

# Kartellstrafrecht: Keine Ausdehnung des § 168b StGB über das Bundesvergabegesetz hinaus

von RA Hon.-Prof. Dr. **Walter Brugger\***, Wien

*Der Beitrag untersucht, ob die gerichtliche Strafbarkeit für wettbewerbsbeschränkende Absprachen (§ 168b StGB) nur bei Vergabeverfahren nach dem Bundesvergabegesetz (BVergG) eintritt oder auch bei Ausschreibungen oder Angebotseinholung durch private Unternehmen.*

**Deskriptoren:** Absprache; Angebot; Ausschreibung; Kartellrecht; Kartellstrafrecht; Strafrecht; Teilnahmeantrag; Vergabeverfahren; Wettbewerbsbeschränkung.  
BVergG: §§ 2, 10, 20; BVergGVS : § 2; StGB: § 168b.

1. Problemstellung
2. Die hM und die Jud
3. Die Materialien: Vom ME zur RV
4. Begriffe des BVergG
5. Der Terminus „Vergabeverfahren“ im Kontext des StGB
6. Was wären denn „private Vergabeverfahren“?
7. Schutzfunktion des § 168b StGB
8. Ausnahmekatalog des § 10 BVergG
9. Sonstiges

## 1. Problemstellung

§ 168b StGB verbietet gemäß seiner Überschrift „Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren“ und lautet: „Wer bei einem Vergabeverfahren einen Teilnahmeantrag stellt, ein Angebot legt oder Verhandlungen führt, die auf einer rechtswidrigen Absprache beruhen, die darauf abzielt, den Auftraggeber zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.“ Dieser Straftatbestand für „Submissionskartelle“ ist derzeit die einzige Strafbestimmung im österreichischen Kartellrecht.<sup>1)</sup> (Die kartellrechtliche Geldbuße ist hingegen nach ihrem Zweck und ihrer Wirkung eine Sanktion mit „strafrechtsähnlichem Charakter“ und zählt zum „Strafrecht“ iSd Art 6 EMRK<sup>2)</sup>).

*Kirchbacher* vertritt im renommierten Wiener Kommentar zum StGB auch in zweiter Auflage die Ansicht,<sup>3)</sup> die Formulierung des Tatbestands lege zwar nahe, dass die Strafnorm auf das Bundesver-

gabegesetz (BVergG) zugeschnitten sei. Aber er meint ausdrücklich, dass sich

- (erstens) in der Strafbestimmung keine Anhaltspunkte für eine solche Einschränkung des Anwendungsbereichs finde und
- (zweitens) auch den Materialien derartiges nicht zu entnehmen sei.

Daraus schließt *Kirchbacher*, dass § 168b StGB auch wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren erfasse, „die nicht dem Bundesvergabegesetz unterliegen“. So will er die Strafnorm wohl auf private Ausschreibungen und insbesondere („zahlreiche Beispiele“) auf die vom BVergG ausgenommenen (§ 10 BVergG) Vergabeverfahren anwenden.

Mit der ggt hA<sup>4)</sup> setzt er sich nicht auseinander; er verweist nicht einmal auf diese.

## 2. Die hM und die Jud

Die Ansicht *Kirchbachers* ist – soweit ersichtlich – vereinzelt geblieben. Die hM vertritt vielmehr, dass § 168b StGB sich nur auf Vergabeverfahren iSd BVergG beziehe. Eine kurze Begründung hierfür lieferte nur *Zeder*.<sup>5)</sup> Seiner Begründung schließen sich *Schumann/Bruckmüller/Gappmayer*<sup>6)</sup> an. Eine Begründung in der sonstigen Lit bleibt aber aus.<sup>7)</sup>

<sup>4)</sup> Siehe die folgenden FN 5, 6 und 7.

<sup>5)</sup> *Fritz Zeder* in *Tiffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, Salzburger Kommentar zum StGB (2003), § 168b Rz 69.

<sup>6)</sup> *Schumann/Bruckmüller/Gappmayer*, Wettbewerbsbeschränkende Absprachen im Vergabeverfahren und kollusive Beteiligung auf Seiten des Auftraggebers, RPA 2009, 224 (mHin auf die Mat und Zeder).

