

Zu der in diesem Zusammenhang interessierenden Frage, was unter einer „ordnungsgemäßen Vergabe“ zu verstehen ist, weist der BGH darauf hin, dass dann, wenn die unzulässige Berücksichtigung nachträglich aufgestellter Eignungsanforderungen der Grund für die Nichtberücksichtigung des auf Schadensersatz klagenden Bieters ist, lediglich eine fehlerfreie Fortsetzung des tatsächlich zu Ende geführten Vergabeverfahrens, nicht aber eine Aufhebung des Vergabeverfahrens und ein neues Vergabeverfahren hinzugedacht werden darf, in dem die entscheidenden Eignungsanforderungen rechtzeitig vom Auftraggeber aufgestellt worden wären.¹⁸ Zurecht führt der BGH aus, dass eine Aufhebung der Ausschreibung wegen der unterbliebenen Berücksichtigung von Eignungskriterien bei der Ausschreibung regelmäßig ausgeschlossen ist und nicht als einer der „anderen schwerwiegenden Gründe“ in Betracht kommt (§ 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2012), weil schwerwiegende Gründe erst nach Beginn der Ausschreibung dem Auftraggeber bekannt gewordene Umstände sein können, die Bezeichnung von Eignungskriterien aber vor Beginn des Vergabeverfahrens erfolgen muss.¹⁹

Ausdrücklich, aber obiter dictum, verweist der BGH in diesem Zusammenhang auch auf die Rechtslage unter § 63 Abs. 1 Nr. 4 VgV.²⁰ „Andere schwerwiegende Gründe“ berechtigen auch unter § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2019 zur Aufhebung.

18 Urteil, Rdnr. 15.

19 Urteil, Rdnr. 17.

20 Urteil, Rdnr. 17.

Submissionsabsprache; Verjährung; Zeitpunkt der Tatbeendigung; „passiv Beteiligter“; bedingter Vorsatz; Verfahrenshindernis; Einstellungsbeschluss

GWB §§ 1, 81 Abs. 2; StPO § 206a Abs. 1; OWiG §§ 31 Abs. 1, 46 Abs. 1.

1. Im Fall einer Submissionsabsprache beginnt die Verjährung der Ordnungswidrigkeit nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB nicht schon mit dem sich aus der wettbewerbsbeschränkenden Absprache ergebenden Vertragsschluss, sondern erst mit der vollständigen Vertragsabwicklung. Dieser Zeitpunkt der materiellen Tatbeendigung ist maßgebend nicht nur für den von der Submissionsabsprache Begünstigten, sondern für sämtliche Personen, welche die Absprache getroffen haben, auch soweit sie absprachegemäß von einem eigenen Angebot abgesehen haben.

2. Ist das Bestehen eines dauernden Verfahrenshindernisses von den konkreten Umständen der Ordnungswidrigkeit abhängig, ist für deren Beurteilung im Stadium vor einer Hauptverhandlung oder einer Entscheidung durch Beschluss gem. § 72 OWiG grundsätzlich die Tatschilderung im Bußgeldbescheid maßgebend. In diesem Stadium ist es dem Gericht verwehrt, einen Einstellungsbeschluss nach § 206a Abs. 1 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1 OWiG auf abweichende Feststellungen aufgrund einer eigenen Bewertung der dem Bußgeldbescheid zugrundeliegenden Ermittlungsergebnisse zu stützen, auch wenn es den Betroffenen nach Aktenlage für das dort geschilderten Tatgeschehens nicht hinreichend verdächtig erachtet.

BGH, Urt. v. 25.08.2020 – KRB 25/20 – „Verbandsgeldbuße“.

Aus den Gründen: [1] Das Oberlandesgericht hat in der Kartellbußgeldsache gegen die Nebenbetroffene vor Anberaumung einer Hauptverhandlung die Einstellung des Verfahrens wegen des Verfahrenshindernisses der Verfolgungsverjährung nach § 206a Abs. 1 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1 OWiG beschlossen. Dagegen wendet sich die Generalstaatsanwaltschaft mit ihrer sofortigen Beschwerde. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

I. [2] 1. Mit Bußgeldbescheid vom 21.12.2018 hat das Bundeskartellamt gegen die Nebenbetroffene eine Verbandsgeldbuße (§ 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG) festgesetzt; dem liegt der Vorwurf zugrunde, ihr Geschäftsführer (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 OWiG) sei an einer Kartellordnungswidrigkeit nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB beteiligt (§ 14 Abs. 1 OWiG) gewesen. Während des Vergabeverfahrens zu der Ausschreibung zweier Gewerke habe er sich im Dezember 2008 mit dem verantwortlichen Mitarbeiter des konkurrierenden Unternehmens C. darauf verständigt, dass sich die Nebenbetroffene bei der Ausschreibung zugunsten ihrer Konkurrentin zurückhalten werde. Die Nebenbetroffene habe die Absprache umgesetzt, indem sie entgegen der Zusage, die sie gegenüber dem mit dem Vergabeverfahren betrauten Ingenieurbüro erteilt gehabt habe, keine Angebote abgegeben habe. Den Zuschlag für beide Gewerke habe die C. erhalten. Diese habe am 28.09.2010 ihre Schlussrechnung über insgesamt 13,9 Mio. € erstellt.

[3] **2.** Das Oberlandesgericht hat den im Bußgeldbescheid geschilderten Sachverhalt dahin beurteilt, dass der Geschäftsführer der Nebenbetroffenen dem Verbot wettbewerbswidriger Vereinbarungen i.S.d. § 81 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB zuwidergehandelt habe. Diese Ordnungswidrigkeit sei nach Aktenlage mit Ablauf der Angebotsfrist am 13.12.2008 nicht nur vollendet, sondern auch beendet gewesen.

