

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 93

Der Submissionsbetrug

**Eine Untersuchung zur Strafbarkeit von
Manipulationen bei Ausschreibungsverfahren als Betrug**

Von
Helmut Satzger



Duncker & Humblot · Berlin

HELMUT SATZGER

Der Submissionsbetrug

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser

em. ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

und Dr. Friedrich-Christian Schroeder

ord. Professor der Rechte an der Universität Regensburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 93

Der Submissionsbetrug

Eine Untersuchung zur Strafbarkeit von
Manipulationen bei Ausschreibungsverfahren als Betrug

Von

Helmut Satzger



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Prof. Dr. Werner Beulke, Passau

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Satzger, Helmut:

Der Submissionsbetrug : eine Untersuchung zur Strafbarkeit
von Manipulationen bei Ausschreibungsverfahren als Betrug /
von Helmut Satzger. – Berlin : Duncker und Humblot, 1994
(Strafrechtliche Abhandlungen ; N.F., Bd. 93)

Zugl.: Passau, Univ., Diss., 1993

ISBN 3-428-08225-7

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1994 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Druckvorlage: W. März, Tübingen

Fotoprint: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7271

ISBN 3-428-08225-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
gemäß der ANSI-Norm für Bibliotheken

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 1993/94 von der Juristischen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen.

Mein ganz besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. *Werner Beulke*, der die Bearbeitung dieses überaus interessanten Themas anregte, mir während der gesamten Entstehungszeit mit Rat und Tat zur Seite stand und mich in jeder erdenklichen Weise unterstützte und förderte. Auch Herrn Prof. Dr. *Bernhard Haffke* danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Für ein allzeit offenes Ohr für meine Ideen und Probleme, für viele fruchtbare Diskussionen und für eifrige Hilfe beim Korrekturlesen bin ich meinen Passauer Freunden zu großem Dank verpflichtet, insbesondere Frau *Katharina Peter*, Herrn Dr. *Dietmar Nolting*, Herrn *Christoph Schuch* sowie Frau *Andrea Weiß*. Meinen Eltern, denen ich meine gesamte Ausbildung verdanke, möchte ich diese Arbeit in tiefer Dankbarkeit widmen.

Für die Aufnahme der Dissertation in die Reihe „Strafrechtliche Abhandlungen N.F.“ danke ich den Herausgebern, Herrn Prof. Dr. *Friedrich Christian Schroeder* und Herrn Prof. Dr. *Eberhard Schmidhäuser*, ganz herzlich.

Berlin, im April 1994

Helmut Satzger

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	23
B. Allgemeines zur Ausschreibung	27
I. Begriff, Sinn und Zweck einer Ausschreibung	27
II. Rechtliche Grundlagen eines Ausschreibungsverfahrens	30
1. Rechtliche Einordnung der Vergabe von Aufträgen im Wege der Ausschreibung	30
2. Bedeutung der Verdingungsordnungen	31
a) Öffentliche Auftragsvergabe	32
b) Private Auftragsvergabe	33
c) Neue Rechtslage für die Vergabe von Großaufträgen	34
III. Ablauf eines Ausschreibungsverfahrens	34
C. Betrug durch horizontale Einflußnahme (Submissionskartelle)	38
I. Allgemeines zum Submissionskartell und zu den Folgerungen für die Auslegung des § 263 StGB	38
1. Begriff des Submissionskartells	38
2. Funktions- und Vorgehensweise der Submissionskartelle	39
3. Gründe und Folgen der Kartellbildung	43
4. Rechtliche Sanktionen außerhalb des StGB	47
a) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	47
b) Wirtschaftsstrafgesetz	48
c) Art. 85 EGV i.V.m. Art. 15 Verordnung Nr. 17 (KartellVO)	49
d) Bewertung dieser Sanktionsmöglichkeiten	50
5. Strafwürdigkeit und Strafbefähigkeit von Submissionsabsprachen	51
a) Strafwürdigkeit von Submissionsabsprachen	51
b) Strafbefähigkeit von Submissionsabsprachen	55
c) Folgerung für die Auslegung des § 263 StGB	56

