

# Zehn Jahre Strafbarkeit wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen gemäß § 298 StGB

Von Wiss. Mitarbeiter **David Pasewaldt**, Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth), Hamburg\*

Jährlich wird durch Wirtschaftskriminalität nach Expertenschätzungen ein volkswirtschaftlicher Schaden im dreistelligen Milliardenbereich verursacht.<sup>1</sup> Im Jahr 2006 betrug allein der Schaden der in Deutschland bekannt gewordenen Straftaten 4,3 Mrd. Euro.<sup>2</sup> Eine besondere Stellung nehmen in diesem Zusammenhang rechtswidrige Absprachen bei Ausschreibungen ein, die sog. Submissionsabsprachen.<sup>3</sup> Deren strafrechtliche Verfolgung gestaltete sich lange Zeit schwierig, da der für eine Verurteilung wegen Betruges gemäß § 263 StGB erforderliche Schadensnachweis kaum zu führen ist.<sup>4</sup> Dieses Problem versuchte der Gesetzgeber 1997 zu lösen, indem er mit § 298 StGB einen eigens auf Submissionsabsprachen zugeschnittenen Tatbestand im Strafgesetzbuch kodifizierte.<sup>5</sup> Die Beilegung der bis dahin geführten Diskussion über die strafrechtliche Behandlung von Submissionskartellen bewirkte er damit allerdings nicht. Vielmehr wirft der Tatbestand zahlreiche neue Fragen auf, die anlässlich seines zehnjährigen Bestehens im Folgenden erörtert werden sollen.

## I. Einführung

Gegenstand dieses Beitrags ist die Analyse ausgewählter Probleme des Tatbestands der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Ausschreibungen gemäß § 298 StGB. Die aufgeworfenen Fragestellungen sollen den Rechtsanwender für die Problembereiche der Vorschrift sensibilisieren, gefun-

dene Ergebnisse Anwendungsunsicherheiten mindern und den Umgang mit der Norm erleichtern.

Zunächst wird ein Überblick über das Rechtsgut und die deliktstypische Einordnung des § 298 StGB gegeben (II.). Sodann erfolgt die Analyse aktueller Problemstellungen, die vornehmlich die praktische Anwendung des § 298 StGB betreffen (III.). Neben der Darstellung und Beurteilung der hierzu in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassungen werden eigene Lösungsansätze entwickelt, wobei in Ergänzung einer rein juristisch-dogmatischen Betrachtungsweise insbesondere volkswirtschaftliche Aspekte in die Bewertung einbezogen werden. Am Ende der Untersuchung steht eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse, die auch einen Überblick über aktuelle, internationale Tendenzen der rechtlichen Beurteilung von Submissionsabsprachen und deren Behandlung in anderen europäischen Rechtsordnungen geben soll (IV.).

## II. Grundlagen

### 1. Rechtsgut des § 298 StGB

Das von § 298 StGB geschützte Rechtsgut ist nach einhelliger Meinung primär der freie, lautere Wettbewerb als Institution des Wirtschaftslebens.<sup>6</sup> Hinzu tritt der Schutz der Vermögensinteressen des Veranstalters,<sup>7</sup> wohingegen das Vermögen der (potentiellen) Mitbewerber durch § 298 StGB allenfalls mittelbar geschützt wird.<sup>8</sup>

Teilweise geäußerte Zweifel<sup>9</sup> und verfassungsrechtliche Bedenken an der Eignung des „freien Wettbewerbs“ – im Sinne der „Freiheit der Marktkonkurrenz vor unlauteren, nicht offenbarten Einflüssen, die das Austauschverhältnis von Waren und Dienstleistungen einseitig zugunsten eines Beteiligten verzerren“<sup>10</sup> – als Schutzgut des § 298 StGB sind indes unbegründet. Wettbewerb ist das zur Verwirklichung jeder

\* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Bucerius Law School am Lehrstuhl für Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Thomas Rönau.

<sup>1</sup> Vgl. Richter, in: Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2006, § 7 Rn. 22; Dannecker, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 2. Aufl. 2004, S. 189. Genaue Zahlen sind wegen der hohen Dunkelziffer nicht bekannt.

<sup>2</sup> Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) 2006, Tabellenanhang, Tabelle 07, S. 6. Diese Summe entspricht gut 50% des durch Kriminalität verursachten und bundesweit registrierten Gesamtschadens, hervorgerufen durch gerade einmal 1,5% der insgesamt erfassten Straftaten.

<sup>3</sup> Während die Gesamtzahl der im Jahr 2006 erfassten Wirtschaftsdelikte gegenüber dem Vorjahr um 7,5% auf 95.887 anstieg, wuchs die Zahl strafbarer Submissionsabsprachen im selben Zeitraum um 26,3% auf 149, vgl. PKS 2006 (Fn. 2), S. 209.

<sup>4</sup> Hierzu unten III. 6.

<sup>5</sup> Eingeführt durch Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption (Korruptionsbekämpfungsgesetz – KorrBekG) vom 13.8.1997, vgl. BGBl. I, S. 2038. Eingehend zur Entstehungsgeschichte des § 298 StGB, Wedlich, Die strafrechtliche Würdigung von Submissionsabsprachen unter dem Gesichtspunkt des § 298 StGB, 2004, S. 21 ff.

<sup>6</sup> Vgl. BT-Drs. 13/5584, S. 13; Greeve, Korruptionsdelikte in der Praxis, 2005, Rn. 339; Oldigs, wistra 1998, 291 (293 f.). Eingehend zur Sozialschädlichkeit von Submissionsabsprachen, Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl. 2005, § 298 Rn. 6 ff.

<sup>7</sup> So die h.M., vgl. nur Dannecker (Fn. 6), § 298 Rn. 13 m.w.N.; s. auch BT-Drs. 13/5584, S. 14.

<sup>8</sup> Vgl. Tiedemann, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl. 2005, § 298 Rn. 9; Rudolphi, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 56. Lieferung, Stand: April 2000, § 298 Rn. 5 m.w.N.; anders König, JR 1997, 397 (402).

<sup>9</sup> Vgl. Oldigs, Möglichkeiten und Grenzen der strafrechtlichen Bekämpfung von Submissionsabsprachen, 1998, S. 122 ff.; Lüderssen, in: Dahs (Hrsg.), Kriminelle Kartelle?, 1998, S. 54 f.

