

**OLG Saarbrücken (1. Strafsenat), Beschluss vom 13.10.2023 – 1 Ws 55/23****Titel:**

Zeitpunkt der Tatbeendigung bei wettbewerbsbeschränkender Absprache im Rahmen von Ausschreibungen

**Normenkette:**

StGB § 78a, § 298

**Redaktioneller Leitsatz:**

**Eine Tat nach § 298 StGB ist grundsätzlich in dem Zeitpunkt beendet und beginnt zu verjähren, in dem die wesentlichen Merkmale des Auftrags und insbes. der als Gegenleistung für die Arbeiten zu zahlende Gesamtpreis vorbehaltlich etwaiger Nachträge endgültig durch Zuschlag oder Vertragsschluss bestimmt worden sind. Auf die Abwicklung des Vertrages durch Erstellen der Schlussrechnung kommt es nicht an. (Rn. 31)**

**Rechtsgebiete:**

Strafprozessrecht/OWiG, Strafrecht, Kartellrecht, EG-Kartellrecht, Handelsrecht

**Schlagworte:**

Ausschreibungen, Absprachen, Verjährung, Tatbeendigung, vollständige Vertragsabwicklung, Submissionsabsprachen

**vorgehend:**

LG Saarbrücken, Beschluss vom 16.02.2023 - 2 KLS 13/22 (rechtskräftig)

**Fundstellen:****Entscheidungsbesprechungen:**

jM 2024, 201

**ECLI:**

ECLI:DE:OLGSL:2023:1013.1WS55.23.0A

**Rechtskraft:**

rechtskräftig

**KI-generierte Zusammenfassung:**

Das Oberlandesgericht hat die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen die Entscheidung des Landgerichts Saarbrücken, das Hauptverfahren gegen den Angeschuldigten wegen Verjährung der ihm zur Last gelegten wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Ausschreibungen nicht zu eröffnen, als unbegründet verworfen.

Das Gericht stellte fest, dass trotz hinreichender tatsächlicher Anhaltspunkte für das Vorliegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen durch den Angeschuldigten, die Strafverfolgung der angeklagten Taten gemäß § 78 Abs. 1 Satz 1 StGB wegen Verjährung ausgeschlossen ist. Die Verjährungsfrist von fünf Jahren für die Verfolgung derartiger Absprachen war bereits abgelaufen, als die Staatsanwaltschaft ihre Ermittlungen gegen den Angeschuldigten aufnahm. Die Verjährung begann mit der materiellen Beendigung der Tat, die mit der Erteilung des Zuschlags bzw. des Vertragsschlusses eintrat, und nicht erst mit der Erstellung der Schlussrechnung. Maßgeblich für diese Beurteilung ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Zeitpunkt der Beendigung von Submissionsabsprachen im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV. Entsprechend war die Anordnung der verantwortlichen Vernehmung des Angeschuldigten sowie weitere Maßnahmen nicht geeignet, die Verjährung zu unterbrechen. Eine Strafbarkeit wegen Untreue oder Betruges wurde ebenfalls verneint, da es an zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten für einen bezifferbaren Vermögensnachteil der D. AG fehlte.

#### **Tenor:**

1. Die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft Saarbrücken gegen den Beschluss des Landgerichts Saarbrücken – 2. Große Strafkammer als Wirtschaftsstrafkammer I – vom 16. Februar 2023 wird als unbegründet verworfen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die dem Angeschuldigten insoweit entstandenen notwendigen Auslagen werden der Staatskasse auferlegt.

#### **Gründe:**

I.

**1**Die Staatsanwaltschaft Saarbrücken wirft dem Angeschuldigten mit am 15. Juli 2022 erhobener Anklage vor, sich in drei Fällen wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen strafbar gemacht zu haben.