II. Eingehungsbetrug zu Lasten des Ausschreibenden	57
1. Überblick über die in Betracht kommenden Betrugsrichtungen und -arten	57
2. Irrtumserregung durch Täuschung	57
a) Täuschungsrelevante Tatsache	57
b) Täuschung durch ausdrückliches Tun	58
c) Täuschung durch konkludentes Tun	59
d) Täuschung durch Unterlassen	61
3. Irrtum des Ausschreibenden	63
4. Vermögensverfügung	64
5. Vermögensschaden	66
a) Der Vermögens- und Schadensbegriff	66
(1) Juristischer Vermögensbegriff und subjektiver Schadensbegriff	66
(2) Wirtschaftlicher Vermögensbegriff und objektiv-individueller Schadensbegriff	67
(3) Dynamischer Vermögensbegriff und objektiv-individueller Schadensbegriff	68
(4) Juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff und objektiv-individueller Schadensbegriff	68
(5) Personalener Vermögens- und Schadensbegriff	69
(6) Zusammenfassung	70
b) Problematik der Begründung eines Eingehungsschadens des Ausschreibenden auf Grundlage des herrschenden objektiv-individuellen Schadensbegriffs	71
(1) Vollendung des Betrugs durch Eingehung eines wirtschaftlich unausgeglichenen Vertrages	71
(2) Bestimmung des Wertes der zu vergebenden Leistung	74
c) Die Schadensfeststellung nach dem personalen Vermögens- und Schadensbegriff	76
(1) Schadensfeststellung beim Ausschreibenden anhand der personalen Schadenslehre	76
(2) Verfehlung wirtschaftlicher Zwecke als Schaden	77
(3) Verfehlung wirtschaftlicher Zwecke als Schaden bei den Ausschreibungsfällen	78
d) Schadensermittlung anhand des Vergleichsmaßstabs „angemessener Preis“	81

(1) Das Konzept des „angemessenen Preises“	82
(2) Angemessener Preis und objektiver Schadensbegriff	83
(3) Die Preisbildung bei Submissionen und der angemessene Preis	85
(4) Gesetzliche Festlegung des angemessenen Preises	87
e) Schadensbegründung durch Normativierung des Schadens	89
(1) Der Vorschlag Tiedemanns	89
(2) Normativierung als Ausfluß des Zweckverfehlungsgesichtspunkts	90
(3) Zweckverfehlung und Schaden bei ganz oder teilweise unentgeltlichen Geschäften	92
(a) Meinungsstand	92
(b) Funktion der Verfehlung von Zwecken	93
(4) Die Zweckverfehlung bei wirtschaftlich ausgeglichenen Geschäften	94
f) Persönlicher Schadenseinschlag und Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit	96
(1) Persönlicher Schadenseinschlag	96
(2) Schwerwiegende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit	98
(3) Umfassender Schutz der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit	99
g) Verlust einer vermögenswerten Exspektanz des Ausschreibenden	101
(1) Ansätze in der Literatur	102
(2) Tatsächliche Exspektanz als Bestandteil des Vermögens	104
(a) Ansicht von Gallas	104
(b) Vermögenswert der Exspektanz auf Grundlage der wirtschaftlichen Vermögenslehren	105
(3) Beurteilung der Aussicht des Ausschreibenden	111
(a) Beschreibung der Position des Ausschreibenden	111
(b) Vermögenswert der Aussicht	113
h) Schadensgleiche Gefährdung des Vermögens des Ausschreibenden	116
(1) Ansätze in der Rechtsprechung	116
(2) Stellungnahmen im Schrifttum	117
(3) Allgemeines zur „schadensgleichen Vermögensgefährdung“	118
(4) Vermögensgefährdung beim Ausschreibenden durch Submissionsabsprachen	123