<sup>10</sup> Vgl. BT-Drs. 13/5584, S. 13; Korte, NStZ 1997, 513 (516); Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 54. Aufl. 2007, Vor § 298 Rn. 6 m.w.N.

marktwirtschaftlich organisierten Gesellschaftsordnung notwendige Grundprinzip. Wettbewerbliche Selbststeuerung dient als selbsttätiges, staatlich eingesetztes Mittel zur Koordination des Wirtschaftsablaufs, das die Marktfreiheit des einzelnen sichert, den Nachfragern frei wählbare Alternativen eröffnet und für den Verbraucher die günstigsten Preise entstehen lässt.<sup>11</sup> Versteht man Rechtsgüter als „Gegebenheiten oder Zwecksetzungen, die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind“<sup>12</sup>, so erfüllt die Institution Wettbewerb alle Voraussetzungen, die an ein strafrechtlich schutzfähiges Rechtsgut zu stellen sind.<sup>13</sup> Überdies hindert die Tatsache, dass es sich beim Schutzgut Wettbewerb um ein abstraktes, von sich ändernden gesetzlichen Vorgaben bestimmtes und deshalb ständigen Wandlungen unterworfenes Rechtsgut handelt, dessen strafrechtlichen Schutz nicht. Vielmehr hat der Gesetzgeber durch die Bezugnahme der kartellrechtlichen Regelungen des GWB und die Anbindung an die Bestimmungen der jeweils zu beachtenden Vergaberichtlinien eine klare, rechtsstaatlich unbedenkliche Begrenzung des Unrechtstatbestands geschaffen.<sup>14</sup>

### 2. Deliktstypische Einordnung

Hinsichtlich der deliktstypischen Einordnung des § 298 StGB herrscht Streit: während der überwiegende Teil der Literatur die Norm als abstraktes Gefährdungs- und Tätigkeitsdelikt versteht,<sup>15</sup> gehen andere<sup>16</sup> von einem Verletzungsdelikt aus. Für die zuerst genannte Ansicht spricht, neben dem Gesetzeswortlaut („Abgabe“ eines Angebots), der bewusste Verzicht des Gesetzgebers auf das Erfordernis einer Täuschung

<sup>11</sup> Näher zu den wirtschaftspolitischen Funktionen des Wettbewerbs(rechts) *Köhler*, in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm* (Hrsg.), *Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 25. Aufl. 2007, Einl UWG Rn. 1, 46 ff.

<sup>12</sup> Vgl. nur *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 7.

<sup>13</sup> Auch der von *Marx* und *Hassemer* entwickelte sog. personale Rechtsgutsbegriff führt zu keiner abweichenden Beurteilung. Er verlangt lediglich, dass Universalrechtsgüter letztlich dem Einzelnen zu dienen haben, d.h. „sich als – vermittelte – Interessen des Individuums nachweisen lassen“, vgl. nur *Hassemer*, *Strafen im Rechtsstaat*, 2000, S. 166; ähnlich *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, S. 60.

<sup>14</sup> Ähnlich *Dannecker* (Fn. 6), § 298 Rn. 10. Grundlegend zum Wettbewerb als strafrechtliches Rechtsgut *Tiedemann*, in: *Britz u.a.* (Hrsg.), *Grundfragen staatlichen Strafens*, *Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, 2001, S. 905 ff.

<sup>15</sup> Vgl. *Greeve* (Fn. 6), Rn. 339; *Möhrenschlager*, in: *Dölling* (Hrsg.), *Handbuch der Korruptionsprävention*, 2007, Kap. 8 Rn. 143; *Kosche*, *Strafrechtliche Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen – § 298 StGB*, 2001, S. 138.

<sup>16</sup> Vgl. *Grützner*, *Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen*, 2003, S. 512; *Tiedemann* (Fn. 8), § 298 Rn. 12; *Walter*, GA 2001, 130 (140).

und eines Vermögensschadens. Eine andere Beurteilung ergibt sich allerdings, wenn man – der Ansicht *Walters*<sup>17</sup> folgend – nicht auf den freien Wettbewerb als solchen abstellt, sondern auf das im Einzelfall vorliegende Ausschreibungsverfahren. Der darin enthaltene, gewollt kompetitiv ausgestaltete Preisbildungsvorgang wird tatsächlich schon durch die Absprache an sich beeinträchtigt, also verletzt. Im Kern geht es damit um die dogmatische Unterscheidung zwischen Rechtsgut und Angriffsobjekt: Das durch einen Straftatbestand geschützte Rechtsgut bezeichnet zunächst ein Abstraktum, im Fall des § 298 StGB den Wettbewerb. Das Angriffsobjekt hingegen beschreibt ein „körperliches Substrat“<sup>18</sup> dieses Rechtsguts, bei § 298 StGB das in Frage stehende Ausschreibungsverfahren. Mit dem Abstellen auf letzteres ließe sich die Einordnung des § 298 StGB als Verletzungsdelikt zwar begründen. Indes muss jedes Rechtsgut, insbesondere normativ-geistige Gebilde wie der Wettbewerb, dem Täter eine konkrete Angriffsfläche bieten, um deliktische Anknüpfungspunkte herzustellen. Mit der Ansicht *Walters* würde folglich jedes Gefährdungsdelikt in ein Verletzungsdelikt umgedeutet. Seine Einordnung wäre also nur haltbar, wollte man die Lehre von den Deliktstypen grundsätzlich in Frage stellen.<sup>19</sup>

Die Wahrheit liegt indes zwischen den beiden dargestellten Positionen. Weder wollte der Gesetzgeber mit § 298 StGB eine bereits eingetretene Wettbewerbsverletzung, noch die bloße Vornahme einer nur abstrakt wettbewerbsgefährdenden Handlung pönalisieren. Ausweislich der Gesetzesbegründung ging er vielmehr ausdrücklich von einer „Gefährdung“ des freien Wettbewerbs aus, die ihm jedoch erst mit Abgabe eines auf einer rechtswidrigen Absprache beruhenden Angebots hinreichend konkret erschien, um eine Strafbarkeit zu begründen.<sup>20</sup> § 298 StGB stellt damit weder ein Tätigkeits-, noch ein Verletzungsdelikt, sondern ein Erfolgsdelikt im Sinne eines konkreten Gefährdungsdelikts dar.<sup>21</sup>

### III. Problembereiche des § 298 StGB

Nach der Darstellung der Grundlagen, sollen im Folgenden ausgewählte Probleme der Anwendung des § 298 StGB erörtert werden.

Gemäß § 298 Abs. 1 StGB wird bestraft,<sup>22</sup> „wer bei einer Ausschreibung über Waren oder gewerbliche Leistungen ein Angebot abgibt, das auf einer rechtswidrigen Absprache

<sup>17</sup> Vgl. *Walter*, GA 2001, 130 (134 ff.).

<sup>18</sup> Vgl. *Roxin* (Fn. 12), § 2 Rn. 66.

<sup>19</sup> So auch der Tenor des Aufsatzes *Walters*, GA 2001, 130 (131 ff.); *ders.*, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, S. 16 f.; ähnlich *Samson*, in: *ders.* (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, 1999, S. 585 ff. (603).

<sup>20</sup> Vgl. BT-Drs. 13/5584, S. 14.

<sup>21</sup> Insbesondere hindert das Fehlen der Begriffe „Gefahr“ oder „Gefährdung“ im Gesetzeswortlaut diese Einordnung nicht, vgl. *Pasewaldt*, ZIS 2007, 75 (77) m.w.N. in Fn. 40.