[4] Die Tatbeendigung sei nicht erst mit der Erstellung der Schlussrechnung eingetreten. Denn der hierfür erforderliche „(Teilnahme-)Vorsatz“ des Geschäftsführers der Nebenbetroffenen bezogen auf die Aufrechterhaltung des durch die kartellverbotswidrige Vereinbarung geschaffenen Zustandes bis zur Erteilung der Schlussrechnung werde durch die Ermittlungsergebnisse nicht belegt. Der Vorsatz wäre nur zu bejahen, wenn er sich im Zeitpunkt der verbotenen Absprache darauf erstreckt hätte, die späteren Ausführungshandlungen der C. und die Abwicklung des aufgrund dieser Verständigung zustande gekommenen Vertrages zumindest zu unterstützen. Dies hätte eine Gesamtabstimmung oder eine in ein auf Dauer angelegtes System der Preisbeeinflussung eingebettete Absprache vorausgesetzt. Den Sachakten, insbesondere den Zeugnisaussagen des Mitarbeiters der C., lasse sich beides nicht entnehmen.

[5] 3. Infolgedessen sei die Verfolgung der Ordnungswidrigkeit nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB schon im Dezember 2013 verjährt gewesen. Die fünfjährige Verjährungsfrist (§ 81 Abs. 8 Satz 2 GWB) habe mit der Tatbeendigung (§ 31 Abs. 3 OWiG) im Dezember 2008 zu laufen begonnen. Vor der Einleitung des Verfahrens im November 2014 sei die Verjährung nicht wirksam unterbrochen worden (§ 33 OWiG).

II. [6] Die nach § 206a Abs. 2, § 304 Abs. 4 Satz 2, Halbs. 2 Nr. 2 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1 OWiG statthafte und auch im Übrigen zulässige (§ 306 Abs. 1, § 311 Abs. 2 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1 OWiG) sofortige Beschwerde der Generalstaatsanwaltschaft hat in der Sache Erfolg. Das Oberlandesgericht hat zu Unrecht angenommen, es sei Verfolgungsverjährung (§ 31 Abs. 1 OWiG) eingetreten.

[7] 1. Die Verjährungsfrist für die Verfolgung der Ordnungswidrigkeit gem. § 81 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB in der ab dem 22.12.2007 – damit zur Tatzeit – geltenden, insoweit bis heute unveränderten Fassung bemisst sich nach § 81 Abs. 8 Satz 2 GWB auf fünf Jahre. Der Fristbeginn knüpft an die materielle Beendigung der Tat i.S.d. § 31 Abs. 3 OWiG. Löst – wie im zu beurteilenden Fall – eine Ordnungswidrigkeit einer natürlichen Person die bußgeldrechtliche Haftung einer juristischen Person nach § 30 OWiG aus, so gilt hierfür im Grundsatz eine akzessorische Verjährung (§ 30 Abs. 4 Satz 3 OWiG).¹

[8] 2. Zu Unrecht ist das Oberlandesgericht davon ausgegangen, dass die materielle Beendigung der dem Geschäftsführer der Nebenbetroffenen angelasteten Ordnungswidrigkeit auf den 13.12.2008, den Ablauf der Angebotsfrist, nicht auf den 28.09.2010, die Erstellung der Schlussrechnung durch C., falle. Im Ergebnis hat es angenommen, die Tat sei deshalb nicht erst mit der Schlussrechnungserstellung beendet gewesen, weil die

kartellverbotswidrige Vereinbarung nicht nachweisbar Teil einer Gesamtabstimmung oder in ein auf Dauer angelegtes System der Preisbeeinflussung eingebettet gewesen sei.

[9] a) Das Oberlandesgericht hat die Tatsachengrundlage für diese rechtliche Beurteilung nicht dem Bußgeldbescheid entnommen, sondern ist von einem abweichenden Sachverhalt ausgegangen, indem es die Sachakten ausgewertet hat. Dies begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

[10] Im Bußgeldverfahren findet kein gerichtliches Zwischenverfahren in dem Sinne statt, dass das Tatgericht die Durchführung des Hauptverfahrens ablehnen könnte, weil der Betroffene oder der für die Nebenbetroffene verantwortlich Handelnde der ihm vorgeworfenen Ordnungswidrigkeit nicht hinreichend verdächtig erscheint.² Wie das strafprozessuale Strafbefehlsverfahren (§§ 407 ff. StPO) kennt das Bußgeldverfahren weder einen Eröffnungsbeschluss entsprechend §§ 203, 207 StPO noch einen Nichteröffnungsbeschluss entsprechend § 204 StPO.

[11] Dies hat Konsequenzen für die Beurteilung von dauernden Verfahrenshindernissen i.S.d. § 206a StPO. Ist ihr Bestehen von den konkreten Umständen der Ordnungswidrigkeit abhängig, so ist hierfür im Stadium vor einer Hauptverhandlung (§ 71 OWiG) oder einer Entscheidung durch Beschluss gem. § 72 OWiG grundsätzlich die Tatschilderung im Bußgeldbescheid maßgebend. In diesem Stadium kann das Gericht zwar ergänzende, aber keine hiervon abweichenden Feststellungen treffen, auch wenn es den Betroffenen oder die Leitungsperson nach Aktenlage nicht für hinreichend verdächtig erachtet. Geht das Gericht nicht nach § 72 oder § 47 Abs. 2 OWiG vor, etwa weil die Staatsanwaltschaft dem widerspricht bzw. nicht zustimmt, hat es vielmehr in der Hauptverhandlung zu klären, ob sich der mit dem Bußgeldbescheid in tatsächlicher Hinsicht erhobene Vorwurf beweisen lässt.