i) Indizlösung	125
(1) Der hypothetische Wettbewerbspreis als Vergleichsmaßstab für die Schadensberechnung	125
(2) Die neuere Rechtsprechung	126
(a) Beschluß des OLG Frankfurt a.M., NJW 1990, 1057	126
(b) Urteil des BGH, NJW 1992, 921	128
(3) Indizienbeweis und allgemeine strafprozessuale Beweisgrundsätze	130
(a) Definition des Indizienbeweises	130
(b) Anforderungen an die richterliche Überzeugung i.S.d. § 261 StPO	131
(c) Anforderungen an die Überzeugungskraft von Indizien	132
(4) Das Beweisthema und die Tauglichkeit des Indizienbeweises	133
(a) Beweisbarkeit des hypothetischen Wettbewerbspreises	133
(b) Beweisbarkeit der Überhöhung des Nullpreises gegenüber dem hypothetischen Wettbewerbspreis	134
(c) Geeignetheit des Beweisthemas „Überhöhung des Nullpreises gegenüber dem hypothetischen Wettbewerbspreis“	135
(5) Die Aussagekraft einzelner Indizien	138
(a) Vorbemerkung	138
(b) Erhöhung des bereits kalkulierten Angebots eines Kartellmitglieds nach der Absprache	138
(c) Ausgleichszahlungen an Kartellmitglieder und Außenseiter	140
(d) Ausgleichsleistungen an Kartellmitglieder im Rahmen von Punkte-, Gutschein- oder Kontokorrentsystemen	142
(e) Interne Vorausschreibung	143
(f) Zusammenschluß zu einem Submissionskartell	144
(g) Aufhebung der Intransparenz des Marktes auf Anbieterseite	149
(h) Von den Kartellmitgliedern als unbefriedigend empfundene Preissituation	150
(i) Geschätzter Gesamtschaden	150
(j) Kostenermittlung	151
(k) Vergleichsmarktkonzept	152
(l) Ausschaltung des Vergleichsmaßstabs durch die Kartellmitglieder	153
(6) Zusammenfassung	155
(7) Exkurs: Die Strafzumessung	156

6. Subjektiver Tatbestand und Versuchslösung	161
a) Versuchslösung	161
b) Stellungnahme	162
c) Anforderungen des subjektiven Tatbestands bei vollendetem Betrug	164
(1) Schädigungsvorsatz	164
(2) Rechtswidriger, stoffgleicher Vermögensvorteil	164
(3) Absicht der Bereicherung	165
7. Zusammenfassung	167
III. Erfüllungsbetrug zu Lasten des Ausschreibenden	168
1. Baupreisrechtliche Konstruktion	168
a) Bedeutung der VO PR 1/72 und ihre Regelung in bezug auf Sub-	
missionsabsprachen	169
(1) Anwendungsbereich des Baupreisrechts	169
(2) Anwendbarkeit des Baupreisrechts auf abgesprochene Preise . .	170
(3) Vertragsrechtliche Folgen	170
b) Objektiver Tatbestand	171
(1) Vermögensschaden	171
(2) Vermögensverfügung aufgrund Irrtums	172
(3) Ursächliche Täuschung	172
(a) In der Erfüllungsphase fortwirkende Täuschung vor Ver-	
tragsschluß	172
(b) Täuschung nach Vertragsschluß durch Einfordern des vol-	
len Zuschlagspreises	175
(c) Bloße Entgegennahme der Zahlung des vollen Zuschlags-	
preises	176
c) Subjektiver Tatbestand	177
2. Betrug durch Verheimlichung von Ersatzansprüchen, insbesondere	
solcher aus c.i.c.	178
a) Lösungsvorschlag Cramers: Betrug durch Verheimlichung eines	
Anfechtungsrechts nach § 123 BGB	179
b) Betrugsschaden durch schadensgleiche Gefährdung etwaiger zivil-	
rechtlicher Schadensersatzansprüche	179
c) Zivilrechtliche Schadensersatzansprüche des Ausschreibenden aus	
c.i.c. als von § 263 StGB geschützter Vermögensposten	181
(1) Anspruchsvoraussetzungen der c.i.c.	181

(2) Schadensnachweis nach der Zivilrechtsprechung	182
(a) Rechtsfolgen der c.i.c.	183
(b) Bedeutung der c.i.c.-Rechtsprechung für die Submissionsfälle	185
(3) Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur „Vertragsanpassung“ auf die Submissionsfälle	186
(4) Vereinbarkeit dieses Lösungsansatzes mit § 262 I StPO	189
d) Objektiver Tatbestand	192
(1) Täuschung über Tatsachen	193
(a) Täuschung vor Vertragsschluß	193
(b) Täuschung nach Vertragsschluß durch Einfordern des vollen Zuschlagspreises	194
(c) Täuschung nach Vertragsschluß durch Unterlassen	194
(2) Irrtum	195
(a) Irrtum bei Angebotsabgabe	195
(b) Irrtum durch unterlassene Aufklärung	195
(3) Vermögensverfügung	196
(a) Unbewußtes Unterlassen als Vermögensverfügung	196
(b) Unmittelbare Vermögensminderung durch konkrete Vermögensgefährdung des c.i.c.-Anspruchs	197
(c) Kausalität zwischen Irrtum und Vermögensverfügung	200
(4) Schaden	200
e) Subjektiver Tatbestand (Irrtumsproblematik)	200
3. Betrugskonstruktion durch entsprechende Vertragsgestaltung	201
a) „Strafvereinbarungen“ als Ansatzpunkt für die Schadenskonstruktion	202
b) Ausgestaltung und zivilrechtliche Zulässigkeit von „Strafabreden“	202
(1) Anforderungen an die „Strafklausel“	203
(2) Vertragliche Ausgestaltung	203
(3) Zivilrechtliche Zulässigkeit	204
(4) Angemessene Alternativklausel	207
c) Betrug durch Verheimlichung der verwirkten Vertragsstrafe	212
IV. Betrug zu Lasten der Mitbieter	213
1. Irrtumserregung durch Täuschung	214
2. Vermögensverfügung	214