<sup>22</sup> Hinsichtlich der angedrohten Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe stellt § 298 StGB ein Vergehen dar, vgl. § 12 Abs. 2 StGB.

beruht, die darauf abzielt, den Veranstalter zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen“.<sup>23</sup>

### 1. Private Ausschreibungen als „Ausschreibung“ i.S.d. § 298 Abs. 1 StGB?

Als Tatsituation verlangt § 298 Abs. 1 StGB das Vorliegen einer „Ausschreibung“, also eines formalisierten Verfahrens, mit dem der Veranstalter Angebote einer Mehrzahl von Anbietern für die Lieferung bestimmter Waren oder das Erbringen bestimmter Leistungen einholt.<sup>24</sup> In Rechtsprechung<sup>25</sup> und Literatur<sup>26</sup> ist hierbei anerkannt, dass der Tatbestand neben öffentlichen auch private Ausschreibungen erfasst, sofern das Vergabeverfahren den §§ 97 ff. GWB oder den für öffentliche Veranstalter geltenden Bestimmungen der Vergabe- und Vertragsordnungen für (Bau-)Leistungen (VOB/A bzw. VOL/A) inhaltlich ähnlich ausgestaltet ist. Im Grundsatz verdient diese Auffassung Zustimmung. Denn im Hinblick auf den Wettbewerb als Schutzgut der Vorschrift kann nicht entscheidend sein, ob dieser im Rahmen öffentlicher oder privater Ausschreibungen beeinträchtigt wird. Andererseits bedarf es zum Schutz vor einer uferlosen Ausweitung einer gewissen Begrenzung des Tatbestandes. Die Frage lautet daher, wann genau ein der öffentlichen Ausschreibung „ähnlich ausgestaltetes“ privates Vergabeverfahren anzunehmen ist.

*Greeve* verweist in diesem Zusammenhang auf den Zweck des Ausschreibungsverfahrens, der neben dem Erfordernis sparsamer Haushaltsführung auch im Vertrauensschutz der Bieter auf die Einhaltung vergaberechtlicher Bestimmungen zu sehen sei. Folglich falle ein privates Vergabeverfahren nur unter § 298 StGB, wenn sich der Auftraggeber von vornherein verpflichtet, insgesamt wie ein öffentlicher Auftraggeber zu verfahren. Kennzeichnend dafür seien insbesondere die Einhaltung formalisierter Verfahrensweisen, die Verpflichtung zur Annahme des wirtschaftlichsten Angebots,<sup>27</sup> das generelle Verbot zu Nachverhandlungen sowie die verbindliche Dokumentation des Bindungswillens des Aus-

schreibenden in Form einer vertraglichen Vereinbarung.<sup>28</sup> Dieser Auffassung wäre jedenfalls zuzustimmen, wenn das Vermögen des Ausschreibenden das vorrangige Rechtsgut des § 298 StGB darstellte. Dann nämlich wäre es vertretbar, dass der Ausschreibende sich den Schutz seines Vermögens durch seine freiwillige und vollständige Bindung an die öffentlichen Vergaberichtlinien „erkaufen“ müsse. Umgekehrt wären die Bieter der strafrechtlichen Sanktion des § 298 StGB nur ausgesetzt, wenn sie ihrerseits auf die Einhaltung der vom Gesetzgeber vorgegebenen Regelungen vertrauen dürften.<sup>29</sup>

Tatsächlich aber dient § 298 StGB, wie dargelegt, primär dem Schutz des freien Wettbewerbs.<sup>30</sup> Die h.M. zieht daraus den Schluss, private Ausschreibungen bereits als von § 298 StGB erfasst anzusehen, wenn der private Veranstalter allgemeine Vergabegrundsätze wie den Gleichbehandlungsgrundsatz<sup>31</sup> und die Beschränkung auf fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen<sup>32</sup> beachtet.<sup>33</sup>

Die h.M. vermag dennoch nicht zu überzeugen. Mit ihr werden letztlich höhere Anforderungen an die Erfassung öffentlicher, als an die Einbeziehung privater Ausschreibungen gestellt. Es ist indes nicht ersichtlich, weshalb letztere einen weiteren strafrechtlichen Schutz genießen sollten. Mit dem bloßen Verweis auf das erklärte gesetzgeberische Ziel, die Korruptionskriminalität wirksam und konsequent zu bekämpfen,<sup>34</sup> lässt sich eine solche Differenzierung jedenfalls nicht begründen.

Der Auffassung *Greeves* ist damit zwar nicht in ihrer Begründung, gleichwohl aber im Ergebnis zuzustimmen. Private Ausschreibungen werden von § 298 Abs. 1 StGB nur erfasst, wenn sich der Ausschreibende verpflichtet, ausschließlich nach öffentlichen Vergaberegulungen zu verfahren.

### 2. Vertikale Absprachen als „Absprache“ i.S.d. § 298 Abs. 1 StGB?

Im Streit steht ferner die Anwendbarkeit des § 298 StGB auf sog. vertikale Absprachen. Vertikale Absprachen sind solche, die nicht zwischen anbietenden Unternehmen, sondern zwischen Personen auf Seiten des Ausschreibenden und wenig-

<sup>23</sup> Bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 298 StGB ist grundsätzlich auf die aus dem Kartellrecht bekannten Begriffe und Definitionen zurückzugreifen, vgl. BT-Drs. 13/5584, S. 14; *Wedlich* (Fn. 5), S. 92 f.; *Otto*, wistra 1999, 41 m.w.N.

<sup>24</sup> Vgl. *Greeve* (Fn. 6), Rn. 345; *Dannecker* (Fn. 6), § 298 Rn. 24. § 298 Abs. 2 StGB stellt freihändige Vergaben mit vorausgegangenem Teilnahmewettbewerb, die unterhalb der Auftragschwellenwerte für eine EU-weite Ausschreibung zur Anwendung kommen (etwa bei Bauvorhaben mit einem Gesamtwert von unter 5.278.000 Mio. Euro, vgl. § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 4 VgV), einer Ausschreibung i.S.d. Abs. 1 gleich.

<sup>25</sup> Vgl. BGH wistra 2003, 146 = NStZ 2003, 548 m. Anm. *Greeve*.

<sup>26</sup> Vgl. *Heine*, in: Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 2006, § 298 Rn. 4; *Otto*, wistra 1999, 41; s. auch BT-Drs. 13/5584, S. 14.

<sup>27</sup> Vgl. § 97 Abs. 5 GWB.

<sup>28</sup> Vgl. *Greeve* (Fn. 6), Rn. 352 f.; *dies.*, NStZ 2002, 505 (506 f.); *dies.*, NStZ 2003, 549 f.

<sup>29</sup> Schutzwürdig sind die Bieter etwa hinsichtlich des mit der Angebotserstellung verbundenen Kostenaufwands, vgl. *Greeve*, NStZ 2002, 505 (506); *dies.*, NStZ 2003, 549.

<sup>30</sup> Vgl. oben II. 1.

<sup>31</sup> Vgl. § 97 Abs. 2 GWB.

<sup>32</sup> Vgl. § 97 Abs. 4 GWB.

<sup>33</sup> Vgl. BGH wistra 2003, 146 = NStZ 2003, 548 m. Anm. *Greeve*; *Dannecker* (Fn. 6), § 298 Rn. 29; *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. 112 f. m.w.N.

<sup>34</sup> Vgl. BT-Drs. 13/5584, S. 8.

tens einem der Anbieter getroffen werden.<sup>35</sup> Zur Verdeutlichung soll folgendes Beispiel dienen: M ist Mitarbeiter der Stadt S mit maßgeblichem Einfluss auf die städtische Auftragsvergabe im Rahmen von Ausschreibungen. Vereinbarungsgemäß übt er diesen Einfluss auch dann zugunsten des Bauunternehmers B aus, wenn andere Anbieter günstigere Angebote eingereicht haben. Im Gegenzug erbringt B Zahlungen an M. Absprachen mit anderen Anbietern hat B nicht getroffen.

