Korrespondenz

https://doi.org/10.33196/jbl202408054801

Univ.-Ass. Dr. **Raphaela Bauer-Raschhofer**, LL.M. / Univ.-Prof. Dr. **Robert Kert**, Wien

„Vergabeverfahren" iS des § 168b StGB – Korrespondenz zu OGH 11 Os 112/23i*)

A. Problemaufriss

In der Entscheidung 11 Os 112/23i setzt sich der OGH erstmals mit dem Anwendungsbereich des § 168b StGB, konkreter mit der Auslegung des Wortes „Vergabeverfahren", auseinander. Anlässlich einer von der Generalprokuratur erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes gegen eine Entscheidung des OLG Wien spricht der OGH entgegen der bisher nahezu übereinstimmenden hM in der Literatur[1]) aus, dass unter einem Vergabeverfahren iS des § 168b StGB auch ein Verfahren zu verstehen sei, das durch private Auftraggeber außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs des BVergG durchgeführt wird.[2]) Diese Annahme wird auf den weiten Wortlaut des Tatbestandes gestützt, der eine Eingrenzung auf dem BVergG unterliegende Vergabeverfahren nicht vorsehe. Es werde durch den Wortlaut des Tatbestandes nicht zwischen öffentlichen und privaten „Auftraggebern" unterschieden. Es erscheint aber fraglich, ob eine reine Wortlautinterpretation im Hinblick auf die gesetzgeberischen Absichten und den Schutzzweck der Norm nicht wesentliche Aspekte außer Betracht lässt und deshalb zu kurz gegriffen ist.

Ausgangspunkt für die Entscheidung sind Vorwürfe gegen mehrere Unternehmen aus der Baubranche hinsichtlich wettbewerbsbeschränkender Absprachen. Diese Absprachen sollen Vergabeverfahren zugunsten eines bestimmten Unternehmens beeinflusst haben, in denen jene Unternehmen, die den Zuschlag nicht erhalten sollten, gegen Ausgleichszahlungen kein oder ein höheres Angebot gelegt haben sollen. Gegen diese Unternehmen wird ein Ermittlungsverfahren wegen §§ 146, 147 Abs 3, § 168b Abs 1 StGB geführt. Auftraggeber waren nicht nur öffentliche Gebietskörperschaften, sondern auch private Gesellschaften. In der Entscheidung über die Beschwerden gegen die gerichtliche Bewilligung einer Durchsuchung von Wohn- und Büroräumlichkeiten setzte sich das OLG Wien im Zusammenhang mit der Vergabe durch eine private Gesellschaft mit der Anwendung des § 168b StGB auf Vergabevorgänge durch Private auseinander. Anders als in früheren Entscheidungen[3]) ging das OLG Wien davon aus, dass eine Anwendung des § 168b StGB „auf von Privaten durchgeführte Vergaben [...] mit dem Wortlaut des Gesetzes kaum vereinbar" sei.[4]) Die Generalprokuratur erhob gegen diese Entscheidung gemäß § 23 StPO eine Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes. In dieser führt die Generalprokuratur aus, dass der Beschluss des OLG Wien das Gesetz in der Annahme verletze, die inkriminierten Tathandlungen seien mangels eines zugrundeliegenden Vergabeverfahrens nach dem BVergG nicht unter § 168b StGB zu subsumieren.

Die Wahrungsbeschwerde wurde vom OGH mit der Begründung verworfen, dass die Generalprokuratur eine Rechtsverletzung durch den Beschluss des OLG Wien

*) Die Entscheidung ist abgedruckt in *diesem* Heft der JBl 2024, 544.

[1]) *Birklbauer/Lehmkuhl/Tipold*, Strafrecht Besonderer Teil I[6] (2022) §§ 146 ff Rz 119; *Flora* in Leukauf/Steininger, StGB[4] (2017) § 168b Rz 4; *Fuchs/Schröder* in Kert/Kodek, HB Wirtschaftsstrafrecht[2] (2021) Rz 14.35 f; *Madl* in Glaser, HB Vermögensrechte (2023) Rz 21/11 ff; *Zeder* in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB (2003) § 168b Rz 63 ff.

[2]) In diesem Sinne schon früher *Kirchbacher/Ifsits* in Höpfel/Ratz, WK StGB[2] (2022) § 168b Rz 13.