**2**Der Angeschuldigte soll als für den Bereich Technik zuständiges Mitglied des Vorstands der D. AG bei Ausschreibungen von Bauvorhaben auf dem Gelände der D. AG ein System des Preisverrats und der Preisabsprachen zugunsten einzelner Bauunternehmen gebilligt und unterstützt haben. Begünstigte soll insbesondere die von dem gesondert verfolgten B. betriebenen S.-I. GmbH (S. GmbH) gewesen sein. Im Gegenzug soll der Sohn des Angeschuldigten Zuwendungen von dem gesondert verfolgten B. und dessen Unternehmen erhalten haben. Er soll unter anderem als Student des Wirtschaftsingenieurwesens Vollzeit zunächst bei der S. GmbH und

später einem weiteren Personaldienstleistungsunternehmen des B. angestellt worden und in den Jahren 2009 bis 2013 Jahresgehälter zwischen 34.500 Euro und 64.433,82 Euro brutto erhalten haben. Zugleich soll B. im Zeitraum von Februar 2009 bis Mai 2011 bei der S. GmbH ausschließlich zum Zweck der Erteilung von Nachhilfe an den bereits in zwei von drei Versuchen einer Mathematikprüfung seines Studiums gescheiterten Sohn des Angeschuldigten einen Mathematiker gegen Gehaltszahlungen in Höhe von rund 28.000 Euro im Jahr 2009, 32.500 Euro im Jahr 2010 und 19.150 Euro im Jahr 2011 angestellt haben.

**3**Das von dem Angeschuldigten gebilligte System des Preisverrats und der Preisabsprachen soll zwischen dem gesondert verfolgten B. als Verantwortlichem der S. GmbH, leitenden Angestellten weiterer Fremdunternehmen, die regelmäßig Baumaßnahmen für D. AG ausführen wollten, sowie dem Leiter der Neubauabteilung der D. AG und weiteren dortigen leitenden Angestellten bestanden haben. Es soll zum einen vorgesehen haben, dass B. und der Leiter des saarländischen Standorts der H. AG als maßgeblichem Konkurrenzunternehmen der S. GmbH sich im Zuge der Bewerbung um die Vergabe von Neubaugroßvorhaben der D. AG über angebotene Erstpreise abstimmten, und der Leiter der Neubauabteilung der D. AG die Erstangebote weiterer Mitbewerber offenbarte. Auf diese Weise sollen im Zuge der Ausschreibung Konkurrenzfirmen der S. GmbH und der H. AG unterboten, damit von der Erteilung des Zuschlags ausgeschlossen und die Aufträge nach Belieben des B. zwischen der S. GmbH und der H. AG aufgeteilt worden sein. Daneben soll, um dem Leiter der Neubauabteilung der D. AG Vorteile für den Preisverrat bei der Vergabe der Großbauaufträge zukommen zu lassen, B. die Geschäftsführer weiterer, an freihändigen Aufträgen der D. AG interessierter Fremdunternehmen angewiesen haben, fortlaufende rechtsgrundlose Zahlungen im insgesamt sechsstelligen Bereich an den Leiter der Neubauabteilung der D. AG zu dessen privater Verwendung zu erbringen, um im Gegenzug bei der freihändigen Vergabe von Aufträgen durch die D. AG bevorzugt berücksichtigt zu werden.

**4**Der Angeschuldigte soll in Kenntnis dieses Absprachesystems dafür Sorge getragen haben, dass die S. GmbH bei den folgenden drei Ausschreibungen den Zuschlag erhalten habe, obwohl ihren Angeboten jeweils rechtswidrige Preisabsprachen zugrunde gelegen haben sollen.

**5**1. Am 13. Juni 2013 habe der Angeschuldigte sich gegenüber dem Finanzvorstand der D. AG erfolgreich dafür eingesetzt, dass ein nach erfolgter Preisabsprache verspätet eingereichtes Angebot der S. GmbH entgegen den internen Vergaberegeln der D. AG im Zuge einer Ausschreibung von Bauarbeiten für die Fundamente der „Rohrbrücke 3“ berücksichtigt worden sei. In der Folge habe die S. GmbH aufgrund ihres infolge einer Preisabsprache günstigsten Angebotes in Höhe von 379.168,17

Euro am 14. Juni 2013 den Zuschlag erhalten. Die Freigabe der Auftragserteilung sei am 10. Juli 2013 erfolgt. Die nach Abschluss der Bauarbeiten gestellte Schlussrechnung der S. GmbH vom 21. Januar 2015 sei von der D. AG am 29. April 2015 beglichen worden.

