

Univ.-Prof. Dr. Robert Kert
Institut für Österreichisches und Europäisches Wirtschaftsstrafrecht
Wirtschaftsuniversität Wien

Studie
zu ausgewählten Fragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit
im Zusammenhang mit Submissionsabsprachen

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	2
I. Aufgabenstellung	4
II. Die Anwendbarkeit des Betrugstatbestandes nach §§ 146 ff StGB auf Submissionsabsprachen.....	5
A. Der Tatbestand des Betruges	5
B. Strafbarkeit von Submissionsabsprachen nach § 146 StGB.....	5
1. Täuschung.....	5
a. Allgemeines	5
b. Konkludente Täuschung durch aktives Tun	6
c. Konkludente Täuschung bei Submissionsabsprachen	7
2. Irrtum und Vermögensverfügung	8
3. Eintritt eines Vermögensschadens.....	9
a. Allgemeines	9
b. Berechnung des Vermögensschadens	10
c. Allgemeiner Bewertungsmaßstab	11
d. Vermögensschaden bei Submissionsabsprachen	11
i. Allgemeines.....	11
ii. Grundproblem: Fehlender Marktpreis.....	12
iii. Ansichten in der Literatur	13
iv. Die Rechtsprechung zum Submissionsbetrug	14
v. Keine schadensgleiche Vermögensgefährdung.....	15
vi. Effektiver Vermögensschaden	16
4. Innerer Tatbestand	21
a. Tatbildvorsatz	21
b. Erweiterter Vorsatz auf unrechtmäßige Bereicherung.....	23
i. Vorsatz auf Bereicherung.....	23
ii. Bereicherungsvorsatz bei Submissionsabsprachen	24
III. Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren (§ 168b StGB) 26	
A. Einleitung.....	26
B. Einordnung als Verletzungs- oder Gefährdungsdelikt	26
C. Tatbestand des § 168b StGB	28

1. Objektiver Tatbestand.....	28
a. Tathandlung	28
b. Vergabeverfahren.....	28
c. Rechtswidrigkeit der Absprache	32
i. Rechtswidrigkeit und Vergaberecht	32
ii. Anknüpfung an Verbote des österreichischen und europäischen Kartellrechts	32
iii. Keine Rechtswidrigkeit von „Bagatellkartellen“	35
2. Subjektiver Tatbestand	36
D. Versuch des § 168b StGB.....	36
E. Verhältnis zwischen § 168b StGB und Kartellgesetz	37
F. Verhältnis von § 146 und § 168b StGB	41
IV. Leistung von Abstandszahlungen als Untreue (§ 153 StGB)?	43
V. Zusammenfassung	46

I. Aufgabenstellung

Der Verfasser wurde von der Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs (VIBÖ) mit der Erstellung der vorliegenden Studie beauftragt. Aufgrund des Auftrags sollen folgende Fragestellungen zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Absprachen von Bietern in Vergabeverfahren erörtert werden:

- Ist der Tatbestand des Betruges (§§ 146 ff StGB) auf Bieterabsprachen in Vergabeverfahren anwendbar? Wenn ja, unter welchen Voraussetzungen? Insbesondere ist auf den Schadensbegriff, die Schadensberechnung und die Problematik der Feststellung des Vermögensschadens sowie des Bereicherungsvorsatzes einzugehen.
- Hinsichtlich Wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Vergabeverfahren (§ 168b StGB) werden offene Fragen erörtert, insbesondere die Natur des § 168b, die mögliche Strafbarkeit des Versuchs des § 168b StGB, die Rechtswidrigkeit einer Absprache sowie die Frage, auf welche Vergabeverfahren – ausschließlich öffentliche oder auch private – § 168b StGB anwendbar ist.
- Inwiefern kann die Bezahlung von Scheinrechnungen zur Leistung von Abstandszahlungen an andere an der Absprache Beteiligte zu einer Strafbarkeit nach dem Tatbestand der Untreue (§ 153 StGB) führen?