[3]) OLG Wien 03.03.2008, 19 Bs 346/07g; 20.03.2009, 23 Bs 177/08k.

[4]) OLG Wien 08.05.2023, 17 Bs 167/22v, 167/22s.

© Verlag Österreich 2024

darin gesehen habe, dass das zugrundliegende Vergabeverfahren nicht unter das BVergG falle, diese Rechtsmeinung vom OLG Wien aber gar nicht geäußert worden sei. Der OGH trennt damit streng zwischen zwei Fragestellungen: nämlich jener, ob der sachliche Geltungsbereich des § 168b StGB auf Verfahren nach dem BVergG beschränkt ist, und jener, ob das Vergabeverfahren von einem privaten Auftraggeber durchgeführt wird. Diese Fragestellungen seien zu trennen, denn auch Private könnten nämlich uU unter das BVergG fallen und öffentliche Auftraggeber könnten uU aus dem Geltungsbereich des BVergG ausscheiden. Dass somit ein Vergabeverfahren nach dem BVergG vorliegen müsse, sei vom OLG Wien gar nicht behauptet worden.

Bei der Entscheidung des 11. Senats des OGH fällt zunächst auf, dass er die Wahrungsbeschwerde der Generalprokuratur aufgrund der vom Beschwerdegericht abweichenden Formulierung als unbegründet auffasst und verwirft, daraufhin in den folgenden Absätzen aber seine Ansicht zur Auslegung des Wortes „Vergabeverfahren" in § 168b StGB „hinzufügt", wie er ausdrücklich betont. Dies, obwohl der OGH bei seiner Entscheidung über die Wahrungsbeschwerde auf jene Gesetzesverletzungen beschränkt ist, die von der Generalprokuratur releviert wurden.[5]) Durch diese Hinzufügung legt der OGH trotz der Verwerfung der Wahrungsbeschwerde seine für die zukünftige Anwendung des § 168b StGB richtungsweisende Ansicht dar und hat damit genau jene Frage beantwortet, die die Generalprokuratur mit ihrer Wahrungsbeschwerde aufgeworfen hat. Aus dem Kontext war offenkundig, dass es sowohl in der Entscheidung des OLG Wien als auch in der Wahrungsbeschwerde der Generalprokuratur um die Frage ging, ob ein Vergabeverfahren iS des § 168b StGB in den sachlichen Anwendungsbereich des BVergG fallen muss. Damit geht die im vorliegenden Sachverhalt relevante Frage einher, ob die Ausschreibung durch eine private Gesellschaft von § 168b StGB erfasst wird, weshalb sich das Beschwerdegericht mit den in der Literatur bestehenden divergierenden Meinungen hinsichtlich des Anwendungsbereichs des § 168b StGB auseinandergesetzt und in die Überlegungen mehrfach das BVergG miteinbezogen hat. Es ist fraglich, ob es für den OGH nicht andere Wege gegeben hätte, diese Entscheidung zu treffen.

B. Der Begriff „Vergabeverfahren"

I. Wortlaut

§ 168b StGB sanktioniert auf einer rechtswidrigen Absprache zwischen Bietern beruhende Tathandlungen „bei einem Vergabeverfahren". Nach Ansicht des 11. Senats fallen darunter auch „Vergabeverfahren", die private „Auftraggeber" außerhalb des sachlichen Geltungsbereichs des BVergG durchführen. Der Wortlaut des § 168b StGB soll damit weder überschritten sein, wenn der Tatbestand auf Vergabeverfahren außerhalb des BVergG noch wenn er auf private Auftraggeber angewendet wird. Für diese Ansicht spricht auf den ersten Blick, dass in § 168b StGB nicht näher definiert ist, was unter einem „Vergabeverfahren" zu verstehen ist. Der Wortlaut lässt es offen, welche Arten der Vergabe von Aufträgen in den Schutzbereich des § 168b StGB fallen. Dennoch ging die überwiegende Meinung in der Literatur bisher davon aus, dass nur Verfahren nach dem BVergG oder ähnlichen gesetzlichen Regelungen in den Anwendungsbereich des § 168b StGB fallen, während frei ausgestaltbare Verfahren ohne solche Regelungsregime nicht erfasst sind.

