

FESTSCHRIFT FÜR
RUDOLF RENGIER
ZUM 70. GEBURTSTAG

Herausgegeben von

Bernd Hecker
Bettina Weißer
Christian Brand

2018



Auch vertikale Absprachen bei Ausschreibungen sind strafbar – Karlsruhe locuta, causa finita?

I. Debatte und Entscheidung des BGH als vorläufiger Schlusspunkt

Absprachen unter Bietern bei einer Ausschreibung stuft der Gesetzgeber als besonders sozialschädlich ein und will sie daher nicht nur über das Kartellverbot als *Ordnungswidrigkeit* erfassen, sondern auch über § 298 StGB als *Straftat*.¹ Mitunter beteiligen Bieter bei der Umsetzung ihrer Absprache zusätzlich einen Mitarbeiter des Veranstalters. Beispielsweise versuchen Bieter, über den Veranstalter die an der Ausschreibung beteiligten Unternehmen in Erfahrung zu bringen, um diese sodann in ihr Kartell einzubinden. Daneben gibt es Fälle, in denen sich nicht die Bieter untereinander absprechen, sondern vielmehr ein Bieter allein beim Veranstalter einen Vorteil für sich herauszuschlagen sucht. So erfährt er beispielsweise über den Veranstalter Details konkurrierender Angebote und passt sein Angebot entsprechend an.

Ist der Veranstalter an der Absprache beteiligt, wird von einem „vertikalen“ Element gesprochen. Dieses kommt in zwei Grundkonstellationen vor: Es kann – wie in dem ersten Beispiel – *neben* eine horizontale Bieterabsprache treten oder – wie in dem zweiten Beispiel – *an ihre Stelle*. Bei Schaffung des § 298 StGB hatte der Gesetzgeber vertikale Absprachen bei Ausschreibungen unter Beteiligung des Veranstalters nicht vor Augen.² Dennoch fragt sich, ob auch sie den Straftatbestand erfüllen.

Die Frage hat hohe praktische Relevanz, wird gar als „eine der zentralen Fragen des Wettbewerbsstrafrechts“ gesehen.³ Sie kann darüber entscheiden, ob sich Mitarbeiter eines Bieters oder Veranstalters der Strafverfolgung aussetzen. Denn andere Strafnormen sind in solchen Fällen nicht immer einschlägig: Eine Strafbarkeit wegen Betrugs bzw. Untreue scheitert oft an der fehlenden Beweisbarkeit des Vermögensschadens.⁴ Und die an sich bei einer Beteiligung des Veranstalters naheliegenden Bestechungsdelikte scheiden oft aus, weil dem Veranstalter im Gegenzug für seine Leistung nicht immer ein „Vorteil“ im Sinne der Bestechungsdelikte wie etwa eine Schmiergeldzahlung gewährt wird. So kann dem Veranstalter oder einem von ihm beauftragten Planungsbüro daran gelegen sein, einen bestimmten Bieter zu bevorzugen, weil sie schon oft mit ihm zusammen gearbeitet haben und so einen reibungslosen Ablauf des Projekts sicherstellen möchten. Oder der Veranstalter möchte einer deutschen Firma den Vorzug vor einer ausländischen Firma geben bzw. – bei kleineren Projekten – einer ortsansässigen Firma den Vorzug vor einer auswärtigen.

Die Frage nach der Strafbarkeit vertikaler Submissionsabsprachen ist dementsprechend seit der Schaffung des § 298 StGB im Jahr 1997 in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Der Vierte Senat des BGH widmete sich der Frage im Jahre 2004 ausführlich und verneinte eine Strafbarkeit des Veranstalters.⁵ Dem schloss sich der Zweite Senat 2006 an.⁶ Für Aufsehen sorgte die Kehrtwende des BGH durch den Zweiten Senat im Jahre 2012, der verti-

¹ BT-Drs. 13/5584, 13f.

² BT-Drs. 13/5584, 13f., siehe zudem unten III. 2.

³ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Dannecker, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, § 298 Rn. 61.

⁴ BT-Drs. 13/5584, 13; MüKoStGB/Hohmann, 2. Aufl. 2014, § 298 Rn. 102.

⁵ BGH NJW 2004, 2761.

⁶ BGH NStZ 2006, 687.

kale Absprachen als Fall des § 298 StGB einstufte.⁷ Er setzte sich nicht mit den Vorgängerentscheidungen auseinander, sondern verwies lediglich knapp auf die zwischenzeitlich erfolgte Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die das Kartellverbot auf Vertikal-kartelle erweitert habe.⁸ Dieser Ansicht folgte der Erste BGH-Senat im Jahr 2015.⁹ Die Literatur ist weiterhin geteilt,¹⁰ sieht aber zumindest für die Praxis mit den beiden neueren Entscheidungen des BGH einen vorläufigen Schlusspunkt der Debatte erreicht.¹¹ Gilt also: Karlsruhe locuta, causa finita?

