

## E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

### Ausweitung strafrechtlicher Risiken im Vergabeverfahren

**1. Unter den Begriff der „rechtswidrigen“ Absprachen im Sinne des § 298 Abs. 1 StGB fallen seit der am 1.7.2005 in Kraft getretenen 7. GWB-Novelle auch vertikale Absprachen.**

**2. Wenn und soweit einer Person auf Seiten des Veranstalters die Abgabe des auf der rechtswidrigen Absprache beruhenden Submissionsangebots zuzurechnen ist, kann sie sich auch als Täter und nicht nur als Teilnehmer wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen gem. § 298 Abs. 1 StGB strafbar machen. Die Abgabe eines eigenen Angebots ist hierfür nicht erforderlich.**

(Leitsätze der Verf.).

StGB § 298 Abs. 1

BGH, Beschl. v. 25.7.2012 – 2 StR 154/12 (LG Mühlhausen)<sup>1</sup>

#### I. Einführung

Das abstrakte Gefährdungsdelikt<sup>2</sup> des § 298 StGB wurde mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13.8.1997, in Kraft getreten am 20.8.1997, neu in das StGB eingefügt. Der Tatbestand bestraft denjenigen, der bei einer Ausschreibung über Waren oder gewerbliche Leistungen ein Angebot abgibt, das auf einer rechtswidrigen Absprache beruht; die Absprache wiederum muss darauf abzielen, den Veranstalter zur Annahme eines bestimmten Angebotes zu veranlassen. Mit Einführung des § 298 StGB wurden die früheren Ordnungswidrigkeiten des § 38 Abs. 1 Nr. 1 und 8 GWB a.F. wegen ihres „qualifizierten Unrechtsgehalts“<sup>3</sup> und wegen der empfindlichen Folgen für die Volkswirtschaft<sup>4</sup> zu einer Straftat hochgestuft. Im Gegensatz zu § 263 StGB setzt diese nicht voraus, dass ein konkreter Vermögensschaden eingetreten ist, was die Strafverfolgung erleichtert. Zudem wurde dem Schutz des freien Wettbewerbs<sup>5</sup> bei Ausschreibungen, dem die Norm

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abrufbar unter: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=ddb6b14fe1679dbaf4e17aea9f23268>.

<sup>2</sup> Momsen, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 2010, § 298 Rn. 13; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 298 Rn. 1; Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 298 Rn. 2. Tiedemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 298 Rn. 9, wertet den Tatbestand als Verletzungsdelikt.

<sup>3</sup> BT-Drs. 13/5584, S. 9 (13); König, JR 97, 397 (402); Korte, NSStZ 1997, 513 (516).

<sup>4</sup> Vgl. die Ausführungen bei Tiedemann (Fn. 2), § 298 Rn. 3.

<sup>5</sup> Heine (Fn. 2), Vorbem. §§ 298 ff. Rn. 2; § 298 Rn. 1.

in erster Linie dient,<sup>6</sup> ein noch höheres Gewicht verliehen. § 298 StGB ist daher vor dem Hintergrund der entsprechenden Vorschriften des GWB anzuwenden.<sup>7</sup> Das Vermögen des Ausschreibungsveranstalters<sup>8</sup> bzw. der potentiellen Mitbewerber<sup>9</sup> wird jeweils nur (reflexartig) mitgeschützt.

In seiner Entscheidung vom 25.7.2012 befasst sich der Bundesgerichtshof nun erstmals seit der Neufassung von § 1 GWB im Jahr 2005 mit dem Terminus der „rechtswidrigen Absprache“ sowie mit dem potentiellen Täterkreis des § 298 Abs. 1 StGB. Bereits in einer früheren Entscheidung, allerdings noch zu § 1 GWB a.F., hatte er sich intensiv mit der Auslegung des Begriffs der „rechtswidrigen Absprache“ beschäftigt. Im Beschluss des 4. Strafsenats vom 22.6.2004<sup>10</sup> begründet der Bundesgerichtshof die sog. Kartellrechtsakzessorietät des § 298 Abs. 1 StGB. Ausführlich legt er dar, weshalb vor dem Hintergrund des § 1 GWB eine „rechtswidrige Absprache“ zwischen einem Bieter und einer Person auf Seiten des Veranstalters, also eine vertikale Absprache, vom Tatbestand des § 298 Abs. 1 StGB nicht erfasst wird. In seinem Beschluss vom 21.6.2006 hat sich der 2. Strafsenat – ebenfalls noch zu § 1 GWB a.F. – diesen Ausführungen angeschlossen.<sup>11</sup>