<sup>7)</sup> Die hA ohne Begründung: *Müller/Müller*, Ne bis in idem: Geldbußen und Kriminalstrafen für Submissionskartelle, wbl 2014, 61 (62); *Müller*, Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren in *Mitgutsch/Wessely*, Handbuch Strafrecht Besonderer Teil I (2013), § 168b Rz 5; *Fabrizy*, StGB<sup>11</sup> (2013), § 168b Rz 1; *Oppel*, Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren, ZVB 2013, 474; *Kurz*, Ausscheiden wettbewerbswidriger Angebote, bauaktuell 1/2012, 15 (17); *Lewis*, Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht, in *Lewis* (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit (2012), 69 (79); *Kofler-Senoner*, Compliance im Kartellrecht, in *Lewis* (Hrsg), Zauberwort Compliance? (2012) 61 (63); *Casati*, Wettbewerbsrecht und Vergaberecht insbesondere im Zusammenhang mit Inhouse-

\*) Hon.-Prof. Dr. *Walter Brugger* ist Rechtsanwalt und Gründungspartner von Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte in Wien. Er ist schwerpunktmäßig tätig im Gesellschafts- und Wettbewerbsrecht und Autor einschlägiger Beiträge in Fachzeitschriften zum Gesellschafts- und Wettbewerbsrecht sowie mehrerer Bücher, zuletzt: *Brugger*, Unternehmenserwerb (2014), und: Die erfolgreiche Berufung im Zivilprozess<sup>2</sup> (2015).

Mail: walter.brugger@dbj.at

Web: [http://www.dbj.at/lawyerslist/walter\\_brugger](http://www.dbj.at/lawyerslist/walter_brugger)

<sup>1)</sup> So ausdr OGH als KOG 12. 9. 2007, 16 Ok 4/07, *Ban-komatvertrag*, Punkt 5.3.2 mHin *Reisner*, Das kartellrechtliche Geldbußensystem 28.

<sup>2)</sup> *Brugger*, Neue Geldbußenbemessung nach § 30 KartG 2005, ÖZK 2013, 3 mwN.

<sup>3)</sup> *Kurt Kirchbacher* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), WK<sup>2</sup> StGB (2013) § 168b Rz 13.

Viele Autoren thematisieren in ihrer Darstellung des § 168b StGB diese Abgrenzungsfrage überhaupt nicht.<sup>8)</sup>

Judikatur des OGH dazu ist nicht ersichtlich; die 11 laut Kriminalstatistik (Verurteilungsstatistik) ergangenen Verurteilungen sind im RIS nicht dokumentiert.<sup>9)</sup> Dem Autor ist lediglich eine E des OLG Wien<sup>10)</sup> bekannt, die – freilich ohne jedwede Auseinandersetzung mit der Lit –, somit unkritisch die Ausführungen von *Kirchbacher* nahezu wört-

lich übernimmt,<sup>11)</sup> freilich ohne *Kirchbacher* namentlich oder mit Belegstelle zu zitieren.

Bislang hat niemand *Kirchbacher* ausdr widersprochen; umgekehrt ist auch *Kirchbacher* nicht auf die hM eingegangen. Es sind daher die Argumente von *Kirchbacher* (und von *Zeder*) zu prüfen und es ist zu hinterfragen, ob die von *Kirchbacher* nicht einmal relevierte hM zutreffend ist.

### 3. Die Materialien: Vom ME zur RV

Das (oben genannte zweite) Argument *Kirchbachers* lautet, dass den Materialien keine Einschränkung auf das BVergG zu entnehmen sei. Dies soll nun geprüft werden.

§ 168b StGB wurde mit Wirkung ab 1. 7. 2002 neu in das Gesetz aufgenommen.<sup>12)</sup> Der dem zunächst zugrundeliegende Ministerialentwurf<sup>13)</sup> hatte zuerst in Anlehnung an das dStGB (in Deutschland wird die Strafbestimmung auch auf Absprachen bei privater Auftragsvergabe angewendet) einen Gesetzestext vorgeschlagen, der aufgrund der gleichen Formulierung wie in Deutschland ebenfalls auf private Auftragsvergabe angewendet hätte werden können („Wer bei einer Ausschreibung über Waren oder gewerbliche Leistungen [...]“). Das ist aber so nicht Gesetz geworden.

Die anschließende RV<sup>14)</sup> enthielt dann statt des Begriffes „Ausschreibung“ bereits die später Gesetz gewordene Textierung („Wer bei einem Vergabeverfahren [...]“). Die Erläuterungen der RV<sup>15)</sup> verweisen darauf, dass aufgrund des zwischenzeitlichen Begutachtungsverfahrens – in Abkehr vom deutschen Vorbild – der Tatbestand „zumal terminologisch stärker mit dem österreichischen Vergaberecht akkordiert“ worden sei.