Der OGH betont, dass es einen Unterschied mache, ob auf den sachlichen Geltungsbereich des BVergG oder auf die Privatheit des Auftraggebers abgestellt wird. Ihm ist insofern zuzustimmen, dass die Frage, ob nur Vergabeverfahren nach dem BVergG unter § 168b StGB fallen, und jene, ob auch private Auftragsvergaben erfasst sind, nicht völlig deckungsgleich sind. Denn auch private Rechtsträger können unter das BVergG fallen, wenn sie aufgrund ihrer Tätigkeit in bestimmten Bereichen dem öffentlichen Vergaberecht unterworfen sind (Sektorenauftraggeber gemäß § 2 Z 4 BVergG). Stellt man sich also die Frage, wer und was unter § 168b StGB fällt, so ist maßgebliches Kriterium, ob der Geltungsbereich davon abhängt, ob vergabegesetzliche Regelungen (insbesondere des BVergG) auf das Verfahren anwendbar sind, oder Auftragsvergaben unabhängig davon darunter fallen.

Jene, die die Subsumtion privater Vergabeverfahren unter § 168b StGB bejahen, verweisen auf fehlende Anhaltspunkte in der Strafbestimmung bzw in den Gesetzesmaterialien dahingehend, dass § 168b StGB nur auf Vergabeverfahren nach dem BVergG anwendbar sein soll. Auch der OGH verweist auf die neutrale Tatbestandsformulierung und sieht die Wortlautgrenze nicht als überschritten an, wenn Vergabeverfahren privater Auftraggeber, die nicht unter das BVergG fallen, unter „Vergabeverfahren" iS des § 168b StGB subsumiert werden.

Betrachtet man den Wortlaut des § 168b StGB, so fehlt dort tatsächlich ein expliziter Verweis auf vergaberechtliche Bestimmungen, sehr wohl wird aber auf „ein Vergabeverfahren" abgestellt. Der OGH spricht davon, dass der Begriff „Verfahren" nicht nur ein an formalrechtliche Regeln gebundenes Procedere, „sondern – in einem weiteren Verständnis – auch sonst eine Vorgangsweise bezeichnen kann". Damit wird jedoch der Begriff des Wortes „Verfahren" in einer Weise verallgemeinert, die dem StGB fremd ist. Denn mit „Verfahren" wird dort sehr wohl ein gewisser formalisierter Vorgang bezeichnet; das StGB verwendet diesen Begriff durchwegs im Zusammenhang mit gerichtlichen und behördlichen Verfahren.[6])

Selbst wenn man den Begriff „Verfahren" als „Vorgangsweise" verstehen würde, vernachlässigt der 11. Senat völlig, dass § 168b StGB nicht bloß von „Verfahren", sondern von „Vergabeverfahren" spricht, was bereits im Titel des Tatbestandes betont wird (der OGH setzt den Begriff „Vergabe" zunächst in Klammer und lässt ihn dann ganz weg). Geht man – wie der OGH in der vorliegenden Entscheidung – so stark vom Wortlaut einzelner Begriffe im Gesetz aus, so ist der gesamte Begriff des „Vergabeverfahrens" der Auslegung zugrunde zu legen. Dieser Begriff hat keine „alltägliche Wortbedeutung", sondern ist dem BVergG entnommen, dessen Regelungsgegenstand „Vergabeverfahren" sind (§ 1 BVergG). Die Wahl dieses Begriffs erfolgte bewusst in Bezugnahme auf das BVergG.[7]) Zwar sind gemäß § 9 BVergG bestimmte Vergabeverfahren vom Geltungsbereich ausgenommen; aber auch bei diesen handelt es sich durchwegs um formalisierte Verfahren meist öffentlicher Auftraggeber, die durch andere Gesetze geregelt sind.

II. Gesetzesmaterialien

Dass der Gesetzgeber nicht jede beliebige „Vorgangsweise", sondern ein zumindest an das BVergG angelehntes Verfahren im Auge hatte, zeigt auch der Umstand, dass die von § 168b StGB erfassten Tathandlungen genau jenen des BVergG entsprechen. Mit den in § 168b StGB verwendeten Begrifflichkeiten Teilnahmeantrag, Angebot und Verhandlungen werden Verfahrensschritte definiert, die typischerweise in verschiedenen dem BVergG unterliegenden Vergabeverfahren (siehe § 31 BVergG)

[5]) *Nimmervoll*, Das Strafverfahren² (2017) Rz 447; RIS-Justiz RS0120219.