Umso überraschender ist es, dass der BGH in dem aktuellen Beschluss des 2. Strafsenats eine vertikale Vereinbarung als „rechtswidrige Absprache“ genügen lässt. Darüber hinaus dehnt er den Kreis der potentiellen Täter in extensiver Auslegung des Tatbestandes auf Personen aus, die auf Seiten des Auftraggebers stehen.

#### II. Die Entscheidung

In erster Instanz hatte das Landgericht Mühlhausen den Angeklagten, Geschäftsführer einer kommunalen Wohnungsbau-Gesellschaft, wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen in 14 Fällen verurteilt. Die hiergegen auf die Sachrüge gestützte Revision wurde vom 2. Strafsenat verworfen.

##### 1. Der zugrundeliegende Sachverhalt

Den beiden Entscheidungen lag – vereinfacht dargestellt – folgender Sachverhalt zugrunde: Die kommunale Wohnungsbau-Gesellschaft, vertreten durch den Angeklagten, stand in Geschäftsbeziehungen zur R-GmbH. Diese führte den An- bzw. Verkauf und die Montage von Bauelementen sowie Bau-reparaturen durch. Geschäftsführerin der R-GmbH war u.a.

<sup>6</sup> Momsen (Fn. 2), § 298 Rn. 11; Tiedemann (Fn. 2), § 298 Rn. 6.

<sup>7</sup> H.M., vgl. nur Heine (Fn. 2), § 298 Rn. 1.

<sup>8</sup> Tiedemann (Fn. 2), § 298 Rn. 7. Differenzierend Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 298 Rn. 12 f.: unmittelbarer Schutz des Vermögensinteresses des Veranstalters, mittelbarer Schutz des Vermögens der (möglichen) Mitbewerber.

<sup>9</sup> Lackner/Kühl (Fn. 2), § 298 Rn. 1.

<sup>10</sup> BGHSt 49, 201.

<sup>11</sup> BGH NSStZ 2006, 687 = StV 2006, 583 = wistra 2006, 385.

die Ehefrau des Angeklagten. Der Angeklagte traf mit der R-GmbH die Vereinbarung, dass bei Ausschreibungen der Wohnungsbaugesellschaft neben einem ernsthaften Angebot der R-GmbH nur fingierte Angebote zweier Handwerker aufgenommen werden sollten. Diese Vereinbarung wurde in 14 Fällen praktisch umgesetzt; stets stellte das Angebot der R-GmbH, über dessen konkrete Ausgestaltung nichts bekannt ist, das niedrigste dar.

## 2. Rechtliche Würdigung des Sachverhalts durch den 2. Strafsenat

Die zwischen den Beteiligten getroffene Vereinbarung wertete das Gericht als rechtswidrige Absprache: „Rechtswidrig ist eine Absprache, wenn sie gegen das GWB verstößt [...]. Gemäß § 1 GWB in der seit dem 1. Juli 2005 geltenden Fassung (BGBl I 1954 und 2114) sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken, verboten. [...] Durch die Novellierung sind nunmehr neben horizontalen auch vertikale Absprachen erfasst [...]. Zutreffend nimmt daher inzwischen die ganz herrschende Lehre an, dass dem Tatbestand des § 298 Abs. 1 StGB aufgrund der kartellrechtsakzessorischen Ausgestaltung jetzt auch vertikale Absprachen unterfallen.“