Dies dürfte ua auf eine (in der RV nicht zitierte) Anregung der WKO im Begutachtungsverfahren zurückzuführen sein; dort heißt es ausdrücklich: „Beim vorgeschlagenen Straftatbestand wäre jedenfalls eine Determinierung dahingehend zu treffen, dass es sich um eine ‚öffentliche‘ Ausschreibung iSd Bundesvergabegesetzes bzw der Landesvergabegesetze handelt.“<sup>16)</sup>

Ziel der sodann von der RV vorgeschlagenen Textierung ist – nach den Ausführungen der RV – die „Ahndung von wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei jedweder Art von Vergabeverfahren, dh auch bei Verfahren, bei denen keine Ausschreibung erfolgt“. Und weiters heißt es in der RV: „Der Tatbestand soll sohin auf jedwede Vergabe [...] anwendbar sein, [...] offenes Verfahren [...], nicht offenes Verfahren [...], Verhandlungsverfahren [...], Wettbewerb oder ohne einen solchen.“<sup>17)</sup>

Vergabe und interkommunaler Kooperation, RPA, 2012, 253 (255); *Tipold*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Geschäftsleitungsorganen, in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> (2011), Rz 4/53; *Elsner*, Kartellrechtliche Zulässigkeit von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften, in *Schramm/Aicher*, Vergaberecht und PPP VI (2010), 61 (69); *Zeder*, Die österr Kartellbußen am Maßstab des Kriminalrechts, JBl 2007, 477 und in *Schick/Hilf*, Kartellstrafrecht (2007), 65 (69); *Hochmayr*, Wirtschaftskriminalität und Vergaberecht, in *Eilmansberger ua* (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht, 109 (116); *Eilmansberger*, Die strafrechtliche Sanktionierung von Kartelldelikten, in *Eilmansberger ua* (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht, 159 (173).

<sup>8)</sup> *Maritzen/Ondrejka*, Fallstricke beim Kronzeugenantrag, RdW 2011, 326; *Breitenfeld* in *Schramm/Aicher*, Vergaberecht und PPP VI (2010), 47; *Soyer*, Kronzeugenregelung im Wirtschaftsstrafrecht, in *Gröhs/Kotschnigg* (Hrsg), Wirtschafts- und Finanzstrafrecht in der Praxis (2010), 229 (235); *Breitenfeld*, Strafrechtliche Gesichtspunkte im Vergaberecht, in *Gruber/Gruber/Sachs* (Hrsg), Vergaberecht (2009), 229 (232); *Lurger*, Die strafrechtliche Beurteilung von Submissionsabsprachen seit der KartGNov 2002, *ecolex* 2003, 109; *Manquet*, Neuer § 168b StGB: Vom Kartellmissbrauch zu den wettbewerbsbeschränkenden Absprachen im Vergabeverfahren, ZVB 2002/84.

<sup>9)</sup> Laut Statistik gab es von 2004–2007 rund 223 Anzeigen und 11 Verurteilungen zu § 168b StGB; in den Jahren 2008–2010 gab es keine Anzeigen (Quelle: [http://strafrecht.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/i\\_strafrecht\\_kriminologie/Lewis/AT/vergabeverfahren1.pdf](http://strafrecht.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_strafrecht_kriminologie/Lewis/AT/vergabeverfahren1.pdf), abgefragt am 23. 4. 2015); im RIS scheint nichts auf. Nach meiner Abfrage von [statcube.at](http://statcube.at) (abgefragt am 8. 5. 2015) gab es im Jahr 2005 zwei, 2006 vier und 2007 fünf Verurteilungen nach § 168b StGB, von 2008 bis 2013 keine einzige.

<sup>10)</sup> OLG Wien 30. 3. 2009, 23 Bs 177/08k, nv (für diesen Hinweis danke ich Herrn RA Priv.-Doz. Dr. *Bernhard Müller*). Hier waren mehrere Personen in erster Instanz (LG Korneuburg 19. 6. 2007, GZ 501 Hv 49/07g-101) gem § 168b StGB verurteilt worden, weil sie akkordierte Angebote und Deckofferte für Dachdecker- und Spenglerarbeiten an diverse Firmen und Hausverwaltungen gelegten hatten. Das OLG Wien hob das erstinstanzliche Urteil auf (Seite 42–43), weil noch „jeweils Feststellungen über die förmlichen Vorgangsweisen und die Art des jeweiligen Vergabeverfahrens und insbesondere im Falle der Aufforderung zur Anbotslegung durch Private Konstatierungen dazu zu treffen“ seien, „ob auch durch diese Auftraggeber ein förmliches Verfahren nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes in Gang gesetzt wurde oder ob von ihnen vielmehr bloß unverbindliche Preisankündigungen in Form der Legung von Kostenvoranschlägen eingeholt wurden.“ Im Falle des Zutreffens letzterer Möglichkeit wäre mangels Erfüllung des Tatbestands nach § 168b Abs 1 StGB mit Freispruch vorzugehen.

