

Kaufmännischer Brief 10

Gesetzeskonformes Verhalten und Korruptionsprävention bei Auftragsvergaben



WÄRME-, KÄLTE-, SCHALL- UND BRANDSCHUTZ

Gesetzeskonformes Verhalten und Korruptionsprävention bei Auftragsvergaben

Inhalt	Seite
1. Ausgangssituation	3
2. Vorbemerkung	3
3. Wettbewerbsbeschränkungen	3
3.1 Kartellrechtsverstöße	3
3.1.1 Anwendbares Recht	3
3.1.2 Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB und Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag	4
3.1.3 Freistellungsmöglichkeiten	5
3.1.4 Sonderfall Bietergemeinschaft/ARGE und Einsatz von Nachunternehmern	6
3.2 Verstöße gegen das Strafgesetzbuch	7
3.2.1 Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen	7
3.2.2 Submissionsbetrug	9
4. Korruptionsstraftaten	10
4.1 Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr	11
4.1.1 Täter	12
4.1.2 Tathandlungen	12
4.1.3 Vorteil	13
4.1.4 Im geschäftlichen Verkehr	13
4.1.5 Unrechtsvereinbarung	13
4.1.6 Bevorzugung	14
4.1.7 Einschränkung durch Sozialadäquanz	14
4.1.8 Vorsatz	14
4.2 Vorteilsnahme und Vorteilsgewährung	14
4.2.1 Täter	14
4.2.2 Tathandlungen	14
4.2.3 Vorteil	14
4.2.4 Dienstaussübung	15
4.2.5 Unrechtsvereinbarung	15
4.2.6 Einschränkung durch Sozialadäquanz	15
4.2.7 Möglichkeit der Genehmigung	15
4.2.8 Vorsatz	16
4.3 Bestechung und Bestechlichkeit von Amtsträgern	16
4.3.1 Unrechtsvereinbarung	16
4.3.2 Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung	16
4.4 Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung	16
4.4.1 Vorteil großen Ausmaßes	16
4.4.2 Fortgesetztes Annehmen von Vorteilen	16
4.4.3 Gewerbsmäßigkeit	17
4.4.4 Handeln als Bande	17

Inhalt	Seite
5. Verantwortlichkeit im Unternehmen	17
5.1 Strafrechtliche Verantwortlichkeit	17
5.1.1 Täterverantwortlichkeit	17
5.1.2 Geschäftsherrenhaftung und Haftung verantwortlicher Leistungsorgane	17
5.1.3 Pflichtendelegation	17
5.2 Kartellrechtliche Verantwortlichkeit	17
6. Rechtsfolgen	18
6.1 Strafrechtliche Rechtsfolgen	18
6.2 Kartellrechtliche Rechtsfolgen	19
6.3 Zivilrechtliche Rechtsfolgen	19
6.3.1 Nichtigkeit des Vergabevertrages	19
6.3.2 Kündigungsrecht des Auftraggebers	19
6.3.3 Schadensersatzansprüche	19
6.4 Vergaberechtliche Rechtsfolgen	19
6.4.1 Angebotsausschlüsse	19
6.4.2 Vergabesperren	20
6.4.3 Eintrag in Landesvergaberegister	21
7. Risiko-Vermeidungsstrategien	21

1. Ausgangssituation

Korruption wird sowohl von der Wirtschaft und Politik als auch von den Bürgern übereinstimmend als eine der beunruhigendsten Formen der Wirtschaftskriminalität empfunden. Sie untergräbt das Vertrauen in die Integrität und die Funktionsfähigkeit des Staates, der Industrie und der Politik und verursacht erhebliche volkswirtschaftliche Schäden. In der Öffentlichkeit ist die falsche Vorstellung weit verbreitet, die Wirtschaft profitiere von Korruption und verhindere deswegen Maßnahmen gegen Korruption. Fakt ist, dass nicht nur die Gesellschaft, sondern vor allem die Wirtschaft selbst und hier insbesondere betroffene Unternehmen massiv unter den Auswirkungen und Folgen von Korruption leiden. Denn nicht nur der Staat durch strafrechtliche Sanktionierungen, auch die Öffentlichkeit bestraft moralische Normverstöße von Unternehmen durch immer schärfere Reaktionen von Konsumenten und Kunden.

2. Vorbemerkung

Die Entwicklung ethischer Verhaltensmaßregeln und Compliance-Strategien hilft, korrektes Geschäftsgebaren im Unternehmen zu beschreiben und zu überprüfen. Mitarbeiter gilt es zu sensibilisieren, um die generelle Anfälligkeit gegenüber korruptiven Einflussnahmen von Außen zu mindern und die Bereitschaft der Beschäftigten zu fördern, Korruptionsfälle innerhalb der Organisation offen anzusprechen. Dieser kaufmännische Brief dient diesbezüglich der Information. Er vereinfacht im Interesse der Verständlichkeit die rechtlichen Zusammenhänge und kann eine Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.

3. Wettbewerbsbeschränkungen

In der Ökonomie spricht man von einer Wettbewerbsbeschränkung, wenn Preis und Qualität der eigenen Leistung nicht der Disziplinierung durch einen Marktrivalen unterliegen. Ursächlich hierfür sind zu meist Kartellrechtsverstöße und Verstöße gegen das Strafgesetzbuch.

3.1 Kartellrechtsverstöße

3.1.1 Anwendbares Recht

In den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union gelten parallel das jeweilige nationale Kartellrecht (In Deutschland vor allem das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), insbesondere § 1 GWB und das europäische Kartellrecht (Vor allem Art. 81 des EG-Vertrages)).

§ 1 GWB - Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen

Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.

Art. 81 - EG Vertrag - Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen

(1) Mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere

- a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;*
 - b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes der technischen Entwicklung oder der Investitionen;*
 - c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;*
 - d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;*
 - e) die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.*
- (2) Die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig.*

Gemäß § 130 Abs.2 GWB findet deutsches Kartellrecht auf alle Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung, die sich in Deutschland auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. EG-Kartellrecht findet bei wettbewerbsbeschränkendem Verhalten Anwendung, wenn dieses den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten der EU beeinträchtigen kann. Da die Verbots- und Freistellungstatbestände der §§ 1 f. GWB und Art 81 EG-Vertrag nahezu identisch sind, ist es für die rechtliche Bewertung im Ergebnis regelmäßig unerheblich, ob nur deutsches oder auch und vorrangig EG-Kartellrecht gilt.

3.1.2 Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB und Art. 81 Abs.1 EG-Vertrag

Nachfolgend werden die Voraussetzungen für Kartellrechtsverstöße im Sinne von § 1 GWB und Art. 81 Abs.1 EG-Vertrag dargestellt.

3.1.2.1 Unternehmen und Unternehmensvereinigungen

Sowohl das deutsche Kartellrecht als auch das EG-Kartellrecht richten sich an Unternehmen, d. h. an alle eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübenden Einheiten, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Das Kartellverbot gilt auch für Vereinigungen von Unternehmen, wie z. B. Verbände.

Bei Unternehmen, die zu einem Konzern gehören oder aus anderen Gründen eine wirtschaftliche Einheit bilden, besteht kein Wettbewerb, welcher in unzulässiger Weise beschränkt werden könnte. Derartige Unternehmen können daher untereinander Vereinbarungen treffen, die zwischen Wettbewerbern als unzulässig angesehen würden (sog. Konzernprivileg).

3.1.2.2 Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen

Untersagt sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen.

Eine Vereinbarung liegt vor, wenn die Beteiligten ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten. Dies umfasst z. B. Verträge, „Gentlemen's agreement“ und auch unverbindliche Abreden. Eine bestimmte Rechtsform ist nicht erforderlich. Kartellbehörden werten in der Regel selbst das Schweigen auf einem Treffen von Unternehmensvertretern, während dem es zu kartellrechtswidrigen Vereinbarungen zwischen einigen Teilnehmern kommt, als Zustimmung. Ein Unternehmensvertreter sollte sich daher ausdrücklich von dem kartellrechtswidrigen Verhalten anderer Anwesender distanzieren und die Veranstaltung unverzüglich verlassen, falls das Verhalten trotzdem fortgesetzt wird!

Für Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen ist es ebenfalls ausreichend, dass Unternehmen im Rahmen einer Vereinigung zu einer Willensübereinstimmung gelangt sind. Eine bestimmte Rechtsform oder Verbindlichkeit ist nicht erforderlich. Als Beschluss wird z. B. auch eine Empfehlung eines Verbandes angesehen.

Abgestimmte Verhaltensweisen stellen Verhaltenskoordinierungen zwischen Unternehmen unterhalb der Schwelle der im direkten Austausch erzielten Willensübereinstimmungen dar.

Abgestimmtes Verhalten liegt z. B. dann vor, wenn ein Unternehmen seinen Wettbewerbern vertrauliche Preisinformationen zuspielt, weil dieses Verhalten darauf abzielt, diese Unternehmen ebenfalls zu Preiserhöhungen zu bewegen. Ebenso liegt abgestimmtes Verhalten vor, wenn bekannt ist, dass ein Bieter nur ein bestimmtes Produkt anbieten kann und andere Bieter daraufhin ebenfalls nur dieses Produkt anbieten. Auch das gemeinsame Erstellen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch eine Arbeitsgruppe mehrerer Wettbewerber stellt eine abgestimmte Verhaltensweise dar.