Während Teile der Literatur auch Übereinkünfte zwischen nur einem (potentiellen) Bieter und Personen auf der Seite des Veranstalters<sup>36</sup> oder dem Veranstalter selbst<sup>37</sup> als von der Norm erfasst ansehen, verneinen andere<sup>38</sup> die Anwendung des § 298 StGB auf solche Absprachen generell. Auch der BGH hat sich im Jahr 2004 für die zuletzt genannte Ansicht ausgesprochen.<sup>39</sup>

Für die Einbeziehung vertikaler Absprachen in den Anwendungsbereich des § 298 StGB spricht der Wortlaut der Norm, der insoweit keine Einschränkung vornimmt. Ferner lässt sich der Hinweis der Gesetzesbegründung anführen, dass „gerade die Fälle besonders strafwürdig [sind], bei denen der Bieter kollusiv mit einem Mitarbeiter des Veranstalters [...] zusammenarbeitet“<sup>40</sup>. Entscheidend für die restriktive Auslegung i.S. des BGH spricht indes das Tatbestandsmerkmal<sup>41</sup> der *Rechtswidrigkeit* der Absprache, das nach allgemeiner Ansicht vorliegt, wenn die Absprache gegen die kartellrechtlichen Vorschriften des GWB (bzw. das europäische Wettbewerbsrecht, vgl. Art. 81, 82 EGV) verstößt.<sup>42</sup> Das Kartellverbot des § 1 GWB gilt nur für „miteinander im Wettbewerb stehende“ Unternehmen. Da der strafrechtlich gewährleistete Wettbewerbsschutz wegen der GWB-akzessorischen Tatbestandsausgestaltung aber nicht weiter gehen kann, als der kartellrechtliche, ist auch für § 298 StGB das Vorliegen eines Horizontalverhältnisses zwischen den Absprechenden zu fordern. Der Veranstalter einer Ausschreibung steht im Regelfall jedoch nicht in Konkurrenz mit den bietenden Unternehmen, so dass kollusives Zusammenwirken

zwischen dem Ausschreibenden und einem bietenden Unternehmen das Merkmal der *rechtswidrigen* Absprache nicht erfüllt und von § 298 StGB nicht erfasst wird.

Aus kriminalpolitischer Sicht ist dieses Resultat nicht zu beanstanden. Insbesondere sind keine Strafbarkeitslücken zu befürchten, da vertikale Absprachen – auch bei Ausschreibungen der öffentlichen Hand<sup>43</sup> – in der Regel (auch<sup>44</sup>) vom Tatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 StGB, der wie § 298 StGB dem Schutzgut Wettbewerb dient,<sup>45</sup> erfasst werden.<sup>46</sup>

### 3. Abgabe des Angebots

Ein weiteres, häufig diskutiertes Problem des § 298 StGB ist die Bestimmung des genauen Zeitpunkts der Angebotsabgabe.<sup>47</sup> Diesem Moment, der zugleich die Vollendung der Tat markiert, kommt – wegen der fehlenden Versuchsstrafbarkeit – in Grenzfällen entscheidende Bedeutung zu. In Rechtsprechung und Lehre werden hierzu unterschiedliche Ansätze vertreten, die sich wie folgt skizzieren lassen:

Nach der weitesten, von *König* vertretenen Auffassung, sind für § 298 StGB die im Zivilrecht zur Abgabe von Willenserklärung geltenden Kriterien entsprechend anzuwenden.<sup>48</sup> Abgabe liegt demnach bereits vor, wenn der Täter das Angebot willentlich in Richtung des Ausschreibenden in den Verkehr bringt.<sup>49</sup>

Die h.M. sieht hingegen das Angebot erst als abgegeben an, wenn es dem Veranstalter so zugeht, dass es bei ordnungsgemäßem Ablauf im Ausschreibungsverfahren berücksichtigt werden kann.<sup>50</sup> Annahme oder Kenntnissnahme des Veranstalters vom Angebotsinhalt seien dabei nicht erforderlich.<sup>51</sup>

*Wolters* erwägt schließlich, für die Interpretation des Begriffs der Abgabe auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist<sup>52</sup> oder sogar des Eröffnungstermins<sup>53</sup> abzustellen,<sup>54</sup>

<sup>35</sup> Eingehend zur Funktions- und Vorgehensweise horizontaler und vertikaler Submissionskartelle *Satzger*, *Der Submissionsbetrug*, 1994, S. 38 ff., 217 ff.

<sup>36</sup> Vgl. *Heine* (Fn. 26), § 298 Rn. 11; *Tröndle/Fischer* (Fn. 10), § 298 Rn. 9.

<sup>37</sup> Vgl. *Rudolphi* (Fn. 8), § 298 Rn. 8.

<sup>38</sup> Vgl. *Greeve* (Fn. 6), Rn. 373 f.; *Heine* (Fn. 26), § 298 Rn. 11; *Tiedemann* (Fn. 8), § 298 Rn. 16, 34.

<sup>39</sup> Vgl. BGHSt 49, 201 (206 f.) = wistra 2005, 29 = JZ 2005, 49 m. zust. Anm. *Dannecker*; fortgef. von BGH wistra 2005, 29; BGH NSStZ 2006, 687 = wistra 2006, 385 (386).

<sup>40</sup> Vgl. BT-Drs. 13/5584, S. 14.

<sup>41</sup> Vgl. *Lackner/Kühl*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2007, § 298 Rn. 3; *Kosche* (Fn. 15), S. 153 f.

<sup>42</sup> Vgl. BT-Drs. 13/5584, S. 14; *Grützner* (Fn. 16), S. 524 f. m.w.N. Diese Einschränkung folgt zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 298 Abs. 1 StGB, jedoch aus der Überschrift der Vorschrift („wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen“), vgl. BGHSt 49, 201 (205); *Kosche* (Fn. 15), S. 153.

<sup>43</sup> Vgl. BGHSt 2, 396 (403 f.); BGH NSStZ 1994, 277; *Dannecker* (Fn. 6), § 299 Rn. 26.

<sup>44</sup> Ebenfalls einschlägig sind hier regelmäßig die §§ 331 ff. StGB.

<sup>45</sup> Vgl. *Tiedemann* (Fn. 8), § 299 Rn. 5; *Tröndle/Fischer* (Fn. 10), § 298 Rn. 2 m.w.N.

<sup>46</sup> Ähnlich BGHSt 49, 201 (205).

<sup>47</sup> Unter einem Angebot versteht man die Erklärung gegenüber dem Veranstalter, wonach der Täter die Lieferung der Waren oder die Erbringung der Leistung, welche die Ausschreibung zum Gegenstand hat, zu einem bestimmten Preis anbietet, sodass grundsätzlich ohne weiteres ein Zuschlag erfolgen, das Angebot also angenommen werden kann, vgl. *Wedlich* (Fn. 5), S. 107 f.; *Dannecker* (Fn. 6), § 298 Rn. 39.

<sup>48</sup> Vgl. *König*, JR 1997, 397 (402).

<sup>49</sup> Vgl. *Heinrichs*, in: Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 66. Aufl. 2007, § 130 Rn. 4.

<sup>50</sup> Vgl. BGH NSStZ 2003, 548; *Otto*, wistra 1999, 41 (42); *Dannecker* (Fn. 6), § 298 Rn. 41 m.w.N.

<sup>51</sup> Vgl. *Grützner* (Fn. 16), S. 517; *Tiedemann* (Fn. 8), § 298 Rn. 31.

<sup>52</sup> Vgl. § 18 VOB/A.