Zur Frage der Täterschaft führt der 2. Senat aus: „Zutreffend hat das Landgericht ferner das Handeln des Angeklagten als täterschaftliche Begehung des § 298 Abs. 1 StGB gewertet.“ Dessen Wortlaut stehe einer solchen Auslegung nicht entgegen, es handele sich bei § 298 Abs. 1 StGB nicht um ein Sonderdelikt. Da die Interpretation des § 298 StGB den kartellrechtlichen Regelungen nicht zuwiderlaufen und keine Wertungswidersprüche hervorrufen dürfe, sei Täter des Tatbestandes jeder, der eine rechtswidrige, also dem GWB widersprechende Abrede treffe und der an der auf dieser beruhenden Angebotsabgabe beteiligt sei bzw. dem die Abgabe des auf der Abrede beruhenden Submissionsangebots gem. § 25 StGB zugerechnet werden könne. Diese Lesart verlange schon der Normzweck des § 298 StGB, der den Schutz des freien Wettbewerbs ebenso umfasse wie den Schutz der Vermögensinteressen des Veranstalters. Im konkreten Fall seien durch die Absprache sowohl der Wettbewerb durch gezielte Einflussnahme des Veranstalters zugunsten eines Bieters verzerrt als auch das Vermögen des Veranstalters gefährdet worden.

## III. Bewertung der Entscheidung

Die Interpretation des § 298 Abs. 1 StGB durch den Bundesgerichtshof durfte nach der GWB-Novelle durchaus mit einiger Spannung erwartet werden. Bei näherer Betrachtung überraschen das Ergebnis und dessen Begründung mehr als der erste Anschein vermuten lässt. Die im Rahmen des dargestellten Beschlusses ergangenen Ausführungen überzeugen jedenfalls nur eingeschränkt.

### 1. Der Begriff der „rechtswidrigen Absprache“

Die Termini „Absprache“ und „Rechtswidrigkeit der Absprache“ lassen sich wegen der Kartellrechtsakzessorietät des § 298 Abs. 1 StGB nicht streng getrennt voneinander auslegen.

#### a) Absprache

Der Begriff der Absprache wurde im Zuge der Einführung des § 298 neu in das StGB aufgenommen und ist dem GWB bis heute fremd. Inhaltlich umfasst er eine Vereinbarung mindestens zweier Personen, die im Hinblick auf ein bestimmtes Vergabeverfahren getroffen wurde und die sich auf die Abgabe bestimmter Angebote oder auf das Verhalten im Rahmen des Vergabeverfahrens bezieht.<sup>12</sup> Sie muss von den Betroffenen als verbindlich angesehen werden.

#### b) Rechtswidrigkeit

Diese Absprache muss „rechtswidrig“ sein. Für die Auslegung dieses normativen Tatbestandsmerkmals<sup>13</sup> wird einheitlich auf die Regelungen des GWB, insbesondere auf das in § 1 GWB normierte Kartellverbot,<sup>14</sup> zurückgegriffen. Diese „Auslegungshilfe“ hat der Bundesgerichtshof bereits im Jahr 2004<sup>15</sup> unter Hinweis auf die Überschrift des § 298 StGB<sup>16</sup> sowie auf die Beschlussempfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages vom 26.6.1997 herangezogen.

Bis Juni 2005 betraf das Kartellverbot des § 1 GWB „Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen, [...] die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken [...]“. Mit der 7. GWB-Novelle vom 15.7.2005<sup>17</sup> wurde das Wettbewerbsverbot aus § 1 GWB gestrichen, um eine Harmonisierung mit den europarechtlichen Vorschriften der Art. 81, 82 EG a.F., den heutigen Art. 101, 102 AEUV, zu erreichen.<sup>18</sup>

Waren nach § 1 GWB a.F. nur horizontale Absprachen vom Kartellverbot und damit von der Strafvorschrift des § 298 Abs. 1 StGB erfasst, sind seit Juli 2005 durch § 1 GWB auch vertikale Absprachen verboten, die den Wettbewerb betreffen. Erfasst werden folglich etwa Absprachen zwischen Anbieter und Architekt<sup>19</sup> oder zwischen Anbieter und Veranstalter.<sup>20</sup>

<sup>12</sup> Momsen (Fn. 2), § 298 Rn. 21.

<sup>13</sup> Hohmann, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 298 Rn. 76; Lackner/Kühl (Fn. 2), § 298 Rn. 3; Heine (Fn. 2), § 298 Rn. 13, m.w.N.

<sup>14</sup> Heine (Fn. 2), § 298 Rn. 13.

<sup>15</sup> BGHSt 49, 201 (205).

<sup>16</sup> Die Überschrift lautet „Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen“.

<sup>17</sup> BGBl. I 2005, S. 2114.

<sup>18</sup> S. hierzu VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln.

<sup>19</sup> Tiedemann (Fn. 2), § 298 Rn. 13.

