

Strafbarkeitsrisiken des Unternehmers

Verhaltensstrategien, Krisenmanagement, Compliance

von

Prof. Dr. Marco Mansdörfer, Dr. Jörg Habetha

1. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 66783 1

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

und ähnlichen Einnahmen, die zusätzlich zu den Löhnen gewährt werden. Sie sind im Rahmen von § 266a StGB grundsätzlich nicht dem Arbeitsentgelt zuzurechnen, soweit sie lohnsteuerfrei sind. Dies ist im Einzelfall zu prüfen. Eine Ausnahme hiervon besteht allerdings, wenn im konkreten Fall lediglich in „formeller“ Sicht Zulagen vorliegen, tatsächlich aber umgewandeltes geschuldetes Arbeitsentgelt vorliegt.⁴⁹⁸

Praxishinweis (§ 266a StGB bei Abweichung von bindenden Tarifverträgen):

401

§ 266a StGB ist auch hier erfüllt, da eine abweichende Vereinbarung teilunwirksam ist, soweit verbindliche Ansprüche des Arbeitnehmers negiert werden. Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitnehmer bei strikter tarifvertraglicher Behandlung schlechter gestellt gewesen wäre. Entsprechendes gilt für gesetzliche Mindestlohnansprüche zB nach §§ 3a AÜG, AEntG u. ä.⁴⁹⁹

Beispiel: Trotz bindender tarifvertraglicher Regelung vereinbart der Geschäftsführer G mit seinem Mitarbeiter M, dass mit dem deutlich über Tariflohn liegenden Grundgehalt etwaige Überstunden abgegolten sind. Wegen des bestehenden Tarifvertrages ist die Vereinbarung über die Abgeltung von Überstunden unwirksam. G muss M seine Überstunden vergüten und entsprechende Sozialversicherungsabgaben abführen. Da Letzteres nicht geschehen ist, hat G den Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB erfüllt.

Ein **Irrtum über das Bestehen der Beitragspflicht** ist nach unzutreffender, aber herrschender Auffassung lediglich ein nach § 17 StGB zu behandelnder Verbotsirrtums. Grundsätzlich weiß der Arbeitgeber um seine sozialversicherungsrechtliche Pflicht und verfehlt lediglich die rechtlich zutreffende Bewertung des Sachverhalts. Die Strafbarkeit des Arbeitgebers ist damit nur ausgeschlossen, wenn der Irrtum unvermeidbar war. Dies ist mit Hinblick auf das dem Arbeitgeber stets offen stehende Anfrageverfahren zur Statusfeststellung (dazu sogleich Näheres) in aller Regel nicht der Fall. Anders liegt der Fall, wenn der Arbeitgeber in tatsächlicher Hinsicht irrt, weil das Vertragsverhältnis zum Beispiel durch nachgeordnete Angestellte entgegen der ursprünglichen Vereinbarung nicht als freie Mitarbeit, sondern als sozialversicherungsrechtliche Beschäftigung praktiziert wird.

402

Praxishinweis (Abführen von Sozialversicherungsabgaben bei Zahlungsschwierigkeiten und Krisenvorsorge): Zahlungsschwierigkeiten schränken die Pflicht zur Leistung von Sozialversicherungsabgaben in nur ganz eingeschränktem Umfang ein. Solange in einem Unternehmen überhaupt noch liquide Mittel vorhanden sind, sind strafbewehrte öffentlich-rechtliche Zahlungspflichten grundsätzlich

403

⁴⁹⁸ BGH NStZ-RR 2009, 339.

⁴⁹⁹ Die Einstellung eines Verfahrens nach § 266a StGB gem. § 153a StPO steht einer späteren Verfolgung einer Ordnungswidrigkeit zB nach § 23 I Nr. 1 AEntG nicht entgegen (BGH NZWiSt 2013, 218).

vorrangig zu begleichen. Im Übrigen müssen die Leitungsorgane bei einer sich abzeichnenden Krise Vorsorge treffen, die Beiträge bei Fälligkeit entrichten zu können. Hilfreich kann insoweit ein strikter Zahlungsplan mit entsprechenden Prioritäten sein. Darüber hinaus kann das Gericht von Strafe absehen, wenn der Arbeitgeber nach Fälligkeit unverzüglich die Höhe der nicht geleisteten Beiträge und die Gründe für die ausgebliebene Zahlung anzeigt (§ 266a Abs. 6 StGB). Praktisch zeigt die Vorschrift vor allem, dass insbesondere in Sachverhaltskonstellationen, in denen der Arbeitgeber offen mit seinen Zahlungsschwierigkeiten umgeht, sehr häufig eine Verfahrenseinstellung nach §§ 153 ff. StPO angemessen sein wird.⁵⁰⁰ Fällig sind die Beiträge in der Regel am drittletzten Bankarbeitstag des laufenden Monats (§ 23 Abs. 1 S. 2–4 SGB IV) in voraussichtlicher Höhe.