Dagegen liegt zulässiges autonomes Parallelverhalten vor, wenn Unternehmen ihre Wettbewerber nur beobachten und ihr eigenes Marktverhalten hieran ausrichten, mithin keine Kooperation stattfindet.

3.1.2.3 Wettbewerbsbeschränkung

Zwar unterscheiden § 1 GWB und Art. 81 Abs.1 EG-Vertrag zwischen der Verhinderung, Beschränkung und Verfälschung von Wettbewerb, aber diese sprachliche Unterscheidung hat sich in der Praxis bei den Kartellbehörden und Gerichten nicht durchgesetzt, diese gehen vielmehr von dem einheitlichen Begriff der Wettbewerbsbeschränkung aus.

Wettbewerbsbeschränkung in diesem Sinne ist jede Beschränkung des selbständigen Wettbewerbsverhaltens eines Unternehmens, wobei zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen unterschieden wird.

Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen bestehen zwischen Wettbewerbern, so z. B. Vereinbarungen über Preise oder Preisbestandteile, Kunden, Vertriebsgebiete, Produktions- und Absatzmengen und sonstige wettbewerbsrelevante Elemente der Geschäftspolitik von Unternehmen.

Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen bestehen zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen tätig sind, so insbesondere Verpflichtungen, Produkte oder Leistungen nur bei einem Unternehmen zu beziehen oder nur für ein Unternehmen tätig zu werden (z. B. wenn ein Unternehmen seine Zulieferer verpflichtet, bei Ausschreibungen ausschließlich als Nachunternehmer dieses Unternehmens tätig zu werden, nicht als Nachunternehmer für anderer Bieter).

3.1.2.4 Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung

Da der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung von den Kartellbehörden und der Rechtsprechung sehr weit gefasst ist und ggf. unter ihn auch Verhaltensweisen fallen, die zwar theoretisch den Wettbewerb beschränken können, sich aber de facto nicht spürbar auf den Wettbewerb auswirken, hat die Rechtsprechung das Kriterium der Spürbarkeit geschaffen. Die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt haben jeweils Bekanntmachungen erlassen, in denen festgelegt ist, welche Wettbewerbsbeschränkungen als spürbar anzusehen sind. Danach liegt unter folgenden Bedingungen eine Spürbarkeit vor:

Marktanteile: Die Marktanteile der an einer Vereinbarung oder Verhaltensweise beteiligten Unternehmen liegen auf allen betroffenen relevanten Märkten über 15 % bzw. über 10 % bei aktuellen oder potentiellen Wettbewerbern.

Marktabstottung: Wird ein Markt, auf den sich die Vereinbarung auswirkt, durch nebeneinander bestehende Netze von ähnlichen Vereinbarungen abgeschottet, beträgt die Marktanteilsschwelle sowohl für Wettbewerber als auch für Nichtwettbewerber nur 5 %.

Kernbeschränkungen: Besonders schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen, sog. Kernbeschränkungen, werden unabhängig von Marktanteilen grundsätzlich als spürbar eingestuft.

Kernbeschränkungen sind z.B. bei Wettbewerbern die Festsetzung von Preisen, die Beschränkung der Produktion oder des Absatzes und die Aufteilung von Märkten und Kunden.

Bei Nichtwettbewerbern sind dies vor allem Beschränkungen des Käufers bei der Festsetzung seines Verkaufspreises (mit Ausnahme von Höchstverkaufspreisen und unverbindlichen Preisempfehlungen sowie die Beschränkung seines Verkaufsgebiets und Kundenkreises).

3.1.2.5 Bezwecken oder Bewirken der Wettbewerbsbeschränkung

§ 1 GWB und Art. 81 Abs.1 EG-Vertrag untersagen Verhaltensweisen, die nach dem Willen der beteiligten Unternehmen zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen sollen (Bezwecken) oder unabhängig von deren Willen eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben (Bewirken).

Die Kartellbehörden und Gerichte nehmen ein Bezwecken an, wenn die Verhaltensweise bei objektiver Betrachtung geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Ob der Wettbewerb tatsächlich beschränkt wurde, ist unerheblich. Bei der Festsetzung von Preisen, der Beschränkung der Produktion oder der Aufteilung von Märkten und Kunden unterstellen die Kartellbehörden einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck.

Liegt kein Bezwecken vor, wird geprüft, ob sich eine Verhaltensweise beschränkend auf den Wettbewerb auswirkt. Bei der Ermittlung wird die hypothetische Wettbewerbssituation ohne Verhaltensweise mit der tatsächlichen Wettbewerbssituation verglichen.

3.1.3 Freistellungsmöglichkeiten

Sowohl das deutsche als auch das EG-Kartellrecht sehen Ausnahmen von dem Verbot wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens, sog. Freistellungen, vor.

3.1.3.1 Allgemeine Freistellung gemäß § 2 GWB/ Art. 81 Abs.3 EG-Vertrag

§ 2 GWB - Freigestellte Vereinbarungen:

(1) Vom Verbot des § 1 freigestellt sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen

- 1. Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder*
- 2. Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.*

(2) ¹ Bei der Anwendung von Absatz 1 gelten die Verordnungen des Rates oder der Kommission der Europäischen Gemeinschaft über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (Gruppenfreistellungsverordnungen) entsprechend. ² Dies gilt auch, soweit die dort genannten Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zu beeinträchtigen.

Art. 81 Abs.3 EG-Vertrag:

(3) Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf

- Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,
 - Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen,
 - aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen,
- die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen

a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder

b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Die in § 2 GWB und Art. 81 Abs.3 EG-Vertrag geregelten Freistellungen treten kraft Gesetzes ein, mithin muss eine Freistellung nicht bei den Kartellbehörden beantragt werden.

3.1.3.2 Gruppenfreistellungsverordnungen

Neben den allgemeinen Freistellungen haben die Kommission bzw. der Rat der EU auch mehrere Gruppenfreistellungsverordnungen erlassen. Diese sind in der Regel für Vereinbarungen zwischen Bietern nicht einschlägig, weshalb von einer Erörterung abgesehen wird.

3.1.4 Sonderfall Bietergemeinschaft/ARGE und Einsatz von Nachunternehmern

3.1.4.1 Zulässigkeit von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften

Unbedenklich sind Bietergemeinschaften bzw. Arbeitsgemeinschaften von Unternehmen, die in unterschiedlichen sachlichen oder räumlichen Märkten tätig sind, weil zwischen diesen kein Wettbewerbsverhältnis besteht und somit die Gründung einer Bietergemeinschaft weder eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt noch bewirkt.

Sowohl nach EG-Kartellrecht als auch nach deutschem Kartellrecht ist aber auch eine Zusammenarbeit von Wettbewerbern in Bietergemeinschaften bzw. Arbeitsgemeinschaften zulässig, wenn die einzelnen Wettbewerber die von der Zusammenarbeit erfasste Tätigkeit oder das Projekt nicht eigenständig durchführen könnten, wobei hierfür ausreichend ist, dass die Abgabe eines Angebots durch ein Unternehmen alleine kaufmännisch unvernünftig wäre.

Die Erforderlichkeit einer gemeinsamen Angebotsabgabe kann sich z. B. aus folgenden Gründen ergeben:

- Der Leistungszeitraum ist besonders kurz
- Ein Unternehmen kann die wirtschaftlichen Risiken nicht alleine tragen
- Der Umfang der Leistung übersteigt sowohl die personellen als auch die materiellen Kapazitäten eines Unternehmens
- Die Leistung erfordert hohe Investitionen
- Ein Unternehmen alleine verfügt nicht über sämtliche zur Leistungserbringung notwendigen technischen Einrichtungen oder die erforderlichen behördlichen Genehmigungen oder Zulassungen

Nach deutschem Kartellrecht hat ein Unternehmen einen Beurteilungsspielraum, ob es sich alleine oder als Mitglied einer Bietergemeinschaft um die Vergabe eines Auftrags bemüht. Dagegen wird im EG-Kartellrecht nur darauf abgestellt, ob ein Unternehmen bei objektiver Betrachtung die Vertragsleistung alleine erbringen kann!

Für die kartellrechtliche Zulässigkeit einer Bietergemeinschaft bzw. Arbeitsgemeinschaft ist nach deutscher Rechtsprechung zudem in der Regel ein Verzicht der Mitglieder einer Bietergemeinschaft auf die Abgabe von Einzelangeboten erforderlich, um zu verhindern, dass ein Mitglied der Bietergemeinschaft den aus der gemeinsamen Angebotserstellung gewonnenen Informationsvorsprung zugunsten der eigenen Konkurrenzfähigkeit ausnutzt. Dieser Verzicht stellt zwar eine wettbewerbswidrige Nebenabrede dar, diese ist aber zulässig, weil sie zur Erreichung des Zwecks der Bietergemeinschaft zwingend erforderlich ist, mithin der Funktion und dem Ziel der Bietergemeinschaft immanent ist.

3.1.4.2 Zulässiger Einsatz von Nachunternehmern

Grundsätzlich unbedenklich ist der Einsatz von Nachunternehmern, wenn diese nicht in einem Wettbewerbsverhältnis zum Bieter stehen. Anders verhält es sich allerdings, wenn ein Nachunternehmer sich verpflichtet, nur für einen bestimmten Bieter als Nachunternehmer tätig zu werden. In diesen Fällen ist die Vereinbarung zwischen Bieter und Nachunternehmer kartellrechtlich nur zulässig, wenn keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder eine Freistellungsmöglichkeit besteht.