62. Am 9. Juli 2013 habe der Angeschuldigte gemeinsam mit dem Leiter der Neubauabteilung der D. AG im Zuge einer Ausschreibung von Bauarbeiten für einen „Waschplatz“ nach zuvor erfolgter Preisabsprache der S. GmbH den Auftrag für die Bauarbeiten im Volumen von 248.412,83 Euro erteilt, ohne dass die erforderliche interne Freigabe durch den Finanzvorstand der D. AG erfolgt sei. Die Schlussrechnung der S. GmbH vom 11. August 2014 sei von der D. AG am 15. September 2014 bezahlt worden.

73. Zugleich am 9. Juli 2013 habe der Angeschuldigte im Zuge einer Ausschreibung von Baumaßnahmen für die „Fundamente der Entstaubung“ nach abermals vorangegangener Preisabsprache die Bestellung der Baumaßnahme bei der S. GmbH als günstigstem Anbieter mit einem Angebot über 460.892,09 Euro unter Verstoß gegen die internen Vergaberegeln der D. AG, die eine Unterzeichnung durch zwei Mitglieder des Vorstands verlangten, allein unterzeichnet. Die Schlussrechnung der S. GmbH vom 19. Januar 2015 sei von der D. AG am 10. Februar 2015 bezahlt worden.

8Wegen der Einzelheiten der Tatvorwürfe wird auf die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft vom 30. Juni 2022 Bezug genommen. Die verantwortliche Vernehmung des Angeschuldigten im Ermittlungsverfahren wurde erstmals am 8. Januar 2019 angeordnet.

9Das Landgericht Saarbrücken hat mit Beschluss vom 16. Februar 2023 die Eröffnung des Hauptverfahrens aus Rechtsgründen mit der Begründung abgelehnt, die dem Angeschuldigten zur Last gelegten Taten seien verjährt.

10Hiergegen wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer am 21. Februar 2023 eingelegten sofortigen Beschwerde, der die Generalstaatsanwaltschaft beigetreten ist.

11Der Angeschuldigte ist der Beschwerde durch seinen Verteidiger zu 1. entgegengetreten.

II.

12Die gemäß § 210 Abs. 2 StPO statthafte und zulässig erhobene sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft ist unbegründet. Das Landgericht hat zutreffend angenommen, dass der Angeschuldigte aus Rechtsgründen einer Straftat nicht hinreichend verdächtig erscheint (§ 203 StPO), weil der Ahndung der ihm zur Last gelegten Taten das Verfahrenshindernis der Strafverfolgungsverjähmung entgegensteht.

**131.** Ein für die Eröffnung des Hauptverfahrens erforderlicher hinreichender Tatverdacht liegt vor, wenn bei vorläufiger Tatbewertung auf Grundlage des Ermittlungsergebnisses die Verurteilung wahrscheinlich ist. Dies setzt in tatsächlicher Hinsicht voraus, dass der dem Tatvorwurf zugrundeliegende Sachverhalt mit den zur Verfügung stehenden Beweismitteln am Ende einer Hauptverhandlung wahrscheinlich zur Überzeugung des Gerichts festzustellen sein wird (vgl. Gorf in: BeckOK StPO, 48. Ed., § 170 Rn. 3). Ferner ist erforderlich, dass der erweisbare Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht strafbar ist und die Prozessvoraussetzungen für die Durchführung eines Strafverfahrens vorliegen; insbesondere dürfen Verfahrenshindernisse nicht bestehen (vgl. Gorf in: BeckOK StPO, 48. Ed., § 170 Rn. 3).

**14a)** In tatsächlicher Hinsicht bestehen aufgrund der Ergebnisse der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen zwar hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Angeschuldigte in der ihm mit der Anklage vom 15. Juli 2022 vorgeworfenen Weise darauf hingewirkt hat, dass die S. GmbH in den angeklagten Fällen Aufträge der D. AG erhielt, obwohl die im Zuge des Vergabeverfahrens eingereichten Angebote der S. GmbH in Kenntnis des Angeschuldigten auf einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache zwischen dem gesondert verfolgten B., leitenden Angestellten der Neubauabteilung der D. AG und Verantwortlichen von Konkurrenzunternehmen der S. GmbH beruhten.