- 404 Praxishinweis (Summenbescheide und Schätzungen im Strafverfahren):** Summenbescheide und Schätzungen der Sozialversicherungsträger dienen im Strafverfahren nur als grobe Messgrößen. Eine Verurteilung auf einer derartigen Grundlage ist unzulässig; die Option einer Verständigung mit den Strafverfolgungsbehörden insoweit bleibt aber offen.

2. Die Mindestlohnunterschreitung

- 405** Gerade bei Ermittlungen des Hauptzollamts werden neben Ermittlungen zu § 266a StGB zunehmend parallel auch Ermittlungen wegen Verstößen gegen Mindestlohnvorschriften durchgeführt.⁵⁰¹ Aus äußerlich einem Vorgehen können daher tatsächlich mehrere eigenständige Ermittlungsverfahren resultieren.⁵⁰² Mindestlohnregelungen bestanden bis zum 1.1.2015 auf der Basis von für allgemeinverbindlich erklärten **Tarifverträgen** in wenigen, aber durchaus bedeutsamen Branchen wie zB im Baugewerbe, in der Pflegebranche und bei der Arbeitnehmerüberlassung.⁵⁰³ Seit dem 1.1.2015 bis mindestens zum 1.1.2017 gilt darüber hinaus für ca. 3,7 Millionen Beschäftigte der **gesetzliche Mindestlohn von 8,50 EUR**.⁵⁰⁴ Voraussichtlich wird der Mindestlohn zum 1.1.2017 erstmals erhöht. Abweichende (unter dem gesetzlichen Mindestlohn liegende) Tarifverträge sind noch bis zum 1.1.2017 zulässig, wenn sie für allgemein verbindlich erklärt wurden.

Praxishinweis (Durchsetzung des Mindestlohns): Um eine flächendeckende Durchsetzung des Mindestlohns zu gewährleisten, soll die Zahl der zuständigen Kontrolleure von 6.250 im Jahr 2014 um 1.600 zusätzliche Stellen auf 7.850 Kontrolleure erhöht werden. In den betroffenen Bereichen ist mit verstärkten Kontrollen zu rechnen.

⁵⁰⁰ Dafür auch ausdrücklich *Fischer StGB* § 266a Rn. 30 ff.

⁵⁰¹ Näher dazu *Aulmann NJW* 2012, 2074.

⁵⁰² So vor dem Hintergrund des Verbots mehrfacher Strafverfolgung ausdrücklich BGH NZWiSt 2013, 218.

⁵⁰³ Eine „Übersicht über Mindestlöhne nach dem AEntG und dem AÜG“ gibt das Bundesministerium für Arbeit und Soziales unter www.bmas.de.

⁵⁰⁴ Vgl. dazu den Gesetzesentwurf BT-Drs. 18/1558; 18/2010, BT-Protokoll Nr. 18/46.

Für die Auslegung des Begriffs des Mindestlohns soll nach Auffassung der Bundesregierung auf die Rechtsprechung des EuGH zum entsprechenden Begriff in der Entsenderichtlinie zurückgegriffen werden. Der Mindestlohn gilt freilich nur in Deutschland und darf nicht auf Unternehmen in anderen Staaten erstreckt werden.

Praxishinweis (Geltung des Mindestlohns bei Auslandsbezug): Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge darf der in Deutschland geltende Mindestlohn nicht auf die ausschließlich im Ausland tätigen Arbeitnehmer von Subunternehmern erstreckt werden.⁵⁰⁵ Eine entsprechende Anwendung würde gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßen. Umgekehrt gilt der deutsche Mindestlohn aber auch für Arbeitgeber mit Sitz im Ausland für Tätigkeiten in Deutschland.

