 124; Göhler/Gürtler aaO, Rn. 43).

Da sich das Urteil zum Stand des Besteuerungsverfahrens nicht verhält, vermag der Senat nicht zu beurteilen, ob die unterbliebene Berücksichtigung der Steuerlast zu beanstanden ist. Dieser Darstellungsmangel nötigt jedoch nicht zur Aufhebung des Urteils. Denn während in Fall II. 2. e) der Urteilsgründe das Urteil auf diesem Rechtsfehler nicht beruht, erweist sich die in Fall II. 2. a) der Urteilsgründe verhängte Rechtsfolge als angemessen, § 354 Abs. 1a StPO. 47

aa) Der Senat kann ausschließen, dass das Landgericht in Fall II. 2. e) der Urteilsgründe eine niedrigere Geldbuße festgesetzt hätte, wenn es die Notwendigkeit der Auseinandersetzung mit der Frage der Steuerlast erkannt hätte. Dies ergibt sich bereits daraus, dass in diesem Fall auf einen Abschöpfungsanteil nicht erkannt wurde. 48

bb) Dagegen lässt sich in Fall II. 2. a) der Urteilsgründe, in dem das Landgericht einen isolierten Abschöpfungsanteil ausgewiesen hat, nicht ausschließen, dass die Höhe der verhängten Geldbuße auf dem Rechtsfehler beruht. Diese erweist sich jedoch als angemessen, § 354 Abs. 1a StPO. Dessen Anwendbarkeit über § 444 Abs. 2 Satz 2, § 433 Abs. 1 Satz 1 StPO auf Nebenbeteiligte stehen schon deshalb keine Bedenken entgegen, da bei der - wegen der Regelung des § 82 Satz 1 GWB - originär vorgesehenen getrennten Verfahrensführung über § 79 Abs. 6 OWiG dem Rechtsbeschwerdegericht sogar die Möglichkeit eingeräumt wäre, die Geldbuße selbst festzusetzen (vgl. Göhler/Seitz aaO, § 79 Rn. 45a, 47). Dabei genügt es, die Geldbuße insgesamt auf ihre Angemessenheit hin zu beurteilen. Einer ausdrücklichen wertmäßigen Differenzierung zwischen Abschöpfungs- und Ahndungsanteil durch den Senat zur Ermöglichung einer späteren gewinnmindernden Geltendmachung des ersteren durch die Nebenbeteiligte gegenüber dem Finanzamt bedarf es dagegen nicht, da der aufgezeigte Rechtsfehler überhaupt nur durchgreift, wenn das Besteuerungsverfahren bestandskräftig abgeschlossen ist. § 17 Abs. 4 OWiG verlangt lediglich, dass die Geldbuße den aus der Tat gezogenen wirtschaftlichen Vorteil überschreitet; dies ist vorliegend der Fall. 49

Mit dem Urteil liegt ein rechtsfehlerfrei ermittelter und vollständiger Sachverhalt vor, der die Aufrechterhaltung der Geldbuße gestattet. In Anbetracht der Dauer des Verfahrens, des Ausmaßes der medialen Begleitung, der Doppelbelastung des Angeklagten K. als Angeklagter und Gesellschafter der Nebenbeteiligten, der Eintragung der Bußgeldentscheidung in das Gewerbezentralregister gemäß § 149 Abs. 2 Nr. 3a GewO sowie des Umstandes, dass es sich lediglich um eine bilaterale Absprache handelte, auf der einen Seite, des Auftragsvolumens sowie der Umstände, dass es wiederholt zu Wettbewerbsverletzungen kam und im konkreten Fall die Initiative vom Angeklagten K. ausging, andererseits, erweist sich der ohnehin moderate Betrag von 19.000 € als angemessen. 50