Keineswegs. Bei näherer Betrachtung sind nach wie vor zentrale Fragen offen, denen vorliegend nachgegangen werden soll:¹² Die beiden neueren Entscheidungen betreffen beide die erste der eingangs genannten zwei Grundkonstellationen, in der eine vertikale Absprache mit einer Bieterabsprache einhergeht. Ordnet man sämtliche Urteile zur Frage der Tatbestandsmäßigkeit vertikaler Absprachen einmal nach den beiden Grundkonstellationen, zeigt sich, dass die Rechtsprechung demgegenüber § 298 StGB durchweg abgelehnt hat, wenn nur eine isolierte vertikale Absprache ohne Bieterkartell vorlag (II.). Es stellt sich daher die Frage, ob die neuere, zu gemischt horizontal-vertikalen Konstellationen ergangene, Rechtsprechung auf die bislang nicht als strafwürdig eingestuft rein vertikalen Konstellationen übertragen werden kann. Die Frage soll zum Anlass genommen werden, die Tatbestandsmäßigkeit vertikaler Absprachen unter Berücksichtigung sämtlicher denkbarer Konstellationen neu zu bewerten (III.). Daneben überraschte der BGH 2012 damit, dass er den Veranstalter nicht lediglich als Gehilfen, sondern als Täter des § 298 StGB einstufte. Nicht im Einzelnen untersucht ist bislang, wie die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme des Veranstalters in den weiteren denkbaren Konstellationen vertikaler Absprachen ausfallen sollte (IV.).

Der Beitrag ist dem Jubilar und Vater des Verfassers gewidmet. Der Verfasser ist als Rechtsanwalt im Kartellrecht tätig und wird gerne gefragt, ob ihn nicht wie den Vater das Strafrecht gereizt hätte. Das ist durchaus der Fall, und obgleich die Tätigkeit in beiden Bereichen verschieden ist, gibt es viele Überschneidungen. So forscht und lehrt der Jubilar auch zum Kartellrecht, einige Schriften hat der Verfasser bereits für die anwaltliche Beratung herangezogen: Unverändert aktuell bei kartellbehördlichen Durchsuchungen ist der Aufsatz „Praktische Fragen bei Durchsuchungen, insbesondere in Wirtschaftsstrafsachen“.¹³ Bei kartellbehördlichen Auskunftsverlangen stellen sich in dem Beitrag „Bußgeldbewehrte Auskunftspflichten, dargestellt am Beispiel des Umweltordnungswidrigkeitenrechts“ aufgeworfene Fragen.¹⁴ Ein oft eruiertes Argument in der Verteidigung in Kartellbußgeldverfahren ist schließlich der unvermeidbare Verbotsirrtum, den der Jubilar umfassend im Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten behandelt.¹⁵ Umgekehrt hofft der Verfasser nun mit dem vorliegenden Beitrag auf das Interesse des Jubilars – das Thema ist aus gemeinsamer Diskussion bekannt.

⁷ BGH NStZ 2013, 41.

⁸ BGH NStZ 2013, 41 (42).

⁹ BGH BeckRS 2015, 12466.

¹⁰ Siehe unten III. 1.

¹¹ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Dannecker, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, § 298 Rn. 69; Heusing BB 2013, 1155 (1157).

¹² Für wertvolle Anregungen dankt der Verfasser Herrn Dr. Börries Ahrens, für Unterstützung bei der Recherche Herrn Jonas Labinsky.

¹³ Rengier NStZ 1981, 372.

¹⁴ Rengier FS Rudolf Schmitt 1992, 263.

¹⁵ KK-OWiG/Rengier, 5. Aufl. 2018, § 11 Rn. 50ff.

II. Rechtsprechung zu vertikalen Submissionsabsprachen bei näherer Betrachtung differenziert

Vertikale Absprachen treten bei Ausschreibungen in zwei Grundkonstellationen auf:¹⁶

Häufiger sind wohl *gemischt horizontal-vertikale Konstellationen*. Hier liegt zusätzlich eine Bieterabsprache vor, deren Umsetzung durch die Einbindung des Veranstalters ermöglicht oder erleichtert werden soll.

Hinzu treten *rein vertikale Konstellationen*. Hier erfolgt die vertikale Absprache isoliert. Es besteht kein Kartell unter Bietern, vielmehr versucht ein Bieter allein, sich beim Veranstalter einen Vorteil in der Ausschreibung zu verschaffen.

Die beiden neueren Entscheidungen des BGH, die vertikale Absprachen als tatbestandsmäßig einstufen, betreffen beide gemischt horizontal-vertikale Konstellationen. Soweit ersichtlich wurde noch nicht hinterfragt, ob die beiden Entscheidungen so zu deuten sind, dass der BGH auch in rein vertikalen Konstellationen nach § 298 StGB verurteilen würde. So dürfte das Schweigen der Literatur zu verstehen sein und in der Tat fällt es auf den ersten Blick schwer, den BGH anders zu verstehen, wenn er in seiner Entscheidung aus 2012 festhält¹⁷ „Ungeachtet der hier ebenfalls bestehenden horizontalen Absprachen zwischen den Bietefirmen R, L und Go hat das LG danach zu Recht angenommen, dass die zwischen dem auf Seiten [des Veranstalters] stehenden Angekl. und [dem Bieter R] vorgenommenen vertikalen Absprachen den Tatbestand des § 298 StGB erfüllen.“ Dennoch betrifft die Entscheidung einen anderen, gemischt horizontal-vertikalen Sachverhalt, der – wie noch zu zeigen ist – in seiner Strafwürdigkeit anders zu bewerten ist als ein rein vertikaler.