Handelt es sich bei dem Nachunternehmer um einen Wettbewerber des Bieters, ist die Vereinbarung zwischen Bieter und Nachunternehmer wie bei einer Bietergemeinschaft kartellrechtlich nur zulässig, wenn der Nachunternehmer alleine kein marktfähiges Angebot abgeben könnte.

3.1.4.3 Problematische Fälle

- Ein Verstoß gegen Art. 81 EG-Vertrag und § 1 GWB liegt in der Regel vor, wenn sich mehr untereinander im Wettbewerb stehende Unternehmen beteiligen, als erforderlich wären. Dies insbesondere, wenn die Bietergemeinschaft so viele Bieter umfasst, dass keine weitere Bietergemeinschaft gebildet werden kann.
- Ebenso ist es kartellrechtlich grundsätzlich unzulässig, wenn Unternehmen nach Abgabe individueller Angebote Bietergemeinschaften bilden oder als Hauptunternehmer und Nachunternehmer zusammen arbeiten. Ausnahmsweise können derartige Vereinbarungen aber bei privaten Vergaben zulässig sein, wenn ein Bieter erst nach Abgabe seines Angebotes feststellt, dass sein Angebot nicht bezuschlagungsfähig ist und er alleine zudem kein bezuschlagungsfähiges Angebot abgeben könnte.
- Eine Beteiligung eines Unternehmens an unterschiedlichen Bietergemeinschaften bzw. Arbeitsgemeinschaften oder der Wechsel von einer Bietergemeinschaft zu einer anderen ist in der Regel unzulässig.
- Ebenso ist die parallele Abgabe eines Einzelangebotes neben der Abgabe eines Angebotes als Mitglied einer Bietergemeinschaft grundsätzlich unzulässig.
- Dagegen ist die Beteiligung eines Nachunternehmers an mehreren Angeboten zulässig, unter der Voraussetzung, der Nachunternehmer erhält über seinen Leistungsteil hinausgehende Kenntnisse von der Angebotsgestaltung eines Hauptunternehmers und stellt diese einem anderen Hauptunternehmer zur Verfügung.

3.2 Verstöße gegen das Strafgesetzbuch

Neben Verstößen gegen das Kartellrecht können Wettbewerbsbeschränkungen auch gegen das Strafgesetzbuch verstoßen. In Betracht kommen vor allem Verstöße gegen § 298 und § 263 StGB.

3.2.1 Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen

In § 298 StGB ist die Strafbarkeit wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen geregelt:

(1) Wer bei einer Ausschreibung über Waren oder gewerbliche Leistungen ein Angebot abgibt, das auf einer rechtswidrigen Absprache beruht, die darauf abzielt, den Veranstalter zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Ausschreibung im Sinne des Absatzes 1 steht die freihändige Vergabe eines Auftrages nach vorausgegangenem Teilnahmewettbewerb gleich.

3.2.1.1 Tatbestandsmerkmale des § 298 StGB

3.2.1.1.1 Ausschreibung

Eine Ausschreibung im Sinne von § 298 StGB ist ein Verfahren, mit dem von einem Veranstalter je nach Art des Verfahrens Angebote einer unbestimmten oder beschränkten Anzahl von Anbietern für die Lieferung bestimmter Waren oder das Erbringen bestimmter Leistungen eingeholt werden.

Darunter fallen die öffentliche Ausschreibung bzw. das offene Verfahren sowie die beschränkte Ausschreibung, bzw. das nicht offene Verfahren.

Gemäß § 298 Abs.2 StGB auch die freihändige Vergabe nach Teilnahmewettbewerb.

Andere Vergabearten, insbesondere die freihändige Vergabe ohne vorausgegangenen Teilnahmewettbewerb, sind nicht von § 298 StGB umfasst.

Erfasst werden zudem auch Ausschreibungen und freihändige Vergaben durch private Unternehmen, die nicht an die VOB/A, VOL/A, VOF gebunden sind, soweit die privaten Vergabeverfahren gleich oder ähnlich ausgestaltet sind. Dies ist in der Regel der Fall, wenn der private Auftraggeber sich nach außen erkennbar verpflichtet, im Rahmen des Vergabeverfahrens wie ein öffentlicher Auftraggeber zu handeln.

3.2.1.1.2 Abgabe eines Angebotes

Abgegeben ist ein Angebot, wenn es dem Veranstalter so zugeht, dass es bei ordnungsgemäßigem Ablauf im Ausschreibungsverfahren berücksichtigt werden kann.

3.2.1.1.3 Beruhen auf rechtswidriger Absprache

Das Angebot muss auf einer rechtswidrigen Absprache beruhen.

Absprache ist eine zwischen mehreren Bietern oder zwischen mindestens einem Bieter und einer Person auf Auftraggeberseite getroffene Vereinbarung über das Verhalten in einem konkreten Ausschreibungsverfahren. Bloße, unverbindliche Erkundigungen oder Gespräche, z. B. welche Mitbewerber Angebote abgegeben haben, reichen nicht aus.

Die Absprache muss den Zweck haben, den Auftraggeber zur Annahme eines bestimmten Angebotes zu veranlassen.

Rechtswidrig im Sinne von § 298 StGB bedeutet Rechtswidrigkeit im kartellrechtlichen Sinn, mithin ist eine Absprache rechtswidrig, wenn diese gegen § 1 GWB verstößt.

Beruhen bedeutet, dass das abgegebene Resultat der Vereinbarung ist.

3.2.1.1.4 Täter

§ 298 StGB ist kein Sonderdelikt. Jedermann kann Täter sein und zwar unabhängig von der Stellung im Betrieb und unabhängig davon, ob das Angebot selbst abgegeben wird oder nicht. So werden die an der Absprache unmittelbar Beteiligten in der Regel als (Mit-) Täter angesehen, wenn sie nicht ein eigenes auf der Absprache beruhendes Angebot abgeben.

Ein Unternehmen als Verband kann allerdings nicht Täter im Sinne von § 298 StGB sein.

3.2.1.1.5 Vorsatz

Der Täter muss vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung, mithin muss der Vorsatz des Täters sämtliche zuvor erörterten Tatbestandsmerkmale umfassen, wobei es ausreicht, wenn der Täter einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht billigend in Kauf nimmt.

3.2.1.2 Tätige Reue

§ 298 Abs.3 StGB enthält eine Regelung zur tätigen Reue:

(3) Nach Absatz 1, auch in Verbindung mit Absatz 2, wird nicht bestraft, wer freiwillig verhindert, dass der Veranstalter das Angebot annimmt oder dieser seine Leistung erbringt. Wird ohne Zutun des Täters das Angebot nicht angenommen oder die Leistung des Veranstalters nicht erbracht, so wird er straflos, wenn er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Annahme des Angebots oder das Erbringen der Leistung zu verhindern.

3.2.2 Submissionsbetrug

Grundsätzlich liegt bei wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Ausschreibungen auch Betrug im Sinne von § 263 StGB, sog. Submissionsbetrug, vor.

§ 263 StGB

(1) Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) ¹In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. ²Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

- 1. gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Urkundenfälschung oder Betrug verbunden hat,*
- 2. einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführt oder in der Absicht handelt, durch die fortgesetzte Begehung von Betrug eine große Zahl von Menschen in die Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten zu bringen,*
- 3. eine andere Person in wirtschaftliche Not bringt,*
- 4. seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger missbraucht oder*
- 5. einen Versicherungsfall vortäuscht, nachdem er oder ein anderer zu diesem Zweck eine Sache von bedeutendem Wert in Brand gesetzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört oder ein Schiff zum Sinken oder Stranden gebracht hat.*

(4) § 243 Abs. 2 sowie die §§ 247 und 248a gelten entsprechend.

(5) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer den Betrug als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach den §§ 263 bis 264 oder 267 bis 269 verbunden hat, gewerbsmäßig begeht.

(6) Das Gericht kann Führungsaufsicht anordnen (§ 68 Abs. 1).

(7) ¹Die §§ 43a und 73d sind anzuwenden, wenn der Täter als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach den §§ 263 bis 264 oder 267 bis 269 verbunden hat. ²§ 73d ist auch dann anzuwenden, wenn der Täter gewerbsmäßig handelt.

Nach der Rechtsprechung enthält die Angebotsabgabe zumindest die konkludente Erklärung, dass diese ohne vorherige kartellrechtswidrige Absprache zustande gekommen ist. Diese Täuschung ist in der Regel ursächlich dafür, dass der Veranstalter irrtümlich davon ausgeht, dass es sich bei dem eingereichten Angebot um ein unabhängiges handelt.

Problematisch ist lediglich der Nachweis eines Vermögensschadens.

Nach der Rechtsprechung des BGH liegt ein Vermögensschaden unabhängig davon vor, ob ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht, wenn der Auftraggeber infolge der Preisabsprache einen höheren Preis für die zu erbringende Leistung versprochen habe als dies ohne Absprache der Fall gewesen wäre, der Vermögensschaden liegt mithin in der Differenz zwischen dem abgesprochenen Angebot und dem erzielbaren, hypothetischen Wettbewerbspreis. Viele Gerichte haben allerdings erhebliche Schwierigkeiten, einen Vermögensschaden festzustellen. Dies war letztendlich auch ein Grund des Gesetzgebers für die Einführung des § 298 StGB, welcher einen Vermögensschaden nicht als Tatbestandsmerkmal hat.