<sup>20</sup> Bannenberg, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl. 2011, § 298 Rn. 11.

Dass die vertikalen Absprachen damit auch strafrechtlich, also von § 298 StGB, erfasst sind, kann nicht ohne weiteres angenommen werden.<sup>21</sup> Bemerkenswerterweise war es der Bundesgerichtshof selbst, der in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2004 die Grenzen der Kartellrechtsakzessorietät des § 298 StGB rechtlich fundiert begründet hat. Seine Argumente von damals müssen auch heute noch – also nach der GWB-Novelle von 2005 – bei der Auslegung des § 298 StGB berücksichtigt werden.<sup>22</sup>

„Da der Gesetzgeber mit § 298 StGB nur einen ‚Teilbereich der bisherigen [Kartell-]Ordnungswidrigkeiten‘ kriminalisieren, d.h. strafrechtlich erfassen wollte (BTDrucks. 13/5584 S. 13 f.; Korte NSTZ 1997, 513, 516) wird die – nach Auffassung des Senats – auf horizontale Absprachen beschränkte Anwendung der Vorschrift nicht dadurch berührt, daß unter Umständen auch vertikale Vereinbarungen wettbewerbsrechtlich verboten sind [...]; durch sie werden möglicherweise Bußgeldtatbestände (§ 81 GWB) erfüllt. [...] Der Senat verkennt nicht, daß bei kollusivem Zusammenwirken eines einzelnen Anbieters mit einer Person auf der Seite des Veranstalters der Ausschreibung (vertikale Absprache) der durch das Institut der Ausschreibung geschützte freie Wettbewerb, die Vermögensinteressen des Veranstalters und die der unbeteiligten Mitbewerber im Einzelfall ebenso betroffen sein können wie bei einer Kartellabsprache zwischen mehreren Bietern. Dennoch ist der strafrechtliche Schutz begrenzt; denn rein vertikalen Absprachen fehlt die für horizontale Submissionsabsprachen, insbesondere für Ringvereinbarungen im Bauwesen, typische, wirtschaftspolitisch gefährliche Tendenz zur Wiederholung, die mit § 298 StGB bekämpft werden sollte [...].“<sup>23</sup> Der Gesetzgeber habe „die Fälle der rein vertikalen Absprache im Rahmen der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr in § 299 StGB [...] sanktioniert. Es ist nicht ersichtlich, daß das Korruptionsbekämpfungsgesetz solche Absprachen auch durch § 298 StGB erfassen wollte, wenn die korruptive Vergabe eines Auftrags im Rahmen einer Ausschreibung erfolgt, bzw. daß vertikale Absprachen, die ohne Korruption – gefälligkeithalber – getroffen werden, über den bestehenden Strafrechtsschutz der Vermögensdelikte hinaus dem Tatbestand des § 298 StGB unterfallen sollen. [...]“<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Anders *Hohmann* (Fn. 13), § 298 Rn. 84: Sie seien „unzweifelhaft“ unter den Tatbestand des § 298 StGB zu subsumieren. Wie dieser *Tiedemann* (Fn. 2), § 298 Rn. 14.

<sup>22</sup> Zu dem Ergebnis, dass eine Absprache zwischen einem Anbieter und einem auf Seiten der Ausschreibungsveranstalterin stehenden Bauleiter für eine Strafbarkeit desselben nach § 298 Abs. 1 StGB nicht ausreiche, gelangte der Bundesgerichtshof auch in seinem Beschl. v. 21.6.2006 (BGH NSTZ 2006, 687 = StV 2006, 583 = wistra 2006, 385). Die der Entscheidung zugrundeliegende Fallkonstellation entsprach in weiten Teilen derjenigen des aktuell zu entscheidenden Sachverhalts. Die potentiell strafbaren Handlungen waren jedoch im Juni 2005 beendet worden.

<sup>23</sup> BGHSt 49, 201 (207).

<sup>24</sup> BGHSt 49, 201 (205 f.).