[12] Im Bußgeldbescheid vom 21.12.2018 ist zu den „Tatumständen“ dargelegt, die verbotene Absprache zwischen dem Geschäftsführer der Nebenbetroffenen und dem verantwortlichen Mitarbeiter der C. stehe im Zusammenhang mit weiteren Kontakten beider bei vier anderen Projekten.³ Im Rahmen der Beweiswürdigung und der rechtlichen Würdigung wird dies dahin konkretisiert, dass sich die Absprache in eine Praxis von Verständigungen (Vereinbarungen sowie Verhaltensab-

1 Vgl. BGH, Urt. v. 05.12.2000 – 1 StR 411/00, BGHSt 46, 207; Achenbach, in: Frankfurter Kommentar, Kartellrecht, Stand: Juni 2020 (96. Lfg.), Bd. VI, § 81 GWB Rdnr. 146.

2 Vgl. KK-Senge, OWiG, 5. Aufl., § 71 Rdnr. 8.

3 Rdnr. 64.

stimmungen durch Schutzangebote) einfüge, an denen der Geschäftsführer der Nebenbetroffenen beteiligt gewesen sei.⁴ Soweit in den Gründen des angefochtenen Beschlusses demgegenüber unter Bezeichnung der betreffenden Textstellen im Bußgeldbescheid ausgeführt ist, diese „Behauptung des Bundeskartellamts“ finde „in den Ermittlungsergebnissen keine hinreichende Stütze“, hat das Oberlandesgericht die ihm vor der Hauptverhandlung zustehende Prüfungskompetenz überschritten. Ihm war es im Rahmen der Entscheidung über ein Vorgehen nach § 206a Abs. 1 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1 OWiG verwehrt, die Ermittlungsergebnisse, insbesondere die Aussagen des Mitarbeiters der C., abweichend vom Bußgeldbescheid zu würdigen und zu prognostizieren, von einer Zeugenaussage in der Hauptverhandlung seien keine weiteren Erkenntnisse zu erwarten. In der Sache hat es die Verfahrenseinstellung damit begründet, dass der Geschäftsführer der Nebenbetroffenen des im Bußgeldbescheid geschilderten Tatgeschehens nicht hinreichend verdächtig sei, ein solcher Verdacht nur hinsichtlich eines abweichenden Sachverhalts bestehe und – allein – für diesen das Verfahrenshindernis vorliege.

[13] **b)** Ungeachtet dessen vermag der Senat der vom Oberlandesgericht vorgenommenen rechtlichen Beurteilung nicht beizutreten. Vielmehr hätte die Verjährung hinsichtlich der Nebenbetroffenen selbst dann mit der Erstellung der Schlussrechnung durch C. begonnen, wenn es sich bei der Absprache um eine vereinzelt gebliebene kartellverbotswidrige Vereinbarung gehandelt haben sollte.

[14] **aa)** Für die materielle Beendigung einer Ordnungswidrigkeit i.S.d. § 31 Abs. 3 OWiG gilt wie für diejenige einer Straftat (§ 78a StGB):

[15] Die Tat ist 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.⁵

[16] **bb)** Für eine nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB bußgeldbewehrte Submissionsabsprache, die zum Zuschlag an das durch sie begünstigte Unternehmen führt, bedeutet dies:

[17] Die Verjährung beginnt nicht schon mit dem sich aus der wettbewerbsbeschränkenden Absprache ergebenden Vertragsschluss, sondern erst mit der vollständigen Vertragsabwicklung. Abgewickelt ist der Vertrag jedenfalls nicht vor Erstellung der Schlussrechnung.⁶ Dabei ist ohne Belang, ob – was hier zweifelhaft ist – das Vergabeverfah-

ren, auf das sich die Absprache bezieht, den Anforderungen des § 298 Abs. 1 oder 2 StGB genügt.

[18] Dieser Zeitpunkt der materiellen Tatbeendigung ist maßgebend nicht nur für den von der Submissionsabsprache Begünstigten, der infolge des Zuschlages den Vertrag geschlossen und abgewickelt hat, sondern für sämtliche Personen, welche die Absprache getroffen haben. Der Senat hat bereits entschieden, dass dies gilt, soweit die Absprachebeteiligten vereinbarungsgemäß überbietende Angebote abgegeben haben.⁷ Nicht anders ist derjenige Beteiligte zu behandeln, der – wie hier – aufgrund der Absprache von einem dem Ausschreibenden zugesagten Angebot abgesehen hat, jedenfalls dann, wenn er im Hinblick auf den Vertragsschluss und die -abwicklung mit Vorsatz gehandelt hat. Dies ergibt sich aus Folgendem:

[19] (1) Für die Bestimmung des Verjährungsbeginns einer Submissionsabsprache hat der Senat ungeachtet des Einheitstäterbegriffs des Ordnungswidrigkeitenrechts (§ 14 Abs. 1 OWiG) auf die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze zurückgegriffen.⁸ Danach gilt im Ausgangspunkt:

[20] Für die Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) kommt es auf die letzte Handlung eines der Tatgenossen an; diese Handlung ist für jeden Mittäter maßgebend.⁹ Bei der Beihilfe (§ 27 Abs. 1 StGB) beginnt nach dem Prinzip der Akzessorietät die Verjährung der Gehilfenfähigkeit mit der Beendigung der Haupttat.¹⁰

[21] Beschränkt sich die Beteiligung eines Mittäters oder Gehilfen indes auf abgrenzbare Teile der (Haupt-) Tat oder auf einen begrenzten Zeitraum, ist sein Beitrag ausnahmsweise mit dem Abschluss der ihn betreffenden Einzelakte beendet.¹¹ Diese verjährungsrechtlichen Ein-

4 Rdnr. 152 f., 190 f.

5 S. BGH, Urt. v. 18.05.2017 – 3 StR 103/17, NJW 2017, 2565 Rdnr. 15; Beschl. v. 09.10.2018 – KRB 58/16, Rdnr. 13, Flüssiggas II, jeweils m.w.N.