Neben der Frage, ob ein Mindestlohn besteht, prüfen die Behörden regelmäßig auch, ob der konkrete Arbeitnehmer in die bestehende Lohnordnung (häufig gestufte Mindestlohngruppen nach definierten Tätigkeitsbereichen) zutreffend eingruppiert wurde. Entscheidend ist grundsätzlich, die Tätigkeit welcher **Lohngruppe** der Arbeitnehmer faktisch überwiegend durchgeführt hat. Gerade im Baubereich bedeutsam wird die nach § 23 Abs. 2 AEntG sanktionierte Pflicht des Hauptunternehmers, seinen Subunternehmer auf die Einhaltung der Mindestlohnvorschriften hin zu kontrollieren. Die Einführung eines generellen Mindestlohns wird künftig zu einer sprunghaft steigenden Bedeutung dieser Fragen führen.

Praxishinweis (Bereitschaftsdienste): Arbeitsleistungen im Bereitschaftsdienst müssen in gleicher Höhe vergütet werden, wie Arbeitsleistungen während der Vollarbeitszeit.

Praxishinweis (Überstunden, Nacharbeit, Qualitätszuschläge oder Auslagensatz): Die vorgenannten Zulagen vergüten alle eine zusätzliche Leistung zur normalen Arbeitsleistung und dürfen daher nicht zum Mindestlohn gezählt werden. Gleiches gilt für den Ersatz von Auslagen des Arbeitnehmers, da dieser Ersatz gerade nicht die Arbeitsleistung, sondern eine Vorleistung des Arbeitnehmers vergütet.

Praxishinweis (Zur Behandlung von steuer- und sozialversicherungsfreien Zulagen): Große Schwierigkeiten bereitet die Behandlung von steuer- und sozialversicherungsfreien Zulagen, Auslösen, Spesenerstattungen etc. Häufige Zulagen sind Verpflegungskostenerstattungen oder Zuschläge für Feiertags-, Nacht- und Sonntagsarbeit. Weniger bekannte Zulagen sind Zuschüsse für die Unterbringung von Kindern, Fahrtkostenzuschüsse oder die steuerfreie Überlassung von Waren oder Warengutscheinen. Voraussetzung für viele dieser Zulagen ist, dass diese *zusätzlich* zum ohnehin geschuldeten Lohn gezahlt werden. Solche Zulagen können dann

⁵⁰⁵ EuGH v. 18.9.2014 – C-549/13 – Bundesdruckerei.

nicht dazu genutzt werden, eine „Lücke“ bis zum Erreichen des Mindestlohns aufzustocken. Diese Grundregel sollte auch gelten, wenn im Einzelfall Zweifel bestehen, ob eine Ausnahme eingreift. Abweichungen sollten nur in klaren Fällen vorgenommen werden. Gerade bei Zweifeln ist ein Irrtum als Verbotsirrtums (§ 17 StGB) regelmäßig vermeidbar.

Praxishinweis (Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Lohnes, Unterscheidung zwischen Arbeitsentgelt, Arbeitslohn und Mindestlohn): Der genaue Inhalt des Begriffs des Arbeitsentgelts variiert je nach Kontext und Strafvorschrift. Eine rechtliche Überprüfung bzw. Berechnung des Lohnes bedarf daher einer dreistufigen Prüfung. Für § 266a StGB gilt das sozialversicherungsrechtliche Verständnis des § 14 SGB IV. Der für § 370 AO maßgebliche lohnsteuerrechtliche Arbeitslohn kann hiervon abweichen. Bei der Berechnung des Mindestlohns können wiederum sonstige Leistungen des Arbeitgebers auf den tariflichen Mindestlohn angerechnet werden, wenn der Zweck der Leistung dem Mindestlohn funktional gleichwertig ist.⁵⁰⁶ Die Rechtsprechung des EuGH zum entsprechenden Begriff in der Entsenderichtlinie soll insoweit anwendbar sein.

- 406** Die in dem **Ordnungswidrigkeitenverfahren** in der Regel nach § 23 AEntG verhängten Geldbußen können bis zu 500 000 EUR betragen und liegen daher oft höher als der Betrag einer Geldstrafe im Strafverfahren oder Einstellungsauflage gem. § 153a StGB. Gerade die Verwaltungsbehörden berechnen die Geldbuße in einem ersten Zugriff häufig in Anlehnung an § 17 Abs. 4 OWiG und verdoppeln den mit der Mindestlohnunterschreitung zunächst „ersparten“ Betrag. Dies ist freilich dort unangemessen, wo der „Vorteil“ gerade nicht beim betroffenen Unternehmen verblieben ist. Um unangemessene Nebenfolgen für das Unternehmen – wie zB Vergabesperren – zu vermeiden, kann gerade für Unternehmen neben einer Schadenswiedergutmachung die Zahlung eines Geldbetrages in Höhe des Auftragswerts im Rahmen des Verfalls gem. § 29a OWiG vorteilhaft sein. Da regelmäßig die Sozialversicherungsträger ihrerseits die ausstehenden Beträge einfordern, können derartige Sachverhalte für das Unternehmen leicht existenzbedrohende Ausmaße annehmen.