**15b)** Ein hinreichender Tatverdacht scheidet aber aus Rechtsgründen aus. Dabei kann dahinstehen, ob das dem Angeschuldigten zur Last gelegte Handeln rechtlich eine Strafbarkeit wegen mittäterschaftlicher Begehung (zur täterschaftlichen Beteiligung des Veranstalters und deren Voraussetzungen vgl. BGH, Beschluss vom 25. Juli 2012 – 2 StR 154/12 – juris Rn. 5 f.) oder lediglich wegen Teilnahme (§ 27 StGB) begründen könnte. Der Annahme eines hinreichenden Tatverdachts steht in beiden Fällen rechtlich jedenfalls entgegen, dass die strafrechtliche Verfolgung der angeklagten Taten gemäß § 78 Abs. 1 Satz 1 StGB wegen Verjährung ausgeschlossen ist.

**16c)** Die Verjährungsfrist für die Verfolgung wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen beträgt gemäß § 78 Abs. 3 Nr. 4, Abs. 4 i.V.m. § 298 Abs. 1 StGB fünf Jahre. Diese Frist lief hinsichtlich der dem Angeschuldigten zur Last gelegten Tat zu Ziff. 1 der Anklage („Rohrbrücke 3“) spätestens am 14. Juni 2018 und der Taten zu Ziff. 2 und 3 der Anklage („Waschplatz“ und „Fundamente der Entstaubung“) spätestens am 9. Juli 2018 ab. Die Taten waren demnach, so wie sie sich nach dem Ergebnis der Ermittlungen in tatsächlicher Hinsicht darstellen, bereits verjährt, als die Staatsanwaltschaft aufgrund der bei den Ermittlungen gegen den gesondert verfolgten B. gewonnenen Erkenntnisse am 8. Januar 2019 einen Anfangsverdacht für ein strafbares Handeln auch des Angeschuldigten

angenommen und Ermittlungen gegen diesen eingeleitet hat. Die noch an demselben Tag erfolgte Anordnung der verantwortlichen Vernehmung des Angeschuldigten war daher, ebenso wie eine spätere richterliche Durchsuchungsanordnung und die Erhebung der Anklage selbst, nicht geeignet, die Verjährung gemäß § 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB zu unterbrechen und neu in Lauf zu setzen.

**17aa)** Gemäß § 78a Satz 1 StGB beginnt die Frist zur Strafverfolgungsverjährung zu laufen, sobald die Tat beendet ist. Sofern ein zum Tatbestand gehörender Erfolg erst später eintritt, beginnt die Verjährungsfrist erst mit diesem Zeitpunkt zu laufen (§ 78a Satz 2 StGB).

**18** Unabhängig davon, ob § 298 StGB dogmatisch als abstraktes Gefährdungsdelikt in Form eines Tätigkeitsdelikts (so Heine/Heisele in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 298 Rn. 2; Dannecker in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 5. Aufl., § 298 Rn. 16) oder hinsichtlich des Schutzgutes der Wettbewerbsfreiheit als Erfolgsdelikt einzuordnen ist, weil die Beschränkung oder der Ausschluss von Ausschreibungswettbewerb durch Abgabe eines auf Absprache beruhenden Angebots den Wettbewerb bereits unmittelbar beeinträchtigt und nicht bloß gefährdet (so Lindemann in: LK-StGB, 13. Aufl., § 298 Rn. 9; vgl. auch Hohmann in: MüKoStGB, 4. Aufl., § 298 Rn. 6), setzt der Straftatbestand einen über die Absprache und die darauf beruhende Angebotsabgabe hinausgehenden Erfolg nicht voraus.

**19** Maßgeblich für den Beginn der Verjährungsfrist ist die materielle Beendigung dieser tatbestandsmäßigen Handlung.

**20bb)** Wann der Zeitpunkt dieser Beendigung eintritt, ist in der Rechtsprechung bislang nicht bestimmt. Soweit der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 25. August 2020 – KRB 25/20 – (WuW 2020, 615, 617 Rn. 17) ausführt, dass eine nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) bloß bußgeldbewehrte Submissionsabsprache unabhängig davon, ob das Vergabeverfahren, auf das sich die Absprache beziehe, den Anforderungen des § 298 Abs. 1 oder 2 StGB genüge, erst mit der vollständigen Vertragsabwicklung beendet sei, vermag der Senat dem eine verbindliche Bestimmung des Zeitpunkts der materiellen Beendigung einer gemäß § 298 StGB strafbewehrten Absprache nicht zu entnehmen. In der rechtswissenschaftlichen Literatur ist umstritten, ob die Tat nach § 298 StGB zugleich mit ihrer Vollendung durch Abgabe des Angebotes (so etwa Heger in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl., § 298 Rn. 7; Hohmann in: MüKo-StGB, 4. Aufl., § 298 Rn. 97; Tsambikakis in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht, 1. Aufl., § 298 Rn. 34; Lindemann in: LK-StGB, 13. Aufl., § 298 Rn. 59), mit Erteilung des Zuschlags durch den Veranstalter (hierfür: Greve in: Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl., § 298 Rn. 126; Momsen/Laudien in: BeckOK StGB, 58. Edition, § 298 Rn. 34; Böse in:

Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl., § 298 Rn. 17) oder erst mit Abwicklung des Vertrags durch Erstellung der Schlussrechnung (so Fischer, StGB, 70. Aufl., § 298 Rn. 15b; Heine/Eisele in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 298 Rn. 27; König JR 1997, 397, 402) beendet ist.

**21cc)** Letzterer Auffassung, der sich die Staatsanwaltschaft und die Generalstaatsanwaltschaft mit der sofortigen Beschwerde gegen die Entscheidung des Landgerichts anschließen, vermag der Senat im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Zeitpunkt der Beendigung von Submissionsabsprachen im Sinne des Art. 101 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) nicht beizutreten.

**22**Zwar ist eine Tat erst beendet, wenn der Täter sein rechtsverneinendes Tun insgesamt abgeschlossen hat, das Tatunrecht mithin tatsächlich in vollem Umfang verwirklicht ist. Zur – noch nicht beendeten – Tat zählen daher auch solche Umstände, die zwar nicht mehr von der objektiven Beschreibung des Tatbestands erfasst werden, aber dennoch das materielle Unrecht vertiefen, weil sie den Angriff auf das geschützte Rechtsgut perpetuieren oder gar intensivieren (vgl. BGH, Urteil vom 18. Mai 2017 – 3 StR 103/17 –, NJW 2017, 2565 Rn. 15; Beschluss vom 9. Oktober 2018 – KRB 58/16 –, juris Rn. 13, jeweils m.w.N.). Auch nimmt der Bundesgerichtshof ausgehend davon im Anwendungsbereich des § 81 Abs. 1 Nr. 2 GWB für bußgeldbewehrte Submissionsabsprachen zwar bislang an, dass die Verjährungsfrist nicht schon mit dem sich aus der wettbewerbsbeschränkenden Absprache ergebenden Vertragsschluss zu laufen beginnt, sondern erst mit der vollständigen Vertragsabwicklung, die jedenfalls nicht vor Erstellung der Schlussrechnung eintreten soll (vgl. BGHSt 32, 389, 392 f.; BGH Beschlüsse vom 4. November 2003 – KRB 20/03 –, juris Rn. 18, und vom 25. August 2020 – KRB 25/20 –, WuW 2020, 615, 617 Rn. 17, jeweils m.w.N.).

**23**Diese nationale Rechtsprechung entwickelte sich indes in einer Zeit, als Submissionsabsprachen noch allein durch das Ordnungswidrigkeitenrecht erfasst wurden und der damalige § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB a.F. als Vorgängernorm des heutigen § 81 GWB nicht an die wettbewerbswidrige Vereinbarung anknüpfte, sondern alle Handlungen einschließlich der Erteilung der Schlussrechnung erfasste, die darauf abzielten, die unzulässige Absprache zu verwirklichen (vgl. Kappel/Bader, ZWH 2021, 231, 233). Sie kann, wenngleich § 298 StGB Verhaltensweisen unter Strafe stellt, die bis zu seiner Einführung durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption (Korruptionsbekämpfungsgesetz) vom 13. August 1997 (BGBl. I 2038) lediglich als Ordnungswidrigkeiten nach § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB a.F. geahndet werden konnten (vgl. BTDrucks. 13/5584, S. 13), im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Beendigung verbotener Wettbewerbsabsprachen im Sinne des Art.

101 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) auf den Straftatbestand des § 298 StGB nicht mehr übertragen werden.

