



**Die Strafbarkeit von Submissionsabsprachen gemäß § 298 StGB unter besonderer
Berücksichtigung von BGH 2 StR 154/12**

Rechtsanwalt Dr. Alexander von Saucken

Frankfurt a.M., 04. Juni 2014

Themen und Gliederung

- A. § 298 StGB – Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen
- B. Entstehungsgeschichte und Schutzzweck § 298 StGB
- C. Anwendungsbereich
- D. Tatbestandsmerkmale
 - Exkurs: Tatbestandsmäßigkeit von vertikalen Absprachen
- E. Begehen durch Unterlassen, Vollendung, Beendigung, Tätige Reue
- F. Prozessuales

A. § 298 StGB – Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen

- (1) *Wer bei einer Ausschreibung über Waren oder gewerbliche Leistungen ein Angebot abgibt, das auf einer rechtswidrigen Absprache beruht, die darauf abzielt, den Veranstalter zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*
- (2) *Der Ausschreibung im Sinne des Absatzes 1 steht die freihändige Vergabe eines Auftrages nach vorausgegangenem Teilnahmewettbewerb gleich.*
- (3) *Nach Absatz 1, auch in Verbindung mit Absatz 2, wird nicht bestraft, wer freiwillig verhindert, dass der Veranstalter das Angebot annimmt oder dieser seine Leistung erbringt. Wird ohne Zutun des Täters das Angebot nicht angenommen oder die Leistung des Veranstalters nicht erbracht, so wird er straflos, wenn er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Annahme des Angebots oder das Erbringen der Leistung zu verhindern.*

B. Entstehungsgeschichte und Schutzzweck § 298 StGB

- seit Inkrafttreten des Korruptionsbekämpfungsgesetzes vom 13.08.1997: **Straftat**, abstraktes Gefährdungsdelikt
- davor: Ordnungswidrigkeit (vgl. § 38 GWB a.F.)
Absprachen waren bei Ausschreibungsverfahren allenfalls nach § 263 StGB strafbar
Problem: Schadensbemessung (BGH: „Hypothetischer Marktpreis“)
- **Schutzgut:** Wettbewerb und Vermögen des Veranstalters
- **Schutzbereich** erstreckt sich auf Ausschreibungen der EU
- Geschätzter volkswirtschaftlicher Schaden: Rd. 5 Mrd. EUR pro Jahr allein in der Bauwirtschaft

C. Anwendungsbereich

Öffentliche Ausschreibungen

Ausschreibungen nach §§ 97 ff. GWB i.V.m. VgV

Ausschreibung gemäß Bundes- oder Landeshaushalts Oen und GemeindehaushaltsVOen

VOB/A, VOL/A und VOF

Öffentliche Ausschreibungen („offene Verfahren“) und beschränkte Ausschreibungen („nichtoffene Verfahren“)

§ 298 Abs. 2: Freihändige Vergabe nach Teilnahmewettbewerb

Private Ausschreibungen (von Unternehmen und Privatpersonen)

h.L.: (+), soweit die privaten Vergabeverfahren gleich oder ähnlich wie Verfahren nach VOB/A, VOL/A oder VOF ausgestaltet sind (insbes. Gleichheitsgrundsatz, Beschränkung auf fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen)

D. Tatbestandsmerkmale

Ausschreibung von Waren und gewerblichen Leistungen

Rechtswidrige Absprache

- Als **verbindlich angesehene Vereinbarung**, auch für hinreichend konkretisierte, zukünftige Ausschreibungen
- Rechtswidrigkeit (+) bei **Verstoß** gegen das **Verbot des § 1 GWB**
- Absprache ist **darauf gerichtet**, den Veranstalter zur **Annahme** eines bestimmten Angebots zu **veranlassen**
- **Auch:** Vereinbarung einer Preis-Untergrenze (str.)

Exkurs: Tatbestandsmäßigkeit von vertikalen Absprachen

▪ Rechtslage bis zum 30.06.2005

- Gemäß § 1 GWB a.F. waren bestimmte Vereinbarungen zwischen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, **die miteinander im Wettbewerb stehen**, verboten.
- Wegen der Kartellrechtsakzessorietät des Strafrechts waren deshalb nach nahezu einhelliger Ansicht nur **horizontale** Absprachen unter Wettbewerbern strafbar.