Diesen grundlegenden und zumindest gut vertretbaren Einschätzungen zu § 298 StGB wurde durch die Änderung des GWB nicht der argumentative Boden entzogen. Das Strafrecht ist und bleibt die ultima ratio aller Handlungsmöglichkeiten des Staates<sup>25</sup> und ist daher restriktiv anzuwenden. Da der Gesetzgeber 1997 ausweislich der Entwurfsbegründung davon ausging,<sup>26</sup> dass vertikale Absprachen in der Regel vom Tatbestand der Bestechlichkeit bzw. der Bestechung im geschäftlichen Verkehr erfasst würden<sup>27</sup> und folglich kein Bedürfnis bestehe, sie ebenfalls unter den Tatbestand des § 298 StGB zu subsumieren, ist nicht allein durch die Änderung einer außerstrafrechtlichen Vorschrift eine dem ursprünglich geäußerten gesetzgeberischen Willen zuwiderlaufende Auslegung geboten. Das gilt selbst dann, wenn die strafrechtliche Vorschrift vor dem Hintergrund der geänderten Norm zu interpretieren ist, weil die geänderte Norm zumindest zunächst nicht vom Willen des Normgebers der strafrechtlichen Vorschrift umfasst war.<sup>28</sup> Anders formuliert: Als § 298 StGB eingeführt wurde, hatte § 1 GWB, der zu seiner Auslegung herangezogen werden sollte, einen anderen Inhalt. Ganz bewusst war nur dieser vom Strafgesetzgeber als für die Interpretation tauglich und (bzw. gerade weil) rechtspolitisch ausreichend angesehen worden. Ob der Gesetzgeber § 1 GWB in seiner neuen Gestalt ebenfalls der Auslegung des § 298 StGB

<sup>25</sup> *Miebach*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 46 Rn. 22.

<sup>26</sup> BT-Drs. 13/5584 v. 24.9.1996, Begründung B., Zu Abschnitt 2 (Strafrecht), Zu Artikel 1 (Änderung des Strafgesetzbuches), Zu Nummer 3 – 26. Abschnitt des Strafgesetzbuches, „Straftaten gegen den Wettbewerb“: „Der Entwurf sieht nunmehr vor, auch im Strafgesetzbuch einen neuen Abschnitt ‚Straftaten gegen den Wettbewerb‘ einzufügen, in dem Straftatbestände gegen besonders strafwürdige Verhaltensweisen, die dem Prinzip des freien Wettbewerbs zuwiderlaufen, zusammengefaßt werden. [...] Soweit in diesem Zusammenhang Amtsträger bestochen werden, sind zusätzlich die §§ 331 ff. StGB anwendbar.“ Zu § 298 heißt es weiter: „Der Entwurf fordert für die Strafbarkeit des Einreichers eines Angebots nicht, daß die zugrundeliegende rechtswidrige Absprache vor dem Veranstalter der Ausschreibung verheimlicht worden ist. Auch bei nicht verheimlichten Absprachen kann der Wettbewerb zum Nachteil der nichtkartellangehörigen Unternehmen beeinträchtigt werden. Außerdem sind gerade die Fälle besonders strafwürdig, bei denen der Bieter kollusiv mit einem Mitarbeiter des Veranstalters, dessen Kenntnis dem Veranstalter zugerechnet werden kann, zusammenarbeitet. [...] Durch die Beschränkung auf rechtswidrige Absprachen verweist der Entwurf auf die nach § 1 GWB unwirksamen Verträge und nach § 25 GWB verbotenen abgestimmten Verhaltensweisen.“

<sup>27</sup> So argumentiert auch noch *Pasewaldt*, ZIS 2008, 84 (87), der freilich in seinen Ausführungen die 7. GWB-Novelle übersehen zu haben scheint.

<sup>28</sup> Instruktiv zum „Willen des Gesetzgebers“ *Ulsamer*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 30. Erg.lfg., Stand: Mai 2009, § 80 Rn. 81 ff.

zugrunde gelegt hätte, ist unklar. Die Ansicht, dass kartellrechtswidrige Absprachen, in deren Zusammenhang sich niemand bereichert hat und die keinen konkret nachweisbaren Vermögensschaden verursacht haben, nur rechtswidrig im Sinne des § 298 StGB sind, wenn sie „zwischen Wettbewerbern als horizontale Hardcore-Kartelle“ erfolgen,<sup>29</sup> lässt sich somit auch nach der GWB-Novelle durchaus noch vertreten.<sup>30</sup>

### c) Fazit

Die vorstehenden Überlegungen zeigen, dass die aktuelle Interpretation des § 298 StGB durch den Bundesgerichtshof weder unzulässig und damit falsch, noch selbstverständlich und zwingend ist. Umso mehr hätte das Gericht die Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung eingehend wie eingängig begründen müssen. Der Hinweis auf die Kartellrechtsakzesorietät allein erfüllt diese Anforderungen nicht.