[6]) *Brugger*, Kartellstrafrecht: Keine Ausdehnung des § 168b StGB über das Bundesvergabegesetz hinaus, wbl 2015, 366 (368 f).

[7]) *Zeder* in SbgK StGB § 168b Rz 69; ErlRV 1005 BlgNR XXI. GP 34.

© Verlag Österreich 2024

vorkommen.[8]) Der Gesetzgeber hat sich somit bei der Formulierung des § 168b StGB eindeutig am BVergG orientiert. Selbst *Kirchbacher/Ifsits*, die seit jeher eine weite Wortlautauslegung vertreten, anerkennen, dass die Strafnorm auf das BVergG zugeschnitten ist und erläutern zudem in weiterer Folge die Begrifflichkeiten des § 168b StGB mit durchgehenden Verweisen auf das BVergG.[9]) Anders als der OGH ausführt, kann daher nicht von einer neutralen Tatbestandsformulierung ausgegangen werden. Auch die Gesetzesmaterialien weisen ausdrücklich darauf hin, dass der Tatbestand „terminologisch, stärker mit dem österreichischen Vergaberecht akkordiert" ist.[10]) Es wird daher sehr wohl konkret auf das bereits existente Vergaberecht Bezug genommen.[11]) Zudem soll § 168b StGB „grundsätzlich auf jedwede Vergabe von Liefer-, Bau-, Baukonzessions- und Dienstleistungsaufträgen anwendbar sein, sei es, dass die (iSd Tatbestands manipulierte) Vergabe im Wege eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens oder eines Verhandlungsverfahrens, im Wege eines Wettbewerbes oder ohne einen solchen durchgeführt wird".[12]) Auch damit wird auf das Vergaberecht abgestellt, da es sich bei Liefer-, Bau-, und Dienstleistungsaufträgen genau um jene Leistungen handelt, deren Vergabe im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach dem BVergG zu erfolgen hat (siehe § 1 Z 1, 2 BVergG).[13])

Diese sowohl im Gesetzestext als auch in den Gesetzesmaterialien verwendeten Begrifflichkeiten lassen sich nur schwer auf private Auftragsvergaben außerhalb des BVergG anwenden.[14]) Solche finden nämlich weder nach einem streng formalisierten Regelungswerk statt noch ist der private Auftraggeber bei seiner Entscheidung an Regeln gebunden. Auf welche Weise Private Angebote für eine zu erbringende Leistung einholen, folgt keinen vorgegebenen Regeln und bleibt ihnen überlassen. Sie können den Auftrag daher nach Belieben vergeben und sind auch nicht verpflichtet, den Best- oder Billigstbieter zu beauftragen. Sie können daher auch ein weniger günstiges Angebot annehmen, weil ihnen beispielsweise der Anbieter sympathischer ist. Im Rahmen ihrer Privatautonomie trifft sie somit in keiner Weise ein Kontrahierungszwang. Anders als in Vergabeverfahren nach dem BVergG hat der unterlegene Anbieter auch keine Möglichkeit, gegen die Zuschlagsentscheidung Privater vorzugehen. Damit ist aber eine private Einholung von Angeboten nicht vergleichbar mit einem gesetzlich geregelten, formalisierten Verfahren wie jenem nach dem BVergG und anderen Vergabegesetzen.

III. „Privates Vergabeverfahren"

Es ist auch fraglich, was überhaupt unter einem „Vergabeverfahren eines privaten Auftraggebers" zu verstehen ist und wie sich dieses von einer lediglich üblichen Geschäftsmethode zur Auftragserteilung abgrenzt.[15]) Liegt ein „privates Vergabeverfahren" vor, wenn ein privater Auftraggeber drei Angebote zum Preisvergleich einholt? Oder muss der private Auftraggeber eine Ausschreibung erstellen und explizit die Unternehmen zur Angebotslegung auffordern? Ist es für die Einordnung als privates Vergabeverfahren notwendig, dass der Auftraggeber förmliche Regeln konzipiert, nach denen er bei der Auftragserteilung vorgeht? Der Entscheidung des OGH sind keine Einschränkungen in der Anwendbarkeit auf private Vergabeverfahren zu entnehmen.