Praxishinweis (Aufzeichnungspflichten des Arbeitgebers): Die Unternehmen müssen spätestens sieben Tage nach der Arbeitsleistung Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeit aufzeichnen. Verstöße gegen die Aufzeichnungspflicht sind bußgeldbewehrt.

- 407** Bei einer deutlichen Unterschreitung des Mindestlohns und dem Ausnutzen einer bei den Arbeitnehmern vorhandenen besonderen Unerfahrenheit oder Zwangslage kann auch der Straftatbestand des Lohnwuchers (§ 291 StGB) eingreifen. In der Regel wird die Schwelle des § 291 StGB freilich nicht überschritten werden. Zudem ist die darüber hinaus erforderliche Schwächesituation auf Seiten des Arbeitnehmers eher selten nachweisbar.

⁵⁰⁶ BAG v. 18.4.2012 – 4 AZR 139/10 = BAGE 141, 163.

X. Illegale Beschäftigung ausländischer Mitarbeiter

Mit der zuvor besprochenen Thematik verwandte Fragen wirft die Beschäftigung ausländischer Mitarbeiter auf. Grundsätzlich ist seit dem Auslaufen von Sonderregelungen für die zum 1.1.2007 beigetretenen osteuropäischen Mitgliedstaaten (Bulgarien, Rumänien) zum 1.1.2014 nur noch zwischen Ausländern aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union und Drittstaaten zu differenzieren. Für türkische Staatsangehörige gelten nach dem Assoziationsratsbeschluss Nr. 1/80 im Einzelnen privilegierende Sonderregelungen. **408**

Der Gesetzgeber hat die Beschäftigung von ausländischen Mitarbeitern zum Schutz des inländischen Arbeitsmarktes erheblichen Restriktionen unterworfen. Die Restriktionen sind angesichts des zunehmenden Fachkräftemangels und in einzelnen Branchen bestehenden Arbeitnehmernotstandes rechtspolitisch nicht ohne Zweifel. An der grundlegenden Berechtigung und den volkswirtschaftlichen Vorteilen einer gezielten Regulierung des Zugangs zum Arbeitsmarkt besteht indessen kein Zweifel. Entsprechend konsequent werden Verstöße hiergegen verfolgt. **409**

Im Überblick gilt: Die Beschäftigung von Ausländern aus Drittstaaten bedarf grundsätzlich der Genehmigung. Wird ein Ausländer ohne eine solche Genehmigung beschäftigt, droht gem. § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III eine Geldbuße bis 500 000 EUR bzw. 250 000 EUR bei fahrlässigem Handeln. Die Behörden bemessen die Geldbuße im Ansatz nach intern festgelegten Taxensystemen, die wesentlich auf die Dauer der Beschäftigung abstellen. Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren droht demgegenüber demjenigen, der einen ausländischen Mitarbeiter ohne Genehmigung und zu vergleichsweise ungünstigen Arbeitsbedingungen beschäftigt. Als Reaktion auf erhebliche Missstände in der Bauwirtschaft nimmt der Gesetzgeber überdies in § 404 SGB III generell und branchenunabhängig Unternehmer in die Pflicht, wenn die von ihnen beauftragten Nachunternehmer selbst ungenehmigt Ausländer beschäftigen. Ausländer, die ohne entsprechenden Aufenthaltstitel selbstständig im Inland tätig werden, machen sich nach § 98 Abs. 2a AufenthG strafbar. Zur Klärung, ob ein Ausländer selbstständig im Inland tätig oder genehmigungspflichtig bei einem Arbeitgeber beschäftigt ist, werden die Abgrenzungskriterien zur Bestimmung der Sozialversicherungspflicht herangezogen.⁵⁰⁷ Da sich inländische Unternehmer jedoch auch bei der Vergabe einer Arbeit an einen in unzulässiger Weise selbstständig tätig werdenden Ausländer strafbar machen können, ist die Abgrenzung an dieser Stelle weniger bedeutsam als bei § 266a StGB.⁵⁰⁸ **410**