### 2. Taugliche Täter des § 298 Abs. 1 StGB

Mit dem Normtext des § 298 Abs. 1 StGB schlicht unvereinbar erscheint hingegen auf den ersten Blick die Bestimmung des potentiellen Täterkreises durch den 2. Strafsenat. Auf den zweiten Blick wird indes deutlich, dass es der Bundesgerichtshof vermeidet, sich an dieser Stelle mit der gebotenen Klarheit zu äußern. Diese wäre insbesondere deshalb wünschenswert gewesen, weil das Gericht sich – mangels Entscheidungserheblichkeit – in keinem seiner früheren Urteile in der Frage hatte festlegen müssen.

Zwar ist seinen Ausführungen in der aktuellen Entscheidung insofern zuzustimmen, als es sich bei § 298 StGB nicht um ein Sonderdelikt handelt,<sup>31</sup> der Tatbestand also grundsätzlich von jedermann verwirklicht werden kann. Jedoch setzt die Frage nach der Täterschaft an der Tathandlung an. Diese besteht nach dem Wortlaut des § 298 Abs. 1 StGB ausschließlich und eindeutig in der Abgabe eines Angebots.<sup>32</sup> „Aktiver unmittelbarer Täter“ kann daher nur sein, wer „das Submissionsangebot für ein Unternehmen abgibt, welches (Vertrags-)Partner der Submissionsabsprache ist“.<sup>33</sup> Mitarbeiter

des Veranstalters kommen daher nach dem Normtext als Täter grundsätzlich nicht in Betracht.<sup>34</sup> Das abzugebende Angebot muss wiederum auf der rechtswidrigen Absprache beruhen. Die Absprache selbst ist eine straflose, wenngleich ordnungswidrige<sup>35</sup> Vorbereitungshandlung.<sup>36</sup> Wer bereits die Beteiligung an der Absprache als Tathandlung wertet, verlagert die Strafbarkeit in unzulässiger Weise nach vorn.<sup>37</sup> Eine insofern saubere Differenzierung vermisst man im Beschluss des 2. Strafsenats.

Das Gericht äußert sich zudem, wie bereits angedeutet, nicht konkret zu der Art der Täterschaft des Angeklagten. Die Formulierung, dass eine Täterschaft auf Seiten des Veranstalters in Betracht kommt, sofern dem Betreffenden „nach den allgemeinen Regeln der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme die Abgabe des Submissionsangebots im Sinne des § 25 StGB zurechenbar ist“<sup>38</sup>, lässt allerdings darauf schließen, dass der Bundesgerichtshof von einer mittäterschaftlichen Begehung nach § 25 Abs. 2 StGB ausgegangen ist. Eine Mitäterschaft könnte, sofern man vertikale Absprachen ausreichen lässt, bei § 298 StGB angenommen werden, wenn auf Seiten des Bieters und auf Seiten des Veranstalters (insgesamt mindestens) zwei Personen gemeinschaftlich den Tatbestand verwirklichen. Vorstellbar wäre etwa eine additive Mitäterschaft, die dadurch gekennzeichnet ist, dass nur „die Summierung von (jeweils selbständigen, aber auf einem gemeinsamen Tatplan beruhenden) Tatbeiträgen“ den Taterfolg bewirkt.<sup>39</sup> Ob im jeweiligen Einzelfall eine täterschaftliche Begehung anzunehmen ist, ist anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung zu ermitteln, deren Kriterien insbesondere das Vorliegen einer objektiven Tatherrschaft, der Wille zur

---

Beteiligungsform wird sich dabei am Interesse des Beteiligten am Taterfolg, das sich zum Beispiel aus einer Vereinbarung über Ausgleichszahlungen für das nichtberücksichtigte Kartellmitglied ergeben kann, und der Einflußnahme auf das Zustandekommen der Kartellabsprache zu orientieren haben.“

<sup>34</sup> Hohmann (Fn. 13), § 298 Rn. 106.