<sup>53</sup> Vgl. § 22 VOB/A.

da dem Veranstalter zugegangene Angebote bis zum Ablauf der Angebotsfrist noch zurückgezogen werden können.

Gegen den restriktiven Ansatz *Wolters'* spricht, dass die zur Vollendung eines konkreten Gefährdungsdelikts maßgebliche Intensität der Gefahr für das Rechtsgut<sup>54</sup> bei § 298 StGB nicht erst mit Fristablauf oder Öffnung der Angebote, sondern bereits mit Zugang des Angebots beim Ausschreibenden eintritt. Schon ab diesem Zeitpunkt ist eine Wettbewerbschädigung hinreichend wahrscheinlich und ihr Ausbleiben nur noch „vom Zufall abhängig“<sup>56</sup>. Die Angebotsrücknahme vor Fristablauf stellt deshalb keinen für die Tatvollendung entscheidenden Umstand, sondern einen unter § 298 Abs. 3 StGB<sup>57</sup> zu subsumierenden Fall tätiger Reue dar.<sup>58</sup>

Es bleibt damit nur zu klären, ob mit der Ansicht *Königs* über die h.M. hinaus bereits auf die zivilrechtliche Abgabe des Angebots abzustellen ist. Diese Auffassung lässt dem Schutzgut Wettbewerb einen weit reichenden Schutz angeeignet und steht somit im Einklang mit dem gesetzgeberischen Ziel einer effektiven Bekämpfung der Korruptionskriminalität<sup>59</sup>. Hingegen kann der für die Vollendung eines konkreten Gefährdungsdelikts erforderliche Gefährlichkeitsgrad frühestens dort angenommen werden, wo die Möglichkeit einer Rechtsgutsbeeinträchtigung tatsächlich besteht. Dies aber ist, wenn das Angebot zwar im zivilrechtlichen Sinn abgegeben wurde, der Ausschreibende jedoch nicht einmal theoretisch die Möglichkeit zur Kenntnisnahme hat,<sup>60</sup> nicht der Fall.<sup>61</sup> Die Auffassung *Königs* entspricht damit der Schaffung einer vom Gesetzgeber nicht vorgesehenen Versuchsstrafbarkeit.

Mit der h.M. gilt ein Angebot deshalb als abgegeben, wenn es auf Veranlassung des Täters derart in den Machtbereich des Ausschreibenden gelangt, dass nach normalen Umständen mit seiner Kenntnisnahme zu rechnen ist.

#### 4. Täterkreis

Umstritten ist auch die Frage, welche Personen Täter des § 298 StGB sein können. Da der Gesetzeswortlaut insoweit keine Einschränkung vornimmt, kann Täter nach zutreffender h.M. grundsätzlich jeder sein, der ein nach § 298 StGB qualifiziertes Angebot abgibt. Die Vorschrift ist also ein Allgemein delikt und kein Sonderdelikt.<sup>62</sup> Möglicherweise gebieten jedoch systematische oder teleologische Erwägungen eine Einschränkung des Täterkreises auf bestimmte Personen oder Personengruppen.

*Tiedemann* u.a. fordern die Verengung des Täterkreises: Außenseiter, die selbst nicht an der Kartellabsprache beteiligt sind<sup>63</sup> und Hilfspersonen des Anbietenden<sup>64</sup> sollen nicht erfasst werden.

Hinsichtlich der Abgabe eines Angebots durch Hilfspersonen verdient diese Ansicht Zustimmung. Sekretärinnen, Praktikanten, Büroboten u.ä. geben das Angebot regelmäßig in Erfüllung der gegenüber ihren Dienstherrn bestehenden Pflichten ab. Sollten die genannten Personen überhaupt in Kenntnis von der kartellrechtswidrigen Übereinkunft handeln, fehlt ihnen jedenfalls die für eine (Mit-)Täterschaft erforderliche Tatherrschaft.<sup>65</sup>

Anders liegt es hingegen in Fällen, in denen das Angebot durch Außenseiter abgegeben wird.

Beispiel: Bauunternehmer B erfährt von einer Kartellabsprache der Konkurrenten K 1 und K 2 im Rahmen einer städtischen Ausschreibung um den Ausbau eines Fußballstadions. Da er weiß, dass seine Mitstreiter Angebote i.H.v. € 52 Mio. (K 1) und € 54 Mio. (K 2) abgeben werden, reicht B ein Angebot zu € 48 Mio. ein. Ursprünglich hatte B mit Kosten i.H.v. € 42 Mio. kalkuliert und geplant, ein Angebot in dieser Höhe abzugeben.

*Tiedemann* hält die Beschränkung des Tatbestands auch hier für notwendig. Die Gefährlichkeit von Submissionsabsprachen liege nicht in der Möglichkeit der geheimen Kenntniserlangung Dritter und deren einseitiger Angebotsanpassung, sondern in der Verwirklichung der Absprachen durch die Vertragspartner bzw. dem damit einhergehenden Erfolg der Wettbewerbsbeschränkung.<sup>66</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass es für die Beeinträchtigung des Schutzguts „Wettbewerb“ nicht darauf ankommt, ob dieses durch die Angebotsabgabe eines Kartellmitglieds oder eines an der Absprache Unbeteiligten herabgesetzt wird. Auch ist nicht einzusehen, weshalb ein Dritter, der möglicherweise sogar gezielt von der Absprache Kenntnis erlangt, und sich diese in derselben

<sup>54</sup> Vgl. *Wolters*, JuS 1998, 1100 (1102).

<sup>55</sup> Eingehend dazu *Roxin* (Fn. 12), § 11 Rn. 148.

<sup>56</sup> Vgl. BGH NStZ 1996, 83; NStZ-RR 1997, 18; *Roxin* (Fn. 12), § 11 Rn. 151 m.w.N.

<sup>57</sup> Gemäß § 298 Abs. 3 StGB bleibt straffrei, wer freiwillig die Angebotsannahme oder die spätere Leistungserbringung durch den Auftraggeber verhindert bzw. sich bei Ausbleiben der Angebotsannahme oder der Erbringung der Leistung aus anderen Gründen freiwillig und ernsthaft bemüht, die Annahme des Angebots oder das Erbringen der Leistung des Ausschreibenden zu verhindern. Kritisch zur Ausgestaltung dieser Regelung *Tröndle/Fischer* (Fn. 10), § 298 Rn. 11.

<sup>58</sup> Für *Otto* folgt dies bereits aus der Natur des § 298 StGB als Äußerungsdelikt, vgl. *Otto*, wistra 1999, 41 (42); zust. *Wedlich* (Fn. 5), S. 113.

<sup>59</sup> Vgl. BT-Drs. 13/5584, S. 8.

<sup>60</sup> Etwa, weil sich das Angebot noch auf dem Postweg befindet.

<sup>61</sup> In Betracht kommt hier indes eine Strafbarkeit wegen versuchten Betruges. Zum Verhältnis der §§ 263, 298 StGB zueinander unten III. 6.

<sup>62</sup> Vgl. *Greeve* (Fn. 6), Rn. 386; *Heine* (Fn. 26), § 298 Rn. 17.

<sup>63</sup> Vgl. *Tiedemann* (Fn. 8), § 298 Rn. 17; zust. wohl *Dannecker* (Fn. 6), § 298 Rn. 51, 62; offen gelassen in BGHSt 49, 201 (208).