4. Korruptionsstraftaten

Die Strafbarkeit von Korruptionshandlungen ist zum einen in §§ 299 und 300 StGB, zum anderen in den §§ 331-336 StGB geregelt.

Die §§ 299 und 300 StGB betreffen die Korruption im ausschließlich privatwirtschaftlichen Bereich. Die §§ 331-336 StGB regeln die Korruption in Fällen, bei denen Amtsträger bzw. sonstige für den öffentlichen Dienst besonders verpflichtete Personen beteiligt sind. Während es sich bei der Gegenleistung für die Vorteile in den Fällen der §§ 331 und 333 StGB nicht um eine rechtswidrige Dienstpflichtverletzung handeln muss, ist eine solche in den Fällen der §§ 332, 334 StGB Voraussetzung. Die §§ 300 und 335 StGB regeln die Strafbarkeit besonders schwerer Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung.

§ 299 StGB: Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr:

(1) *Wer als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

(2) *Ebenso wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er ihn oder einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen in unlauterer Weise bevorzuge.*

(3) *Die Absätze 1 und 2 gelten auch für Handlungen im ausländischen Wettbewerb.*

§ 300 StGB: Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr:

¹*In besonders schweren Fällen wird eine Tat nach § 299 mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. ²Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn*

1. *die Tat sich auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht oder*
2. *der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.*

§ 331 StGB: Vorteilsannahme:

(1) *Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der für die Dienstaussübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

(2) ¹*Ein Richter oder Schiedsrichter, der einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er eine richterliche Handlung vorgenommen hat oder künftig vornehme, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. ²Der Versuch ist strafbar.*

(3) *Die Tat ist nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn der Täter einen nicht von ihm geforderten Vorteil sich versprechen lässt oder annimmt und die zuständige Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse entweder die Annahme vorher genehmigt hat oder der Täter unverzüglich bei ihr Anzeige erstattet und sie die Annahme genehmigt.*

§ 332 StGB: Bestechlichkeit:

(1) ¹*Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. ²In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. ³Der Versuch ist strafbar.*

(2) ¹*Ein Richter oder Schiedsrichter, der einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er eine richterliche Handlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine richterlichen Pflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft. ²In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.*

(3) *Falls der Täter den Vorteil als Gegenleistung für eine künftige Handlung fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, so sind die Absätze 1 und 2 schon dann anzuwenden, wenn er sich dem anderen gegenüber bereit gezeigt hat,*

1. *bei der Handlung seine Pflichten zu verletzen oder*
2. *soweit die Handlung in seinem Ermessen steht, sich bei Ausübung des Ermessens durch den Vorteil beeinflussen zu lassen.*

§ 333 StGB: Vorteilsgewährung

(1) *Wer einem Amtsträger, einem für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder einem Soldaten der Bundeswehr für die Dienstaussübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

(2) *Wer einem Richter oder Schiedsrichter einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, daß er eine richterliche Handlung vorgenommen hat oder künftig vornehme, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

(3) Die Tat ist nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn die zuständige Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse entweder die Annahme des Vorteils durch den Empfänger vorher genehmigt hat oder sie auf unverzügliche Anzeige des Empfängers genehmigt.

§ 334 StGB: Bestechung

(1) ¹Wer einem Amtsträger, einem für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder einem Soldaten der Bundeswehr einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, daß er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehmen und dadurch seine Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. ²In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe.

(2) ¹Wer einem Richter oder Schiedsrichter einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, daß er eine richterliche Handlung

1. vorgenommen und dadurch seine richterlichen Pflichten verletzt hat oder
2. künftig vornehmen und dadurch seine richterlichen Pflichten verletzen würde,

wird in den Fällen der Nummer 1 mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren, in den Fällen der Nummer 2 mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. ²Der Versuch ist strafbar.

(3) Falls der Täter den Vorteil als Gegenleistung für eine künftige Handlung anbietet, verspricht oder gewährt, so sind die Absätze 1 und 2 schon dann anzuwenden, wenn er den anderen zu bestimmen versucht, daß dieser

1. bei der Handlung seine Pflichten verletzt oder
2. soweit die Handlung in seinem Ermessen steht, sich bei der Ausübung des Ermessens durch den Vorteil beeinflussen läßt.

§ 335 StGB: Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung

(1) In besonders schweren Fällen wird

1. eine Tat nach
 - a) § 332 Abs. 1 Satz 1, auch in Verbindung mit Abs. 3, und
 - b) § 334 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2, jeweils auch in Verbindung mit Abs. 3, mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren und
2. eine Tat nach § 332 Abs. 2, auch in Verbindung mit Abs. 3, mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren bestraft.

(2) Ein besonders schwerer Fall im Sinne des Absatzes 1 liegt in der Regel vor, wenn

1. die Tat sich auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht,
2. der Täter fortgesetzt Vorteile annimmt, die er als Gegenleistung dafür gefordert hat, daß er eine Diensthandlung künftig vornehmen, oder
3. der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.

4.1 Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr

4.1.1 Täter

4.1.1.1 Angestelltenbestechlichkeit

Täter der Angestelltenbestechlichkeit gemäß § 299 Abs.1 StGB können nur Angestellte und Beauftragte sein.

Angestellter ist, wer in einem mindestens faktischen Dienstverhältnis zum Geschäftsherrn steht und dessen Weisungen unterworfen ist. Eine dauerhafte oder entgeltliche Beschäftigung ist in der Regel nicht notwendig. Als Angestellte im Sinne von § 299 StGB werden z. B. auch Geschäftsführer einer GmbH oder geschäftsführende Vorstandsmitglieder einer AG angesehen.

Beauftragter ist, wer, ohne Angestellter zu sein, befugtermaßen für einen Geschäftsbetrieb tätig wird und maßgeblichen Einfluss auf die betrieblich zu treffenden Entscheidungen besitzt. Beauftragte im Sinne § 299 StGB sind z. B. faktische Geschäftsführer, Aufsichtsratsmitglieder und Insolvenzverwalter.

Betriebsinhaber sind vom Tatbestand nicht erfasst.

Betriebsinhaber im Sinne von § 299 StGB sind z. B. Einzelkaufmann, Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH oder der tatsächliche Inhaber eines Unternehmens, welcher sich eines Strohmannes bedient.

4.1.1.2 Angestelltenbestechung

Bei der Angestelltenbestechung gemäß § 299 Abs. 2 StGB handelt es sich um ein so genanntes Allgemein delikt, d. h. Täter kann jedermann sein.

4.1.2 Tathandlungen

Im Rahmen der Angestelltenbestechlichkeit gemäß § 299 Abs.1 muss ein Vorteil gefordert, sich versprechen lassen oder angenommen werden. Bei der Angestelltenbestechung gemäß § 299 Abs. 2 StGB muss ein Vorteil angeboten, versprochen oder gewährt werden.

4.1.2.1 Anbieten

Anbieten ist das Inaussichtstellen eines Vorteils für die Gegenleistung. Dies kann bereits in einer vorsichtig formulierten Frage gesehen werden.

4.1.2.2 Fordern

Fordern ist das ausdrückliche oder konkludente erkennen lassen, dass ein Vorteil für die Gegenleistung begehrt wird.

4.1.2.3 Versprechen

Versprechen setzt eine konkrete Übereinkunft zwischen den Beteiligten dahingehend voraus, dass ein bestimmter Vorteil für die Gegenleistung gewährt wird.

4.1.2.4 Versprechen lassen

Versprechen lassen ist die ausdrückliche oder schlüssige Annahme des Angebotes des zukünftigen Vorteils.

4.1.2.5 Gewähren

Gewähren ist die tatsächliche Verschaffung des Vorteils.

4.1.3 Vorteil

Ein Vorteil im Sinne von § 299 StGB ist die Besserstellung der wirtschaftlichen, rechtlichen oder persönlichen Lage des Empfängers, auf die dieser keinen Anspruch hat. Diesbezüglich kommen sowohl materielle, als auch immaterielle Vorteile in Betracht.

Zu den materiellen Vorteilen, zählen insbesondere vermögenswerte Zuwendungen, wie

- die Gewährung eines Darlehens, unabhängig auch von den vereinbarten Rückzahlungsmodalitäten,
- die Stundung einer Schuld, die Gewährung eines Rabatts; auch wenn der Kauf trotz gewährten Rabatts wirtschaftlich nachteilig ist, weil beispielsweise der Preis überhöht ist, liegt ein materieller Vorteil vor,
- die Gewährung eines Rückvergütungsrabatts,
- die Überlassung eines Leihwagens,
- die Möglichkeit der Beteiligung mit einer kleinen Einlage an einem gewinnbringenden Unternehmen,
- die Zahlung von Verkaufsprämien an Angestellte des Groß- und Einzelhandels, dass sie die Waren des Vorteilgebers gegenüber Konkurrenten bevorzugen,
- Provisionen,
- Honorare,
- Sondervergütungen,
- Vermittlung oder Gewährung von Nebeneinnahmen,
- Überlassung von Wohnraum,
- Einladung zu Urlaubsreisen,
- Prozentual an den Umsatz gekoppelte Geldleistungen, die in monatlichen Beträgen fortlaufend gezahlt werden,

- der Abschluss eines Vertrages, durch den Zahlungsverpflichtungen begründet werden,
- die unentgeltliche Überlassung von Geschäftsanteilen,
- die Gewährung von Gebrauchsvorteilen.

