



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Der Verjährungsbeginn beim Straftatbestand
„Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen“
(§ 298 StGB)“**

Dissertation vorgelegt von Lucas Danco

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dieter Dölling

Institut für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und
Strafprozessrecht

Zusammenfassung der Dissertation

„Der Verjährungsbeginn beim Straftatbestand „Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen“ (§ 298 StGB)“

von **Lucas Danco**

Meldungen über Kartellabsprachen sind an der Tagesordnung, so im Zusammenhang mit dem Erwerb von Feuerwehrfahrzeugen, Fahrstühlen, Eisenbahnschienen und öffentlichen Bauwerken.

Mit § 298 StGB werden Kartellabsprachen seit 1997 auch strafrechtlich und nicht nur ordnungswidrigkeitenrechtlich geahndet. Eine der Fragen, die sich im Rahmen des § 298 StGB stellt, betrifft den Beginn der Verjährung.

Maßgeblich kommen hierfür drei Zeitpunkte in Betracht:

1. Die Abgabe des Angebots, das auf einer verbotenen Kartellabsprache beruht,
2. der Zugang dieses Angebots beim Veranstalter der Ausschreibung,
3. oder aber die vollständige Abwicklung des aufgrund dieses zugegangenen Angebots geschlossenen Vertrages, mithin der Zeitpunkt der Schlussrechnung, der in der Regel Jahre später liegt.

Zunächst wird die generelle Regelung des Verjährungsbeginns im StGB skizziert. Danach erfolgt eine Erörterung des von § 298 StGB geschützten Rechtsguts. Damit erfolgt bereits die Begründung, dass der Zuschlag des Veranstalters die Wettbewerbslage beendet und deshalb als Beginn der Verjährung anzusehen ist. Dieses dogmatische Ergebnis wird gestützt unter Rückgriff auf das Zivilrecht, nach dem der Folgevertrags wirksam und nicht nichtig ist, also auf einer gültigen Rechtslage abgewickelt werden. Der vierte Punkt erörtert, dass die tätige Reue in § 298 III StGB nicht zwingend gegen den Zuschlag als Verjährungsbeginn spricht. Fünftens stellt ein Urteil des EuGH zum Kartellordnungswidrigkeitenrecht, in dem der Zuschlag als Zeitpunkt des Verjährungsbeginns bestimmt wird, zugleich ein Argument dar, für den Verjährungsbeginn auch bei § 298 StGB auf den Zeitpunkt des Zuschlags abzustellen. Als sechsten und letzten Punkt wird auf die Rechtsprechungsänderungen zum Verjährungsbeginn bei § 266a und § 299 StGB eingegangen.

1. Der generelle Verjährungsbeginn

Nach § 78a S. 1 StGB beginnt die Verjährung, sobald die Tat beendet ist. Tritt ein zum Tatbestand gehörender Erfolg erst später ein, so beginnt gem. § 78a S. 2 StGB die Verjährung mit diesem Zeitpunkt.

Mit einem reinen Wortlautverständnis ist dem Begriff der Beendigung nicht beizukommen, da die „Tat“ in § 11 I Nr. 5 StGB legaldefiniert ist als eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht. Dann ist § 78a S. 2 überflüssig, weil der zum Tatbestand gehörende Erfolg bereits zur Verwirklichung des Tatbestands gehört.

Aus der Gesetzgebungsgeschichte können keine eindeutigen Schlüsse für das Verständnis des Beginns der Verjährung gezogen werden.

Diese Unklarheiten haben zu verschiedenen Ansichten über die Bestimmung der Beendigung geführt. Maßgeblich stehen sich der tatbestandliche und der materielle Beendigungsbegriff gegenüber. Nach dem tatbestandlichen Beendigungsbegriff tritt Beendigung mit der letzten tatbestandlichen Handlung ein. Der materielle Beendigungsbegriff versteht Beendigung als den Zeitpunkt, in dem der Täter sein rechtsverneinendes Tun insgesamt abschließt und das Handlungsunrecht mithin tatsächlich in vollem Umfang verwirklicht ist.