<sup>64</sup> Vgl. *Tiedemann* (Fn. 8), § 298 Rn. 18; zust. *Dannecker* (Fn. 6), § 298 Rn. 23.

<sup>65</sup> Vgl. hierzu BGHSt 47, 383 (385); *Lackner/Kühl* (Fn. 41), Vor § 25 Rn. 6 m.w.N. Gleiches gilt für das von der älteren Rechtsprechung verlangte „eigene Interesse am Taterfolg“, vgl. nur BGHSt 28, 236 (240).

<sup>66</sup> Vgl. *Tiedemann* (Fn. 8), § 298 Rn. 17; zust. *Dannecker* (Fn. 6), § 298 Rn. 62.

korrupten Art zu Nutze macht, wie die an ihr Beteiligten, diesen gegenüber privilegiert werden sollte.<sup>67</sup>

Letztlich überzeugt auch das systematische Argument *Tiedemanns* nicht, Täter des § 298 StGB könnten schon deshalb nur an der Absprache Beteiligte sein, weil einseitige Anpassungen an wettbewerbsbeschränkendes Verhalten anderer vom Kartellverbot des § 1 GWB nicht erfasst würden.<sup>68</sup> Zwar besteht an der inhaltlichen Richtigkeit dieser Aussage bezüglich § 1 GWB kein Zweifel. Jedoch pönalisiert § 298 StGB nicht die Beteiligung an der Absprache, sondern die Abgabe eines hierauf beruhenden Angebots.<sup>69</sup> Die Frage nach dem Täterkreis ist deshalb von der vorab behandelten<sup>70</sup> Frage danach, wer Mitglied einer tatbestandsmäßigen Absprache sein kann, getrennt zu betrachten.<sup>71</sup>

Für die von *Tiedemann* vorgeschlagene Einschränkung des Tatbestands um Außenseiter besteht somit weder aus teleologischer noch aus systematischer Sicht Raum. Täter des § 298 StGB können auch an der Absprache Unbeteiligte sein.

### 5. Teleologische Reduktion um Quoten- und Erhaltungskartelle?

Diskutiert wird ferner eine teleologische Reduktion des § 298 StGB in Fällen, in denen die Submissionsabsprache nicht auf die Erzielung eines über dem (hypothetischen) Marktwert liegenden Preises abzielt.<sup>72</sup> Diese Konstellation betrifft zu meist Fälle sog. Quoten- und Erhaltungskartelle, deren Motivation nicht in der gesteigerten Gewinnerzielung, sondern in der Sicherung der Auftragslage einzelner Unternehmen, der Abwehr eines ruinösen Branchenwettbewerbs oder der gleichmäßigen Auslastung vorhandener Kapazitäten liegt.

Beispiel: Die Bauunternehmer B 1, B 2 und B 3 nehmen regelmäßig an städtischen Ausschreibungen teil. Damit sie den Einsatz ihrer Arbeitsmittel besser planen können, einigen sie sich im Vorfeld einzelner Ausschreibungen, wer von ihnen den Zuschlag erhalten soll. Der jeweils Auserwählte reicht dabei ein Angebot in Höhe der tatsächlich kalkulierten (günstigsten) Baukosten ein, während die verbleibenden beiden Unternehmer deutlich überhöhte Angebote abgeben, um dem Begünstigten den Zuschlag zu sichern.

<sup>67</sup> Ähnlich nur *Tröndle/Fischer* (Fn. 10), § 298 Rn. 14, jedoch betreffend den aus dem Kartell aussteigenden Täter, der seine Kenntnisse weiterhin zu seinem Vorteil nutzt. Ein durch die fehlende Beteiligung an der Absprache geringerer Handlungsunwert wird hier jedenfalls dadurch relativiert, dass der Dritte neben dem Ausschreibenden auch die Kartellmitglieder hintergeht – wobei über deren Schutzbedürftigkeit freilich gestritten werden darf.

<sup>68</sup> Vgl. *Tiedemann* (Fn. 8), § 298 Rn. 17; ebenso *Wedlich* (Fn. 5), S. 160.

<sup>69</sup> Die Absprache als solche hingegen ist gemäß § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB lediglich bußgeldbewehrt.

<sup>70</sup> Vgl. oben III. 2.

<sup>71</sup> Dies stellt *Tiedemann* selbst zuvor ausdrücklich fest, vgl. *Tiedemann* (Fn. 8), § 298 Rn. 16.

<sup>72</sup> Vgl. *Otto*, ZRP 1996, 300 (302); ähnlich *ders.*, wistra 1999, 41 (46); s. auch *Diehl*, BauR 1993, 1 (2).

Für eine Beschränkung des § 298 StGB in diesen Fällen spricht, dass der Staat in Branchen mit hoher Ausschreibungshäufigkeit auf der Nachfrageseite regelmäßig monopolartig auftritt. Die Erstellung individueller Angebote verursacht hingegen für die bietenden Unternehmen nicht unerhebliche Kosten, die bei Nichterhalt des Auftrages vergeblich aufgewendet werden. Vor diesem Hintergrund mag reinen Quoten- oder Erhaltungskartellen tatsächlich ein geringerer Handlungsunwert zugrunde liegen, als Preiserhöhungskartellen. Nicht zu Unrecht weist *Otto* zudem darauf hin, dass die mit ihnen einhergehende gesteigerte Koordination der Kapazitäten zu Kosteneinsparungen führen kann. Diese resultierten letztlich in günstigeren Angeboten für den Nachfrager, was gerade im Interesse eines leistungsgerechten Wettbewerbs liege.<sup>73</sup>

Ob dadurch eine tatbestandsmäßige Einschränkung des § 298 StGB gerechtfertigt ist, erscheint dennoch zweifelhaft. Zunächst lässt die Argumentation *Ottos* außer Acht, dass primäres Schutzgut der Vorschrift nicht das Vermögen des Ausschreibenden, sondern die Freiheit des Wettbewerbs – vor unlauteren, nicht offenbarten Einflüssen<sup>74</sup> – ist. Dass dieses Rechtsgut in den fraglichen Fällen nicht ebenso beeinträchtigt wird, wie durch Preiserhöhungskartelle, ließe sich aus wettbewerbstheoretischer Sicht allenfalls damit begründen, dass Quoten- und Erhaltungskartelle beinahe ausschließlich in durch oligopolistische Strukturen geprägten Marktsegmenten auftreten. Gerade die für die Bauwirtschaft typischen sog. engen Oligopole sind durch eine kleine Anzahl relativ großer Anbieter, ein hohes Maß an Gruppensolidarität und nichtrivalisierendes – aber legales – Parallelverhalten gekennzeichnet.<sup>75</sup> Man könnte daher argumentieren, Wettbewerb entfalte hier von vornherein keine besondere Intensität und könne folglich auch nicht in nennenswertem Ausmaß beeinträchtigt werden. Zum einen aber vernachlässigt diese Sichtweise, dass sich das nicht kompetitive Parallelverhalten meist nur auf den Preis bezieht, während hinsichtlich der übrigen Aktionsparameter (Qualität etc.) regelmäßig lebhafter Wettbewerb herrscht. Zum anderen lässt sie außer Acht, dass das Ausschreibungsverfahren in seiner gesetzlichen Ausgestaltung das allgemeine Prinzip wirtschaftlichen Leistungswettbewerbs konkretisiert und dieses zum alleinigen Maßstab für die Findung des „richtigen“ Preises für das Ausschreibungsobjekt erhebt.<sup>76</sup> Das besondere volkswirtschaftliche Schädigungspotential von Quoten- und Erhaltungskartellen besteht ferner darin, dass gerade die Erhaltung unrentabler Kapazitäten zu ineffizienten Branchenstrukturen führt. Diese können mittel- bis langfristig die volkswirtschaftliche Produktivität ganzer Wirtschaftszweige und die Leistungsfähigkeit der gesamten deutschen Volkswirtschaft im internationalen Leistungswettbewerb (Stichwort: Globalisierung) schädigen.