II. Die Anwendbarkeit des Betrugstatbestandes nach §§ 146 ff StGB auf Submissionsabsprachen

A. Der Tatbestand des Betruges

Der Betrug nach § 146 StGB setzt voraus, dass auf der objektiven Tatseite der Täter eine Täuschungshandlung setzt, die beim Getäuschten einen themengleichen Irrtum hervorruft, welcher den Getäuschten zu einer Vermögensverfügung veranlasst, durch die sein Vermögen oder das eines Dritten geschädigt wird. Zwischen diesen Tatbestandselementen muss ein Kausalzusammenhang bestehen.¹

Auf der subjektiven Tatseite muss der Täter mit dem Vorsatz auf die Täuschung, den Irrtum, die Vermögensverfügung und die Vermögensschädigung handeln (Tatbildvorsatz). Darüber hinaus muss der Täter einen erweiterten Vorsatz auf eine unrechtmäßige Bereicherung haben. Tatsächlich muss keine Bereicherung eintreten.

B. Strafbarkeit von Submissionsabsprachen nach § 146 StGB

1. Täuschung

a. Allgemeines

Die Tathandlung des § 146 StGB ist eine Täuschung eines anderen Menschen über Tatsachen. Eine Täuschungshandlung ist die Abgabe einer unwahren Erklärung, mit der auf die Vorstellung eines anderen eingewirkt wird.² Sie besteht in einem Verhalten, das dazu bestimmt und geeignet ist, in einer anderen natürlichen Person einen Irrtum über Tatsachen hervorzurufen oder aufrechtzuerhalten.³ Voraussetzung ist somit, dass diese Täuschung einen Irrtum beim Getäuschten verursacht. Die Erregung eines Irrtums ist dabei ein von der Täuschungshandlung

¹ *Kienapfel/Schmoller*, Studienbuch Besonderer Teil II § 146 Rz 16; *Kert*, in *Triffterer/Hinterhofer/Rosbaud* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch § 146 Rz 37.

² *Kienapfel/Schmoller*, Besonderer Teil II § 146 Rz 47.

³ Siehe OGH EvBl 1981/7; *Kienapfel/Schmoller*, Besonderer Teil II § 146 Rz 32; *Kert* in *SbgK* § 146 Rz 38; *Leukauf/Steininger/Flora*, StGB⁴ (2016) § 146 Rz 6.

losgelöstes, selbstständiges Tatbestandsmerkmal, da der Irrtum auch auf andere Weise als durch die Täuschung bewirkt werden kann. Die Verursachung eines Irrtums kann in einem Erregen, Bestärken oder Erhalten des Irrtums liegen.

Eine Täuschung kann durch aktives Tun oder Unterlassen erfolgen. Bei einer Täuschung durch aktives Tun liegt die Täuschung im Vorspiegeln falscher Tatsachen oder im Entstellen wahrer Tatsachen.⁴ Dem (aktiven) Tun muss ein Erklärungswert zukommen, aus dem sich die unwahre Behauptung erschließt.⁵ Das aktive Tun kann in einer ausdrücklichen oder konkludenten Täuschung liegen. Bei ausdrücklichen Täuschungen sagt der Täter explizit – mündlich oder schriftlich – die Unwahrheit über Tatsachen. Bei einer konkludenten Täuschung erfolgt die Täuschung durch schlüssiges Verhalten.

b. Konkludente Täuschung durch aktives Tun

Im Fall von Submissionsabsprachen kommt in der Regel eine konkludente Täuschung durch aktives Tun in Betracht, denn gewöhnlich wird nicht ausdrücklich über die Absprache getäuscht.