Ordnet man die zur Frage der Tatbestandsmäßigkeit vertikaler Absprachen ergangene Rechtsprechung einmal nach den beiden Grundkonstellationen, wird ersichtlich, dass diese unterschiedliche Wertung die Rechtsprechung konsistent durchzieht. In einer rein vertikalen Konstellation wurde bislang in keinem Fall nach § 298 StGB verurteilt:

1. Bei Sachverhalten mit vertikaler und gleichzeitiger horizontaler Absprache Strafbarkeit bejaht

Die beiden neueren Entscheidungen des BGH aus den Jahren 2012 und 2015 betreffen gemischt horizontal-vertikale Konstellationen und bejahen § 298 StGB:

In dem Fall, den der BGH 2012 entschied, kam der Bieter – aus persönlichen Gründen – mit dem Veranstalter überein, dem Bieter den Auftrag zu verschaffen. Um den Schein einer Ausschreibung zu wahren, sorgte der Bieter dafür, dass zwei weitere Bieter Scheinangebote abgaben. Der BGH hielt die vertikale Absprache zwischen Bieter und Veranstalter für tatbestandsmäßig.¹⁸

Auch in dem Fall, den der BGH 2015 behandelte, sollte der Veranstalter dem Bieter den Auftrag verschaffen; erneut dienten Scheinangebote der Verschleierung.¹⁹ Die Richter bejahten § 298 StGB zunächst auf Basis des mit Scheinangeboten umgesetzten Bieterkartells und hielten darüber hinaus fest, dass auch die vertikale Absprache unter Beteiligung des Veranstalters den Straftatbestand erfülle.²⁰

¹⁶ Näher zu möglichen Konstellationen *Schaupensteiner* ZRP 1993, 250 (250f.); *Satzger* Der Submissionsbetrug, 1994, S. 218ff.; *Bender*, Sonderstrafatbestände gegen Submissionsabsprachen, 2005, S. 124ff.

¹⁷ BGH NSStZ 2013, 41 (42).

¹⁸ BGH NSStZ 2013, 41 (42).

¹⁹ BGH BeckRS 2015, 12466 (Rn. 3ff.).

²⁰ BGH BeckRS 2015, 12466 (Rn. 70f.).

2. Bei Sachverhalten mit isolierter vertikaler Absprache Strafbarkeit verneint

Rein vertikale Konstellationen betreffen die BGH-Entscheidungen aus den Jahren 2004 und 2006 sowie eine Entscheidung des LG Braunschweig aus dem Jahre 2011. Alle verneinen § 298 StGB:

In der 2004 vom BGH entschiedenen Sache versah der Veranstalter die Ausschreibungsunterlagen mit versteckten Scheinpositionen, die er dem kollusiven Bieter mitteilte, sodass dieser entsprechend kalkulieren und sein Angebot anpassen konnte. Der BGH verneinte § 298 StGB, da eine vertikale Absprache zwischen Bieter und Veranstalter nicht genüge.²¹

2006 lag dem BGH eine etwas andere rein vertikale Konstellation zur Entscheidung vor:²² Hier hatte der Veranstalter dem kollusiven Bieter die Angebotsunterlagen der übrigen Bieter zugänglich gemacht und ihm so ermöglicht, sein Angebot entsprechend anzupassen. Mangels horizontaler Absprache lehnten die Richter ebenfalls eine Strafbarkeit nach § 298 StGB ab.²³

Das LG Braunschweig²⁴ schließlich behandelte 2011 einen Fall, in dem ein Bieter und der Veranstalter abgesprochen hatten, der Bieter solle den Zuschlag erhalten. Eine zusätzliche Bieterabsprache war nicht nachweisbar. Trotz der zwischenzeitlich erfolgten Novelle im Kartellrecht, die das Kartellverbot auf Vertikalkartelle erweitert hatte, verneinte das Gericht § 298 StGB.²⁵

3. Entscheidung des OLG Celle betrifft rein horizontale Absprache

Eine oft in dem Kontext angeführte Entscheidung des OLG Celle²⁶ aus dem Jahr 2012 schließlich betrifft gar keine vertikale Absprache, sondern eine rein horizontale.

Hier vereinbarten nämlich zwei Bieter, ein ernsthaftes und ein Scheinangebot abzugeben, um dem ernsthaften Bieter den Auftrag zu verschaffen. Der Scheinbieter hatte in der Vergangenheit als Subunternehmer des Bieters fungiert. Als Gegenleistung für die Beteiligung an der Manipulation beauftragte ihn der ernsthafte Bieter nach dem erfolgreichen Gebot erneut. Der Veranstalter hingegen war an der Manipulation nicht beteiligt.

Das Gericht erblickte dennoch in der Bieterabsprache eine Vertikalabsprache,²⁷ übersah dabei allerdings, dass die beiden Bieter – obgleich in der Vergangenheit Subunternehmer-schaft bestand – in der konkreten Ausschreibung (und auf diese kommt es an)²⁸ als Wettbewerber auftraten. Es handelte sich um eine klassische horizontale Bieterabsprache, in der der Kartellgewinn über eine Rückbeauftragung geteilt wurde.

III. Vertikale Absprachen erfüllen nicht den Tatbestand

Wie gesehen waren rein vertikale Konstellationen bislang nicht Gegenstand der neueren Rechtsprechung. Sie lässt sich einerseits so verstehen, dass sie auch rein vertikale Konstellationen bestrafen würde. Andererseits haben die Gerichte in solchen Fällen § 298 StGB durchweg verneint. Es stellt sich daher die Frage, ob der BGH bei seinen Ausführungen in den neueren Entscheidungen an die rein vertikalen Konstellationen dachte oder ob es sich hierbei um einen an sich ungewollten „Beifang“ handelt. Diese Frage soll zum Anlass ge-

²¹ BGH NJW 2004, 2761 (2762f.).

²² BGH NSStZ 2006, 687.

²³ BGH NSStZ 2006, 687.