6 S. BGH, Beschl. v. 09.07.1984 – KRB 1/84, BGHSt 32, 389 (392 f.) – Schlussrechnung; v. 21.10.1986 – KRB 5/86, BGHR § 130 OWiG Verjährung 1 – Prüfgruppe; v. 13.03.1990 – KRB 3/89, WuW/E BGH 2659, 2660 – Leerangebot; v. 04.11.2003 – KRB 20/03, NJW 2004, 1539 (1541) – Frankfurter Kabelkartell.

7 S. BGH, WuW/E BGH 2659, 2660 – Leerangebot; NJW 2004, 1539 (1541) – Frankfurter Kabelkartell; ferner BGHR § 130 OWiG Verjährung 1 – Prüfgruppe („regelmäßig“).

8 Vgl. BGHR § 130 OWiG Verjährung 1 – Prüfgruppe; WuW/E BGH 2659 f. – Leerangebot.

9 S. BGH, Urt. v. 01.02.1989 – 3 StR 450/88, BGHSt 36, 105 (117); Fischer, StGB, 67. Aufl., § 78a Rdnr. 4.

10 S. BGH, Urt. v. 11.06.1965 – 2 StR 187/65, BGHSt 20, 227 (228); v. 19.06.2008 – 3 StR 90/08, BGHSt 52, 300 Rdnr. 12.

11 S. BGH, Beschl. v. 09.10.2018 – KRB 58/16, Rdnr. 12 m.w.N. – Flüssiggas II.

schränkungen der Zurechnung fremden Verhaltens hat der Bundesgerichtshof für die frühere fortgesetzte Handlung entwickelt.¹² Aber auch nachdem er die Rechtsfigur des Fortsetzungszusammenhangs aufgegeben hatte,¹³ hat er prinzipiell an den beiden benannten Ausnahmen vom Grundsatz der einheitlichen Tatbeendigung festgehalten.¹⁴ Sie kommen weiterhin in Betracht, wenn eine Vielzahl immer wieder den Tatbestand verwirklichender Einzelakte zu einer materiellrechtlichen Tat – als rechtlicher Einheit¹⁵ – verbunden wird, so etwa im Fall einer Bewertungseinheit dergestalt, dass eine wettbewerbsbeschränkende Grundabsprache über Jahre hinweg durch konkretisierende Einzelabsprachen und/oder Realakte umgesetzt wird.¹⁶ Voraussetzung für eine abweichende Tatbeendigung für den Mittäter oder Gehilfen ist aber, dass sich neben der Beteiligung der – für den subjektiven Straftatbestand notwendige (§ 15 StGB) – Vorsatz auf die abgrenzbaren Tattteile oder den begrenzten Zeitraum beschränkt und nicht auf die gesamte Tat erstreckt.¹⁷

[22] (2) Die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze sind auf die kartellverbotswidrige Submissionsabsprache nach folgenden Maßgaben anzuwenden:

[23] (a) Die Personen, welche die wettbewerbsbeschränkende Absprache verantwortlich treffen, begehen unabhängig davon, ob sie hierdurch begünstigt sind, die Ordnungswidrigkeit des § 81 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB als Mittäter im strafrechtlichen Sinne. Denn schon mit dem Zustandekommen der kartellverbotswidrigen Vereinbarung ist – anders als nach der bis zum 31.12.1998 gültigen Bußgeldvorschrift des § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB (Hinwegsetzen über die Unwirksamkeit oder Nichtigkeit der Vereinbarung) – der gesetzliche Tatbestand erfüllt. Wer in eigener Person sämtliche Tatbestandsmerkmale rechtswidrig und vorwerfbar verwirklicht, handelt, zumindest in aller Regel, täterschaftlich, selbst wenn er im Interesse eines anderen tätig ist.¹⁸ Zugleich fördert ein solcher Mittäter bereits durch die Absprache weitere Ausführungshandlungen der Angehörigen des begünstigten Unternehmens in der Phase zwischen Tatvollendung und -beendigung, mithin bis zur endgültigen Abwicklung des von diesem Unternehmen absprachegemäß geschlossenen Vertrages, ohne dass hierdurch neben die Verantwortlichkeit als Täter ein eigenständiger Tatbeitrag als Teilnehmer im strafrechtlichen Sinne träte.¹⁹

[24] (b) Wer die Submissionsabsprache trifft, handelt hinsichtlich der Erstellung der Schlussrechnung durch das absprachegemäß begünstigte Unternehmen vorsätzlich, wenn er es zumindest für möglich hält und billigend in Kauf nimmt, dass dieses Unternehmen einen dem Gegenstand des Vergabeverfahrens entsprechenden Vertrag schließt und abwickelt. An den Vorsatz sind insoweit keine weiteren Anforderungen zu stellen. Ins-

besondere braucht sich der Beteiligte keine konkreten Vorstellungen dazu zu machen, wie der Vertrag im Einzelnen durchgeführt wird. Erst recht ist es unschädlich, wenn er von Vertragsschluss und -abwicklung keine Kenntnis erhält; es kommt auf das Wissen im Zeitpunkt der kartellrechtlich unzulässigen Verständigung an.