Bei einer konkludenten Täuschung erfolgt die Täuschung durch schlüssiges Verhalten: Die Täuschung ergibt sich aus dem Gesamtverhalten des Täters, dem nach den Umständen und der Verkehrsauffassung ein bestimmter Erklärungswert zukommt.⁶ Bei der konkludenten Täuschung handelt es sich auch um eine Täuschung durch aktives Tun und nicht durch Unterlassen, denn der Täter setzt ein Verhalten. Dies ist insbesondere bei unvollständigen Erklärungen oder Verschweigen von Informationen im Zuge einer Erklärung der Fall. Daher müssen bei einer konkludenten Täuschung nicht die Voraussetzungen für die Strafbarkeit eines Unterlassens vorliegen.⁷

Wesentlich für die Annahme einer konkludenten Täuschung ist, in welcher Weise ein Verhalten des Täters verstanden wird. Es geht also um die Auslegung einer Verhaltensweise des Täters.

⁴ OGH ÖJZ-LSK 1977/347; 1978/121.

⁵ Cramer/Perron in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar²⁸ § 263 Rz 12.

⁶ Birklbauer/Hilf/Tipold, Besonderer Teil I⁴ §§ 146 ff Rz 10; Fuchs/Reindl-Krauskopf Besonderer Teil I⁵ 203; Kienapfel/Schmoller Besonderer Teil II Rz 52; Leukauf/Steininger/Flora StGB³ § 146 Rz 17; siehe auch Cramer/Perron in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar²⁸ § 263 Rz 14/15.

⁷ Kirchbacher in Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² § 146 Rz 22.

In diese Auslegung ist die spezifische Gesamtsituation miteinzubeziehen. So ist relevant, wo und in welchem Kontext eine Erklärung abgegeben wird.⁸ Vielfach enthält eine Erklärung für sich genommen noch keine Täuschung, weil sie nach der objektiven Verkehrsauffassung alle wesentlichen Informationen enthält. Im konkreten Zusammenhang kann eine solche Erklärung jedoch durchaus einen Inhalt erhalten, der eine Täuschung enthält, weil der Erklärungsempfänger aufgrund des Kontextes eine berechtigte Erwartung hat. Ein solcher Kontext kann sich aus den äußeren Umständen rund um die Abgabe der Erklärung ergeben.⁹

c. Konkludente Täuschung bei Submissionsabsprachen

Entscheidend für die Annahme eines Betruges in Zusammenhang mit Submissionsabsprachen ist daher, welche Verkehrserwartung der Auftraggeber als Erklärungsempfänger im Rahmen eines Vergabeverfahrens berechtigter Weise hat.

Nach hM erklärt der Bieter, der im Rahmen eines Vergabeverfahrens ein Angebot legt, konkludent, dass dieses Angebot im freien Wettbewerb redlich kalkuliert und entsprechend den Regeln des Wettbewerbsrechts zustande gekommen ist.¹⁰ Daher darf ein Auftraggeber berechtigterweise erwarten, dass das vom Bieter abgegebene Angebot im freien Wettbewerb, also frei von jeden Absprachen, zustande gekommen ist. Gibt ein Bieter daher ein Angebot ab, das auf einer Absprache beruht, die das Ziel verfolgt, den Wettbewerb auszuschließen oder einzuschränken, und verschweigt er diesen Umstand, wird der Auftraggeber konkludent darüber getäuscht, dass die angebotenen Preise im freien Wettbewerb redlich und ohne jede Absprache kalkuliert wurden.¹¹ Beruht das Angebot auf einer Absprache zwischen Bietern, so täuscht der Bieter somit, und es liegt eine konkludente Täuschung vor.¹²

Zu betonen ist, dass die Preisabsprache selbst noch keine Täuschung darstellt. Eine Täuschung liegt erst dann vor, wenn der Täter auf die Vorstellungen eines anderen einwirkt, somit mit der Abgabe eines Angebotes im Rahmen eines Vergabeverfahrens.

⁸ Kert, in SbgK § 146 Rz 83.

⁹ Eine Strafbarkeit kommt selbstverständlich nur dann in Betracht, wenn der Erklärende auf der subjektiven Tatseite den Kontext erkennt und in seinen Vorsatz aufnimmt.

¹⁰ OGH 28.6.2000, 14 Os 107/99; OGH 6.10.2004, 13 Os 135/03; OGH 26.9.2001, 13 Os 34/01.