²⁴ LG Braunschweig BeckRS 2015, 14733 (unter IV. 3.).

²⁵ LG Braunschweig BeckRS 2015, 14733 (unter IV. 3.).

²⁶ OLG Celle BeckRS 2012, 11986 (unter I. 1.).

²⁷ OLG Celle BeckRS 2012, 11986 (unter II. 2. b) aa)).

²⁸ Vgl. *Bechtold/Bosch*, *GWB*, 8. Aufl. 2015, § 1 Rn. 48.

nommen werden, die Tatbestandsmäßigkeit vertikaler Absprachen unter Berücksichtigung sämtlicher Konstellationen neu zu bewerten.

Sollte sich herausstellen, dass rein vertikale Fälle nicht strafwürdig sind und daher nicht erfasst sein sollten, bestünde ohne weiteres die Möglichkeit, den Kurs zu korrigieren. Denn in den gemischt horizontal-vertikalen Konstellationen erfüllt stets bereits die horizontale Absprache den Tatbestand. Diese Konstellationen lassen sich also ahnden, ohne dass man vertikale Absprachen als tatbestandsmäßig einstuft.

1. Stand der Diskussion

Die Literatur ist sich uneins, ohne allerdings nach den beiden Grundkonstellationen zu unterscheiden: Die wohl überwiegende Lehre sieht vertikale Absprachen vom Tatbestand erfasst.²⁹ Dem treten zahlreiche Autoren entgegen.³⁰ Die Diskussion wird noch immer im Wesentlichen anhand der Argumente geführt, die der BGH im Rahmen seiner ersten Befassung mit der Frage 2004 extensiv behandelte, nämlich dem Wortlaut, der Auffassung des Gesetzgebers, dem Unrechtsgehalt der verschiedenen Verhaltensweisen und Schutzzweck von § 298 StGB, der kriminalpolitischen Frage nach drohenden Strafbarkeitslücken und schließlich dem Grad der Kartellrechtsakzessorietät der Vorschrift.³¹ Allen fünf Aspekten soll im Folgenden nachgegangen werden, schwerpunktmäßig dem Unrechtsgehalt der verschiedenen Konstellationen und den entsprechenden schutzzweckbezogenen Schlussfolgerungen.

2. Stellungnahme

a) Wortlaut

Der Wortlaut ist offen und lässt beide Sichtweisen zu.³²

b) Auffassung des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber wird zu Recht ganz überwiegend so verstanden, dass er mit der Vorschrift nur Bieterabsprachen erfassen wollte.³³ In der Gesetzesbegründung ist von „Absprachen zwischen Wettbewerbern“ und „[Absprachen von] für die Abgabe eines Angebots in Frage kommenden Unternehmen“ die Rede.³⁴ Außerdem hielt der Gesetzgeber fest, dass nicht erforderlich sei, dass die zugrundeliegende rechtswidrige Absprache vor dem Veranstalter verheimlicht werde.

²⁹ MüKoStGB/Hohmann, 2. Aufl. 2014, § 298 Rn. 68; LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl. 2010, § 298 Rn. 14; Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 298 Rn. 10; Lackner/Kühl/Heger, StGB, 29. Aufl. 2018, § 298 Rn. 3; SK-StGB/Rogall, 131. Lfg. März 2012, § 298 Rn. 23; Stoffers/Möckel NJW 2012, 3270 (3273); Pasewaldt ZIS 2008, 84 (87); MG/Gruhl, 6. Aufl. 2015, § 58 Rn. 12; BeckOK StGB/Momsen/Laudien, 37. Ed. 1.2.2018, § 298 Rn. 18; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Bosch, 3. Aufl. 2017, § 298 Rn. 9.

³⁰ Schönke/Schröder/Heine/Eisele, StGB, 29. Aufl. 2014, § 298 Rn. 17; AnwK-StGB/Wöllschläger, 2011, § 298 Rn. 13; NK-StGB/Dannecker, 4. Aufl. 2013, § 298 Rn. 61 ff.; Greeve FS W. Schiller 2014, 227 (244 ff.); Rotsch ZIS 2014, 579 (591); Graf/Jäger/Wittig/Böse, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 298 Rn. 24; differenzierend je nach Unwertgehalt der Absprache im konkreten Fall Heuking BB 2013, 1155 (1158).

³¹ BGH NJW 2004, 2761 (2763 f.).

³² BGH NJW 2004, 2761 (2763); NK-StGB/Dannecker, 4. Aufl. 2013, § 298 Rn. 64; Rotsch ZIS 2014, 579 (591); aA LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl. 2010, § 298 Rn. 14.

³³ BGH NJW 2004, 2761 (2763 f.); NK-StGB/Dannecker, 4. Aufl. 2013, § 298 Rn. 65; Graf/Jäger/Wittig/Böse, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 298 Rn. 23; Schönke/Schröder/Heine/Eisele, StGB, 29. Aufl. 2014, § 298 Rn. 17; Leitner/Rosenau/Greeve, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2017, § 298 Rn. 88; Rotsch ZIS 2014, 579 (591); aA Pasewaldt ZIS 2008, 84 (87).

³⁴ BT-Drs. 13/5584, 13 f.