Voraussetzung für die Annahme eines „privaten Vergabeverfahrens" müsste sein, dass auch dieses einem gewissen formalen Ablauf folgt. Andernfalls wäre der Wortlaut „Verfahren", worunter nach allgemeinem Sprachgebrauch ein gewisser Prozess und eine konkrete Art und Weise der Durchführung zu verstehen ist, nicht gerechtfertigt. Jedoch würde die Einbeziehung von solchen Vergabeverfahren schwierige Abgrenzungsfragen zwischen diesen und üblichen Preisanfragen und Geschäftsabwicklungen herbeiführen. Eine strafrechtliche Grenzziehung wäre in diesem Bereich daher nicht nur schwer durchführbar, sondern auch nicht sachgerecht. Denn Zweck eines Vergabeverfahrens nach dem BVergG ist es, einen sogenannten „Parallelwettbewerb" zwischen den Bietern zu erzeugen, um im Hinblick auf den Staat als Auftraggeber Effizienz- und Gleichbehandlungsaspekte zu sichern. Auch wenn der Staat als öffentlicher Auftraggeber bei der Beschaffung von Leistungen mit den Mitteln des Privatrechts agiert, kann er mit einem privaten Marktteilnehmer dennoch nicht gleichgesetzt werden. Die Existenz des Staates ist nämlich von seinem wirtschaftlichen Handeln unabhängig, wohingegen Private nicht am Markt überleben (können), wenn sie nicht effizient und gewinnorientiert agieren. Es besteht daher bei staatlichen Aufträgen ein höheres Risiko von unsachlichen oder beeinflussten Entscheidungen. Der durch das Vergabeverfahren „organisierte Parallelwettbewerb der Bieter"[16]) stellt sicher, dass der Staat mit öffentlichen Geldern nach den Prinzipien der Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit umgeht und die Entscheidung aufgrund eines strikt vorgegebenen Vergabeprozesses nach sachlichen Kriterien getroffen wird.[17]) Bei privaten Auftraggebern außerhalb des Anwendungsbereichs des BVergG existiert dieser Wettbewerb aufgrund der freien Marktwirtschaft ohnehin und reguliert sich daher der Preis aufgrund von Angebot und Nachfrage auf diese Weise „von selbst". Vergabeverfahren privater Auftraggeber außerhalb des BVergG sind daher auf den Schutz durch § 168b StGB nicht angewiesen. Sehr wohl fallen solche Absprachen aber unter den Geldbußentatbestand des KartG.[18])

C. Rechtsvergleichender Blick auf die deutsche Strafbestimmung

Blickt man auf die vergleichbare deutsche Strafbestimmung des § 298 dStGB, so wird für diese ein breiterer Anwendungsbereich vertreten. Sofern das Vergabeverfahren ähnlichen Regelungen wie jenen von öffentlichen Auftraggebern folge, ist der Tatbestand auch auf „private Veranstalter" anzuwenden.[19]) Vergleicht man jedoch den Gesetzeswortlaut des § 298 dStGB mit jenem des § 168b StGB, so ist dieser – wie auch das OLG Wien hervorhebt – neutral formuliert, indem generell auf eine „Ausschreibung über Waren oder gewerbliche Leistungen" abgestellt wird, wohingegen in Österreich explizit der Wortlaut „bei einem Vergabeverfahren" verwendet wird. Und obwohl die deutsche Bestimmung nicht einmal von einem „Verfahren" spricht, ist der Tatbestand auf Vergaben nur anwendbar, wenn diese ähnlich zu jenen eines öffentlichen Vergabeverfahrens ausgestaltet sind. Teilweise wird dazu sogar vertreten, dass der private Auftraggeber verpflichtet sein muss, den Zuschlag an das wirtschaftlichste