Sinn und Zweck der Verjährung sprechen jedoch für den materiellen Beendigungsbegriff, nach dem es auf die vollständige Verwirklichung des Unrechts, also des Handlungs- und Erfolgsunrechts, ankommt, das materiell bestimmt wird. Damit beginnt die Verjährung mit der endgültigen Rechtsgutsverletzung. Bei § 298 StGB werden als geschützte Rechtsgüter der Wettbewerb und das Vermögen diskutiert.

2. Geschütztes Rechtsgut

a) Wettbewerb

Der Wettbewerb ist jenes komplexe System von Marktprozessen, das aufgrund der Freiheit an Marktprozessen teilzunehmen und innerhalb dieser nach eigenem Plan tätig sein zu können, entsteht.

Der Schutz des Wettbewerbs durch Strafrecht ist auch zulässig und nicht zu unbestimmt, wie das Bundesverfassungsgericht angenommen hat. Der Wettbewerb ist das von der ganz h.M. bejahte Rechtsgut des § 298 StGB.

b) Vermögen

Hingegen ist umstritten, ob auch das Vermögen geschütztes Rechtsgut ist. § 298 sollte jedoch den in der Regel auch verwirklichten Tatbestand des § 298 StGB ergänzen, der das Vermögen bereits umfassend schützt. Daher ist der vermögensschützende Charakter des § 298 StGB abzulehnen. Liegt neben § 298 auch ein Betrug vor, so ist für § 263 StGB der Verjährungsbeginn eigenständig zu bestimmen. § 298 schützt das Vermögen nur als Rechtsreflex, begründet aber keinen Schadenersatzanspruch über § 823 II BGB.

Für § 298 StGB ist daher bereits der Zuschlag der Zeitpunkt des Verjährungsbeginns. Zu diesem Zeitpunkt ist der (beeinträchtigte) Wettbewerb um den konkreten Auftrag im Rahmen der Ausschreibung abgeschlossen, mithin endgültig beeinträchtigt.

3. Wirksamkeit des Folgevertrages

Der Folgevertrag ist der aufgrund des rechtswidrigen Angebots mit dem (an der Absprache unbeteiligten) Veranstalter geschlossene Vertrag. Daher geht es bei dem Folgevertrag auch nur um einen solchen, der auf einer Horizontalabsprache beruht, also einer Absprache zwischen zwei Mitbewerbern. Denn bei der Vertikalabsprache findet eine Absprache zwischen Veranstalter und einem Mitbewerber statt. Der Veranstalter ist also Beteiligter. Es handelt sich dann bei dem nachfolgenden Vertrag bereits nicht um einen Folgevertrag.

Wenn dieser Folgevertrag trotz der zugrundeliegenden Kartellabsprache wirksam sein sollte, könnten die Vertragsparteien auf Erfüllung des Folgevertrages klagen. Die Erfüllung des Vertrages gem. § 362 I BGB tritt ein mit der letzten Leistungserbringung. Würde man nun Beendigung des § 298 StGB, wie insbesondere von der Rechtsprechung vertreten, erst mit der

letzten Leistungserbringung, also mit der Leistung auf die Schlussrechnung, annehmen, dann könnte auf die Erfüllung des Folgevertrages und damit auf die Fortführung der Straftat bis zur Beendigung geklagt werden, also auf Fortführung eines rechtswidrigen und damit verbotenen Verhaltens. Dies würde einen Wertungswiderspruch bedeuten, da auch in der Beendigungsphase noch strafrechtlich relevantes Unrecht verwirklicht wird.

Der Folgevertrag selbst ist frei von Wettbewerbsbeschränkungen. Er verstößt weder gegen Art. 101 I AEUV noch gegen § 1 GWB, da der Folgevertrag nur auf der Grundlage einer Kartellabsprache geschlossen wurde, selbst aber keinen wettbewerbsbeschränkenden Inhalt hat.