Im Grundsatz bedarf jede Erwerbstätigkeit eines Ausländers im Bundesgebiet der Genehmigung (§§ 4 Abs. 3, 39 AufenthG). Bürger der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) und der Schweiz können sich auf die durch den EUV garantierte Freizügigkeit berufen. Die vormalige sog Arbeitsgenehmigung-EU für noch nicht vollständig freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger Bulgariens und Rumäniens (§ 284 Abs. 1 SGB III) ist seit dem 1.1.2014 obsolet. Auch die Bürger dieser Staaten gelangen mittlerweile in den Genuss der vollen Freizügigkeit. Die Zustimmung zur Ausübung der Beschäftigung erteilt die Bundesagentur für Arbeit des Bezirks, in dem die Beschäftigung ausgeübt wird (§ 12 BeschVerfV). Die Wirksamkeit der Zustimmung richtet sich grundsätzlich nach den für Verwal- **411**

⁵⁰⁷ Ausführlich dazu → Rn. 394 ff.

⁵⁰⁸ Zur Verwirklichung und Schadensberechnung bei § 266a StGB im Fall illegaler Beschäftigung vgl. bereits den Praxishinweis → Rn. 393.

tungsakte allgemein geltenden Bestimmungen (§§ 44, 48, 49 VwVfG). Daneben sieht § 41 AufenthaltG spezielle Widerrufsgründe vor.

- 412 **Praxishinweis (Genehmigungsfreie Kurzbeschäftigungen):** Tätigkeiten, die innerhalb eines Zeitraums von zwölf bis zu drei Monaten im Inland ausgeübt werden, gelten gem. § 16 Beschäftigungsverordnung nicht als Beschäftigung im Sinne des Aufenthaltsgesetzes. Bedeutung hat dies beim kurzzeitigen Einsatz ausländischer Mitarbeiter zur Deckung von Tätigkeitsspitzen, beim Einsatz ausländischer Praktikanten oder bei Ferienbeschäftigten.
- 413 **Praxishinweis (Prüf- und Erkundigungspflichten des Arbeitgebers):** § 404 Abs. 2 SGB III sanktioniert sowohl die vorsätzliche als auch die fahrlässige illegale Beschäftigung eines ausländischen Arbeitnehmers. Der Vorwurf einer illegalen Ausländerbeschäftigung greift daher auch dann ein, wenn ein Arbeitgeber, ohne diese zu überprüfen, auf unzutreffende Angaben des ausländischen Mitarbeiters zum Vorliegen einer entsprechenden Erlaubnis vertraut. Der Gesetzgeber hat zur Konkretisierung dieses Fahrlässigkeitsmaßstabs spezielle Prüfpflichten des Arbeitgebers normiert (§ 4 Abs. 3 AufenthaltG).⁵⁰⁹ Der Arbeitgeber muss sich daher die entsprechenden Dokumente vor dem Arbeitsantritt vorlegen lassen, auf zeitliche oder inhaltliche Beschränkungen überprüfen und entsprechende Kopien zu den Akten nehmen. Eine turnusgemäße weitere Prüfung wird ohne entsprechenden Anlass aber nicht gefordert.⁵¹⁰ Vorsicht ist geboten, wenn der potentielle Arbeitnehmer vorbringt, die entsprechenden Unterlagen befänden sich bei der Familie im Ausland etc. Solche Einlassungen sind zumeist unzutreffend.
- 414 Regelmäßig erheblich schwerer wiegen Verstöße gegen §§ 10 f. SchwarzArbG. Sanktioniert wird hier der mit dem Verstoß gegen die Vorschriften zum Schutz des Arbeitsmarktes verfolgte besondere Eigennutz des Täters. Dieser Eigennutz kann darin liegen, dass die den ausländischen Arbeitern gewährten Konditionen in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen der deutschen Kollegen stehen (§ 10 SchwarzArbG), dass ausländische Mitarbeiter in größerem Umfang beschäftigt werden (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG) oder dass der Täter das Verhalten beharrlich wiederholt (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 SchwarzArbG).
- 415 Neben die originären Verstöße gegen die primär arbeitsrechtlichen Straf- und Ordnungswidrigkeitstatbestände treten bei der illegalen Ausländerbeschäftigung regelmäßig Verstöße gegen das Ausländerrecht. Wer Ausländer illegal beschäftigt, kann dadurch Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt von Ausländern insbes. gem. §§ 96–98 AufenthaltG leisten.⁵¹¹ Die Beteiligung am illegalen Aufenthalt eines Ausländers kann gerade in qualifizierten Fällen deutlich schwerer sanktioniert werden als der illegale Aufenthalt des Ausländers (§ 95 AufenthG) selbst.
- 416 Voraussetzung ist stets, dass sich der Ausländer ohne gültigen Aufenthaltstitel im Inland aufhält. Bürger der EU, des EWR und der Türkei (letztere aufgrund des Asso-