**24(1)** Art. 101 Abs. 1 AEUV verbietet alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken.

**25**Der Europäische Gerichtshof geht in seiner Entscheidung vom 14. Januar 2021 (Az.: C-450/19, abzurufen über juris) davon aus, dass die Dauer der Beteiligung an einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV den gesamten Zeitraum umfasst, in dem der Auftragnehmer die mit seinen Wettbewerbern geschlossene wettbewerbswidrige Vereinbarung umsetzt. Das schließt den Zeitraum ein, in dem das von dem Auftragnehmer abgegebene Festpreisangebot gelte oder in einen endgültigen Vertrag zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber umgewandelt werden könnte. Die Beteiligung umfasse indes nicht mehr den Zeitraum, der sich über den Zeitpunkt hinaus erstreckt, zu dem die wesentlichen Merkmale des Auftrags und insbesondere der als Gegenleistung für die Arbeiten zu zahlende Gesamtpreis endgültig bestimmt worden seien. Maßgeblich ist demnach grundsätzlich der Zeitpunkt, in dem die Parteien den Vertrag geschlossen haben, da dem Auftraggeber zu diesem Zeitpunkt endgültig die Möglichkeit genommen wird, die in Rede stehenden Güter, Bau- oder Dienstleistungen unter normalen Marktbedingungen zu erhalten (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Januar 2021 – C-450/19 –, juris Rn. 35).

**26(2)** Dies bindet die nationale Rechtsprechung zwar zunächst nur in Fällen, in denen sie § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 101 Abs. 1 AEUV anwendet. § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB verweist ausdrücklich auf Art. 101 Abs. 1 AEUV und stellt insofern eine Blankettnorm dar (vgl. Vollmer in: MüKo-WettbewerbsR, 20. Aufl., § 81 Rn. 7; Friedrich, wistra 2022, 1, 2). Nach Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003 ist den nationalen Kartellbehörden und Gerichten eine von der durch die Blankettnorm des § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB in Bezug genommenen Regelung des Art. 101 Abs. 1 AEUV abweichende Beurteilung grenzüberschreitender unternehmerischer Absprachen grundsätzlich verwehrt, so dass Art. 101 Abs. 1 AEUV und dessen Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof Vorrang vor nationalem Recht genießt (vgl. Friedrich, wistra 2022, 1, 2 f. m.w.N.). Dieser Vorrang schlägt, da sich der Beginn der Verjährungsfrist nach der Beendigung des durch Art. 101 Abs. 1 AEUV bestimmten tatbestandsmäßigen Handelns richtet, auch auf die Frage der Verjährung durch (vgl. Friedrich, wistra 2022, 1, 3).

**27**Zwar hatte der Bundesgerichtshof insoweit bislang keine Gelegenheit, seine Rechtsprechung zu § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB im Lichte der europagerichtlichen

Entwicklungen zu Art. 101 Abs. 1 AEUV neu zu bewerten. Eine unterschiedliche Behandlung von innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Wettbewerbsabsprachen ist aufgrund der Systematik von § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV sowie des Verhältnisses der Normen zueinander jedoch abzulehnen (so auch Friedrich, wistra 2022, 1, 3). Die Normen des Art. 101 Abs. 1 AEUV und des § 1 GWB weisen den gleichen Regelungsgehalt auf, weshalb die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts nach dem Willen des Gesetzgebers bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB Berücksichtigung finden sollen, um die Einheit der Rechtsordnung zu wahren (vgl. BTDrucks. 15/3640, 22). Dabei umfassen die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, weshalb Rechtsfragen zu Art. 101 AEUV, die von den europäischen Gerichten entschieden worden sind, in Deutschland von nationalen Kartellbehörden und Gerichten sowohl in Bezug auf Art. 101 Abs. 1 AEUV als auch in Bezug auf § 1 GWB nicht abweichend entschieden werden dürfen (vgl. Friedrich, wistra 2022, 1, 4 m.w.N.).