Auch aus § 134 BGB oder § 138 BGB erfolgt keine Nichtigkeit des Folgevertrages. Selbst wenn man eine Nichtigkeit des Folgevertrages annehmen würde, könnte zumindest der Veranstalter der Ausschreibung auf die Erfüllung durch den Kartellanten klagen:

Das Kartellverbot soll nicht nur den Wettbewerb schützen, sondern eben auch die einzelnen Teilnehmer am Wettbewerb, unter anderem den Veranstalter der Ausschreibung. Es wäre nun aber widersprüchlich, wenn der Veranstalter aufgrund dieses Schutzes, der ihm durch § 1 GWB zugutekommen soll, einen rechtlichen Nachteil erführe. Denn die Nichtigkeit des Folgevertrages ist nicht zwingend in seinem Interesse.

Daher ist dem Folgevertragspartner besser geholfen, wenn man ihm nicht automatisch auch die etwaigen Vorteile des Folgevertrages nimmt, sondern ihn mittels eines Gestaltungsrechts, des Anfechtungsrechts wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 I Var. 1 BGB, über seine eigene Rechtslage entscheiden und diese gestalten lässt. Der Anspruch des Täters des § 298 StGB ist hingegen nichtig. Der Vertrag ist damit halbseitig teilnichtig, hinsichtlich des Anspruchs des Veranstalters auf die Sachleistung wirksam.

Selbst wenn man dieser Argumentation nicht folgte und den Folgevertrag als vollständig nichtig ansähe, könnte trotzdem auf dessen Erfüllung geklagt werden. Denn ist der Zuschlag durch den Veranstalter der Ausschreibung wirksam erteilt, kann der Zuschlag nach der Sonderregelung des § 168 II 1 GWB nicht aufgehoben werden. § 168 II 1 GWB lautet schlicht: „Ein wirksam erteilter Zuschlag kann nicht aufgehoben werden.“ Damit hat der Gesetzgeber diesbezüglich eine eindeutige Entscheidung getroffen.

Sollte die Straftat zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht beendet sein, dann stelle es nach wie vor einen Verstoß gegen ein Strafgesetz dar, wenn der Kartellant die Leistung des Folgevertrages erbringen würde. Denn der Appell einer Strafnorm gilt bis zur Beendigung der Tat. Auf diese Durchführung kann, wie gezeigt, der Gläubiger der Sachleistung aufgrund der Wirksamkeit des Folgevertrages klagen. Allerdings stünde dieser Pflicht die Einwendung des § 275 I BGB entgegen. Denn wenn der Schuldner aus rechtlichen Gründen nicht leisten kann, besteht (rechtliche) Unmöglichkeit gem. § 275 I BGB. Wir haben es hier mit einem Sonderfall der Zivilrechtsakzessorietät zu tun.

Jedenfalls würde die rechtliche Unmöglichkeit gem. § 275 I BGB das Ergebnis konterkarieren, dass die kartellrechtswidrige Absprache des Täters des § 298 StGB dem Veranstalter der Ausschreibung nicht zum Nachteil gereichen darf. Der Veranstalter ist schutzwürdig und soll einen (durchsetzbaren) Anspruch auf die Leistung des Kartellanten haben. Dies ist aber nur dann möglich, wenn man die Beendigung des § 298 StGB bereits mit dem Zuschlag bejaht. Von da an gilt der Appell der Norm nicht mehr. Die Tat ist beendet, die Sachleistung ist für den Schuldner (wieder) möglich. Daher muss Beendigung und damit der Verjährungsbeginn mit dem Zuschlag angenommen werden. Hiervon geht der EuGH zu Recht aus.

4. Tätige Reue gem. § 298 III StGB

Nach § 298 III StGB wird – verkürzt – nicht bestraft, wer freiwillig verhindert, dass der Veranstalter das Angebot annimmt oder dieser seine Leistung erbringt.