<sup>11)</sup> So auf Seite 33–36.

<sup>12)</sup> BGBl I 2002/62 (Wettbewerbsgesetz – WettbG und Änderung des Kartellgesetzes 1988, des Strafgesetzbuches und des Bundesfinanzgesetzes 2002).

<sup>13)</sup> XXI GP 223/ME (BMW 5.6.2001, 57.510/447-I/B/8/01).

<sup>14)</sup> RV 1005 Blg NR XXI GP, 13.

<sup>15)</sup> RV 1005 Blg NR XXI GP, 34.

<sup>16)</sup> Stellungnahme WKO 25. 7. 2001, Rp45/01/Ha/MSt/PN, zu 18/SN-223/ME (vgl FN 13).

<sup>17)</sup> FN 15.



ME ist schon aus dem bewusst in der RV gewählten Wortlaut „Vergabeverfahren“ zu schließen, dass nicht jede Vergabe, sondern nur eine in Form eines „Verfahrens“ tatbestandsmäßig sein soll, auch wenn keine „Ausschreibung“ erfolgt. Wesentlich ist also der Begriff „Verfahren“. Die RV nimmt auch ausdr. Bezug auf das „Vergaberecht“, was den Willen des Gesetzgebers noch mehr verdeutlicht.

Der Gesetzestext aus der RV wurde im JA<sup>18)</sup> nicht mehr geändert. Der JA kommentiert daher Art III der Novelle (§ 168b StGB) nicht.

#### 4. Begriffe des BVergG

Auch die weiteren in der RV verwendeten Begriffe (Teilnahmeantrag, offenes Verfahren usw) entstammen dem BVergG, wie in der Folge gezeigt werden soll (in Klammer finden sich die Gesetzstellen des derzeit geltenden BVergG 2006;<sup>19)</sup> das BVergG 2002<sup>20)</sup> und das BVergG 1997<sup>21)</sup> enthielten ähnliche Begriffe):

- „Teilnahmeantrag“ (§ 2 Z 12, § 20 Abs 2 BVergG 2006),
- „offenes Verfahren“ (§ 27 BVergG),
- „nicht offenes Verfahren“ (§ 27 BVergG),
- „Verhandlungsverfahren“ (§§ 28–30 BVergG) und
- „Wettbewerb“ (§§ 26, 34–35 BVergG).

Die in der RV als Anwendungsbereich des § 168b StGB weiters erwähnten „Verfahren, bei denen keine Ausschreibung erfolgt“ waren das seinerzeitige nicht offene Verfahren (§ 21 BVergG 1997), das keine allgemeine Ausschreibung (§ 15 Z 11 BVergG 1997) erforderte und die öffentliche Erkundung des Bewerberkreises. Nach der derzeitigen Gesetzterminologie sind es wohl das nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung gem (§ 25 Abs 4, § 37 BVergG), das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung (§ 38 Abs 2 BVergG) und uU das Verhandlungsverfahren mit nur einem Bieter (§ 38 Abs 3 BVergG), denn in diesen Fällen gibt es keine „Ausschreibung“ iSv vorheriger Bekanntmachung (vgl § 78 BVergG), sondern nur eine direkte Einladung (an die vorausgewählten möglichen Bieter).

Zeder verweist zutr auf die Abweichungen des § 168b StGB vom deutschen Vorbild, insb darauf, dass der deutsche Gesetzestext („bei einer Ausschreibung über Waren oder gewerbliche Leistungen [...]“) nicht die vergabegesetzliche Terminologie verwendet, während § 168b StGB den laut Zeder „deutlich auf das BVergG hinweisenden Begriff ‚bei einem Vergabeverfahren‘“ verwendet. Er versteht also Vergabeverfahren als ein solches nach dem BVergG und wendet sich dagegen, die Strafnorm so wie die hM in Deutschland auch auf Fälle anzuwenden, in denen eine private Ausschreibung „ähnlich“ einer Vergabe durch öffentliche Stellen erfolgt.<sup>22)</sup>

<sup>18)</sup> JA 1047 Blg NR XXI GP, 16.

<sup>19)</sup> BGBl I 2006/17.

<sup>20)</sup> BGBl 2002/99.

<sup>21)</sup> BGBl 1997/56, aufgehoben durch BGBl 2002/99 (Bundesvergabegesetz 2002).

<sup>22)</sup> FN 5.