[25] Anders als das Oberlandesgericht gemeint hat, ergibt sich aus den von ihm vornehmlich in Bezug genommenen Senatsentscheidungen²⁰ nicht, dass an die subjektive Zurechnung der Schlussrechnungserstellung weitergehende Anforderungen zu stellen wären, denen nur in Fällen einer Gesamtabspache oder einer in ein auf Dauer angelegtes System der Preisbeeinflussung eingebetteten Absprache genügt werden könnte. Im Ergebnis wird schon nicht klar, wie das Oberlandesgericht den aus seiner Sicht zurechnungsbegründenden – besonderen – Vorsatz definiert, ob es etwa den aus einem Eigeninteresse resultierenden zielgerichteten Beteiligungswillen oder die Vorstellung verlangt, die Vertragsdurchführung durch die Angehörigen des begünstigten Unternehmens über die einzelne Absprache und das abgesprochene Verhalten hinaus gesondert, gegebenenfalls psychisch, zu unterstützen. Jedenfalls ist dem Oberlandesgericht nicht darin beizutreten, dass aus dem Beschluss vom 21.10.1986 in der Sache KRB

- 12 S. BGH, Urt. v. 11.06.1965 – 2 StR 187/65, BGHSt 20, 227 (228 f.); v. 27.04.1978 – 4 StR 67/78, bei Holtz, MDR 1978, 803; Beschl. v. 20.12.1989 – 3 StR 276/88, wistra 1990, 149 (150); v. 13.03.1990 – KRB 3/89, WuW/E BGH 2659 – Leerangebot.
- 13 Vgl. BGH, Beschl. v. 03.05.1994 – GSSt 2/93, BGHSt 40, 138; LK/Rissingvan Saan, StGB, 13. Aufl., vor § 52, Rdnr. 73 ff.
- 14 S. BGH, Urt. v. 19.06.2008 – 3 StR 90/08, BGHSt 52, 300 Rdnr. 12.
- 15 Vgl. BGH, Urt. v. 11.06.1965 – 2 StR 187/65, BGHSt 20, 227 (229).
- 16 Vgl. BGH, Beschl. v. 09.10.2018 – KRB 58/16, Rdnr. 11 f., 23 – Flüssiggas II.
- 17 S. BGHSt 20, 227 (228 f.); BGH bei Holtz, MDR 1978, 803; wistra 1990, 149 (150); WuW/E BGH 2659 – Leerangebot; LK/Greger/Weingarten, StGB, 13. Aufl., § 78a Rdnr. 18.
- 18 Vgl. BGH, Urt. v. 22.07.1992 – 3 StR 35/92, BGHSt 38, 315 (316) („denkbare Abweichungen in extremen Ausnahmefällen“); v. 05.09.2017 – 1 StR 198/17, NZWiSt 2018, 66 Rdnr. 21; Schönke/Schröder/Heine/Weißer, StGB, 30. Aufl., vor § 25 Rdnr. 65, 67.
- 19 Vgl. BGH, Beschl. v. 13.03.1990 – KRB 3/89, WuW/E BGH 2659, 2660 – Leerangebot („Tatbeitrag eines Mittäters“); ferner BGH, Beschl. v. 21.10.1986 – KRB 5/86, BGHR OWiG § 130 Verjährung 1 – Prüfgruppe („Verhalten wenigstens als Beihilfe zu den späteren [Ausführungs-9 Handlungen]“).
- 20 Zum Vorsatz bzw. zur Billigung BGHR OWiG § 130 Verjährung 1 – Prüfgruppe; BGH, Urt. v. 24.03.1987 – KRB 8/86, WuW/E BGH 2394, 2395 – Zweigniederlassung; WuW/E BGH 2659 – Leerangebot.

5/86²¹ hervorgehe, hinsichtlich des Nichtbegünstigten setze ein auf die Schlussrechnungserstellung datierender Verjährungsbeginn eine über die Einzelabsprache hinausgehende Form der Verständigung voraus; denn in dieser Entscheidung sind die Ausführungen zum auf Dauer angelegten System der Preisbeeinflussung schon nicht tragend („Abgesehen von ...“). Hinzu kommt, dass für die Zurechnung explizit auf ein eigenes Interesse des Absprachebeteiligten verzichtet wird. Entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts ist das Urteil vom 24.03.1987 in der Sache KRB 8/86²² im Hinblick auf ein Erfordernis der Gesamtabstimmung unergiebig; der Entscheidung lässt sich insoweit lediglich entnehmen, dass dort nach den erstinstanzlich getroffenen Feststellungen eine solche Gesamtabstimmung tatsächlich getroffen worden war. Ebenso wenig kann sich das Oberlandesgericht auf den Beschluss vom 13.03.1990 in der Sache KRB 3/89²³ berufen. Dort hat der Senat den Teilnahmevorsatz bezogen auf nachträgliche Ausführungshandlungen anderer lediglich in den Fällen verneint, in denen der Betroffene verurteilt worden war, drei – ihm ersichtlich inhaltlich nicht bekannte – „Preisabsprachen der übrigen Unternehmer“ jeweils einmalig unterstützt zu haben. Soweit sich der Betroffene demgegenüber selbst abgesprochen hatte, hat der Senat ihm die Schlussrechnungserstellung durch das begünstigte Unternehmen als „Mittäter“ zugerechnet.