Manche argumentieren nun, dass bei einer Beendigung des § 298 StGB mit dem Zuschlag eine tätige Reue noch nach Beendigung der Tat möglich wäre. Denn wenn die Tat vor Leistungserbringung beendet ist, die tätige Reue und damit die Straflosigkeit nach dem klaren Wortlaut des § 298 III StGB aber durch Verhinderung der Leistungserbringung noch möglich ist, könnte noch nach der Beendigung der Tat Straflosigkeit eintreten. Eine tätige Reue nach Beendigung der Tat sei aber sachwidrig und vom Gesetzgeber nicht gewollt.

Die tätige Reue rechtfertigt sich aus dem Gedanken, dass es für das Opfer auch zu diesem Zeitpunkt, nach Vollendung der Tat, von größerem Nutzen ist, wenn der Täter von einer weiteren Rechtsgutsbeeinträchtigung absieht oder diese verhindert, als wenn der Täter nach der vollständigen Rechtsgutsbeeinträchtigung bestraft wird. Daher sollen Sinn und Zweck der tätigen Reue dafür sprechen, dass diese nur bis zur Beendigung möglich sein soll, also bis zur endgültigen Rechtsgutsbeeinträchtigung.

Dem wird bisweilen die strafrechtliche Selbstanzeige entgegengehalten, der Straffreiheit auch noch nach Beendigung gewährt. Allerdings handelt es sich bei § 371 AO um eine Regelung der Restitution, die eine Ausnahmeerscheinung darstellt.

§ 298 III 1 Var. 1 StGB ist mit dieser Grundlegung zur tätigen Reue vereinbar. Problematisch ist § 298 III 1 Var. 2. Danach bleibt straffrei, wer die Leistung des Veranstalters verhindert. Dieser Zeitpunkt liegt aber nach dem Zuschlag.

Allerdings spricht dieser Gesichtspunkt nicht für eine abweichende Bestimmung des Verjährungsbeginns. Denn Verjährung und tätige Reue haben miteinander nichts zu tun. Bei der Verjährung geht es um die Frage des Strafbedürfnisses, ab wann die Gesellschaft mit dem begangenen Unrecht abgeschlossen hat und kein Bedürfnis für eine Bestrafung mehr besteht. Beim Rechtsinstitut der tätigen Reue geht es um die Frage der Strafwürdigkeit, ob es, unabhängig vom zeitlichen Abstand zur Tat, angebracht ist, den Täter zu bestrafen.

Daher spricht auch § 298 III StGB nicht gegen den von mir präferierten Beginn der Verjährung.

5. Parallelen der Verjährung im Straf- und Kartellordnungswidrigkeitenrecht

Bei § 81 GWB, dem ordnungswidrigkeitenrechtlichen Tatbestand zu Kartellabsprachen, beginnt die Verjährung nach (noch) herrschender Meinung mit der Schlussrechnung. Da dieser Zeitpunkt auch für § 298 StGB vertreten wird, können aus der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Betrachtung Argumente gewonnen werden.

Zunächst zur Verjährung im Kartellordnungswidrigkeitenrecht:

Liegen mehrere Zuwiderhandlungen gegen denselben Tatbestand vor, die in einem engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang stehen, so fügt der BGH diese im Ordnungswidrigkeitenrecht zu einer Bewertungseinheit zusammen – ansonsten müsste für jeden Verstoß eine Geldbuße bestimmt werden und die mehreren Geldbußen müssten dann addiert werden – und lässt die Verjährung erst mit Ende der letzten Zuwiderhandlung für alle

gemeinsam beginnen. Dies führt bei Submissionsabsprachen zum bereits erwähnten Verjährungsbeginn mit Erstellung der Schlussrechnung.

Damit werden auch bereits verjährte Absprachen berücksichtigt, wenn spätere Verstöße noch nicht verjährt sind, die auf derselben Grundabsprache beruhen. Eine Grundabsprache ist hierbei eine generelle Verständigung von Unternehmen, kartellrechtswidrig zusammenzuwirken.