Die RV bedient sich also – in Abkehr vom ME, der noch dem deutschen Ansatz folgte – ganz bewusst der Terminologie des BVergG.

Von einer Anwendung auf Vergabeverfahren, die nicht dem BVergG unterliegen, ist in der RV keine Rede.

Allerdings ist im Text der RV eine solche Anwendung nicht ausdr ausgeschlossen. Insoweit ist das oben zitierte (zweite) Argument *Kirchbachers* („den Materialien ist derartige nicht zu entnehmen“) zwar nicht gänzlich widerlegt, es ist aber mE angesichts der – wie oben dargestellt – deutlich dokumentierten gesetzgeberischen Absicht doch als sehr weit hergeholt zu qualifizieren.

#### 5. Der Terminus „Vergabeverfahren“ im Kontext des StGB

Es ist aber auch das (erste) Argument *Kirchbachers*, dass sich „in der Strafbestimmung“, also im Gesetzestext, „keine Anhaltspunkte für eine solche Einschränkung“ auf Verfahren nach dem BVergG finden würden, zu prüfen.

Der Text des § 168b StGB spricht von „Vergabeverfahren“ und „Teilnahmeantrag“. Das wird von den Mat und von Zeder als absichtliche Verwendung vergabespezifischer Terminologie verstanden. Zeder interpretiert das darüber hinaus als Einschränkung auf Verfahren nach dem BVergG.

Die Verwendung der Begriffe „Vergabeverfahren“ und „Teilnahmeantrag“ könnten aber – das ist mE *Kirchbacher* zuzugeben – nach dem allgemeinen Sprachgebrauch auch allgemeiner, also über das BVergG hinausgehend, verstanden werden und damit auch nicht gesetzlich (durch das BVergG) determinierte Verfahren und Anträge erfassen. Es ist daher zu prüfen, welche Terminologie das StGB verwendet. Alltagssprache oder Fachsprache?

Eine Suche nach all jenen Stellen des StGB, die das Wort Verfahren (oder dessen Komposita) verwenden, zeigt folgenden Befund:

- § 20a Abs 3 StGB: „Verfahrensaufwand“ (sc im Strafverfahren)
- § 31 Abs 1: Verfahren (sc Strafverfahren)
- § 34 Abs 2: Verfahren (sc Strafverfahren)
- § 38 Abs Z 1: Verfahren (sc Strafverfahren)
- § 56: Strafverfahren
- § 58 Abs 3 Z 2: Verfahren (sc Strafverfahren)
- § 64 Abs 1 Z 3: Ermittlungsverfahren, Verfahren (sc bei einem österreichischen Gericht oder einer österreichischen Verwaltungsbehörde)
- § 64 Abs 1 Z 9 lit a: Strafverfahren
- § 64 Abs 1 Z 10 lit a: Strafverfahren
- § 65 Abs 1 Z 1: Strafverfahren
- § 73 : Verfahren (hier: äquivalente ausländische Insolvenzverfahren)
- § 121 Abs 3: Verfahren (sc Strafverfahren)
- § 160: Insolvenzverfahren (gemeint: gerichtliches Insolvenzverfahren)
- § 162 Abs 1: Zwangsvollstreckungsverfahren (gerichtliches Verfahren nach der EO)
- § 163: Zwangsvollstreckungsverfahren (nach der EO)
- § 261 Abs 2: Verfahren für ein Volksbegehren (somit behördliches Verfahren, nicht bloß die mehr



oder weniger organisierten außerbehördlichen Maßnahmen im Zusammenhang mit einem Volksbegehren oder dessen Vorbereitung)

- § 288 Abs 3: Verfahren vor einem Untersuchungsausschuss des Nationalrats oder einer Disziplinarbehörde
- § 288 Abs 4: Ermittlungsverfahren nach der Strafprozessordnung
- § 292a: Insolvenzverfahren
- § 293 und § 294: gerichtliche oder verwaltungsbehördliche Verfahren, Ermittlungsverfahren nach der Strafprozessordnung oder vor einem Untersuchungsausschuss
- § 295: gerichtliches oder verwaltungsbehördliches Verfahren oder Ermittlungsverfahren nach der Strafprozessordnung
- § 301: Verfahren vor Gericht oder Verwaltungsbehörde
- § 304: Verfahren vor Gericht oder Behörde
- § 321b Abs 4 Z 4: Gerichtsverfahren
- § 323: Strafverfahren, Hauptverfahren

Lediglich in zwei Gesetzesstellen des StGB wird das Wort „Verfahren“ in einem anderen Sinn verwendet, nämlich:

- § 278e StGB: Methode oder Verfahren zur Herstellung oder Gebrauch von Sprengstoff etc<sup>23)</sup>
- § 321b Abs 4 Z 5 lit c StGB: medizinisches Verfahren<sup>24)</sup>

Diese beiden Ausnahmen verwenden das Wort „Verfahren“ iSv „Methode“. Beide Bestimmungen wurden erst (lange) nach Formulierung des § 168b StGB (im Jahr 2001<sup>25)</sup>) verfasst, nämlich 2010 bzw 2014.<sup>26)</sup> Das sind die einzigen Gesetzesstellen des StGB, in denen das Wort „Verfahren“ – anders als bislang – in einem nicht gerichtlichen bzw behördlichen Verfahrenskontext verwendet wird.

Trotz dieser zwei „Ausreißer“ in (lediglich) allerjüngster<sup>27)</sup> Gesetzessprache zeigt sich mE sehr deutlich, dass das StGB das Wort „Verfahren“ und dessen Komposita durchwegs ieS als gerichtliches oder behördliches Verfahren verwendet, insb in der 2011 geläufigen Gesetzessprache; der Begriff „Verfahren“ wird also nicht im Zusammenhang mit Vorgangsweisen oder Spielregeln, die private Rechtsträger aufgestellt haben, verwendet.

Somit zeigt mE auch die „Statistik der Gesetzessprache“, dass der Gesetzgeber das Wort „Verfahren“ nicht landläufig nach einem laienhaften Sprachgebrauch, sondern verfahrensrechtlich, also juristisch, verwendet. Dies spricht mE stark dafür, dass auch in § 168b StGB mit Vergabe„verfahren“ ein gesetzlich geregeltes Verfahren, also eines nach dem BVergG, gemeint ist und nicht eines von privater Seite.

<sup>23)</sup> In das StGB eingefügt mit BGBl I 2010/108. In Kraft getreten mit 1. 1. 2011.

<sup>24)</sup> In das StGB eingefügt mit BGBl I 2014/106. In Kraft getreten mit 1. 1. 2015.

<sup>25)</sup> Vgl FN 14 und 16.

<sup>26)</sup> Vgl FN 23 und 24.

<sup>27)</sup> Durch die bevorstehenden Änderungen des StGB (derzeit liegt nur der Ministerialentwurf 12. 3. 2015 für ein Strafrechtsänderungsgesetz 2015 vor) wird in die in diesem Aufsatz aufgezeigte Terminologie nicht eingegriffen.

Damit ist mE auch das (erste) Argument *Kirchbachers*, dass sich „in der Strafbestimmung“, also im Gesetzestext, „keine Anhaltspunkte für eine solche Einschränkung“ auf Verfahren nach dem BVergG finden würden, entkräftet.

## 6. Was wären denn „private Vergabeverfahren“?

Wollte man § 168b StGB auch auf private Vergabeverfahren anwenden, müssten diese abgegrenzt werden von schlichten Preisanfragen und von Vergaben ohne formelles Verfahren. Wenn ein Bauunternehmen telefonisch bei drei Transportbetonunternehmen die Preise erfragt und anschließend bei einem der Unternehmen (wahrscheinlich beim billigsten) bestellt, liegt kein „Verfahren“ vor, selbst wenn man den Begriff noch so ausdehnen möchte. Es ist lediglich eine geschäftliche Vorgangsweise und übliche Methode vor Auftragserteilung. Gleiches wird auch bei schriftlicher Angebotseinholung gelten müssen, wenn kein „Verfahren“ zugrundegelegt wird.<sup>28)</sup> Die Abgrenzung solcher wenig formellen Vorgänge zu einem mehr regeltem privaten „Verfahren“ – ähnlich einem Vergabeverfahren nach dem BVergG – ist äußerst unklar und schwammig, daher strafrechtlich höchst problematisch. Diese strafrechtlich relevante Abgrenzung wäre zudem jedenfalls für den – allenfalls vom StGB bedrohten – Anbieter mangels Kenntnis der internen Vorgänge beim potentiellen Auftraggeber, ob dieser nun in „einem Verfahren“ oder ohne ein solches (schlicht durch eine bestimmte, aber weniger formelle Vorgangsweise) Angebote einholt, völlig undurchschaubar. Ein Täter würde bestenfalls nachträglich erfahren, ob er gegen eine Strafnorm verstoßen hat.