⁵⁰⁹ Ähnlich bereits BayObLG NStZ-RR 2000, 339.

⁵¹⁰ BayObLG NStZ-RR 2000, 339.

⁵¹¹ BGH wistra 2000, 386 (387).

zationsratsbeschlusses Nr. 1/80) genießen insoweit eine weitgehende europaweite Freizügigkeit. Dagegen besteht das Erfordernis eines Aufenthaltstitels auch bei Kurzaufenthalt von bis zu drei Monaten, wenn der Ausländer in dieser Zeit im Inland eine Erwerbstätigkeit aufnimmt (EUVisaVO iVm AufenthaltG). Dazu gehört jede selbstständige Erwerbstätigkeit sowie jede angestellte Beschäftigung (§ 2 AufenthaltG). Die Beschäftigung des ausländischen Mitarbeiters kann hier also den Verstoß gegen ausländerrechtliche Bestimmungen zum Teil erst begründen.

Asylbewerber unterliegen einem speziellen in § 85 AsylVfG normierten Verbot von Erwerbstätigkeiten. Dieses Erwerbsverbot gilt zunächst uneingeschränkt, solange die Asylbewerber in einer Aufnahmeeinrichtung wohnen. Danach kann die Ausländerbehörde ein entsprechendes Verbot gem. § 60 Abs. 1 AsylVfG anordnen. **417**

XI. Verbotene Absprachen im Wettbewerb

Im Zuge der allgemein verstärkten **Korruptionsbekämpfung** hat der Gesetzgeber bereits mit dem Korruptionsbekämpfungsgesetz⁵¹² Absprachen in Ausschreibungs- und Vergabeverfahren in § 298 StGB (mit einer in der Sache überzogenen Strafdrohung) unter Strafe gestellt. Die Strafbarkeit eines Verhaltens ist hier nicht an konkret fassbare oder auch nur konkret zu beziffernde Schäden geknüpft.⁵¹³ Der Gesetzgeber dehnt das Strafrecht an diesen Stellen vielmehr bedenklich aus und sanktioniert gerade in Randbereichen im Grunde nur ordnungswidrige Verstöße gegen Lauterkeitsregeln. **418**

Die konkrete Reichweite des strafrechtlichen Verbots kann nur richtig erlassen, wer sich den konkreten Zweck des Verbots derartiger Absprachen vor Augen hält: Die Norm propagiert ein zunächst theoretisches Ideal eines „freien Wettbewerbs“, denn ein tatsächlich „freier“ Wettbewerb ist in der Rechtswirklichkeit kaum vorzufinden. Damit sind dann aber nicht nur mittelbar Vermögensinteressen des Veranstalters geschützt. Geschützt ist vielmehr mit einer unterschiedlichen Gewichtung im Einzelnen das Interesse an innovativen Lösungen (sog Entdeckungsfunktion des Wettbewerbs), die optimale Verwendung der Mittel (sog Allokationsfunktion), die Wahlfreiheit des Nachfragers (sog Freiheitsfunktion) und – insbesondere im öffentlichen Sektor – die diskriminierungsfreie Verteilung von öffentlichen Mitteln in Form von Aufträgen. Absprachen zwischen den Marktteilnehmern sind in diesem Modell grundsätzlich nicht vorgesehen und damit unerwünschte Störungen der normativ etablierten Ordnung. **419**

Praxishinweis (Fragetest zur Identifikation unzulässiger Absprachen nach § 298 StGB): Strafrechtlich kritische Absprachen lassen sich oft bereits durch einen einfachen Test feststellen. Dazu sollte sich der an einer Absprache beteiligte Unternehmer fragen, ob sich ein hypothetisch vorgestellter Wettbewerber durch die Absprache vom konkreten Leistungswettbewerb ausgeschlossen sehen würde, wenn er von der Absprache erfahren würde. Wer dies für möglich hält, sollte die Situation unbedingt genauer überprüfen lassen. **420**

Wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen macht sich bereits strafbar, wer bei einer entsprechenden Ausschreibung ein Angebot abgibt, das **421**

⁵¹² BGBl. I 1997, 2038.