Im Jahr 2021 entschied der EuGH, dass „Art. 101 AEUV [als kartellordnungswidrigkeitenrechtliche Norm] dahin auszulegen [ist], dass [...] der Zeitraum der Zuwiderhandlung dem Zeitraum bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Vertrages entspricht [...]. Damit ist die Zuwiderhandlung nach dem EuGH mit dem **Zuschlag** beendet.

Diese Rechtsprechung des EuGH gilt auch für das nationale Kartellordnungswidrigkeitenrecht, da § 81 II Nr. 1 GWB Verstöße gegen Art. 101 AEUV wie auch Verstöße gegen § 1 GWB sanktioniert und § 1 GWB inhaltlich ebenso wie Art. 101 AEUV im Wege der europarechtskonformen Auslegung zu bestimmen ist.

Der EuGH hat jedoch nicht, wie manche kommentieren, pauschal einen Beginn der Verjährungsfrist mit dem Zuschlag angenommen. Ein Verjährungsbeginn mit dem Zuschlag gilt zwar grundsätzlich für jede **einzelne** Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV. Allerdings fasst der EuGH alle Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 AEUV zusammen, wenn sie Teil einer einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV sind. Diese werden dann verjährungsrechtlich verklammert. Der EuGH gibt dem Täter am Ende Steine statt Brot, da der Verjährungsbeginn erst mit dem Zuschlag auf die letzte Submissionsabsprache beginnt und nicht mit dem jeweiligen Zuschlag. Hier kommt die Verklammerung durch die Grundabsprache zum Tragen.

Eine Übertragung der Rechtsprechung des EuGH zum Kartellordnungswidrigkeitenrecht auf die strafrechtliche Norm des § 298 StGB kommt jedoch nicht in Betracht. Denn das Kartellordnungswidrigkeitenrecht ist bei gleichzeitiger Strafbarkeit subsidiär, § 21 I 1 OWiG, so dass bei Vorliegen einer Submissionsabsprache allein das Strafrecht anzuwenden ist.

Zudem sind im Kartellordnungswidrigkeitenrecht mehrere Verhaltensweisen denkbar, die jede für sich gegen § 1 GWB, bzw. Art. 101 I AEUV verstoßen und jede für sich eine Grundabsprache umsetzt.

§ 298 StGB stellt hingegen auf die Abgabe des konkreten Angebots als **einzig** strafbare Handlung ab. Die Kartellabsprache selbst ist nicht strafbar, sondern unter kriminalstrafrechtlichen Gesichtspunkten straflose Vorbereitungshandlung. § 298 StGB betont mit dem Wortlaut „ein Angebot abgibt“ den Einzelakt. Dieser Einzelakt verjährt nach den allgemeinen Grundsätzen und kann nicht aufgrund einer „Aktualisierung“ des Wettbewerbsverstoßes zu einer Art Dauerdelikt verklammert werden.

Allerdings erteilt der EuGH in dem Urteil für die **einzelne** (ordnungswidrige) Handlung eine Absage an die Schlussrechnung-Rechtsprechung. Diese Argumentation kann für einen früheren Verjährungsbeginn bei § 298 StGB fruchtbar gemacht werden.

So führt der EuGH aus: „[...] die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen des Kartells [entfallen] grundsätzlich spätestens zu dem Zeitpunkt, zu dem die wesentlichen Merkmale des Auftrags endgültig bestimmt wurden, da dem Auftraggeber zu diesem Zeitpunkt endgültig die Möglichkeit genommen wird, die Sachleistung unter normalen Marktbedingungen zu erhalten.“

Dieser Gedanke gilt auch für § 298 StGB. Hier ist ebenso auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen entfallen, da dann das Rechtsgut Wettbewerb endgültig beeinträchtigt ist. Dies ist mit dem Zuschlag der Fall, da hierdurch der (Vergabe-) Wettbewerb um den konkreten Auftrag abgeschlossen ist.