▪ Rechtslage seit dem 01.07.2005

- Gemäß § 1 GWB n.F. ist nicht mehr erforderlich, dass Unternehmen im Wettbewerb zueinander stehen.
- Hieraus folgte eine gewichtige Ansicht, dass nunmehr auch **vertikale** Absprachen strafbar seien.
- Dieser Meinung hat sich – unter besonderer Betonung der Kartellrechtsakzessorietät des Strafrechts - **BGH 2 StR 154/12** (Beschluss vom 25.07.2012) angeschlossen.

Exkurs: Tatbestandsmäßigkeit von vertikalen Absprachen

Kritik an **BGH 2 StR 154/12**

- Fokussierung auf Kartellrechtsakzessorietät des § 298 StGB: **Verlust von Rechtssicherheit** durch Heranziehung außerstrafrechtlicher (und veränderlicher) Auslegungsmaßstäbe, die bei der Einführung von § 298 StGB ersichtlich nicht zu Grunde gelegt wurden.
- **Wortlautargument**: § 298 StGB stellt die **Abgabe** eines auf rechtswidriger Absprache beruhenden Angebots unter Strafe. Eine Mittäterschaft des Veranstalters lässt sich unter Berücksichtigung der zu § 25 Abs. 2 StGB geltenden Grundsätze nur schwer konstruieren. Die bloße Beteiligung an der rechtswidrigen Absprache ist indes nicht strafbar.
- **Gesetzeszweck**: Lediglich teilweise Kriminalisierung von Kartellabsprachen war beabsichtigt; Bekämpfung von auf „Wiederholung angelegten, organisatorisch verfestigten Submissionskartellen“ (insbesondere im Bauwesen).
- **Keine Gesetzeslücke**, da vertikale Absprachen regelmäßig über die §§ 299, 331 ff. StGB sanktioniert werden können.

D. Tatbestandsmerkmale (Forts.)

Abgabe eines Angebots

- Rechtswidrige Absprache allein reicht nicht aus, allenfalls Ordnungswidrigkeit gem. § 81 GWB
- Angebot muss dergestalt abgegeben worden sein, dass grds. ohne weiteres Zuschlag erfolgen, d.h. das Angebot angenommen werden kann.

Angebot muss auf rechtswidriger Absprache beruhen

- h.L.: auch „Aussteiger“, die ihr Wissen um der Absprache weiterhin nutzen
- h.L.: auch Nicht-Bieter, die aber Teil des Kartells sind
- Auch bei verspätetem Angebot (sehr str.)

Vorsatz bzgl. aller Tatbestandsmerkmale

E. Begehung durch Unterlassen, Vollendung, Beendigung, Tätige Reue

Tatbegehung auch durch **Unterlassen** möglich (insbes. aufgrund Ingerenz)

- z.B. wegen Beteiligung des Geschäftsführers an rw. Absprache vor Abgabe eines Angebots durch einen Angestellten
- **Auch:** Vorsätzliche Verletzung von Überwachungspflichten in Kenntnis früherer Absprachen

Vollendung der Tat

- Sobald das Angebot dem Veranstalter **zugeht**, so dass es bei ordnungsgemäßigem Ablauf im konkreten Vergabeverfahren berücksichtigt werden kann.

Beendigung der Tat (wichtig für Verjährungsbeginn gem. § 78 a StGB)

- Sehr str.: e.A.: Erbringung der **letzten Leistung** des Veranstalters; a.A.: **Zuschlag** durch den Veranstalter oder sogar bereits mit **Zugang** des Angebots

Tätige Reue, § 298 Abs. 3 StGB

F. Prozessuales

- **Abgabepflicht** der Kartellbehörde an die Staatsanwaltschaft bei Verdacht auf § 298 StGB gem. § 41 OWiG
- Einrichtung von **Schwerpunktstaatsanwaltschaften**
- **Wirtschaftsstrafkammer** beim Landgericht gem. § 74 c Abs. 1 Nr. 5a GVG
- Möglichkeit der **TK-Überwachung** während des Ermittlungsverfahrens, § 100 a Abs. 2 Nr. 1 lit. r) StPO
- **Aufspaltung** des Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahrens gegen die jP gemäß § 82 GWB; Pflicht der Behörden zur engen Zusammenarbeit (vgl. Nr. 242 RiStBV)



Dr. Alexander von Saucken

Rechtsanwalt

ROXIN Rechtsanwälte LLP | Büro München

Brienner Str. 9 | 80333 München

Tel. 089 / 244 43 86 00 | Fax 089 / 244 43 86 66

saucken@roxin.de

www.roxin.de

Schwerpunkte

- » Criminal Compliance
- » Strafverteidigung
- » Unternehmensvertretungen
- » Geschädigtenberatung