[26] cc) Auf der Grundlage des Sachverhalts, der dem angefochtenen Beschluss zugrunde liegt, handelte der Geschäftsführer der Nebenbetroffenen somit als mittäterschaftlich Beteiligten ebenfalls zumindest bedingt vorsätzlich; auch danach wäre für den hier zu beurteilenden Verjährungsbeginn der Tag maßgebend, an dem die C. die Schlussrechnung erstellte. Wie ausgeführt,²⁴ ist dafür ausreichend, dass der Geschäftsführer mit dem Vertragsschluss und der -abwicklung durch die Konkurrentin rechnete. Nach der Tatschilderung in den Beschlussgründen war gerade dies der beidseits bekannte wettbewerbswidrige Zweck der Verständigung.

[27] dd) Es kommt deshalb nicht darauf an, ob dem Absprachebeteiligten auch in dem – nach praktischer Erfahrung kaum zu erwartenden – Fall, dass er im Hinblick auf Vertragsschluss und -abwicklung undolos handelt, die Erstellung der Schlussrechnung nach geltendem Recht subjektiv zuzurechnen ist, wenn er sie hätte vorhersehen können. Der Bußgeldtatbestand der Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot des § 1 GWB erfasst seit dem 01.01.1999 (6. GWB-Novelle)²⁵ – zunächst in § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB, ab dem 01.07.2005 (7. GWB-Novelle)²⁶ in § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB – neben der vorsätzlichen die fahrlässige Begehungsform. Dies könnte es – wie die Generalstaatsanwaltschaft geltend macht – rechtfertigen, dass der Beteiligte verjährungsrechtlich selbst für solche Handlungen der Angehörigen des begünstigten Unternehmens

in der Phase zwischen Tatvollendung und -beendigung einzustehen hat, die er fahrlässig fördert. Dagegen könnte andererseits sprechen, dass dem Nichtbegünstigten insoweit keine eigene fahrlässige Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot nach § 1 GWB angelastet, ihm vielmehr eine solche von einem anderen Beteiligten vorsätzlich begangene Zuwiderhandlung aufgrund Fahrlässigkeit zugerechnet würde.²⁷ Ob in Anbetracht der geänderten Gesetzeslage an dem dargelegten Vorsatzerfordernis festzuhalten ist, braucht der Senat hier nicht zu entscheiden.

[28] 3. Infolgedessen lag zum Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Beschlusses hinsichtlich der Ordnungswidrigkeit nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB das Verfahrenshindernis der Verfolgungsverjährung (§ 31 Abs. 1 OWiG) nicht vor. Es ist davon auszugehen, dass die fünfjährige Verjährungsfrist (§ 81 Abs. 8 Satz 2 GWB) mit der Erstellung der Schlussrechnung am 28.09.2010 zu laufen begonnen hat (§ 31 Abs. 3 OWiG). Die Verjährung ist jedenfalls am 18.03.2015, dem Tag der Anordnung der Beschuldigtenvernehmung des Geschäftsführers der Nebenbetroffenen in dem von der Staatsanwaltschaft München I gegen ihn geführten Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen (§ 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1, Abs. 4 Satz 2 OWiG), sowie am 14.01.2019, dem Tag der an den Verteidiger bewirkten Zustellung des Bußgeldbescheids des Bundeskartellamts vom 21.12.2018 (§ 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9, Satz 2 OWiG), unterbrochen worden (§ 33 Abs. 3 Satz 1 OWiG). Auch aktuell ist die Ordnungswidrigkeit noch nicht verjährt; die absolute Verjährung tritt allerdings bereits mit Ablauf des 27.09.2020 ein.

Anmerkung:

von Rechtsanwalt Dr. Matthias Ulshöfer, Stuttgart*

Der für die Praxis besonders relevante Aspekt der Entscheidung des BGH liegt in der Klarstellung, dass im Fall von Submissionsabsprachen die Verjährung der Ordnungswidrigkeit nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB nicht bereits mit dem Ablauf der Angebotsfrist oder mit dem sich aus der wettbewerbsbeschränkenden Absprache ergebenden Vertragsschluss mit dem erfolgreichen Bieter beginnt, sondern erst mit der vollstän-

21 BGHR OWiG § 130 Verjährung 1 – Prüfgruppe.

22 WuW/E BGH 2394 – Zweigniederlassung.

23 WuW/E BGH 2659 – Leerangebot.

24 Rdnr. 24.

25 BGBl. I 1998 S. 2521.

26 BGBl. I S. 1954.

27 Zum Zuwiderhandeln vgl. BGH, Beschl. v. 09.10.2018 – KRB 58/16, Rdnr. 23 – Flüssiggas II.

* Fachanwalt für Vergaberecht, OPPENLÄNDER Rechtsanwälte Partnerschaft mbB.

digen Vertragsabwicklung. Abgewickelt ist der Vertrag jedenfalls nicht vor Erstellung der Schlussrechnung.¹ Dieser Zeitpunkt der materiellen Tatbeendigung ist dabei nicht nur für den von der Submissionsabsprache Begünstigten maßgebend, der infolge des Zuschlags den Vertrag abgeschlossen und abgewickelt hat, sondern für sämtliche Personen, welche die Absprache getroffen haben. Das gilt auch, wenn ein Beteiligter „lediglich“ von der Abgabe eines Angebotes abgesehen hat, jedenfalls dann, wenn er mit Blick auf den Vertragsabschluss und dessen Abwicklung zumindest bedingten Vorsatz hatte. Dass zumindest bedingter Vorsatz einmal nicht vorliegen könnte, ist – wie der BGH selbst feststellt – nach praktischer Erfahrung kaum zu erwarten. Denn für bedingten Vorsatz genügt es, wenn es der Beteiligte zumindest für möglich hält und billigend in Kauf nimmt, dass infolge der Submissionsabsprache ein Vertrag abgeschlossen und abgewickelt werden wird. Konkrete Vorstellungen oder eine Kenntnis über die Vertragsabwicklung im Einzelnen sind nicht erforderlich.²