Auf die Höhe des gewährten bzw. empfangenen Vermögenswertes kommt es grundsätzlich nicht an. Erfasst werden mithin auch geringwertige Vorteile. Unbeachtlich ist auch, ob der Vorteil seinem Gegenstand nach bestimmt ist. Es genügt bereits, wenn eine „Erkenntlichkeit“ ausgedrückt wird.

Weiter kommen als Vorteile auch solche immaterieller Art in Betracht, soweit sie den Vorteilsnehmer in irgendeiner Weise objektiv besser stellen, wie z. B.:

- die generelle Befriedigung des Ehrgeizes, der Eitelkeit oder des Geltungsbedürfnisses, insbesondere durch
- die Förderung beruflichen Fortkommens,
- die Steigerung der Reputation,
- die Gewährung von Geschlechtsverkehr,
- die Verschaffung von Ehrenämtern,
- die Unterstützung bei Wahlen.

§ 299 StGB umfasst auch Dritt Vorteile. Der Begriff des Dritten im Sinne dieser Vorschrift ist weit zu fassen und beinhaltet somit auch juristische Personen wie Kapitalgesellschaften (z. B. GmbH AG), Personengesellschaften (z. B. oHG, KG) oder Vereine.

4.1.4 Im geschäftlichen Verkehr

Die Tathandlungen müssen im geschäftlichen Verkehr erfolgen. Dies ist bei jeder geschäftlichen Betätigung im Wettbewerb, mit der ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird, der Fall.

4.1.5 Unrechtsvereinbarung

Der Vorteil muss als Gegenleistung für eine zukünftige unlautere Bevorzugung gefordert, versprochen oder angenommen werden, mithin ist ein auf eine Unrechtsvereinbarung gerichteter Wille des Täters Voraussetzung.

Nicht ausreichend sind Zuwendungen zur Herbeiführung allgemeinen „Wohlwollens“ ohne Bezug zu einer bestimmten Bevorzugung. Zuwendungen zur Belohnung von in der Vergangenheit liegenden Bevorzugungen werden nicht von § 299 StGB erfasst.

4.1.6 Bevorzugung

Bevorzugung im Sinne von § 299 StGB ist die Gewährung von Vorteilen im Wettbewerb gegenüber Mitbewerbern, wobei sich diese auf den Bezug von Waren und gewerbliche Leistungen beziehen muss. Dementsprechend setzt die Bevorzugung mindestens einen Mitbewerber zum Zeitpunkt der Tat voraus, auf dessen Ausschaltung die Zuwendung abzielt.

Ware im Sinne dieser Vorschrift sind sämtliche Gegenstände des geschäftlichen Verkehrs, mithin bewegliche Sachen, Immobilien oder Rechte aller Art.

Gewerbliche Leistungen sind sämtliche Leistungen, die im geschäftlichen Verkehr erbracht werden.

Unlauter ist die Bevorzugung, wenn diese nicht auf sachlichen Erwägungen beruht, sondern durch den erlangten Vorteil geleitet ist.

4.1.7 Einschränkung durch Sozialadäquanz

Vorteilszuwendungen, die sich im Rahmen der normalen, geschichtlich gewordenen sozialen Ordnung des Lebens bewegen, fallen nicht unter die Strafbarkeit des § 299 StGB.

Sozialadäquat sind vor allem solche Vorteile, die so gering sind, dass bei vernünftiger Betrachtung gar nicht erst der Eindruck entstehen kann, dass sich der Empfänger dem Zuwendenden durch die Annahme des Vorteils verpflichtet fühlt.

Zudem sind soziale Gepflogenheiten der Verkehrskreise, nach denen Zuwendungen nicht hinreichend geeignet sind, geschäftliche Entscheidungen sachwidrig zu beeinflussen, zu beachten.

Zu den sozialadäquaten Zuwendungen im geschäftlichen Verkehr zählen etwa

- die Gabe von geringwertigen und allgemein üblichen „Werbegeschenken“,
- die Gabe von Trinkgeldern,
- kleine Aufmerksamkeiten, wie das Abholen mit einem Geschäftswagen, oder die Einladung zu einem Geschäftsessen,
- gestaffelte Mengenrabatte, soweit sie unter Berücksichtigung des im Wettbewerb Üblichen nicht außer Verhältnis zum Wert der Ware stehen.

4.1.8 Vorsatz

Der Vorsatz des Täters muss sämtliche zuvor erörterten Tatbestandmerkmale umfassen.

Bei der Angestelltenbestechung gemäß § 299 Abs.2 StGB muss der Täter zudem in sog. Wettbewerbsabsicht handeln, d.h. sein Handeln muss gerade darauf abzielen, den eigenen oder den Absatz eines Dritten zu fördern.

4.2 Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung

4.2.1 Täter

4.2.1.1 Vorteilsannahme

Täter der Vorteilsannahme gemäß § 331 StGB können nur Amtsträger und für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete sein.

Amtsträger sind z. B. Beamte und Richter, (Ober-)Bürgermeister, Landräte, Minister der Bundes- und der Länderregierungen, Ratsmitglieder, Mitarbeiter staatlicher Kreditinstitute

Für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete sind z. B. Auszubildende, Praktikanten, Schreibkräfte, Boten, Gutachter

4.2.1.2 Vorteilsgewährung

Die Vorteilsgewährung gemäß § 333 StGB ist ebenso wie die Angestelltenbestechung gemäß § 299 Abs. 2 StGB ein Allgemeindelikt, mithin kann jedermann Täter sein.

4.2.2 Tathandlungen

Die Tathandlungen der Vorteilsannahme und der Vorteilsgewährung entsprechen denen der Bestechung und der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr, vgl. 4.1.2.

4.2.3 Vorteil

Siehe 4.1.3

4.2.4 Dienstausübung

Die Zuwendung muss für die Dienstausübung gewährt oder angenommen werden. Eine Diensthandlung liegt in der Regel vor, wenn die Handlung zu den dienstlichen Obliegenheiten des Amtsträgers gehört und von ihm in dienstlicher Eigenschaft vorgenommen wird, wobei es unerheblich ist, ob der Amtsträger für die konkrete Handlung auch zuständig war.

4.2.5 Unrechtsvereinbarung

Es muss eine Übereinkunft zwischen den Beteiligten dahingehend bestehen, dass die Dienstausübung des empfangenden Amtsträgers der Grund für die Hingabe des Vorteils ist. Eine konkrete und bestimm- bare Diensthandlung ist nicht erforderlich, es ist ausreichend, wenn für die Hingabe des Vorteils irgendei- ne amtliche Diensthandlung vorgenommen wird.

Zuwendungen an einen Amtsträger, die ausschließlich privat veranlasst sind und keinen Bezug zu der Amtsträgereigenschaft des Empfängers haben, wie z.B. Geburtstagsgeschenke, werden nicht von den §§ 331, 333 StGB umfasst.

4.2.6 Einschränkung durch Sozialadäquanz

Vorteilzuwendungen, die sich im Rahmen der normalen, geschichtlich gewordenen sozialen Ordnung des Lebens bewegen, fallen auch nicht unter die Strafbarkeit der §§ 331, 333 StGB.

Bei der Vorteilsgewährung und der Vorteilsannahme werden im Rahmen der Wertung über die Soziala- däquanz die Stellung und der Inhalt der Dienstaufgaben des Amtsträgers, die Nähe zwischen den dienst- lichen Aufgaben und dem Anlass der Vorteilsgewährung sowie die abstrakte Möglichkeit der unlauteren Beeinflussung des Amtsträgers berücksichtigt. Das Vorliegen eines persönlichen Verhältnisses beein- flusst die Wertung wiederum nicht.

Als unbedenklich angesehen werden:

- Neujahrsgeschenke an Postboten oder Müllwerker,
- Aufmerksamkeiten aus Anlass von Dienstjubiläen und persönlichen Feiertagen,
- Trinkgelder oder Zuwendungen an die Kaffeekasse,
- im Einzelfall aber auch umfangreiche Bewirtungen von Vorstandsmitgliedern öffentlicher Spar- kassen durch kreditsuchende Kunden.

Als nicht mehr sozialadäquat gelten hingegen

- das Geben eines „Freibieres“ oder von Geldern in die Kaffeekasse von Amtsträgern mit Kontroll- aufgaben, wie etwa dem Zoll,
- Belohnungen für überobligatorische Dienstleistung bei nicht nur geringfügigem Umfang,
- Belohnungen, die keine konkrete Gefährdung darstellen können, wie Abschiedsgeschenke beim Ausscheiden aus dem Dienst,
- Zuwendungen, die den Lebenszuschnitt des Amtsträgers überschreiten, etwa bei Beherbergung und Reisen,
- Kostenintensive Freizeitaktivitäten, wie Jagdausflüge, Hochseefischen, Motorflüge,
- Werbegeschenke im Wert von mehr als € 30,00 ohne besonderen Anlass auch bei herausgeho- benen Dienstposten.