Die Anwendung auf privat aufgestellte (mehr oder weniger strenge oder ausgefeilte oder auch bloß informelle) Vergabe- oder Ausschreibungsregeln von Unternehmen würde auch mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot in Konflikt geraten, worauf *Zeder* kurz, aber zutr hinweist,<sup>29)</sup> zumal diesfalls unklar wäre, ab welcher Regeldichte einer privaten Ausschreibung von einem Verfahren gesprochen werden kann und bei welcher Informalität kein privates Ausschreibungsverfahren vorliegt. Ein solches Ergebnis der Anwendung von § 168b StGB würde wohl grundrechtlichen Bedenken begegnen.

Darauf geht *Kirchbacher* nicht ein. Interessant ist mE aber, dass ohnedies auch *Kirchbacher* den § 168b StGB ausführlich gerade im Zusammenhang mit den Bestimmungen des BVergG (sic!) kommentiert;<sup>30)</sup> nur in Rz 13 vertritt er die – mE hier widerlegte – These der „weiter reichenden Strafbarkeit“.<sup>31)</sup>

## 7. Schutzfunktion des § 168b StGB

ME zeigt sich, dass § 168b StGB die Funktion erfüllen soll, im öffentlichen Interesse gelegene Ver-

<sup>28)</sup> Dieses Abgrenzungserfordernis wurde vom OLG Wien (FN 10) erkannt.

<sup>29)</sup> FN 5.

<sup>30)</sup> *Kirchbacher* in WK<sup>2</sup> StGB § 168b Rz 14–24.

<sup>31)</sup> Vgl FN 3.



gabevorgänge, nämlich die nach dem BVerG, auch dann strafrechtlich abzusichern (in strafbewehrter Form zu schützen), wenn nicht schon sonstige strafrechtliche Normen (insb Betrug) anzuwenden sind. § 168b StGB ist also iSd hA eine Auffangnorm, um das „Austricksen“ („bid rigging“) im Verfahren nach dem BVerG jedenfalls bestrafen zu können. Private Ausschreibungen genießen mE zu Recht diesen besonderen Schutz nicht.

## 8. Ausnahmekatalog des § 10 BVerG

Offen bleibt damit noch die Frage, ob – wie *Kirchbacher* auch meint – die Strafnorm auf jene Vergabeverfahren anzuwenden sei, die vom sachlichen Geltungsbereich des BVerG ausgenommen wurden (§ 10 BVerG), das sind ua die nach gesetzlichen Bestimmungen „geheimen“ Vergabeverfahren, Vergabeverfahren nach Art 346 AEUV (dh nationale wesentliche Sicherheitsinteressen), Aufträge über Schiedsgerichtstätigkeiten, Einkauf von Finanzdienstleistungen, Aufträge an eine zentrale Beschaffungsstelle eines EU-MS, usw.

Hier handelt es sich um Vergabevorgänge, die ihrer Art und ihrem Wesen nach grds dem BVerG unterliegen würden; sie wurden aber durch die zit Ausnahmebestimmung vom Anwendungsbereich ausdr ausgenommen. Diese Ausnahmen vom BVerG begründen sich nicht dadurch, dass der Vergabevorgang nicht ernsthaft oder nicht im öffentlichen Interesse schützenswert wäre, sondern iW durch Geheimhaltungsinteressen oder verfahrenstechnische Besonderheiten.

Dies würde dafür sprechen, dass der strafrechtliche Schutz des § 168b StGB auch für diese Vergabeverfahren gelten sollte. Aber: Wenn es infolge der Ausnahme vom BVerG dann (zumindest in den meisten von der Ausnahme betroffenen Fällen) kein reguläres Verfahren nach dem BVerG gibt (sondern nur eine vielleicht ähnliche Vorgangsweise), wird ein „Verfahren“ nicht die Kriterien des BVerG und des StGB („Wer bei einem Vergabeverfahren einen Teilnahmeantrag stellt [...]“) erfüllen können. Der im Strafrecht maßgebliche Wortlaut der Norm bleibt also hinter einem möglicherweise als strafwürdig erkannten Tatbestand zurück, greift also zu kurz.

Eine Ausdehnung des – durch obige Ausführungen erklärten – Wortlauts stößt an das strafrechtliche Analogieverbot. § 168b StGB ist also zumindest auf die meisten der vom BVerG ausgenommenen Vergabevorgänge nicht anzuwenden.

Außerdem würde sich bei der mE abzulehnenden generellen Anwendung des § 168b StGB auf alle vom BVerG ausgenommene Vergabevorgänge wiederum die – schon oben bei privaten Vergabevorgängen problematisierte – Frage stellen, ab welcher Verfahrensintensität oder ab welcher formellen Ausgestaltung denn ein „Verfahren“ iSd § 168b StGB vorliegt und wann noch nicht.