D. Betrug durch vertikale Einflußnahme	217
I. Allgemeines zur vertikalen Einflußnahme	217
1. Begriff	217
2. Fallgestaltungen	218
a) Manipulationen im Vorfeld der Ausschreibung	218
(1) „Luftnummern“ im Leistungsverzeichnis	218
(2) Auswahl der Konkurrenten bei beschränkter Ausschreibung	219
b) Manipulationen nach Eröffnung der Angebote	220
3. Strafbarkeit vertikaler Manipulationen	220
II. Manipulationen nach Eröffnung der Angebote	221
1. Nachträgliche Erhöhung der Konkurrenzangebote	221
a) Eingehungsbetrug zu Lasten des Ausschreibenden	222
(1) Irrtumserregung durch Täuschung	222
(2) Vermögensverfügung	223
(3) Vermögensschaden	223
(4) Subjektiver Tatbestand	224
b) Betrug zu Lasten des aussichtsreichsten Bieters	224
(1) Täuschungshandlung und Irrtumserregung	225
(2) Vermögensverfügung	225
(a) Vermögenswerte Expektanz eines Bieters auf Zuschlags- erteilung	225
(b) Transportfunktion der Verfügung	229
(c) Dreiecksbetrugskonstellation	231
(3) Vermögensschaden	233
(4) Subjektiver Tatbestand	234
(a) Stoffgleicher Vermögensvorteil	234
(b) Rechtswidrigkeit des Vorteils	240
(c) Nachweisbarkeit	240
2. Nachträgliche Herabsetzung des eigenen Angebots	240
a) Betrug zu Lasten des Ausschreibenden	241
b) Betrug zu Lasten des aussichtsreichsten Bieters	241
c) Bewertung	241

III. Einflußnahme auf das Verfahren im Vorfeld der Ausschreibung	241
1. Einflußnahme auf die Auswahl der Bieter bei beschränkten Ausschreibungen	241
a) Vertikale Einflußnahme als Ergänzung einer Submissionsabsprache	242
(1) Eingehungsbetrag zu Lasten des Ausschreibenden	242
(a) Irrtumserregung durch Täuschung	242
(b) Vermögensverfügung und -schaden	243
(2) Erfüllungsbetrag zu Lasten des Ausschreibenden	244
(3) Betrug zu Lasten eines Konkurrenten	244
b) Vertikale Einflußnahme durch ausschließliche Angebotsaufforderung von „Wunschkonkurrenten“	245
(1) Eingehungsbetrag zu Lasten des Ausschreibenden	245
(a) Irrtumserregung durch Täuschung	245
(b) Vermögensverfügung und -schaden	246
(2) Erfüllungsbetrag zu Lasten des Ausschreibenden	246
(3) Betrug zu Lasten eines Konkurrenten	247
2. Einflußnahme auf die Erstellung des Leistungsverzeichnisses	247
a) Eingehungsbetrag zu Lasten des Ausschreibenden	248
(1) Irrtumserregung durch Täuschung	248
(2) Vermögensverfügung und -schaden	248
b) Erfüllungsbetrag zu Lasten des Ausschreibenden	249
c) Betrug zu Lasten von Mitbietern	249
E. Zusammenfassung und Schlußbetrachtungen	250
Literaturverzeichnis	253