4.2.7 Möglichkeit der Genehmigung

Eine Strafbarkeit der Vorteilsgewährung und der Vorteilsannahme scheidet gemäß § 331 Abs.3 und § 333 Abs.3 StGB aus, wenn die zuständige Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse die Annahme des Vor- teils durch den Amtsträger vorher oder auf unverzügliche Anzeige des Amtsträgers nachträglich geneh- migt hat.

4.2.8 Vorsatz

Der Täter muss vorsätzlich gehandelt haben.

4.3 Bestechung und Bestechlichkeit von Amtsträgern

Die Tatbestände der Bestechlichkeit gemäß § 332 StGB und der Bestechung gemäß § 334 StGB sind sogenannte Qualifikationstatbestände der Vorteilsgewährung und der Vorteilsannahme. Dies bedeutet, dass die Voraussetzungen der Strafbarkeit im Wesentlichen gleich sind, lediglich bei der Bestechlichkeit und der Bestechung noch weitere Voraussetzungen hinzukommen. Lediglich diese zusätzlichen Voraussetzungen sollen nachfolgend erörtert werden:

4.3.1 Unrechtsvereinbarung

Im Gegensatz zu den Tatbeständen der Vorteilsgewährung und der Vorteilsnahme muss im Rahmen der Bestechung und der Bestechlichkeit der Vorteil für eine bestimmte Diensthandlung gewährt bzw. angenommen werden. Eine bestimmte Diensthandlung liegt nicht nur dann vor, wenn die in Rede stehende Diensthandlung des Amtsträgers in allen Einzelheiten festgelegt ist, sondern bereits, wenn diese nach ihrem sachlichen Gehalt zumindest in groben Umrissen erkennbar und festgelegt ist.

4.3.2 Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung

Die §§ 332, 334 StGB setzen voraus, dass die Diensthandlung pflichtwidrig ist. Dies ist der Fall, wenn sie gegen ein Ge- oder Verbot verstößt, das sich unmittelbar aus Rechtsnormen, Verwaltungsvorschriften, Dienstanweisungen oder dienstlichen Weisungen eines Vorgesetzten ergibt.

Bsp.: Rechtswidrige Erteilung einer Baugenehmigung

4.4 Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung

In § 335 StGB hat der Gesetzgeber die Regelung sogenannter besonders schwerer Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung vorgesehen, für die Bestechlichkeit und die Bestechung im geschäftlichen Verkehr ist dies in § 300 StGB geregelt. Die besonders schweren Fälle führen zu einer deutlichen Erhöhung der Strafraumen der Bestechung und der Bestechlichkeit.

4.4.1 Vorteil großen Ausmaßes

Sowohl in § 300, Nr.1 StGB als auch in § 335 Abs.2, Nr.1 StGB ist ein Vorteil großen Ausmaßes Anknüpfungspunkt für das jeweilige Regelbeispiel. Auf den Umfang der erstrebten oder gewährten Bevorzugung für den Vorteil kommt es dabei in beiden Fällen nicht an. Ein Vorteil großen Ausmaßes liegt vor, wenn der Wert des Erlangten den Durchschnittswert der erlangbaren Vorteile erheblich überschreitet. In Frage kommen, weil nur sie sich „ausmessen“ lassen, lediglich materielle Vorteile. Diesbezüglich kann nicht auf allgemeine Maßstäbe abgestellt werden, sondern muss das Merkmal tatbestandspezifisch ausgelegt werden.

Wann ein Vorteil großen Ausmaßes vorliegt, wird von Rechtsprechung und Literatur nicht einhellig beantwortet. Teilweise wird ein Vorteil in Höhe von € 5.000,00 als ausreichend erachtet. Anderenfalls werden Summen zwischen € 10.000,00 und € 25.000,00 als wertmäßige Untergrenze angesehen.

Eine Orientierung an der für den Subventionsbetrug nach § 264 StGB vielfach angenommenen Grenze von € 50.000 ist zur Bestimmung des „Vorteils großen Ausmaßes“ jedenfalls nicht sachgerecht, weil bereits der Gesetzgeber eine Strafbarkeit bei geringeren Beträgen angestrebt hat.

4.4.2 Fortgesetztes Annehmen von Vorteilen

§ 335 Abs. 2, Nr. 2 StGB stellt eine Strafverschärfung für Wiederholungstäter dar. Gemäß den Erläuterungen in dem Regierungsentwurf zu dieser Norm liegt ein fortgesetztes Annehmen dann vor, wenn der Täter „ständig“ Vorteile annimmt. Dementsprechend soll ein fortgesetztes Annehmen von Vorteilen frühestens nach dreimaliger Tatbegehung vorliegen.

4.4.3 Gewerbsmäßigkeit

Gewerbsmäßigkeit im Sinne von § 300 Nr. 2, 1. Alt. StGB, § 335 Abs. 2, Nr. 3, 1. Alt. StGB liegt vor, wenn der Täter in der Absicht gehandelt hat, sich durch wiederholte Tatbegehung eine Einnahmequelle nicht nur vorübergehender Art zu verschaffen.

4.4.4 Handeln als Bande

Eine Bande im Sinne von § 300 Nr. 2, 2. Alt. StGB, § 335 Abs. 2, Nr. 3, 2. Alt. StGB setzt einen Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus. Die Bande muss sich zur fortgesetzten Begehung verbunden haben, mithin können die Taten, im Gegensatz zu § 335 Abs. 2, Nr. 2 StGB, auch noch ungewiss in der Zukunft liegen.

5. Verantwortlichkeit im Unternehmen

5.1 Strafrechtliche Verantwortlichkeit

5.1.1 Täterverantwortlichkeit

Zunächst ist derjenige Täter, der die Tat selbst unmittelbar verwirklicht. Bsp.: Mitarbeiter X des Unternehmens Y bietet dem zuständigen Beamten eines Bauamtes Z die Zahlung von € 10.000,00 für die Erteilung einer rechtswidrigen Baugenehmigung an. X hat den Straftatbestand der Bestechung gemäß § 334 StGB unmittelbar selbst verwirklicht.

5.1.2 Geschäftsherrenhaftung und Haftung verantwortlicher Leistungsorgane

Daneben kommt eine Verantwortlichkeit von Entscheidungsträgern, welche Unternehmen leiten, in Betracht. Dies insbesondere, wenn sie als Verantwortungsträger auf der Ebene der Unternehmensleitung als Geschäftsführer bzw. als Mitglied eines Kollegialorgans Entscheidungen fällen, die zur Verwirklichung eines Straftatbestandes führen. Bsp.: Die Unternehmensleitung Y beschließt, den Mitarbeiter X anzuweisen, den zuständigen Beamten des Bauamtes Z zu bestechen.

5.1.3 Pflichtendelegation

Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit von Entscheidungsträgern eines Unternehmens kommt auch dann in Betracht, wenn ein in der Unternehmenshierarchie unterstehender Mitarbeiter eine Straftat begeht. Entscheidend für die Zurechnung des Fehlverhaltens des unmittelbar Handelnden ist, ob dies vorhersehbar war bzw. welche Vorkehrungen getroffen wurden, um die Tatbestandsverwirklichung zu verhindern. Der Rechtsprechung nach hat die Unternehmensleitung in diesem Zusammenhang eine Auswahl-, Instruktions-, Überwachungs- und Eingriffspflicht. Dementsprechend entfällt die strafrechtliche Verantwortlichkeit nur, wenn der Delegierte in Bezug auf Zuverlässigkeit und fachliche Kompetenz sorgfältig ausgewählt und für den erteilten Auftrag klar und lückenlos instruiert wurde. Zudem ist der Delegierte zu überwachen.

5.2 Kartellrechtliche Verantwortlichkeit

Die kartellrechtliche Verantwortlichkeit ist ähnlich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Unternehmen. Ein entscheidender Unterschied besteht allerdings zum EG-Kartellrecht, wonach nur Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen für Kartellrechtsverstöße verantwortlich gemacht werden können.

Im deutschen Kartellrecht sind dagegen primär die handelnden Personen verantwortlich, an deren Haftung sekundär die Verantwortlichkeit des Unternehmens anknüpft. Dementsprechend gelten die Ausführungen zu der strafrechtlichen Verantwortlichkeit auch für die kartellrechtliche Verantwortlichkeit.

Bezüglich der Pflichtendelegation sieht die Rechtsprechung auch die Notwendigkeit der regelmäßigen kartellrechtlichen Schulung, damit Zweifelsfälle selbständig beurteilt werden können oder die Erforderlichkeit, Rechtsrat einzuholen, erkannt wird.

Eine erhöhte Aufsichtspflicht wird für Branchen, die erfahrungsgemäß für Kartellrechtsverstöße anfällig sind, gesehen. Dies soll z. B. in der Bau- und Baustoffbranche der Fall sein.

6. Rechtsfolgen

6.1 Strafrechtliche Rechtsfolgen

Bei der Verurteilung wegen einer Korruptionsstraftat kommen Geld- und Freiheitsstrafen bis zu 5 Jahren in Betracht. In besonders schweren Fällen gemäß § 300 und § 335 StGB auch Freiheitsstrafen bis zu 10 Jahren.

Hinzu tritt auch § 17 Abs. 4 OWiG:

§ 17 Abs. 4 OWiG:

¹Die Geldbuße soll den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen.

²Reicht das gesetzliche Höchstmaß hierzu nicht aus, so kann es überschritten werden.