[8]) *Sagmeister*, Preisabsprachen (2018) 57 f.
[9]) *Kirchbacher/Ifsits* in WK StGB² § 168b Rz 13.
[10]) ErlRV 1005 BlgNR XXI. GP 34.
[11]) *Brugger*, wbl 2015, 367.
[12]) ErlRV 1005 BlgNr XXI. GP 34.
[13]) *Sagmeister*, Preisabsprachen 58.
[14]) *Zeder* in SbgK StGB § 168b Rz 69.
[15]) *Brugger*, wbl 2015, 369; *Leitner/Stenitzer* in Wess, Wirtschaftsstrafrecht² (2023) § 168b Rz 13 ff.
[16]) *Aicher*, Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Aspekte der Vergabe öffentlicher Aufträge (1981) 8.
[17]) *Holoubek/Fuchs/Holzinger/Ziniel*, Vergaberecht⁶ (2022) 10 ff, 16; *Fuchs/Schröder* in Kert/Kodek, HB Wirtschaftsstrafrecht² Rz 14.6.
[18]) *Fellmann/Moro*, Die Strafbarkeit wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei (nicht) dem Bundesvergabegesetz unterliegenden Vergabeverfahren, ZWF 2020, 252 (257), die zudem ausführen, dass der Wettbewerb bei öffentlichen Vergabeverfahren schutzwürdiger ist.
[19]) *Hohmann* in Erb/Schäfer, MünchKomm StGB⁴ (2022) § 298 Rz 45; *Dannecker/Schröder* in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB⁶ (2023) § 298 Rz 56.

© Verlag Österreich 2024

Angebot zu erteilen.[20]) Die deutsche Regelung verlangt somit – trotz des offeneren Wortlauts – weitaus strengere Anforderungen als der OGH zur österreichischen Rechtslage nun ausgesprochen hat.

D. Das geschützte Rechtsgut des § 168b StGB

Auch ein Blick auf das geschützte Rechtsgut spricht gegen das Verständnis des OGH. Der Schutzzweck des § 168b StGB ist nach hM der Wettbewerb im Vergabeverfahren, nicht aber der Wettbewerb als Gesamtes.[21]) Für diese Einschränkung spricht auch eine historische Betrachtung der Entwicklung des Tatbestandes. Ziel des WettbG 2002 war eine weitgehende Entkriminalisierung des Wettbewerbsrechts.[22]) Ein Großteil der früher von Kriminalstraftatbeständen erfassten Handlungen, welche Wettbewerbsverstöße darstellen, wird seither im Rahmen des Kartellgeldbußenrechts sanktioniert. Allein für Submissionsabsprachen wurde ein Strafbedürfnis und eine Strafwürdigkeit iS der Notwendigkeit eines gerichtlichen Kriminalstraftatbestandes gesehen.[23]) Dies bedeutet, dass der allgemeine Schutz des Wettbewerbs (allein) durch das Kartellgeldbußenrecht des Wettbewerbsrechts erfolgen soll.

Auftragsvergaben Privater unterscheiden sich auch nicht entscheidend von anderen Angeboten, mit denen Private tagtäglich konfrontiert sind. Auch Lebensmittelhändler, Baumärkte oder Gastronomiebetriebe können sich absprechen und Privaten (ungünstige) Angebote legen, welche letztere vergleichen. Dennoch kommt hier gerade nicht das Kriminalstrafrecht zum Einsatz, sondern wird der Wettbewerb durch das Kartellgeldbußenrecht geschützt. Der Gesetzgeber hat sich 2002 eben genau für diesen Schutz des allgemeinen Wettbewerbs außerhalb des Kriminalstrafrechts entschieden. Eine Rechtfertigung, gerade Absprachen bei Auftragsvergaben durch Private kriminalstrafrechtlich zu sanktionieren, während andere Absprachen (nur) mit Geldbußen geahndet werden, gibt es nicht. Nur Vergaben nach dem BVergG und diesen ähnliche formalisierte Verfahren sind ein Grund für den besonderen kriminalstrafrechtlichen Schutz.

E. Gesetzlich formalisierte Vergabeverfahren

Daraus ergibt sich, dass § 168b StGB nur auf gesetzlich geregelte und formalisierte Vergabeverfahren Anwendung finden sollte, deren Regelung jene Terminologie verwendet, die in § 168b StGB selbst verwendet wird. Dafür kommen insbesondere Vergabeverfahren nach dem BVergG in Betracht. Daneben gibt es eine Reihe anderer vergabegesetzlicher Vorschriften wie das BVergGVS 2012[24]) und das BVergGKonz 2018,[25]) die auch diese eine an das BVergG angelehnte Formalisierung des Verfahrens aufweisen und dieselbe Terminologie verwenden.[26]) Beschaffungen rein privater Unternehmer, die auch nicht ausnahmsweise den Bestimmungen für Sektorenauftraggeber (§ 2 Z 4 BVergG) unterliegen, fallen nicht unter die Bestimmungen des BVergG. Sogenannte „private Vergabeverfahren" sind nicht Gegenstand eines formalisierten Vergaberechts.[27])