Der vorliegende Fall zeigt sehr plastisch, zu welcher deutlicher Verlängerung der Verfolgungsverjährung diese Rechtsprechung führen kann. In der Sache ging es um das Bußgeldverfahren des Bundeskartellamtes gegen Anbieter von Technischer Gebäudeausrüstung. Im Rahmen dessen wurden zwischen Dezember 2017 und Dezember 2019 gegen elf Anbieter von technischer Gebäudeausrüstung Geldbußen i.H.v. insgesamt rund 110 Mio. € verhängt.³ Ausgelöst worden war das Bußgeldverfahren durch einen Kronzeugenantrag im November 2014, so dass die Ermittlungen erst Ende 2014/Anfang 2015 begannen. In der Folge konnte das Bundeskartellamt bereits länger zurückliegende wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen bei insgesamt 37 Ausschreibungen im Zeitraum von 2005 bis 2014 nachweisen.⁴

Die Submissionsabsprache, bei der es in dem Verfahren vor dem BGH ging, spielte sich von der Tathandlung her bereits im Dezember 2008 ab, also vor mehr als zehn Jahren. Bereits im Dezember 2008 war die Absprache getroffen worden, wonach sich der „passiv“ Beteiligte zugunsten seines Konkurrenten bei der Ausschreibung zurückhalten würde. Die Angebotsfrist lief bereits am 13.12.2008 ab, der Zuschlag wurde am 20.04.2009 erteilt. Auf den Zeitpunkt der Erstellung der Schlussrechnung durch den Konkurrenten am 28.09.2010 hatte der Beteiligte dann keinen Einfluss mehr. Da nach der Entscheidung des BGH aber erst mit letzterem Zeitpunkt die 5 jährige Verfolgungsverjährung nach § 81 Abs. 8 Satz 2 GWB zu laufen begann, war sie jedenfalls mit der Anordnung der Beschuldigtenvernehmung Anfang 2015 vor Ablauf rechtzeitig unterbrochen worden. Auch für den, der sich nur „passiv“ durch Zurückhaltung an einer Submissionsabsprache beteiligt, besteht damit unter Umständen ein sehr langes Verfolgungsrisiko,

wobei hinzukommt, dass er die Länge letztlich nicht mehr selbst beeinflussen kann.

Und ein weiteres kommt hinzu: Submissionsabsprachen fallen in den Anwendungsbereich des fakultativen Ausschlussgrundes der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB.⁵ Das gilt unabhängig davon, ob zugleich der Straftatbestand des § 298 StGB erfüllt ist oder nicht.⁶ Die dreijährige Ausschlussfrist des § 126 Nr. 2 GWB knüpft für diesen Ausschlussstatbestand an das „betreffende Ereignis“ an. Insofern wird vertreten, in Anlehnung an die strafrechtliche Verjährungsfrist auch die Ausschlussfrist erst beginnen zu lassen, wenn „die Tat beendet“ ist.⁷ Auch das wäre dann frühestens der Zeitpunkt der Schlussrechnung. Dieser Zeitpunkt wäre im vorliegenden Fall allerdings nochmals deutlich nach hinten zu verlagern, denn nach der Gesetzesbegründung soll als „betreffendes Ereignis“ die Entscheidung der zuständigen Kartellbehörde über das Vorliegen eines Wettbewerbsverstößes anzusehen sein.⁸ Diese Auslegung wurde vom EuGH bestätigt, wonach die Drei-Jahres-Frist ab dem Datum der Entscheidung der zuständigen Kartellbehörde zu berechnen ist.⁹ Andere wollen sogar auf den noch späteren Zeitpunkt der Rechtskraft der Entscheidung der Kartellbehörde abstellen, was dann allerdings zu einer Verkürzung von Rechtsschutzmöglichkeiten führen könnte.¹⁰ Nach beiden Auffassungen wird jedenfalls durch die Rechtsprechung des BGH nicht nur das Verfolgungsrisiko, sondern auch das Ausschlussrisiko bei Folgeausschreibungen erheblich verlängert.

Und noch etwas: Fragt der Auftraggeber bei Angebotsabgabe ab, ob „innerhalb der letzten drei Jahre“ der

1 Vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 17; BGH, Beschl. v. 09.07.1984 – KRB 1/84, BGHSt 32, 389 (392 f.) – Schlussrechnung; v. 21.10.1986 – KRB 5/86, BGHR § 130 OWiG Verjährung 1 – Prüfgruppe; v. 13.03.1990 – KRB 3/89, WuW/E BGH 2659, 2660 – Leerangebot; v. 04.11.2003 – KRB 20/03, NJW 2004, 1539 (1541) – Frankfurter Kabelkartell.

2 Vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 18, 24, 27.

3 Vgl. Fallbericht v. 27.03.2020, B11-21/14.

4 Vgl. Fallbericht v. 27.03.2020, B11-21/14.

5 Vgl. zuletzt VK Bund, Beschl. v. 12.10.2020 – VK 2-77/20.

6 Vgl. zuletzt VK Bund, Beschl. v. 12.10.2020 – VK 2-77/20.

7 Summa, in: jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016 (Stand 20.11.2018), § 126 GWB Rdnr. 35; a.A. Opitz, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 126 Rdnr. 15, der an das Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte anknüpft.

8 BT-Drucks. 18/6281, S. 111.

9 Vgl. EuGH, Urt. v. 24.10.2018 – C-124/17; vgl. Stolz, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 126 GWB Rdnr. 9.