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AO	Abgabenordnung
BAnz.	Bundesanzeiger
BauR	Baurecht, Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern
BayHO	Haushaltsordnung des Freistaates Bayern
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH-Rechtsprechung, hrsg. von den Richtern des Bundesgerichtshofes
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BHO	Bundshaushaltsordnung
BKA	Bundeskriminalamt
BKartA	Bundeskartellamt

BMJ	Bundesministerium der Justiz
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BStBl.	Bundessteuerblatt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
c.i.c.	culpa in contrahendo
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung
DWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EGV	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
evtl.	eventuell
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f., ff.	folgend(e)
Fn.	Fußnote
fortgef.	fortgeführt
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GK	Gemeinschaftskommentar (<i>Müller-Henneberg/Schwartz</i>)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.A.	herrschende Ansicht
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
h.L.	herrschende Lehre

h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
hrsg.	herausgegeben
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
i.e.	im einzelnen
I/M	<i>Immenga/Mestmäcker</i> , Kommentar zum GWB
i.S.d., i.S.v.	im Sinne der (des), im Sinne von
i.ü.	im übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.	im wesentlichen
JA	Juristische Arbeitsblätter für Ausbildung und Examen
JMBINRW	Justizministerialblatt für Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KartellR	Kartell-Rundschau, Monatsschrift für Kartell- und Konzernwesen
KG	Kammergericht
Lbl.	Loseblattsammlung
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
L/R	<i>Löwe/Rosenberg</i> , Strafprozeßordnung
LSP-Bau	Leitsätze für die Ermittlung von Preisen für Bauleistungen auf Grund von Selbstkosten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
M SchrKrim.	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrecht
MüKo	Münchener Kommentar zum BGB
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

NdschrStrKomm.	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
o.g.	oben genannte(r)
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen
OLG	Oberlandesgericht
OrgKG	Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsrate-Kommentar
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
SK-StPO	Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz
Slg.	Sammlung der Entscheidungen des EuGH
sog.	sogenannte(r)
S / S	<i>Schönke/Schröder</i> , Strafgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
str.	strittig
StV	Strafverteidiger
SZ	Süddeutsche Zeitung
u.a.	unter anderem, und anderswo
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom, von

v.a.	vor allem
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
VOB (/A)	Verdingungsordnung für Bauleistungen (Teil A)
VOL (/A)	Verdingungsordnung für Leistungen (Teil A)
WiKG	Wirtschaftskriminalitätsgesetz
WirtschaftsKrim.	Wirtschaftskriminalität
WiStG	Wirtschaftsstrafgesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb — Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
z.B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z.T.	zum Teil

A. Einleitung

„Das StGB darf nicht länger ein Gesetzbuch allein gegen die Armen und Dummen sein, denen nichts besseres einfällt, als dem Nachbarn mit plumper Hand in die Tasche zu greifen“.¹ Dieser Appell Baumanns, auch wenn er schon vor über 20 Jahren geäußert wurde, hat bis heute nichts von seiner Aktualität eingebüßt. Trotz zweier Wirtschaftskriminalitätsgesetze in der Zwischenzeit scheint es zumindest nach wie vor so, daß man einiger Formen komplexer, intelligenter Wirtschaftskriminalität mit dem Strafgesetzbuch nicht Herr werden kann. Und doch: Unsere Gesellschaft hat gerade in jüngster Zeit der Organisierten Kriminalität und der Korruption den Kampf angesagt.² Damit rückt auch der Submissionsbetrug in den Mittelpunkt des allgemeinen Interesses, denn zum einen unterfällt ein Großteil der Manipulationen bei Ausschreibungsverfahren dem Begriff der „Organisierten Kriminalität“, der die von Gewinn- oder Machtstreben bestimmte planmäßige Begehung von Straftaten erfaßt, die einzeln oder in ihrer Gesamtheit von erheblicher Bedeutung sind, wenn mehr als zwei Beteiligte auf längere oder unbestimmte Dauer arbeitsteilig ... unter Einflußnahme auf Politik, Medien, öffentliche Verwaltung, Justiz oder Wirtschaft zusammenwirken.³ Zum anderen entstammt eine Vielzahl in Erscheinung tretender Korruptionsfälle dem Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe.⁴

Bis in die Gegenwart hinein sind immer wieder bedeutsame Unregelmäßigkeiten bei der Auftragsvergabe aufgedeckt worden und in die Schlagzeilen

¹ *Baumann*, JZ 1972, 2.