<sup>73</sup> Vgl. *Otto*, ZRP 1996, 300 (302).

<sup>74</sup> Vgl. oben II. 1.

<sup>75</sup> Sog. nichtkompetitives Oligopol, vgl. *Bartling/Luzius*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 15. Aufl. 2004, S. 104 f.

<sup>76</sup> Vgl. *Dannecker* (Fn. 6), § 298 Rn. 4.

Letztlich überzeugt auch ein die Rechtsanwendung betreffendes, von den Vertretern der Gegenansicht – soweit ersichtlich – bislang vernachlässigtes Argument gegen die Vornahme einer teleologischen Reduktion des § 298 StGB im Sinne *Ottos*. In der Praxis nämlich dürfte ein Bereicherungsvorsatz der Absprechenden ähnlich schwer zu beweisen sein, wie ein tatsächlich entstandener Vermögensschaden des Ausschreibenden. Die Existenz eines Quoten- oder Erhaltungskartells würde regelmäßig zur Schutzbehauptung der Absprechenden, die in Verbindung mit dem strafprozessualen Zweifelssatz (in dubio pro reo) Strafbarkeitslücken provozierte. § 298 StGB würde praktisch ausgehöhlt und die erklärte Absicht des Gesetzgebers, mit der Vorschrift einen vom Schadensnachweis – bzw. einem entsprechenden Vorsatz – unabhängigen Tatbestand zu schaffen,<sup>77</sup> konterkariert.

#### 6. Das Verhältnis von § 298 zu § 263 StGB

Ausgangspunkt der jüngeren Diskussion über die strafrechtliche Behandlung von Submissionskartellen, die zur Schaffung des § 298 StGB führte, war die Tatsache, dass Submissionsabsprachen lange Zeit straflos blieben, da den Tatgerichten der für die Verurteilung wegen Betruges gemäß § 263 StGB erforderliche Schadensnachweis nicht gelang. Zwar hatte der BGH den Anwendungsbereich des Betrugstatbestandes in den beiden sog. Rheinausbau-Entscheidungen<sup>78</sup> ausgedehnt, indem er die Feststellung eines Vermögensschadens des Ausschreibenden – anstelle des traditionellen Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung – unter Zuhilfenahme eines hypothetischen Markt- bzw. Wettbewerbspreises für zulässig erklärte. Auch wenn sich ein solcher im Einzelfall nicht exakt bestimmen ließe, könne anhand bestimmter Indizien<sup>79</sup> mit ausreichender Sicherheit darauf geschlossen werden, dass der tatsächlich verlangte Preis über dem hypothetischen Marktpreis liege, ein Vermögensschaden des Ausschreibenden also entstanden sei.<sup>80</sup> Entgegen der im Schrifttum gegen diese sog. Indizienlösung<sup>81</sup> erhobenen Kritik<sup>82</sup> hält der BGH an seinem Weg der Schadensermittlung auch nach Einführung des § 298 StGB fest. In neueren Entscheidungen lässt er sogar allein die Existenz sog. Ausgleichs- oder Schmiergeldzahlungen an andere Kartellmitglieder als Nachweis für das Vorliegen eines entsprechenden Mindestschadens des Ausschreibenden genügen.<sup>83</sup> Kommt eine Betrugsstrafbarkeit bei Submissionsabsprachen auf Grundlage der höchstrichterlichen Rechtsprechung somit weiterhin in

Betracht, stellt sich die Frage des Verhältnisses beider Tatbestände zueinander.

Festzuhalten sind zunächst die zwischen beiden Tatbeständen bestehenden Überschneidungen. Im Regelfall dürfte § 298 StGB neben § 263 StGB verwirklicht sein.<sup>84</sup> Außerhalb dieser Schnittmenge sind vor allem Fälle denkbar, in denen § 298 StGB ohne § 263 StGB erfüllt ist, was auf das Fehlen eines (nachweisbaren) Vermögensschadens oder den früheren Vollendungszeitpunkt der Angebotsabgabe bei § 298 StGB zurückzuführen sein kann.<sup>85</sup> Umgekehrt dürften Fälle von Submissionsabsprachen, in denen § 263 StGB ohne § 298 StGB verwirklicht wird, eher die Ausnahme darstellen.<sup>86</sup>

Auf Konkurrenzebene verstehen Teile der Literatur § 298 StGB als *lex specialis* zu § 263 StGB.<sup>87</sup> Die h.M. hingegen hält beide Tatbestände für nebeneinander anwendbar<sup>88</sup> und nimmt Tateinheit an.<sup>89</sup> Wiederum andere betrachten § 298 StGB als subsidiär gegenüber § 263 StGB.<sup>90</sup>

Für den zuerst genannten Ansatz lässt sich anführen, dass § 298 StGB das Vermögen des Ausschreibenden mitschützt,<sup>91</sup> die Vorschrift also wenigstens auch dem Schutzgut des § 263 StGB<sup>92</sup> dient. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der Tatbestand des § 298 StGB keine Regelbeispiele besonders schwerer Fälle und keine Qualifikationen vorsieht. Da bei Submissionsabsprachen jedoch regelmäßig Gewerbsmäßigkeit (§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 StGB) und/oder eine Bandentat (§ 263 Abs. 5 StGB) vorliegen dürfte, sollte § 263 StGB neben § 298 StGB anwendbar bleiben, um das in diesen Regelungen enthaltene Unrecht abzugelten.<sup>93</sup>

<sup>84</sup> *Götting/Götting* bezeichnen § 263 StGB sogar als „notwendige Begleitatt“ zu § 298 StGB, vgl. *Götting/Götting*, ZfBR 2003, 341 (349).

<sup>85</sup> Unzutreffend ist deshalb der Einwand *Götting/Göttings*, § 298 StGB verfüge gegenüber § 263 StGB über „keinen nennenswerten eigenen Anwendungsbereich“, vgl. *Götting/Götting*, ZfBR 2003, 341 (345). In den zuletzt genannten Fällen dürfte § 263 StGB – beim Vorliegen eines Schädigungsvorsatzes und einer Bereicherungsabsicht – indes das strafbare Versuchsstadium erreicht haben.

<sup>86</sup> Hierfür bleiben etwa die Fälle kollusiven Zusammenwirkens von Mitarbeitern des Veranstalters und lediglich einem Anbieter. Hier mag ein Betrug zu Lasten des Ausschreibenden zwar gegeben sein. Wie gezeigt ist § 298 StGB in diesen Fällen – mangels Rechtswidrigkeit der Absprache – jedoch nicht erfüllt, vgl. oben III. 2.

<sup>87</sup> Vgl. *Krey/Hellmann*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 14. Aufl. 2005, Rn. 534b; *Walter*, JZ 2002, 254 (256); *ders.*, GA 2001, 131 (137).