Im Hinblick auf europarechtliche Verpflichtungen ist es darüber hinaus geboten, dass auch öffentliche Vergabeverfahren, welche dem Vergaberecht der EU unterfallen, von § 168b StGB erfasst werden. Art 325 Abs 2 AEUV verpflichtet die Mitgliedstaaten, „Betrügereien", die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten, ebenso zu bekämpfen wie gegen die nationalen finanziellen Interessen des jeweiligen Mitgliedstaates gerichtete Betrügereien.[28]) Daher trifft Österreich auch die Pflicht, Submissionsabsprachen bei Vergabeverfahren, in denen etwa Organe der EU Aufträge vergeben und durch welche die finanziellen Interessen der EU beeinträchtigt werden, strafrechtlich in gleicher Art zu sanktionieren wie Absprachen im Rahmen von Vergabeverfahren nach dem nationalen BVergG.[29]) Die Vorschriften, welche die Organe der EU bei der Vergabe von Aufträgen zu beachten haben, finden sich in der Haushaltsordnung der EU.[30]) Diese ist weitgehend an die VergabeRL[31]) angelehnt, auf welche seinerseits das BVergG zurückgeht.[32]) Daher ist auch der Wortlaut der Haushaltsordnung mit jener des BVergG nahezu ident. § 168b StGB ist daher auch auf öffentliche Vergabeverfahren nach dem Unionsrecht anzuwenden.

F. Fazit

Die Öffnung des Anwendungsbereichs des § 168b StGB auch für Auftragsvergaben mit privaten Auftraggebern – wie sie der 11. Senat in der gegenständlichen Entscheidung vornimmt – hat zur Folge, dass der Tatbestand auch auf Vergabevorgänge anwendbar wird, die keinem formalisierten, gesetzlich geregelten Verfahren folgen. Wenn man unter „Verfahren" jedoch jede Vorgangsweise versteht, dann fällt die (klare) Begrenzung des Tatbestandes durch dieses Element weg. Der Tatbestand würde nur noch durch die Tathandlungen begrenzt, worunter jedoch etwa auch jedes Legen eines Angebots fällt. Damit hat der Tatbestand aber jede Kontur verloren. Da andere Wettbewerbsverstöße ohnehin durch Kartellgeldbußen sanktioniert werden, ist keinerlei Strafbarkeitslücke zu sehen, die einen solchen Schritt notwendig erscheinen ließen.

---

[20]) *Hohmann* in MünchKomm StGB[4] § 298 Rz 47.

[21]) *Zeder* in SbgK StGB § 168b Rz 50 ff, insbesondere Rz 52; *Fuchs/Schröder* in Kert/Kodek, HB Wirtschaftsstrafrecht[2] Rz 14.33; *Sagmeister*, Strafbarkeit von Preisabsprachen im Vergabeverfahren. Zum Verhältnis der §§ 146 ff StGB zu § 168b StGB, ZWF 2017, 144 (148 f).

[22]) *Stockenhuber*, Das neue Kartellrecht 2002, ÖZW 2002, 74, 109 (110); *Urlesberger*, Die Kartellgesetz-Novelle 2002, RWZ 2002, 205 (207).

[23]) ErlRV 1005 BlgNR XXI. GP 19.

[24]) Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich (Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVergGVS 2012), BGBl I 10/2012.

[25]) Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 – BVergGKonz 2018), BGBl I 65/2018.

[26]) *Brugger*, wbl 2015, 370; *Fellmann/Moro*, ZWF 2020, 253 f.

[27]) *Holoubek/Fuchs/Holzinger/Ziniel*, Vergaberecht[6] 48.

[28]) *G. Dannecker/C. Dannecker*, Europäische und verfassungsrechtliche Vorgaben für das materielle und formelle Unternehmensstrafrecht, NZWiSt 2016, 162 (163). Vgl auch Art 3 RL 2017/1371/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABl 2017 L 198/29.

[29]) *Sagmeister*, Preisabsprachen 59.

[30]) VO (EU, Euratom) 1046/2018 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.07.2018 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Union, ABl 2018 L 193/1.

[31]) RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der RL 2004/18/EG, ABl 2014 L 94/65.

[32]) ErlRV 1005 BlgNR XXI. GP 1.

© Verlag Österreich 2024