Er sah den Veranstalter also gerade nicht als Beteiligten der tatbestandsmäßigen Absprache, sondern als Außenstehenden, an.³⁵

c) Unrechtsgehalt der Konstellationen und Schutzzweck des § 298 StGB

Entscheidend ist letztendlich die Frage nach dem Unrechtsgehalt der Absprachen bzw. Schutzzweck von § 298 StGB. Dieser soll hier vorrangig nachgegangen werden, insbesondere der Frage, ob alle nach der wohl überwiegenden Ansicht erfassten Konstellationen, einschließlich der rein vertikalen, strafwürdig sind. Diese Frage sollte jegliche strafrechtliche Verurteilung leiten. Denn die strafrechtliche Ahndung eines Verhaltens genügt dem verfassungsrechtlich verankerten ultima ratio-Gebot des Strafrechts nur dann, wenn das Verhalten besonders sozialschädlich ist und die anderweitige Ahndung keine ausreichende Abschreckungswirkung entfaltet.³⁶ Ist dies für ein Verhalten nicht der Fall, sollte der Tatbestand nicht erfüllt bzw. seinem Schutzzweck nach teleologisch zu reduzieren sein.³⁷

Wie verhält es sich also mit dem Unrechtsgehalt der verschiedenen Konstellationen von Absprachen bei Ausschreibungen? Sie sind im Ergebnis nicht alle gleich strafwürdig:

Allgemein bejaht wird die grundsätzliche Sozialschädlichkeit *rein horizontaler* Submissionsabsprachen.³⁸

Für *gemischt horizontal-vertikale* Konstellationen dürfte dies ebenfalls gelten; der hinzukommende vertikale Kontakt mit dem Anbieter kann als verstärkendes Element angesehen werden. Demgemäß stufte der Gesetzgeber solche Fälle der Kollusion unter Einbeziehung eines Mitarbeiters des Veranstalters als „*besonders strafwürdig*“ ein.³⁹

Bei *rein vertikalen* Konstellationen hingegen stellt sich die Situation völlig anders dar: Wie der BGH 2004 ausführte, fehlt rein vertikalen Absprachen „*die für horizontale Submissionsabsprachen, insbesondere für Ringvereinbarungen im Bauwesen, typische, wirtschaftspolitisch gefährliche Tendenz zur Wiederholung, die mit § 298 StGB bekämpft werden sollte*“.⁴⁰ Das überzeugt:⁴¹ Systeme wie die genannten Ringvereinbarungen, die über längere Zeit Aufträge manipulieren und aufteilen, sind im reinen Vertikalverhältnis kaum denkbar.

Dies unterstreicht als ein Beispiel das 2011 vom Bundeskartellamt geahndete „Feuerwehrkartell“:⁴² Die Kartellanten manipulierten über elf Jahre lang hunderte von Ausschreibungen. Anhand von Projektlisten wurde abgestimmt, welches Unternehmen jeweils den Auftrag erhalten sollte. Teils wurden Listen mit bis zu 50 Aufträgen zahlreicher verschiedener Kommunen diskutiert. In Einzelfällen gingen die Ermittlungsbehörden auch dem Verdacht nach, Mitarbeiter von Kommunen seien für die Weitergabe vertraulicher Informationen bestochen worden.

Rein vertikal wäre ein derartiges stabiles und langfristig operierendes Kartell allein schon deshalb nicht denkbar, weil der Kreis der in die Absprache einzubindenden Personen unüberschaubar wäre: Während auf Bieterseite wenige Hersteller von Feuerwehrfahrzeugen bestanden, hätte für eine vertikale Absprache in jeder Kommune ein neuer Ansprechpartner identifiziert und in die Absprache eingebunden werden müssen. Darüber hinaus werden Ausschreibungen ein und derselben Kommune nur in gewissen zeitlichen Abständen erfolgt sein. Zwischenzeitlich aber wird der zuständige Beamte unter Umständen in eine andere

³⁵ BT-Drs. 13/5584, 14.

³⁶ BVerfGE 120, 224 (239f.).

³⁷ Vgl. nur Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2017, § 3 Rn. 5ff., § 5 Rn. 27f.

³⁸ BT-Drs. 13/5584, 13.

³⁹ BT-Drs. 13/5584, 14.

⁴⁰ BGH NJW 2004, 2761 (2764).

⁴¹ Ebenso Schönke/Schröder/Heine/Eisele, StGB, 29. Aufl. 2014, § 298 Rn. 17; NK-StGB/Dannecker, 4. Aufl. 2013, § 298 Rn. 66.

⁴² Bundeskartellamt, Fallbericht Kartellverfahren gegen Hersteller von Feuerwehrlöschfahrzeugen v. 10. Februar 2011.

Stelle gewechselt haben, sodass teils sogar für denselben Veranstalter jeweils neue Personen eingebunden hätten werden müssen.

Solche Gesichtspunkte werden systematisierte und langfristige rein vertikale Absprachen in den allermeisten Fällen erschweren. Das schließt *Einzelfälle* nicht aus, in denen eine vertikale Manipulation wiederholt wird. Jedoch bestätigt sich, dass die den horizontalen Bieterabsprachen innewohnende *Tendenz* zur Wiederholung nicht erkennbar ist. Ohne diese Tendenz fehlt es an der besonderen Sozialschädlichkeit.⁴³

Es greift auch zu kurz, eine besondere Sozialschädlichkeit rein vertikaler Absprachen daraus abzuleiten, dass sie besonders gravierend seien, weil dann eine Ausschreibung ganz unterbleibe und nicht lediglich manipuliert werde.⁴⁴ Zunächst betreffen auch viele Fälle rein vertikaler Absprachen bloße Manipulationen im Rahmen stattfindender Ausschreibungen, so z. B. die eingangs genannte Weitergabe von Angebotsunterlagen konkurrierender Bieter an den kollusiven Bieter. Im Übrigen – so auch das LG Braunschweig – ist die unzulässige freihändige Direktvergabe in Deutschland gerade nicht strafbewehrt, diese Wertung würde umgangen.⁴⁵ Jedenfalls würde eine besonders gravierende Einzelabsprache nichts daran ändern, dass ihr die den horizontalen Bieterabsprachen innewohnende Tendenz zur Wiederholung fehlt.