<sup>88</sup> Vgl. *Grützner* (Fn. 16), S. 536 f.; *Tiedemann* (Fn. 8), § 298 Rn. 51 – jeweils m.w.N.; s. auch BT-Drs. 13/5584, S. 14.

<sup>89</sup> Vgl. *Dannecker* (Fn. 6), § 298 Rn. 70; *Tröndle/Fischer* (Fn. 10), § 298 Rn. 22 m.w.N.

<sup>90</sup> Vgl. *Maurach/Schröder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2005, § 68 Rn. 9.

<sup>91</sup> Vgl. oben II. 1.

<sup>92</sup> Hierzu *Tröndle/Fischer* (Fn. 10), § 263 Rn. 3 m.w.N.

<sup>93</sup> Ähnlich *Walter*, JZ 2002, 254 (256).

<sup>77</sup> Vgl. BT-Drs. 13/5584, S. 13.

<sup>78</sup> Vgl. das Urteil vom 8.1.1992 (BGHSt 38, 186) und den Beschluss vom 31.8.1994 (BGH wistra 1994, 346).

<sup>79</sup> Vgl. BGHSt 38, 186 (193 f.).

<sup>80</sup> Vgl. Eingehend zu den Möglichkeiten der Schadensfeststellung in Fällen von Submissionsbetrug *Satzger* (Fn. 35), S. 66 ff.; zusammenfassend *Rönnau*, JuS 2002, 545 (547 ff.).

<sup>81</sup> Vgl. *Satzger* (Fn. 35), S. 125.

<sup>82</sup> Vgl. etwa *Bartmann*, Der Submissionsbetrug, 1997, S. 49 ff.; *Lüddersen*, wistra 1995, 243.

<sup>83</sup> Vgl. BGHSt 47, 83 (88) = NStZ 2001, 540 = JR 2002, 389 m. Anm. *Satzger*.

Umgekehrt schützt § 298 StGB nicht nur das Vermögen des Veranstalters, sondern primär den freien Wettbewerb,<sup>94</sup> was gegen eine Subsidiarität des § 298 StGB i.S. der zuletzt genannten Ansicht spricht. Überdies vernachlässigen deren Vertreter, dass der Gesetzgeber mit § 298 StGB – im Gegensatz zum im Gesetzesentwurf des Bundesrates vorgeschlagenen Tatbestand des „Ausschreibungsbetruges“ gemäß § 264b StGB<sup>95</sup> – auf eine formelle Subsidiaritätsklausel gerade verzichtet hat.

Im Ergebnis ist deshalb Tateinheit und echte (ungleichartige) Idealkonkurrenz zwischen § 298 und § 263 StGB anzunehmen.

#### IV. Zusammenfassung und Ausblick

Die Ausführungen verdeutlichen, dass die praktische Anwendung des § 298 StGB auch ein Jahrzehnt nach dessen Einführung noch zahlreiche Fragen aufwirft. Die daraus resultierenden Problemstellungen sind jedoch lösbar, wenn man die mit dem Rechtsgut Wettbewerb naturgemäß eng verbundenen wirtschaftlichen Aspekte in die Bewertung einbezieht. Im Übrigen gilt es hier, die seitens der Rechtsprechung vielfach noch ausstehenden Stellungnahmen abzuwarten.

Über die zukünftige Entwicklung des Kartell(straf)rechts und insbesondere darüber, ob sich vor dem Hintergrund der starken wirtschaftlichen Gefährdung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen ein allgemeiner Trend zur Kriminalisierung des Kartellrechts ausmachen lässt, kann an dieser Stelle allenfalls spekuliert werden. Eine einheitliche internationale Entwicklung, gerade innerhalb Europas, lässt sich derzeit jedenfalls nicht feststellen. Frankreich etwa stellt Kartellabsprachen ebenso wie den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen generell unter Strafe, soweit mit ihnen eine Absicht der Preisbeeinflussung verbunden ist.<sup>96</sup> Die Wettbewerbsgesetze von Spanien und Italien hingegen beschränken sich grundsätzlich auf die Verhängung von Geldbußen; beide Länder haben jedoch einen dem deutschen § 298 StGB vergleichbaren Straftatbestand.<sup>97</sup> Und während zahlreiche Kartellrechtsverstöße in Österreich unlängst entkriminalisiert, also auf Ordnungswidrigkeiten herabgestuft wurden, hat man mit § 168b öStGB<sup>98</sup> im Gegenzug auch hier einen auf Submissionsabsprachen zugeschnittenen Tatbestand geschaffen.<sup>99</sup>

Im Hinblick auf den wachsenden internationalen Standortwettbewerb stellt sich die Frage, inwieweit eine zunehmende Kriminalisierung des Kartellrechts aus volkswirtschaftlicher Sicht tatsächlich sinnvoll ist. Es bedarf keiner besonderen Hervorhebung, dass zu erwartende strafrechtliche Sanktionen kartellrechtlich relevanter Verhaltensweisen die Wettbewerbsfähigkeit – und damit die Standortwahl – international tätiger Unternehmen ebenso beeinflussen wie beispielsweise Steuerbelastungen, Umweltauflagen oder das jeweilige nationale Arbeitsrecht. Insoweit können die mit der Pönalisierung wettbewerbswidrigen Verhaltens beabsichtigten positiven Auswirkungen leicht ins Gegenteil umschlagen, wenn Unternehmen nationale Standorte aufgrund der dort geltenden strafrechtlichen Bestimmungen meiden. Andererseits gilt es auch hier, der Gefahr eines „raise-to-the-bottom“-Wettbewerbs, also eines gegenseitigen Unterbietens der Länder bei der strafrechtlichen Behandlung kartellrechtswidriger Verhaltensweisen, das die Korrumpierung des gesamten Wirtschaftsverkehrs zur Folge hätte, entgegenzuwirken. Auf lange Sicht wäre eine einheitliche, zumindest alle EU-Mitgliedstaaten bindende internationale Vorgabe zu begrüßen.<sup>100</sup>

---

<sup>94</sup> Vgl. oben II. 1.

<sup>95</sup> Vgl. BT-Drs. 13/3353, S. 5, 10.

<sup>96</sup> Vgl. Art. L. 420-6 des französischen Code de Commerce. Daneben existiert seit 1994 ein Sondertatbestand der Manipulation öffentlicher Ausschreibungen, vgl. Art. 313-6 des Code Pénal.

<sup>97</sup> Vgl. Art. 353 des italienischen Codice Penale und Art. 262 des spanischen Código Penal.

<sup>98</sup> Eingeführt durch Bundesgesetz mit Wirkung zum 1.7.2002, vgl. BGBl. I für die Republik Österreich, Nr. 62/2002.

<sup>99</sup> Eingehend zum europäischen Kartellstrafrecht und internationalen Tendenzen *Dannecker*, in: Schick/Hilf (Hrsg.), Kartellstrafrecht, 2007, S. 31 ff.

---

<sup>100</sup> Zum Vorschlag der EG-Kommission zur Einführung eines Straftatbestandes gegen „betrügerisches und unfaires wettbewerbsbeschränkendes Verhalten bei öffentlichen Ausschreibungen auf dem gemeinsamen Markt“ (ABl. EG Nr. C 253/3 v. 4.9.2000), *Tiedemann* (Fn. 8), Vor § 298 Rn. 1, 12.