² Vgl. z.B. den Erlaß eines OrgKG, durch das zum einen – materiell – der Straftatbestand der Geldwäsche sowie Vermögensstrafe und erweiterer Verfall eingeführt wurden; wichtiger aber sind die formellrechtlichen Regelungen, die den Strafverfolgungsbehörden ihre Aufgabe erleichtern sollen, so durch Einsatz Verdeckter Ermittler, Rasterfahndung, Einsatz technischer Mittel und Verbesserung des Zeugenschutzes. Vgl. weiterhin den Einsatz mobiler Prüfgruppen in der Frankfurter Kommunalverwaltung, die mit erfahrenen Verwaltungsbeamten und technischen Spezialisten besetzt ist, um Korruption und deren Folgen im Zusammenhang mit kommunalen Bauaufträgen aufzuspüren; vgl. *Herbig*, *VerwArch.* 1989, 389; zu weiteren Maßnahmen und Vorschlägen vgl. *Seidel*, *Kriminalistik* 1993, 2 ff.

³ Auszug aus der umfassenden Definition der Arbeitsgruppe Justiz/Polizei aus dem Jahre 1990, vgl. bei *Gehm/Link*, *Kriminalistik* 1992, 491.

⁴ Vgl. nur *Seidel*, *Kriminalistik* 1993, 2, insb. S. 6; *Herbig*, *VerwArch.* 1989, 381 ff.

geraten.⁵ Und gleichwohl kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, daß Rudolf Gerhardt Recht hat, wenn er schreibt: „Die Mühlen der Gerechtigkeit mahlen langsam. Ganz besonders langsam – wenn überhaupt – mahlen sie aber, wenn es Wirtschaftsstrafsachen sind, die in ihr Räderwerk gelangen.“⁶ In bezug auf den Submissionsbetrug allerdings hat der BGH am 8.1.1992 mit seiner vielbeachteten Entscheidung⁷ wenn nicht einen „Kanonenschlag“, dann zumindest doch ein „Donnergrollen“ ausgelöst,⁸ das eine Kehrtwende in diesem Bereich einläuten könnte und auch Anlaß für die vorliegende Untersuchung gab. Der BGH hatte zum ersten Mal ausdrücklich erklärt, Preisabsprachen bei Submissionen könnten den Tatbestand des § 263 StGB erfüllen und als Betrug zu Lasten des Ausschreibenden strafbar sein. Damit endet ein jahrzehntelanger „Dornröschenschlaf“ des Strafrechts in bezug auf diese Art von Ausschreibungsmanipulation, an dessen Ungestörtheit das oberste Strafgericht selbst durch ein Urteil aus dem Jahre 1961⁹ wesentlichen Anteil hat.

Hingegen sind in der Literatur die Stimmen nie verstummt, die in den Submissionsabsprachen einen strafbaren Betrug sehen wollten. Im Mittelpunkt der Diskussion um die Strafbarkeit solcher Absprachen stand jedoch die rechtspolitische Frage, ob ein eigener Tatbestand des „Submissionsbetrugs“ in das StGB Aufnahme finden sollte.¹⁰ Seit 1922 enthielten nahezu alle Entwürfe eines Strafgesetzbuchs einen solchen speziellen Tatbestand – bis heute allerdings ohne Erfolg. Nach dem Zweiten Weltkrieg beschäftigte sich die Große Strafrechtskommission, die sich am 6.4.1954 konstituierte, mit dem Ausschreibungsbetrug, wobei diese es als „schweren Fehler des Gesetzgebers“ ansah, „zweifelloos kriminelle Sachverhalte“ im Kartellrecht als bloße Ordnungswidrigkeiten zu behandeln und empfahl folglich die Einführung eines Sondertatbestands, der u.a. die Einflußnahme auf die öffentliche Auf-

⁵ So z.B. das süddeutsche Zementkartell, Handelsblatt vom 17.7.1989, S. 1 und 10; die Münchener Schmiergeldprozesse, Die Zeit Nr. 9 vom 21.2.1992, SZ Nr. 135 vom 16.6.1993, S. 46, sowie SZ Nr. 159 vom 14.7.1993, S. 36.

⁶ Rudolf Gerhardt, Die Zeit Nr. 11 vom 6.3.1992, S. 35.