**28**Der Senat sieht daher keinen Raum, die vom Bundesgerichtshof bis dahin entwickelte Rechtsprechung zu § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB nunmehr noch über ihren bisher in der Rechtsprechung anerkannten Anwendungsbereich hinaus auf § 298 StGB zu übertragen. § 298 StGB ist grundsätzlich kartellrechtsakzessorisch ausgestaltet. Dies dient dem Zweck, Wertungswidersprüche zwischen dem Kartell- und Strafrecht zu verhindern (vgl. BGH wistra 2012, 471, 472). In Anbetracht dessen erscheint es konsequent, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf § 298 StGB zu übertragen, zumal der Anwendungsbereich von § 298 StGB nicht auf den deutschen Wettbewerb beschränkt ist, sondern auch Ausschreibungen erfasst, die in den Anwendungsbereich des EU-Rechts fallen (vgl. Fischer, StGB, 70. Aufl., § 298 Rn. 5b f. m.w.N.; Friedrich, wistra 2022, 1, 4). Widersprüchliche Entscheidungen zwischen rein nationalen und EUgrenzüberschreitenden Sachverhalten können daher auch im Rahmen des § 298 StGB nur verhindert werden, wenn der Beendigungszeitpunkt bei Submissionsabsprachen einheitlich bestimmt wird (vgl. Friedrich, wistra 2022, 1, 4), zumal in Fällen, in denen Ordnungswidrigkeit und Straftat zusammenfallen, nach § 21 Abs. 1 OWiG nur das Strafgesetz Anwendung findet und so die Bindung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Verjährung im Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts durch die Anwendung des Strafrechts umgangen würde (vgl. Friedrich, wistra 2022, 1, 5).

**29**Überdies gebieten die gleichgelagerten Schutzzwecke von Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 298 StGB eine identische Bestimmung des Zeitpunkts der Tatbeendigung und des Beginns der Verjährungsfrist. Indem der Europäische Gerichtshof auf den Zeitpunkt abstellt, in welchem dem Auftraggeber endgültig die Möglichkeit

genommen wird, die in Rede stehenden Güter, Bau- oder Dienstleistungen unter normalen Marktbedingungen zu erhalten, begründet er seine Rechtsansicht zum Beendigungszeitpunkt mit der Wettbewerbsfreiheit als dem von Art. 101 Abs. 1 AEUV geschützten Rechtsgut (vgl. Friedrich, wistra 2022, 1, 4; zum Schutzzweck des Art. 101 Abs. 1 AEUV im Besonderen vgl. Säcker/Zorn in: MüKo-WettbewerbsR, 3. Aufl., Art. 101 AEUV Rn. 201). Auch § 298 StGB schützt vorrangig die Freiheit des Wettbewerbs vor unlauteren und nicht offenbarten Einflüssen, die das Austauschverhältnis von Waren und Leistungen einseitig zugunsten eines Beteiligten verzerren (vgl. Friedrich, wistra 2022, 1, 4; BTDrucks. 13/5584, S. 13). Soweit das Vermögen des Veranstalters einer Ausschreibung und mögliche Mitbewerber durch den Straftatbestand mitgeschützt sein sollen (vgl. BTDrucks. 13/5584, S. 13; vgl. auch BGH, Beschluss vom 25. Juli 2012 – 2 StR 154/12 –, juris Rn. 6; beschränkt auf den Schutz des Veranstalters vgl. Lindemann in: LK-StGB, 13. Aufl., § 298 Rn. 7; a.A. Hohmann in: MüKoStGB, 4. Aufl., § 298 Rn. 4 f.), erlaubt dies keine abweichende Beurteilung. Spätestens mit dem Zuschlag ist der Wettbewerb abgeschlossen, und um das Projekt kann, worauf auch der Europäische Gerichtshof abstellt (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Januar 2021 – C-450/19 –, juris Rn. 35), nicht mehr in lauterer Weise und unter normalen Marktbedingungen konkurriert werden. Nachfolgende Handlungen, etwa die Stellung von Abschlagsrechnungen oder der Schlussrechnung, können den Angriff auf das Schutzgut dann nicht mehr intensivieren (vgl. Kappel/Bader, ZWH 2021, 231, 234).

**30(3)** Soweit der Bundesgerichtshof bei dem als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestalteten Tatbestand des Subventionsbetrugs (§ 264 StGB) – in Abweichung von seiner sonstigen Rechtsprechung zu abstrakten Gefährdungsdelikten (vgl. BGH, Urteile vom 14. Juli 2022 – 6 StR 227/21 –, NStZ-RR 2022, 306 für § 153 StGB, und vom 3. Oktober 1989 – 1 StR 372/89 –, BGHSt 36, 255, 257 für § 326 StGB), annimmt, Tatbeendigung trete erst mit Erlangung der letzten Subvention ein, weil der Täter sein Vorhaben, Subventionen zu erschleichen, zuvor nicht im Sinne des § 78a Satz 2 StGB erfolgreich abgeschlossen habe (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2019 – 4 StR 136/19 –, juris m.w.N.), schlägt auch dies nicht durch. Es bedarf einer tatbestands- und schutzgutspezifischen Bestimmung. § 264 StGB dient indes, wie vom Landgericht angenommen, anders als § 298 StGB in Ergänzung des § 263 StGB primär dem unmittelbaren Schutz des Vermögens des Subventionsgebers (vgl. Fischer, StGB, 70. Aufl., § 264 Rn. 2b). Von der Einführung eines dem unmittelbaren Vermögensschutz dienenden Straftatbestand des Ausschreibungsbetruges hat der Gesetzgeber im Bereich der Straftaten gegen den Wettbewerb im 26. Abschnitt des Strafgesetzbuchs indes bewusst abgesehen (vgl. BTDrucks. 13/5584, S. 13).