Bei rein vertikalen Konstellationen ist schließlich nicht festzustellen, dass ihre anderweitige Ahndung keine hinreichende Abschreckungswirkung entfaltet. Im Gegenteil: § 1 GWB erfasst seit der 7. GWB-Novelle 2005 vertikale Kartelle. Jedoch ist nicht ersichtlich, dass das Bundeskartellamt einmal gegen eine rein vertikale Submissionsabsprache von Bieter und Veranstalter eingeschritten wäre. Offenbar hat das Bundeskartellamt kein besonderes Interesse an einer Verfolgung. So beschränkt sich das Hinweispapier des Amtes zu Submissionsabsprachen auch auf Bieterabsprachen.⁴⁶ Wenn eine Konstellation aber nicht einmal im *Ordnungswidrigkeitenrecht* als allgemein verfolgungswürdig angesehen wird, kann sie nicht strafwürdig sein.

Mithin sind rein vertikale Konstellationen nicht strafwürdig. Auf diese kann § 298 StGB seinem Schutzzweck nach nicht angewendet werden. Damit ist die Ansicht abzulehnen, die vertikale Absprachen als tatbestandsmäßig ansieht. Sie erzeugt zwangsweise in rein vertikalen Konstellationen einen ungewollten Beifang. Im Übrigen ist sie nicht mit der zu den rein vertikalen Konstellationen ergangenen Rechtsprechung vereinbar (siehe oben unter II.).

d) Kriminalpolitische Bedenken wegen Strafbarkeitslücken

Kriminalpolitische Bedenken stehen dem aufgrund des Schutzzwecks zwingenden Ergebnis nicht entgegen. Die gewünschte Erfassung der strafwürdigen gemischt horizontal-vertikalen Konstellationen nötigt nicht dazu, vertikale Absprachen als tatbestandsmäßig einzustufen. In diesen Fällen ist der Tatbestand nämlich schon aufgrund der horizontalen Absprache erfüllt (und der Veranstalter kann, wie sogleich zu zeigen ist, im Einzelfall dennoch Mittäter sein). Wird ein Schmiergeld oder sonstiger Vorteil gewährt und liegt damit ein zusätzliches Unrechtsmoment vor, würden zudem die §§ 299, 331 ff. StGB greifen.

⁴³ Ebenso NK-StGB/Dannecker, 4. Aufl. 2013, § 298 Rn. 66; Rotsch ZIS 2014, 579 (591); dies verkennen Stimmen, die auf die *Möglichkeit* einer Wiederholung im Einzelfall hinweisen, etwa Stoffers/Möckel NJW 2012, 3270 (3273).

⁴⁴ Wunderlich, Die Akzessorietät des § 298 StGB zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), 2009, S. 220.

⁴⁵ LG Braunschweig BeckRS 2015, 14733 (unter IV. 3.); Graf/Jäger/Wittig/Böse, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 298 Rn. 24; Schönke/Schröder/Heine/Eisele, StGB, 29. Aufl. 2014, § 298 Rn. 17.

⁴⁶ Bundeskartellamt, Wie erkennt man unzulässige Submissionsabsprachen?, 2014.

e) Grad der Kartellrechtsakzessorietät

Auch der Topos der Kartellrechtsakzessorietät⁴⁷ gebietet keine Einbeziehung entgegen dem Schutzzweck. Denn die Akzessorietät ist unstreitig asymmetrisch, nur das Merkmal der Rechtswidrigkeit der Absprache wird durch das Kartellrecht bestimmt und ist zudem unter Beachtung strafrechtlicher Auslegungsgrundsätze auszulegen.⁴⁸ Dabei ist ein Gleichlauf mit § 1 GWB nicht zwingend herzustellen, nicht jede Beschränkung des Wettbewerbs erfordert eine strafrechtliche Sanktion.⁴⁹ Beispielsweise erfasst die „Absprache“ im Sinne des § 298 StGB zwar alle „Vereinbarungen“ im Sinne des § 1 GWB, unstreitig aber nicht sämtliche vom Kartellverbot erfassten „abgestimmten Verhaltensweisen“, etwa bestimmte Fälle eines Informationsaustausches.⁵⁰ Auch in diesem Fall setzen strafrechtliche Auslegungsgrundsätze – insbesondere der Wortlaut und die Auffassung des Gesetzgebers – Grenzen.

f) Ergebnis

Nach allem erfüllen vertikale Absprachen nicht den Tatbestand, insoweit ist den beiden neueren BGH-Entscheidungen zu widersprechen. Mit Blick auf ihre Ergebnisse – eine Verurteilung – ist den Entscheidungen dennoch zuzustimmen, weil dort jeweils über die nicht vom Tatbestand erfasste vertikale Absprache hinaus eine tatbestandsmäßige horizontale Absprache vorlag.

IV. Täterschaft und Teilnahme des Veranstalters möglich

Soweit eine tatbestandsmäßige Absprache gegeben ist, also nach der hier vertretenen Auffassung eine horizontale Absprache in rein horizontalen oder gemischt horizontal-vertikalen Konstellationen, stellt sich die Frage, ob der Veranstalter als Täter oder Teilnehmer der Tat bestraft werden kann.