⁷ BGHSt 38, 186 = NJW 1992, 921 = BauR 1992, 383 = BB 1992, 234 = DWiR 1992, 117 = EWiR § 263 StGB 1/92, 295 = JZ 1993, 420 = NSTz 1993, 40 = wistra 1992, 98 = WM 1992, 372 = ZfBR 1992, 126 = ZIP 1992, 266. Im folgenden wird diese Entscheidung nach der NJW-Fundstelle zitiert, da die Entscheidungsgründe in BGHSt 38, 186 nur unvollständig abgedruckt sind.

⁸ Vgl. Tiedemann, ZRP 1992, 151; Rudolf Gerhardt, Die Zeit Nr. 11 vom 6.3.1992, S. 35.

⁹ BGHSt 16, 367.

¹⁰ Dazu und zum folgenden ausführlich Franzen, Die Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von Submissionskartellen und Bietungsabkommen; Möschel, Zur Problematik einer Kriminalisierung von Submissionsabsprachen, R. Schmid, Der Ausschreibungsbetrug als ein Problem der Strafgesetzgebung.

tragsvergabe unter Strafe stellen sollte (Entwurf eines § 270 StGB aus dem Jahre 1959). Mit geringfügigen Änderungen wurde dieser Entwurf in die Regierungsentwürfe 1960 und 1962 als „§ 270 Unlautere Einflußnahme auf Versteigerungen und Vergaben“ übernommen; dieser konnte aber nicht alle parlamentarischen Hürden überwinden. Anfang 1975 legte die Regierung den Entwurf eines 1. WiKG vor, der jedoch keine einschlägigen Bestimmungen enthielt. Allerdings hatte das Bundesjustizministerium bereits 1972 eine unabhängige Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität eingesetzt, deren Empfehlungen in bezug auf die Schaffung eines Tatbestands des Ausschreibungsbetrugs die Referentenentwürfe des Bundesjustizministeriums für ein 2. WiKG (von 1978, 1979 und 1980) ebenso beeinflussten wie der Alternativentwurf der Strafrechtslehrer, der weitgehend auf den Vorarbeiten von Tiedemann beruhte und ebenfalls die Schaffung eines Sondertatbestandes empfahl. Allerdings teilte das Wirtschaftsministerium, damals unter der Leitung von Graf Lambsdorff, die Ansicht des Justizministeriums nicht; es sprach sich vielmehr energisch gegen eine Pönalisierung solchen Verhaltens aus. Bei den Beratungen des 2. WiKG hat der Gesetzgeber es dann auch schließlich abgelehnt, den Tatbestand des Ausschreibungsbetruges einzuführen,¹¹ und alle diesbezüglichen Empfehlungen und Entwürfe verschwanden in der Versenkung. Auch jetzt, nach der vielbeachteten BGH-Entscheidung, bestehen keine Pläne, das StGB durch einen solchen Spezialtatbestand zu ergänzen.¹²

Angesichts der Untätigkeit des Gesetzgebers auf diesem Gebiet erlangte die Frage, ob Manipulationen bei Submissionsverfahren bereits durch den allgemeinen Betrugstatbestand erfaßt werden können, in der Literatur bereits früh gesteigerte Aufmerksamkeit.¹³ Der BGH hatte sich aus diesem Streit sozusagen selbst ausgeschaltet, indem er mit einem Freispruch mangels Schadensnachweises in einem besonders gelagerten Fall im Jahre 1963 bei den Strafverfolgungsorganen den Eindruck erweckte, Submissionsabsprachen könnten generell nicht als Betrug bestraft werden. Aus diesem Grund wurden von den Staatsanwaltschaften lange Jahre keine Verfahren eingeleitet. Erst nach gut 30 Jahren erhielt der BGH jetzt Gelegenheit, erneut zu diesem Thema Stellung zu nehmen.

Bislang fehlte eine monographische Untersuchung der Strafbarkeit von unlauteren Einflußnahmen auf Ausschreibungsverfahren. Diese Lücke soll mit der vorliegenden Arbeit geschlossen werden. Dabei möchte ich die Betrach-

¹¹ Vgl. den Ausschlußbericht, BT-Drs. 10/5058, S. 31.

¹² Auskunft des BMJ vom 29.1.1993.

¹³ Vgl. nur *Gutmann*, MDR 1963, 6; *Baumann/Arzt*, ZHR 1970, 24 ff.; *Eichler*, BB 1972, 1347.