⁵¹³ Zu den insoweit im Rahmen von § 263 StGB bestehenden Nachweisschwierigkeiten grundlegend *Satzger*, Der Submissionsbetrug, 1994 sowie BGHSt 38, 186 – Rheinausbau-Entscheidung.

- (1) auf einer rechtswidrigen Absprache beruht und
- (2) darauf abzielt, den Veranstalter zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen.

Der Gesetzeswortlaut verlangt ausdrücklich neben dem Nachweis eines auf einer rechtswidrigen Absprache beruhenden Angebots den Nachweis einer Finalität des Angebots, den Veranstalter zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen. Finalität verlangt keine Absicht im technischen Sinn, bloßer Eventualvorsatz genügt indessen ebenfalls nicht. Die Absprache kann sich auf das Angebot eines Beteiligten richten, die Auswahlentscheidung in eine bestimmte Richtung lenken oder lediglich den Inhalt des Angebots (zB die Art der angebotenen Leistung) betreffen. Der Tatbestand ist dagegen nicht erfüllt, wenn das Angebot in seiner konkreten Gestalt gerade nicht durch die Absprache betroffen wurde und somit nicht auf der Absprache „beruht“.

- 422 Eine Absprache setzt eine als verbindlich angesehene Vereinbarung zwischen mindestens zwei Personen darüber voraus, dass ein oder mehrere bestimmte Angebote abgegeben werden sollen.⁵¹⁴ Seit der Änderung des GWB im Jahr 2005 ist nicht mehr erforderlich, dass die Unternehmen „miteinander im Wettbewerb stehen“ und die Absprache daher zwischen zwei Unternehmern erfolgt. Strafbar sind vielmehr auch vertikale Absprachen zwischen Anbieter und einem Unternehmer.

Beispiel: Der kommunale Betriebshof steht seit längerem in Geschäftsbeziehungen mit der Fahrzeughändler-GmbH F. Vor dem Erwerb eines neuen Spezialfahrzeugs trifft der Leiter des kommunalen Betriebshofes mit dem Geschäftsführer der F die Vereinbarung, dass im Rahmen der erforderlichen Ausschreibung für das Fahrzeug Spezifika gefordert werden, die nur die Fahrzeuge von F aufweisen. Ein finanzieller Schaden entsteht dem Betriebshof daraus nachweislich nicht.

- 423 Rechtswidrig ist eine Absprache, wenn sie gegen das Wettbewerbsbeschränkungsverbot des § 1 GWB verstößt.⁵¹⁵ Verstöße können freilich schon in Situationen vorliegen, wo den Beteiligten das natürliche Bewusstsein eines Wettbewerbsverstosses fehlt. Dazu können typischerweise in Grenzsituationen schwierige Absichtungen etwa zwischen erlaubten bewussten Parallelverhalten und verbotener wechselseitiger Abstimmung, erlaubter Verständigung über eine Preisuntergrenze und unerlaubter Abstimmung des Angebotsinhalts gehören.⁵¹⁶ Da die Rechtswidrigkeit der Absprache nach umstrittener, gleichwohl herrschender Auffassung objektives Tatbestandsmerkmal ist, schließt die rechtliche Fehlbewertung gem. § 16 Abs. 1 StGB den Vorsatz aus.

- 424 **Praxishinweis (Begründung eines Anfangsverdachts für Ermittlungsverfahren bei Wettbewerbsdelikten):** In der Strafverfolgungspraxis nehmen die Wettbewerbsdelikte (noch) eine eher geringe Rolle ein. Die vermutete hohe Dunkelziffer wird regelmäßig mit einem Schweigekartell zwischen den Beteiligten begründet.

⁵¹⁴ BGH NJW 2012, 3318 sowie bereits zuvor BGHSt 49, 201.

⁵¹⁵ BGH NJW 2012, 3318; BGHSt 49, 201.

⁵¹⁶ Zu dieser je nach Situation schwierig zu bestimmenden Grenze etwa *Mestmäcker/Schweitzer* Europäisches Wettbewerbsrecht § 9 Rn. 28 ff.