1. Stand der Diskussion

Es entspricht allgemeiner Ansicht, dass es sich bei § 298 StGB nicht um ein Sonderdelikt handelt.⁵¹ Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme soll sich nach den allgemeinen Kriterien richten.⁵² Für Mitarbeiter des Veranstalters wird allerdings eine materielle Einschränkung diskutiert: Nach Teilen der Literatur kann der Veranstalter allenfalls als Gehilfe beteiligt sein.⁵³ Die wohl überwiegende Literatur schließt eine Täterschaft des Veranstalters nicht kate-

⁴⁷ Hierauf stellt der BGH und die ihm folgende Literatur maßgeblich ab, BGH NStZ 2013, 41 (42); MüKoStGB/Hohmann, 2. Aufl. 2014, § 298 Rn. 68; LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl. 2010, § 298 Rn. 14; SK-StGB/Rogall, 131. Lfg. März 2012, § 298 Rn. 23.

⁴⁸ Heuking BB 2013, 1155 (1158); MüKoStGB/Hohmann, 2. Aufl. 2014, § 298 Rn. 12; Graf/Jäger/Wittig/Böse, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 298 Rn. 3 mwN.

⁴⁹ Ebenso Schönke/Schröder/Heine/Eisele, StGB, 29. Aufl. 2014, § 298 Rn. 17; Graf/Jäger/Wittig/Böse, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 298 Rn. 24; AnwK-StGB/Wöllschläger, 2011, § 298 Rn. 13; Greeve FS W. Schiller 2014, 227 (244); aA LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl. 2010, § 298 Rn. 14; Stoffers/Möckel NJW 2012, 3270 (3273).

⁵⁰ MüKoStGB/Hohmann, 2. Aufl. 2014, § 298 Rn. 66; LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl. 2010, § 298 Rn. 32; SK-StGB/Rogall, 131. Lfg. März 2012, § 298 Rn. 22.

⁵¹ Vgl. nur LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl. 2010, § 298 Rn. 13; Schönke/Schröder/Heine/Eisele, StGB, 29. Aufl. 2014, § 298 Rn. 22; SK-StGB/Rogall, 131. Lfg. März 2012, § 298 Rn. 41.

⁵² Schönke/Schröder/Heine/Eisele, StGB, 29. Aufl. 2014, § 298 Rn. 22; Lackner/Kühl/Heger, StGB, 29. Aufl. 2018, § 298 Rn. 6.

⁵³ Greeve FS W. Schiller 2014, 227 (246ff.); Leitner/Rosenau/Greeve, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2017, § 298 Rn. 134; Graf/Jäger/Wittig/Böse, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 298 Rn. 34, 36.

gorisch aus, hält dies praktisch aber für den absoluten Ausnahmefall. Denn dafür müsse der Veranstalter die Angebotsabgabe durch den Bieter als Tathandlung maßgeblich beeinflussen, wovon selten auszugehen sei.⁵⁴ Einige Literaturstimmen sind weniger zurückhaltend und verweisen – unter Berufung auf die BGH-Entscheidung 2012 – schlicht auf die allgemeinen Abgrenzungskriterien.⁵⁵

2. Stellungnahme

Für einen kategorischen Ausschluss einer Täterschaft des Veranstalters sind in § 298 StGB keine Gründe erkennbar. Vielmehr handelt es sich um eine Frage der Abgrenzung im Einzelfall nach den allgemeinen Kriterien zu Täterschaft und Teilnahme. Dieser Frage soll im Folgenden mit Blick auf verschiedene – nach ihrer Intensität geordnete – Arten und Weisen nachgegangen werden, wie der Veranstalter einbezogen werden kann. Dadurch lässt sich zugleich eine Tendenz für die Frage ermitteln, ob eine Täterschaft eher den Ausnahmefall darstellt oder nicht.

Nach der im Schrifttum herrschenden Tatherrschaftslehre wäre für eine Täterschaft eine planvoll-lenkende oder mitgestaltende Tatherrschaft, ein „In-den-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehens“, erforderlich.⁵⁶ Die Rechtsprechung würde sich ebenfalls am Grad der Tatherrschaft orientieren, es sei denn, es läge beim Veranstalter ein alles überlagernder besonderer Wille zur Täterschaft vor.⁵⁷

Allein der Erhalt von Vorteilen aus der Tat, etwa Schmiergeld, genügt für eine solche Lenkung des Geschehens nicht.

Auch die bloße Weitergabe von Informationen durch den Veranstalter, wie z. B. dem Kreis der Teilnehmer oder Details zu den Angeboten anderer Bieter, werden nicht genügen.⁵⁸ Denn der Veranstalter mag zwar mittels dieser Informationen kritisch zum Gelingen der Manipulation beitragen, er überlässt jedoch die Gestaltung des Geschehens, wie insbesondere die Koordinierung unter den Bietern und die Gestaltung ihrer (Schein-)Angebote, anderen.