**31dd)** Eine Tat nach § 298 StGB ist demnach grundsätzlich in dem Zeitpunkt beendet und beginnt zu verjähren, in dem die wesentlichen Merkmale des Auftrags und insbesondere der als Gegenleistung für die Arbeiten zu zahlende Gesamtpreis vorbehaltlich etwaiger Nachträge (vgl. Friedrich, wistra 2022, 1, 5) endgültig durch Zuschlag oder Vertragsschluss bestimmt worden sind. Dem kann nicht entgegengehalten werden, die effektive Ahndung von Kartellabsprachen sei wegen eines solch frühzeitigen Verjährungseintritts in Gefahr. Der Europäische Gerichtshof hat auf dieses u.a. von der deutschen Regierung vorgebrachte Argument in dem seiner Entscheidung vom 14. Januar 2021 – C-450/19 – zugrundeliegenden Vorabentscheidungsverfahren darauf verwiesen, dass diese praktische Erwägung eine künstliche Verlängerung der Dauer der Zuwiderhandlung nicht begründen kann (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Januar 2021 – C-450/19 –, juris Rn. 40; vgl. auch Kappel/Bader, ZWH 2021, 231, 235).

**32**Die dem Angeschuldigten zur Last gelegten wettbewerbsbeschränkenden Absprachen sind mithin, da die Ermittlungen auch nach Prüfung der beigezogenen Akten des gegen den gesondert verfolgten B. und weitere Beschuldigte geführten Ausgangsverfahrens 05 Js 135/14 durch den Senat Hinweise auf etwaige, den Zeitpunkt der Tatbeendigung aufschiebende Nachträge nicht ergeben haben, aufgrund Zuschlags- bzw. Auftragserteilung am 14. Juni 2013 (Tat zu Ziff. 1 der Anklage = „Rohrbrücke 3“) und 9. Juli 2013 (Taten zu Ziff. 2 und 3 der Anklage = „Waschplatz“ und „Fundamente der Entstaubung“), spätestens am 14. Juni und 9. Juli 2018 verjährt. Bis dahin waren verjährungsunterbrechende Maßnahmen nicht ergriffen.

**33c)** Soweit das Landgericht einen hinreichenden Tatverdacht dafür, dass der Angeschuldigte durch das ihm zur Last gelegte Handeln sonstige Straftatbestände verwirklicht haben könnte, verneint hat, lässt dies Rechtsfehler gleichfalls nicht erkennen. Dies gilt hinsichtlich einer möglichen Strafbarkeit wegen Untreue und Betruges jedenfalls deshalb, weil es auf Grundlage des Ergebnisses der Ermittlungen der Staatsanwaltschaft in den drei konkret zur Anklage gebrachten Fällen an zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten für einen zu beziffernden tatsächlichen Vermögensnachteil der D. AG anhand nachvollziehbarer wirtschaftlicher Maßstäbe (vgl. dazu BVerfGE 126, 170, 211 f., 221 f.), etwa im Wege einer Schadensfeststellung nach dem hypothetischen Marktpreis (vgl. dazu BGHSt 38, 186, 196; BGH, Beschluss vom 31. August 1994 – 2 StR 256/94 –, juris), fehlt.

**342.** Die Entscheidung über die Kosten und die Erstattung der notwendigen Auslagen des Angeschuldigten folgt aus § 473 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 StPO.

Zitiervorschlag:

OLG Saarbrücken Beschl. v. 13.10.2023 – 1 Ws 55/23, BeckRS 2023, 48253

© Verlag C.H.BECK oHG 2024