Dementsprechend kann der Gewinn, den der Straftäter erzielt und der dem Unternehmen zugute gekommen ist, in unbegrenzter Höhe abgeschöpft und als Geldbuße festgesetzt werden.

Rechtsfolge für das Unternehmen kann eine Verhängung von Bußgeldern über § 30 OWiG sein.

§ 30 OWiG: Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen

(1) *Hat jemand*

1. *als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,*
2. *als Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als Mitglied eines solchen Vorstandes,*
3. *als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft,*
4. *als Generalbevollmächtigter oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung oder*
5. *als sonstige Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung verantwortlich handelt, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört,*

eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen, durch die Pflichten, welche die juristische Person oder die Personenvereinigung treffen, verletzt worden sind oder die juristische Person oder die Personenvereinigung bereichert worden ist oder werden sollte, so kann gegen diese eine Geldbuße festgesetzt werden.

(2) ¹*Die Geldbuße beträgt*

1. *im Falle einer vorsätzlichen Straftat bis zu einer Million Euro,*
2. *im Falle einer fahrlässigen Straftat bis zu fünfhunderttausend Euro.*

²*Im Falle einer Ordnungswidrigkeit bestimmt sich das Höchstmaß der Geldbuße nach dem für die Ordnungswidrigkeit angedrohten Höchstmaß der Geldbuße. ³Satz 2 gilt auch im Falle einer Tat, die gleichzeitig Straftat und Ordnungswidrigkeit ist, wenn das für die Ordnungswidrigkeit angedrohte Höchstmaß der Geldbuße das Höchstmaß nach Satz 1 übersteigt.*

(3) § 17 Abs. 4 und § 18 gelten entsprechend.

(4) ¹*Wird wegen der Straftat oder Ordnungswidrigkeit ein Straf- oder Bußgeldverfahren nicht eingeleitet oder wird es eingestellt oder wird von Strafe abgesehen, so kann die Geldbuße selbständig festgesetzt werden. ²Durch Gesetz kann bestimmt werden, daß die Geldbuße auch in weiteren Fällen selbständig festgesetzt werden kann. ³Die selbständige Festsetzung einer Geldbuße gegen die juristische Person oder Personenvereinigung ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Straftat oder Ordnungswidrigkeit aus rechtlichen Gründen nicht verfolgt werden kann; § 33 Abs. 1 Satz 2 bleibt unberührt.*

(5) *Die Festsetzung einer Geldbuße gegen die juristische Person oder Personenvereinigung schließt es aus, gegen sie wegen derselben Tat den Verfall nach den §§ 73 oder 73a des Strafgesetzbuches oder nach § 29a anzuordnen.*

Sofern keine Geldbuße festgesetzt wurde, kommt § 30 Abs. 5 OWiG entsprechend auch die Anordnung des Verfalls gemäß §§ 73, 73 a StGB in Betracht.

§ 73 StGB: Voraussetzungen des Verfalls

(1) ¹*Ist eine rechtswidrige Tat begangen worden und hat der Täter oder Teilnehmer für die Tat oder aus ihr etwas erlangt, so ordnet das Gericht dessen Verfall an. ²Dies gilt nicht, soweit dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer den Wert des aus der Tat Erlangten entziehen würde.*

(2) ¹*Die Anordnung des Verfalls erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen. ²Sie kann sich auch auf die Gegenstände erstrecken, die der Täter oder Teilnehmer durch die Veräußerung eines erlangten Gegenstandes oder als Ersatz für dessen Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung oder auf Grund eines erlangten Rechts erworben hat.*

(3) *Hat der Täter oder Teilnehmer für einen anderen gehandelt und hat dadurch dieser etwas erlangt, so richtet sich die Anordnung des Verfalls nach den Absätzen 1 und 2 gegen ihn.*

(4) *Der Verfall eines Gegenstandes wird auch angeordnet, wenn er einem Dritten gehört oder zusteht, der ihn für die Tat oder sonst in Kenntnis der Tatumstände gewährt hat.*

§ 73a StGB: Verfall des Wertersatzes

¹Soweit der Verfall eines bestimmten Gegenstandes wegen der Beschaffenheit des Erlangten oder aus einem anderen Grunde nicht möglich ist oder von dem Verfall eines Ersatzgegenstandes nach § 73 Abs. 2 Satz 2 abgesehen wird, ordnet das Gericht den Verfall eines Geldbetrags an, der dem Wert des Erlangten entspricht. ²Eine solche Anordnung trifft das Gericht auch neben dem Verfall eines Gegenstandes, soweit dessen Wert hinter dem Wert des zunächst Erlangten zurückbleibt.

6.2 Kartellrechtliche Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen bei Kartellrechtsverstößen sind in erster Linie in § 81 Abs. 4 und Abs. 5 GWB geregelt:

§ 81 GWB: Bußgeldvorschriften

(4) ¹Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 1, des Absatzes 2 Nr. 1, 2 Buchstabe a und Nr. 5 und des Absatzes 3 mit einer **Geldbuße bis zu einer Million Euro** geahndet werden. ²**Gegen ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung kann über Satz 1 hinaus eine höhere Geldbuße verhängt werden; die Geldbuße darf 10 von Hundert des in der Behördenentscheidung vorausgegangenen Geschäftsjahres erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung nicht übersteigen.** ³Bei der Ermittlung des Gesamtumsatzes ist der weltweite Umsatz aller natürlichen und juristischen Personen zugrunde zu legen, die als wirtschaftliche Einheit operieren. ⁴Die Höhe des Gesamtumsatzes kann geschätzt werden. ⁵**In den übrigen Fällen kann die Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zu hunderttausend Euro geahndet werden.** ⁶Bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße ist sowohl die Schwere der Zuwiderhandlung als auch deren Dauer zu berücksichtigen.

(5) ¹Bei der Zumessung der Geldbuße findet **§ 17 Abs. 4 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten** mit der Maßgabe Anwendung, dass der wirtschaftliche Vorteil, der aus der Ordnungswidrigkeit gezogen wurde, durch die Geldbuße nach Absatz 4 abgeschöpft werden kann. ²Dient die Geldbuße allein der Ahndung, ist dies bei der Zumessung entsprechend zu berücksichtigen.

In Deutschland hat das Bundeskartellamt z. B. aufgrund obiger Vorschriften ein Starkstromkabelkartell mit einem Bußgeld in Höhe € 150 Mio. und ein Transportbetonkartell mit einem Bußgeld in Höhe von € 190 Mio. belegt!

6.3 Zivilrechtliche Rechtsfolgen

6.3.1 Nichtigkeit des Vergabevertrages

Ein im Nachgang von Korruptionshandlungen geschlossener Vergabevertrag ist unter Umständen nichtig, wenn dieser für den Auftraggeber nachteilig ist, z. B. aufgrund einer ungünstigen Preisgestaltung.

6.3.2 Kündigungsrecht des Auftraggebers

Sofern ein Vertrag nicht bereits nichtig ist, hat ein Auftraggeber ggf. ein Kündigungsrecht. In Betracht kommen Kündigungsrechte aus § 8 Nr. 4 VOB/B, § 314 BGB bei Dauerschuldverhältnissen sowie § 324 BGB.

6.3.3 Schadensersatzansprüche

Dem Auftraggeber stehen in der Regel Schadensersatzansprüche gegen den korrupten Bieter zu. In Betracht kommen solche aus § 311 Abs. 2 BGB, § 823 Abs. 2 in Verbindung mit verletzten strafrechtlichen oder wettbewerbsrechtlichen Normen sowie aus § 826 BGB.

Ersatzfähig sind z. B. Mehraufwendungen, die auf Korruptionshandlungen zurückgeführt werden können, mithin insbesondere der um den Betrag einer Schmiergeldzahlung überhöhte Anteil der gezahlten Vergütung.

6.4 Vergaberechtliche Rechtsfolgen

6.4.1 Angebotsausschlüsse

Während eines laufenden Vergabeverfahrens hat ein Auftraggeber unter Umständen ein Recht, das Angebot eines Bieters aufgrund korruptiver Handlungen ausschließen.

Bei nationalen Vergaben sind die §§ 8 Nr. 5 Abs. 1 c VOB/A, 7 Nr. 5 c VOL/A einschlägig. Danach können Bewerber von der Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen werden, die nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt.

Verfehlung: Verfehlungen im Sinne obiger Vorschriften kommen in erster Linie Straftaten und Verstöße gegen das GWB in Betracht.

Schwer ist die Verfehlung bei schuldhafter Begehung.

Nachweislich bedeutet, dass Gerüchte über korruptive Handlungen eines Bieters nicht ausreichend sind.

Zuverlässigkeit für die Zukunft in Frage gestellt: Die Zuverlässigkeit für die Zukunft kann von einem Bieter z.B. durch „Selbstreinigung“ wiederhergestellt werden.

Bei europaweiten Vergaben und bei Vergaben im Sektorenbereich ist zudem § 21 Sektoren-Verordnung einschlägig.