Dies gilt – auch nach Ansicht des BGH 2004 – selbst für den Einbau von Scheinpositionen in die Ausschreibungsunterlagen, denn das verschafft ebenfalls noch nicht die Herrschaft über den Ablauf der Angebotsabgabe.⁵⁹

Einen mitgestaltenden Einfluss wird man allenfalls im Ausnahmefall annehmen können, nämlich wenn der Veranstalter – wie etwa in der vom BGH 2012 entschiedenen Konstellation – praktisch alle Fäden in der Hand hält.⁶⁰ Damals wählte der Veranstalter die zur Koope-

⁵⁴ Schönke/Schröder/Heine/Eisele, StGB, 29. Aufl. 2014, § 298 Rn. 25; SK-StGB/Rogall, 131. Lfg. März 2012, § 298 Rn. 44; AnwK-StGB/Wöllschläger, 2011, § 298 Rn. 22; MüKoStGB/Hohmann, 2. Aufl. 2014, § 298 Rn. 90, 92; LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl. 2010, § 298 Rn. 47; NK-StGB/Dannecker, 4. Aufl. 2013, § 298 Rn. 96, 98 (Rn. 90 unklar); Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 25 Rn. 28.

⁵⁵ BGH NStZ 2013, 41 (42); Lackner/Kühl/Heger, StGB, 28. Aufl. 2014, § 298 Rn. 6; Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 298 Rn. 17; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Bosch, 3. Aufl. 2017, § 298 Rn. 18.

⁵⁶ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2017, § 41 Rn. 11.

⁵⁷ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2017, § 41 Rn. 8, 16.

⁵⁸ Ebenso NK-StGB/Dannecker, 4. Aufl. 2013, § 298 Rn. 95; MüKoStGB/Hohmann, 2. Aufl. 2014, § 298 Rn. 90; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 25 Rn. 28; SK-StGB/Rogall, 131. Lfg. März 2012, § 298 Rn. 44; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Bosch, 3. Aufl. 2017, § 298 Rn. 18.

⁵⁹ Der Entscheidung 2004 lagen in einem der 14 Fälle zusätzlich Scheinangebote vor, die Konkurrenzunternehmen auf Veranlassung des kollusiven Bieters abgegeben hatten. Für diesen gemischt horizontal-vertikalen Einzelfall bejahte der BGH § 298 StGB, denn insoweit liege eine horizontale Absprache vor. Der Veranstalter sei an ihr als Gehilfe beteiligt (BGH NJW 2004, 2761 (2764f.)).

⁶⁰ Ebenso Heuking BB 2013, 1155 (1158).

ration bereiten Bieter aus, steuerte die Zuschläge und war noch dazu an den Gewinnen aus der Manipulation beteiligt.

Im Ergebnis überzeugt die Ansicht, die eine Täterschaft des Veranstalters nicht ausschließt, ihre Voraussetzungen allerdings nur in seltenen Fällen für gegeben hält. Ein solcher Ausnahmefall lag in der BGH-Konstellation 2012 vor, sodass dem Ergebnis dieser Entscheidung auch insoweit zuzustimmen ist.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Zusammenfassend hat die Ausarbeitung Folgendes gezeigt:

Die Rechtsprechung hat § 298 StGB bei rein vertikalen Absprachen stets verneint und ihn nur in den beiden jüngst entschiedenen gemischt horizontal-vertikalen Fällen bejaht. Nicht ausgemacht ist damit, dass die Gerichte zukünftig auch rein vertikale Konstellationen bestrafen würden. So scheint es, liest man die beiden neueren BGH-Entscheidungen losgelöst von den jeweils entschiedenen Sachverhalten. Rein vertikale Fälle könnten aber auch einen ungewollten „Beifang“ darstellen.

Letzteres trifft zu. Rein vertikale Konstellationen sind nicht strafwürdig. Weder weisen sie eine Wiederholungstendenz auf, die eine besondere Sozialschädlichkeit begründen würde. Noch sind Ahndungsdefizite ersichtlich – selbst das Bundeskartellamt lässt kein besonderes Verfolgungsinteresse erkennen. Ihre Einbeziehung in den Tatbestand würde daher dem ultima ratio-Gebot des Strafrechts nicht genügen.

Aufgrund dieses unerwünschten Beifangs ist die Tatbestandsmäßigkeit vertikaler Absprachen abzulehnen. Für die Gegenansicht gibt es keine überlagernden anderweitigen Gründe. Die strafwürdigen gemischt horizontal-vertikalen Fälle sind anders erfasst, sodass sich keine kriminalpolitisch unerwünschten Strafbarkeitslücken ergeben. In diesen Fällen erfüllt nämlich bereits die horizontale Absprache den Tatbestand. Der Veranstalter kann als Gehilfe oder – im Ausnahmefall – Mittäter der Bieterabsprache bestraft werden.

In der Praxis bestehen derzeit gewisse Unsicherheiten für die Betroffenen. Nimmt ein Bieter Kontakt mit einem Veranstalter auf und erhält beispielsweise sensible Informationen zu Angeboten anderer Bieter, kann er sich nach der hier vertretenen Auffassung nicht nach § 298 StGB strafbar machen (vorausgesetzt, es liegt nicht gleichzeitig eine Bieterabsprache vor). Die neuere BGH-Rechtsprechung wird allerdings überwiegend anders verstanden. Die weitere Praxis der Strafverfolgungsorgane ist daher mit Spannung zu erwarten: Haben sie erneut über einen gemischt horizontal-vertikalen Fall zu entscheiden, bestünde Gelegenheit, die Tatbestandsmäßigkeit vertikaler Submissionsabsprachen zu überdenken, ohne dass es angesichts der zugleich gegebenen horizontalen Absprache streitentscheidend wäre. Zum Schwur käme es bei erneuter Befassung mit einer rein vertikalen Konstellation. Hier wäre zu wünschen, dass die Behörde bzw. das Gericht der Linie der Rechtsprechung treu bleibt und eine Strafbarkeit verneint.