<sup>35</sup> Vgl. hierzu bereits die Ausführungen in der Begründung des Gesetzesentwurfs von 1997, BT-Drs. 13/5584 v. 24.9.1996, Begründung, B., Zu Abschnitt 2 (Strafrecht), Zu Artikel 1 (Änderung des Strafgesetzbuches), Zu Nummer 3 – 26. Abschnitt des Strafgesetzbuches, „Straftaten gegen den Wettbewerb“, Zu § 298.

<sup>36</sup> Momsen (Fn. 2), § 298 Rn. 24.

<sup>37</sup> Nach der Entwurfsbegründung (BT-Drs. 13/5584 v. 24.9.1996, Begründung, B., Zu Abschnitt 2 (Strafrecht), Zu Artikel 1 (Änderung des Strafgesetzbuches), Zu Nummer 3 – 26. Abschnitt des Strafgesetzbuches, „Straftaten gegen den Wettbewerb“, Zu § 298) wird zwar der freie Wettbewerb bereits durch die Absprache im Vorfeld der Angebotsabgabe gefährdet. „Für eine strafrechtliche Regelung erscheint es derzeit jedoch ausreichend, auf die Abgabe eines auf der Grundlage der Absprache eingereichten Angebotes abzustellen.“

<sup>38</sup> Hierzu schon Tiedemann (Fn. 2), § 298 Rn. 47.

<sup>39</sup> Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 25 Rn. 11.

<sup>29</sup> Lackner/Kühl (Fn. 2), § 298 Rn. 3.

<sup>30</sup> So im Ergebnis Dannecker (Fn. 8), § 298 Rn. 21.

<sup>31</sup> Dannecker (Fn. 8), § 298 Rn. 18; Hohmann (Fn. 13), § 298 Rn. 100; Momsen (Fn. 2), § 298 Rn. 16.

<sup>32</sup> Tiedemann (Fn. 2), § 298 Rn. 13; Hohmann (Fn. 13), § 298 Rn. 101.

<sup>33</sup> Hohmann (Fn. 13), § 298 Rn. 101; Tiedemann (Fn. 2), § 298 Rn. 18. Hierauf lässt auch die Entwurfsbegründung schließen – BT-Drs. 13/5584 v. 24.9.1996, Begründung B., Zu Abschnitt 2 (Strafrecht), Zu Artikel 1 (Änderung des Strafgesetzbuches), Zu Nummer 3 – 26. Abschnitt des Strafgesetzbuches, „Straftaten gegen den Wettbewerb“, Zu § 298: „Die Entwurfsfassung enthält [...] keine besondere Regelung über die Täterschaft von Personen, die die Abgabe eines wettbewerbsbeschränkenden Angebots fördern, indem sie sich an einer Absprache beteiligen. Weitere Beteiligte an der Absprache, die ein Angebot fördern, indem sie selbst ein Schutzangebot abgeben oder sich an einer Ausschreibung nicht beteiligen, können über die allgemeinen Vorschriften über Täterschaft und Teilnahme erfaßt werden. Die Qualifizierung der

Tatherrschaft, das Eigeninteresse am Taterfolg sowie das Ausmaß der Beteiligung(-shandlungen) sind.<sup>40</sup>

Objektive Tatherrschaft wird im Zeitpunkt der Angebotsabgabe bei der auf Seiten des Veranstalters handelnden Person nur selten vorliegen: Deren Tatbeitrag erschöpft sich regelmäßig in der Teilnahme an der Absprache, die wiederum lediglich der Vorbereitung des Angebots dient und im Vorfeld der Tat anzusiedeln ist. Denkbar ist es zwar, dass der Akteur auf Seiten des Veranstalters nach Eingang des Angebots in der Sache wieder tätig wird und den weiteren Geschehensablauf in seinen Händen hält. Dann jedoch ist die Tathandlung des § 298 Abs. 1 StGB – das Abgeben des Angebots – bereits vollendet.<sup>41</sup> Ob nach der Absprache zumindest noch ein Wille zur Tatherrschaft vorhanden ist, ist Tatfrage. Das Eigeninteresse am Erfolg der Tat wird jedenfalls nur in den seltensten Fällen vorhanden sein. Regelmäßig ist daher der auf Seiten des Veranstalters Handelnde nur als Gehilfe nach § 27 Abs. 1 StGB zu qualifizieren.<sup>42</sup> Seine strafbare Beihilfehandlung ist bereits in der Mitwirkung an der die Angebotsabgabe vorbereitenden Absprache zu sehen.<sup>43</sup>