10 Summa, in: jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016 (Stand 20.11.2018), § 126 GWB Rdnr. 35; vgl. Ulshöfer, VergabeR 2016, 327 (333).

Ausschlussstatbestand des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB verwirklicht wurde, so kann sich der an der Submissionsab-sprache „passiv“ Beteiligte durchaus mit der zutreffenden Antwort schwer tun. Den Zeitpunkt der Schlussabrechnung durch den Zuschlagsempfänger wird er unter Um-ständen nämlich gar nicht kennen. Werden aber Aus-künfte in Bezug auf Ausschlussgründe zurückgehalten oder (auch nur fahrlässig) irreführende Informationen übermittelt, welche die Vergabeentscheidung des Auf-tragegebers beeinflussen könnten, so drohen weitere Aus-schlussstatbestände nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB und/oder § 124 Abs. 1 Nr. 9 Buchst. c) GWB.

Public Private Partnership; Eignungs-kriterien; abschließende Aufzählung; öffentlich-rechtliche Beschränkung; rechtliche Leistungsfähigkeit; Erlaub-nis zur Berufsausübung; Ausschluss-gründe; Marktzutrittsverbot; Wer-tungskriterien; Auslegung; ordnungs-gemäße Rüge; Darlegung von Indizien

GWB §§ 97 Abs. 1, 122 Abs. 2, 123, 124, 160 Abs. 3; VgV §§ 7, 42, 44.

1. Bei den vom öffentlichen Auftraggeber herange-zogenen Eignungskriterien darf es sich ausschließ-lich um die in § 122 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 3 GWB genannten Kriterien handeln. Die Kriterien sind ab-schließend.
2. Für ungeschriebene Eignungskriterien, deren Verneinung zum Ausschluss des Bieters führen könnte, ist neben den normierten Ausschlussstat-beständen der §§ 123, 124 GWB kein Raum. Das gilt auch für das von Bieterunternehmen zu erfüllende geforderte Eignungsmerkmal der „rechtlichen Lei-stungsfähigkeit“.
3. Etwaige öffentlich-rechtliche Beschränkungen des Tätigkeitsfelds eines Bieters lassen dessen Eignung nicht entfallen.
4. § 97 Abs. 1 GWB thematisiert Wettbewerb nur in den Sinne, dass dieser durch die Gestaltung von Ver-gabeverfahren nicht künstlich eingeschränkt wer-den darf. Die Verletzung eines gesetzlichen Markt-zutrittsverbots stellt keinen Verstoß gegen § 97 Abs. 1 GWB dar, der zu einem Beschluss zwingt.

(Leitsätze der Schriftleitung)

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.10.2020 – VII-Verg 36/19 – „Planungs- und Baugesellschaft“.

Sachverhalt: I. Mit Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 12.05.2018 schrieb die Antragsgegnerin die Vergabe der Gründung einer Planungs- und Baugesellschaft mit einem privaten Partner im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb europaweit aus (Bekanntmachungsnummer 2018/S 090–203580).

Der Auftrag war unter Ziffer II.1.4) der Bekanntma-chung wie folgt beschrieben:

„Es soll eine privatrechtliche Gesellschaft gegründet werden, die sich mit der Planung, dem Bau und ge-gebenenfalls, sofern ein entsprechender Beschluss des Stadtrats zu einem späteren Zeitpunkt gefasst werden sollte, dem Unterhalt und dem Betrieb von städtischen Gebäuden, insbesondere Schulgebäuden, beschäftigen sowie gegebenenfalls die Stellung als Eigentümer und Besitzer einnehmen soll. An der Gesellschaft sollen die Stadt L. als Mehrheitsgesellschafter und der Auftragneh-mer als Minderheitsgesellschafter beteiligt sein.“

Die Antragsgegnerin, die dringenden Handlungsbedarf für Bau- und Sanierungsmaßnahmen mit einem ge-schätzten Aufwand von 150 Mio. € an städtischen Ge-bäuden sah, versprach sich von der Gründung einer Pla-nungs- und Baugesellschaft mit einem privaten Partner, die geplanten Maßnahmen schneller und kostengüns-tiger umsetzen und sanierte Gebäude wirtschaftlicher betreiben zu können.

Die zu gründende Gesellschaft sollte ausweislich der Angaben unter Ziffer 3 der Leistungsbeschreibung für die von der Antragsgegnerin geplanten „Bau- und Sanie-rungsmaßnahmen insbesondere die vorbereitenden Kos-tenschätzungen und Maßnahmenbeschreibungen sowie sämtliche für die spätere Durchführung erforderlichen Planungs- und Ingenieurleistungen erbringen“. Mit der Ausschreibung sollte noch nicht die Beauftragung be-stimmter Projekte verbunden sein. In einer „Projektliste“ auf S. 4 der Leistungsbeschreibung waren jedoch zwölf dringliche Bauvorhaben genannt, die von der zu grün-denden Planungs- und Baugesellschaft zunächst umge-setzt werden sollten.

Vor Auftragsbekanntmachung hatte die Antragsgegnerin die Beigeladene in den Jahren 2016 bis 2018 mit Be-ratungsleistungen beauftragt, in deren Rahmen die Bei-geladene auch Informationen über etwaige Maßnahmen an Schulen erhielt, die sich auf der Projektliste befinden. Zwischen den Verfahrensbeteiligten ist streitig, ob sich hieraus für das Vergabeverfahren Informationsvorsprün-ge der Beigeladenen gegenüber der Antragstellerin er-geben haben.

Die Antragstellerin und die Beigeladene beteiligten sich beide erfolgreich am Teilnahmewettbewerb. Aus den dem Teilnahmeantrag der Beigeladenen beigefügten