Bei § 298 StGB scheidet eine Verklammerung mittels Grundabsprache aus, da der Tatbestand mit der Angebotsabgabe als Tathandlung auf einen Einzelakt abstellt. Aus dem Urteil des EuGH lässt sich jedoch für § 298 StGB folgern, dass wie bei einer einzelnen Handlung im Ordnungswidrigkeitenrecht im Strafrecht auf den Zuschlag als Verjährungsbeginn abzustellen ist.

6. Wertungen aus den Rechtsprechungs-Änderungen zu § 266a I, II Nr. 2 StGB und § 299 StGB

Nach § 266a I StGB wird – verkürzt – bestraft, wer als Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung vorenthält. Nach bisher ständiger Rechtsprechung begann die Verjährung, wenn die sozialversicherungsrechtliche Pflicht des Arbeitgebers ihrerseits verjährt war. Diese Pflicht verjährt bei Vorsatz gem. § 25 I 2 SGB IV erst 30 Jahre nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem die Pflicht zu erfüllen gewesen wäre. Es kam bisher also auch hier – wie bei § 298 StGB – zu einer sehr langen Dauer der Verjährung.

Der 1. Strafsenat ist daher im November 2019 im Rahmen eines Anfragebeschlusses von dieser Bestimmung des Verjährungsbeginns abgerückt. Die Verjährung beginne dann, wenn der Fälligkeitszeitpunkt für die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge verstreiche, da die bisher mögliche, lange „Gesamtverjährungszeit“ unangemessen sei.

Bei § 266a StGB ist mit der Nichtzahlung zum Zeitpunkt der Fälligkeit der endgültige Schaden eingetreten, das Rechtsgut zu diesem Zeitpunkt also abschließend verletzt. Auf diesen Zeitpunkt sollte der BGH nun auch bei § 298 StGB abstellen.

Zuletzt zu § 299 StGB. Danach wird – vereinfacht dargestellt – bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr als Angestellter eines Unternehmens einen Vorteil als Gegenleistung dafür annimmt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen einen anderen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge. Erforderlich ist mithin eine Unrechtsvereinbarung zwischen Bestechendem und Bestechungsempfänger.

Bei § 299 StGB stellt sich die Frage, ob die Verjährung bereits mit der Vornahme der Tathandlung beginnt, also dem Abschluss der Unrechtsvereinbarung, oder erst mit der Annahme des Vorteils, oder aber erst dann, wenn die Unrechtsvereinbarung voll verwirklicht ist, äquivalent zur Schlussrechnung bei § 298.

Im Jahr 2017 entschied der BGH, dass "die bevorzugende Handlung [...] erst mit der Zahlungsabwicklung [...] abgeschlossen [war], mithin keinesfalls vor Erstellung der Schlussrechnung. Das Gericht stellt für den Verjährungsbeginn also auf die Schlussrechnung ab.

Allerdings werden durch § 299 StGB auch die Geschäftsinteressen des Geschäftsherrn des bestochenen Angestellten geschützt, spätestens seitdem der Gesetzgeber mit § 299 I Nr. 2, II Nr. 2 StGB das Geschäftsherrenmodell eingefügt hat. Daher ist die Situation nicht mit § 298 StGB vergleichbar, bei dem die Vermögensinteressen des Veranstalters lediglich reflexartig

geschützt werden. Somit spricht die Rechtsprechung des BGH zu § 299 StGB nicht gegen den hier vertretenen materiellen Beendigungsbegriff im Allgemeinen und den Verjährungsbeginn bei § 298 StGB mit dem Zuschlag im Speziellen.

Anhand dieser sechs Punkte hat sich gezeigt, dass die Verjährung bei § 298 StGB mit dem Ende der Rechtsgutsbeeinträchtigung beginnen muss, also mit dem erfolgten Zuschlag.