Hingegen sind Absprachen iZm einem (gem § 10 Z 18 BVerG) vom Anwendungsbereich des BVerG ausgenommenen Vergabeverfahren, auf das anstelle des BVerG das „Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVerGVS 2012“ anzu-

wenden ist, mE sehr wohl vom Wortlaut des § 168b StGB (und natürlich auch vom Schutzzweck dieser Norm) gedeckt und somit strafrechtlich erfasst. Das BVerGVS 2012 ist zT vorrangig zum BVerG anzuwenden (vgl § 10 Z 18 BVerG und § 2 BVerGVS 2012). Hier handelt es sich wie beim BVerG um ein gesetzlich klar geregeltes Verfahren mit zT gleicher Terminologie (zB gibt es den Begriff „Teilnahmeantrag“ des § 168b StGB sowohl im BVerG als auch im BVerGVS 2012).

Auf einige weitere Ausnahmefälle des § 10 BVerG mögen ähnliche Überlegungen zutreffen (zB § 10 Z 3 BVerG: „Vergabeverfahren, die anderen Verfahrensregeln unterliegen und die auf Grund des besonderen Verfahrens einer internationalen Organisation durchgeführt werden“). Dies mag einer gesonderten Untersuchung vorbehalten bleiben.

## 9. Sonstiges

Gegen die oben zitierte Entscheidung des OLG Wien<sup>32)</sup> wäre (je nachdem wie das Verfahren endete) uU eine Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes zu überlegen (§ 23 StPO). Dann könnte der OGH zur hier aufgezeigten Thematik Stellung beziehen.

Auf Abgrenzungsfragen des § 168b StGB zum uU strenger bestraften Betrugsdelikt (§ 146 ff StGB), das aber sowohl Täuschung<sup>33)</sup> als auch Schädigung<sup>34)</sup> voraussetzt, kann hier in diesem Rahmen nicht näher eingegangen werden. Die Kartellbehörden in Österreich (zB im Fall *Aufzugskartell*<sup>35)</sup>) und Deutschland (zB Fall *Feuerwehrfahrzeuge*<sup>36)</sup>) zeigen relevante Sachverhalte regelmäßig als Betrugsverdacht an die Staatsanwaltschaft an. Werden § 168b und §§ 146 ff StGB in einer Tathandlung verwirklicht, liegt wohl „echte Konkurrenz“<sup>37)</sup> vor; bei schwerem gewerbsmäßigem Betrug hat wohl die höhere Strafdrohung des Betrugs Vorrang vor dem Auffangtatbestand des § 168b StGB.

<sup>32)</sup> FN 10.

<sup>33)</sup> *Thomas Eilmansberger*, Die strafrechtliche Sanktionierung von Kartelldelikten, in *Wirtschaftsstrafrecht* (2008) 159 [174] bezweifelt, dass eine Täuschung und damit Strafbarkeit vorliege.

<sup>34)</sup> Siehe OGH 28.6.2000, 14 Os 107/99, *Schwechater Baugesellschaft (SBG)*; OGH 6.10.2004, 13 Os 135/03, *NÖ Fensterkartell*; ähnlich OGH 26.9.2001, 13 Os 34/01; BGH St 47/83, *Flughafen München*.

<sup>35)</sup> Beim *Aufzugskartell* verfolgt die StA im Ermittlungsverfahren 601 St 20/07m. Der OGH als KOG 22. 6. 2010, 16 Ok 3/10, trug dem OLG Wien als KG auf, den Akt 25 Kt 12/07 der StA im Wege der Amts- und Rechtshilfe (Art 22 B-VG; § 76 StPO) zur Einsicht zu übersenden.

<sup>36)</sup> Im Fall *Feuerwehrfahrzeuge*-Kartell leitete das dt BKartA (nach der am 10. 2. 2011 im Rahmen eines Vergleiches erfolgten Bestrafung der drei beteiligten Unternehmen, *Albert Ziegler GmbH & Co KG*, *Schlingmann GmbH & Co KG*, *Rosenbauer-Gruppe*, mit EUR 20,5 Mio wegen Preis- und Quotenabsprachen in Form der „Zürich-Runde“ und Treffen der Vertriebsleiter) hinsichtlich der handelnden Personen die Sache an die Staatsanwaltschaft zur strafrechtlichen Verfolgung weiter.

<sup>37)</sup> *Köck*, *Wirtschaftsstrafrecht*<sup>2</sup> 49 mwN; *Bertel/Schwaighofer*, *Strafrecht* BT I<sup>2</sup> 343; aA *Fabrizzy*, *StGB*<sup>10</sup> § 168b Rz 3.