Inwiefern und warum der 2. Strafsenat zu einer täterschaftlichen Verwirklichung des § 298 StGB kommt, bleibt im vorliegenden Fall leider weitgehend offen – eine gründliche Subsumtion sucht man jedenfalls vergebens. Lediglich in einigen wenigen Nebensätzen finden sich erläuternde Bezugnahmen auf den konkreten Sachverhalt, die allerdings auch sehr vage bleiben: „[...] jedenfalls für die vorliegende Fallkonstellation der Beteiligung eines Veranstalters an einer auf einer Absprache beruhenden Angebotsabgabe [...]. Auch teleologische Überlegungen sprechen für eine Täterstellung [...]. Beide Rechtsgüter sind hier betroffen, da die Beteiligung einer Person auf Seiten des Veranstalters an den Absprachen mit den Bieterunternehmen den Wettbewerb durch gezielte Einflussnahme zugunsten eines Bieters einseitig verzerrt und zudem das Vermögen des Veranstalters gefährdet.“ Diese Ausführungen stützen die Annahme einer Täterschaft nicht.

### 3. Ausblick

Zwar hat der Bundesgerichtshof diese rechtliche Wertung zunächst vorsichtig „jedenfalls für die vorliegende Fallkonstellation“ vorgenommen. Dabei hat er jedoch weder explizit

offengelegt, worin die Besonderheit dieser Fallkonstellation gegenüber anderen Sachverhalten liegen soll, noch hat er (jenseits des Verweises auf die Änderung des GWB) erläutert, warum er seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben hat. Folglich ist davon auszugehen, dass er in „anderen“ Sachverhaltskonstellationen gleichermaßen zugunsten des Grundsatzes der Kartellrechtsakzessorietät sowie des § 25 Abs. 1 Alt. 1, Abs. 2 StGB entscheiden wird. Eine rechtspolitische Notwendigkeit hierfür besteht nicht. Insbesondere sind keine Strafbarkeitslücken erkennbar, die es zu schließen gälte – die Regelungen der §§ 25, 27, 298, 331 f. StGB haben die vom Gesetzgeber für strafwürdig erachteten Verhaltensweisen hinreichend erfasst.

Die Rechtsprechungsänderung hat zur Folge, dass künftig bei Absprachen zwischen kommunalen Bediensteten und einem Auftragnehmer, die eine Beauftragung unter bewusstem Verstoß gegen das Vergaberecht zum Inhalt haben, stets der Verdacht strafbaren Verhaltens naheliegt. Somit besteht in Vergabeverfahren bzw. bei De-facto-Vergaben jenseits von Vorteilsnahme und Bestechlichkeit sowie ohne den Eintritt eines Vermögensschadens auf Seiten auch nur eines Betroffenen für die Mitarbeiter kommunaler Unternehmen oder Behörden ein neues konkretes Strafbarkeitsrisiko, über das es aufzuklären und das es durch präventive Maßnahmen zu minimieren gilt.

*Rechtsanwältin Dr. Sibylle von Coelln, Düsseldorf*

<sup>40</sup> *Fischer* (Fn. 39), § 25 Rn. 12 f. m.w.N., u.a. zur st. Rspr.

<sup>41</sup> Ob im Einzelfall eine „sukzessive Mittäterschaft“ infrage kommt, ist für den jeweiligen Einzelfall anhand der dogmatischen Grundsätze zu entscheiden, vgl. hierzu allgemein *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 25 Rn. 201 ff. Dabei ist freilich zu beachten, dass der Beendigungszeitpunkt bei § 298 Abs. 1 StGB höchst umstritten ist, s. etwa *Fischer* (Fn. 39), § 298 Rn. 15b m.w.N.

<sup>42</sup> Ebenso *Momsen* (Fn. 2), § 298 Rn. 18.

<sup>43</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 298 Rn. 6: Auf Seiten des „Veranstalters oder eines sich an der Submission nicht beteiligenden Unternehmens“ kommt nur eine Teilnehmerstrafbarkeit in Betracht. *Dannecker* (Fn. 8), § 298 Rn. 21, gelangt zu einem ähnlichen Ergebnis.