§ 8 a VOB/A: Teilnehmer am Wettbewerb:

(1) Ein Unternehmen ist von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren wegen Unzuverlässigkeit auszuschließen, wenn der Auftraggeber Kenntnis davon hat, dass eine Person, deren Verhalten dem Unternehmen zuzurechnen ist, rechtskräftig wegen Verstoßes gegen eine der folgenden Vorschriften verurteilt worden ist:

- a) § 129 des Strafgesetzbuches (Bildung krimineller Vereinigungen), § 129a des Strafgesetzbuches (Bildung terroristischer Vereinigungen), § 129b des Strafgesetzbuches (kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland),
- b) § 261 des Strafgesetzbuches (Geldwäsche, Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte),
- c) § 263 des Strafgesetzbuches (Betrug), soweit sich die Straftat gegen den Haushalt der EG oder gegen Haushalte richtet, die von der EG oder in ihrem Auftrag verwaltet werden,
- d) § 264 des Strafgesetzbuches (Subventionsbetrug), soweit sich die Straftat gegen den Haushalt der EG oder gegen Haushalte richtet, die von der EG oder in ihrem Auftrag verwaltet werden,
- e) § 334 des Strafgesetzbuches (Bestechung), auch in Verbindung mit Artikel 2 des EU-Bestechungsgesetzes, Artikel 2 § 1 des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung, Artikel 7 Abs. 2 Nr. 10 des Vierten Strafrechtsänderungsgesetzes und § 2 des Gesetzes über das Ruhen der Verfolgungsverjährung und die Gleichstellung der Richter und Bediensteten des Internationalen Strafgerichtshofes,
- f) Artikel 2 § 2 des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung (Bestechung ausländischer Abgeordneter im Zusammenhang mit internationalem Geschäftsverkehr),
- g) § 370 der Abgabenordnung, auch in Verbindung mit § 12 des Gesetzes zur Durchführung der gemeinsamen Marktorganisationen und der Direktzahlungen (MOG), soweit sich die Straftat gegen den Haushalt der EG oder gegen Haushalte richtet, die von der EG oder in ihrem Auftrag verwaltet werden.

Einem Verstoß gegen diese Vorschriften gleichgesetzt sind Verstöße gegen entsprechende Strafnormen anderer Staaten. Ein Verhalten ist einem Unternehmen zuzurechnen, wenn eine für dieses Unternehmen für die Führung der Geschäfte verantwortlich handelnde Person selbst gehandelt hat oder ein Aufsichts- oder Organisationsverschulden gemäß § 130 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) dieser Person im Hinblick auf das Verhalten einer anderen für den Bewerber handelnden Person vorliegt.

(2) Als Nachweis, dass die Kenntnis nach Absatz 1 unrichtig ist, akzeptiert der Auftraggeber eine Urkunde einer zuständigen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunftslandes. Wenn eine Urkunde oder Bescheinigung vom Herkunftsland nicht ausgestellt ist oder nicht vollständig alle vorgesehenen Fälle erwähnt, kann dies durch eine eidesstattliche Erklärung oder eine förmliche Erklärung vor einer zuständigen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde, einem Notar oder einer dafür qualifizierten Berufsorganisation des Herkunftslandes ersetzt werden.

(3) Von einem Ausschluss nach Absatz 1 kann nur abgesehen werden, wenn zwingende Gründe des Allgemeininteresses vorliegen und andere die Leistung nicht angemessen erbringen können oder wenn aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls der Verstoß die Zuverlässigkeit des Unternehmens nicht in Frage stellt.

Die §§ 8 b VOB/A, 7 a, 7a Nr. 2, 7 b VOL/A sind identisch.

Im Gegensatz zu den §§ 8 Nr. 5 Abs. 1 c VOB/A, 7 Nr. 5 c VOL/A bei der nationalen Vergabe sehen die §§ 8 a, 8 b VOB/A, 7 a, 7a Nr. 2, 7 b VOL/A zwingend einen Ausschluss vor, sofern keine Ausnahme gemäß Abs. 3 der jeweiligen Vorschrift vorliegt.

6.4.2 Vergabesperren

Zudem kann ein Auftraggeber korruptionsverdächtige Unternehmen durch Vergabesperren dauerhaft von öffentlichen Vergabeverfahren ausschließen.

In Betracht kommen einfache Vergabesperren und koordinierte Vergabesperren. Eine einfache Vergabesperre liegt vor, wenn die Sperre lediglich durch einen Auftraggeber ausgesprochen wird, eine koordinierte Vergabesperre ist dagegen gegeben, wenn diese durch mehrere Auftraggeber ausgesprochen wird. Vergabesperren sind europarechtlich nicht geregelt. In Deutschland gibt es auch kein diesbezügliches Bundesgesetz.

Vergabesperren sind aber in einigen Bundesländern entweder durch Gesetze oder durch Erlasse und Richtlinien geregelt.

6.4.3 Eintrag in Landesvergaberegister

In einigen Bundesländern gibt es Vergaberegister, die Eintragungen wegen Korruptionshandlungen vorsehen. Diese dienen als sog. Informationspool für Auftraggeber und sollen die Zuverlässigkeitsprüfung im Einzelfall erleichtern. Ein automatischer Bieterausschluss ist mit einer Eintragung in ein Register nicht verbunden.

7. Risiko-Vermeidungsstrategien

Der erste Schritt neben der Schaffung einer verbindlichen Rahmenregelung für Korruptionsbekämpfung im Unternehmen sollte stets die regelmäßige Durchführung einer Risiko- oder Schwachstellenanalyse in den besonders korruptionsgefährdeten Arbeitsgebieten sein.

Innerhalb der Präventionsmaßnahmen ist eine Untergliederung in organisations- und personenbezogene Maßnahmen sinnvoll. Im Einzelnen können folgende Handlungsempfehlungen gegeben werden:

- Schriftliche Verhaltensregeln
- Einführung von Antikorruptionsstellen als Anlaufstelle für Hinweise
- Mitarbeiterschulungen
- Unterrichtung der Beschäftigten über die bestehenden einschlägigen Regelungen, z.B. Verfahren bei der Annahme von Vorteilen und Geschenken, Umgang mit Einladungen. Hinweis auf die bei Verstößen zu erwartenden Sanktionen des Arbeitgebers.
- Aufklärung der Mitarbeiter über Korruptionshandlungen und deren Rechtsfolgen durch Rundschreiben und Aufklärungsveranstaltungen.
- Regelmäßiges Ansprechen der Thematik zur Aufrechterhaltung des Problembewusstseins
- Überprüfung der Einhaltung der Verhaltensregeln

Hinweis

Dieser Kaufmännische Brief wurde durch den Betriebswirtschaftlichen Ausschuss der BFA Wärme-, Kälte-, Schall- und Brandschutz im Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. erstellt.

Er stellt eine pauschale und vereinfachte Sachverhaltsschilderung dar, die keine juristische Einzelberatung ersetzt.

Bestellformular

KAUFMÄNNISCHE BRIEFE

der BFA Wärme-, Kälte-, Schall- und Brandschutz
im Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.
10898 Berlin



**DIE DEUTSCHE
BAUINDUSTRIE**

BUNDESFACHABTEILUNG
Wärme-, Kälte-, Schall- und Brandschutz

Fax: 0 30 / 2 12 86-2 50

E-Mail: bfa.wksb@bauindustrie.de

Das Bestellformular mit allen aktuellen Ausgaben technischer und kaufmännischer Briefe der BFA WKSB ist im Internet abrufbar unter www.bauindustrie.de/wksb

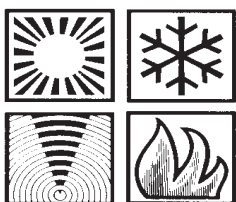
.....	[Stück] Nr. 1 "Grundlagen der Kalkulation" (Erstausgabe, Juni 1995)
.....	[Stück] Nr. 2 "Sicherung der Liquidität" (3. überarbeitete Auflage, September 2005)
.....	[Stück] Nr. 3 "Finanzierungs- / Zahlungsbedingungen und Risiken im In- und Auslandsgeschäft" (2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Dezember 2006)
.....	[Stück] Nr. 4 "Tarifverträge in der Bauwirtschaft – ihre Wirkung für Isolierbetriebe" (2. überarbeitete Auflage, Mai 2006)
.....	[Stück] Nr. 5 "Behörden auf der Baustelle" (4. überarbeitete und erweiterte Auflage, Januar 2010)
.....	[Stück] Nr. 10 "Gesetzeskonformes Verhalten und Korruptionsprävention bei Auftragsvergaben Behörden auf der Baustelle" (Erstausgabe, Februar 2010)

Hiermit bestellen wir verbindlich die oben angegebene Anzahl Kaufmännischer Briefe, zahlbar mit Rechnungsstellung unmittelbar nach Auslieferung. Schutzgebühr jeweils 10,00 € / Stück zzgl. Versand und Mehrwertsteuer. (Für **Mitglieder der Bundesfachabteilung Wärme-, Kälte-, Schall- und Brandschutz** gilt eine ermäßigte Schutzgebühr in Höhe von 8,00 € / Exemplar - ab Bestellmengen größer 200 Stück einer Ausgabe 6,00 € / Exemplar - zzgl. Versand und Mehrwertsteuer).

Bitte geben Sie Ihre Rechnungs- und Lieferanschrift an:

Datum, Unterzeichner (Blockbuchstaben), Unterschrift

zu beziehen über:
to be ordered:



Bundesfachabteilung
Wärme-, Kälte-, Schall- und Brandschutz
im Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.
Kurfürstenstraße 129
D-10785 BERLIN
Tel. 0049 30/21286-0
Fax: 0049 30/21286-250
E-Mail: bfa.wksb@bauindustrie.de

Februar 2010, 1. Auflage; February 2010, 1st edition