¹¹ Kert, in SbgK § 146 Rz 96.

¹² OGH 28.6.2000, 14 Os 107/99; OGH 26.9.2001, 13 Os 34/01; OGH 6.10.2004, 13 Os 135/03; EvBl 2001/8; siehe dazu *Birkbauer/Hilf/Tipold* BT I⁴ §§ 146 ff Rz 113; *Köck*, Submissionsabsprachen: Betrug oder Strafbarkeit nach dem Kartellgesetz, wbl 1999, 529 (530 ff); *Steininger*, Zur Strafbarkeit von Preisabsprachen im Baugewerbe, RZ 2000, 116 (118 ff).

Auch das bloße Stellen eines Teilnahmeantrags reicht noch nicht für eine Strafbarkeit wegen Betrugs aus. Zwar könnte ein solcher Teilnahmeantrag auch eine Täuschung über Tatsachen darstellen, allerdings bewirkt ein erfolgreicher Teilnahmeantrag nur, dass der Bewerber zur zweiten Stufe zugelassen und zur Angebotslegung eingeladen wird. Diese Zulassung zur zweiten Stufe führt aber noch nicht unmittelbar zu einer Auswirkung im Vermögen des Auftraggebers. Daher handelt es sich bei der Zulassung noch nicht um eine Vermögensverfügung, für die die Täuschung kausal wäre.¹³

2. Irrtum und Vermögensverfügung

Die Täuschung muss zu einem themengleichen Irrtum, also zu einer Fehlvorstellung von der Wirklichkeit, beim Getäuschten führen. Täuscht der Bieter in einem Vergabeverfahren vor, das von ihm gelegte Angebot sei ohne jede Absprache im freien Wettbewerb entstanden, führt dies idR beim Auftraggeber zu einer Fehlvorstellung von der Wirklichkeit.¹⁴ Damit entsteht beim Getäuschten der Eindruck, zur späteren Vermögensverfügung verpflichtet zu sein.

Dieser Irrtum muss den Getäuschten dazu veranlassen, eine Vermögensverfügung vorzunehmen. Eine Vermögensverfügung kann in einer Handlung, Duldung oder Unterlassung bestehen, mit der der Getäuschte über sein Vermögen oder über das Vermögen eines Dritten verfügt.¹⁵ Die Verfügung muss sich unmittelbar schädigend auf das Vermögen des Getäuschten oder eines Dritten auswirken.¹⁶ Die Vermögensverfügung muss keinen rechtsgeschäftlichen Charakter haben; auch faktische Handlungen sind darunter zu subsumieren. Sie muss auch nicht rechtswirksam sein, kann zivilrechtlich ungültig oder anfechtbar sein.¹⁷ Es kommt allein auf die faktische Verfügung an. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Deliktserfolg tatplanmäßig noch

¹³ *Sagmeister*, Die straf- und kartellrechtliche Sanktionierung juristischer Personen wegen horizontaler Preisabsprachen im Vergabeverfahren im Lichte von Art 50 GRC, Diss WU Wien (2016) 23.

¹⁴ *Köck*, wbl 1999, 531; *Lurger*, Die strafrechtliche Beurteilung von Submissionsabsprachen, *ecolex* 2003, 109 (110).

¹⁵ *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 146 Rz 108; *Kirchbacher* in WK² § 146 Rz 52; *Flora* in *Leukauf/Steininger*, StGB § 146 Rz 36; *Rittler*, BT² 213; aus der Rsp siehe zB OGH JBl 2008, 539; 2008, 332; 1996, 468; 1990, 329 mit Anm *Kienapfel*; EvBl 1990/133; JBl 1985, 632; 1985, 176; 1983, 545 mit Anm *Liebscher*.

¹⁶ Siehe *Birklbauer/Hilf/Tipold*, BT I⁴ §§ 146 ff Rz 19, 23; *Fabrizy*, StGB¹² § 146 Rz 11; *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I⁵ 205; *Kienapfel/Schmoller* BT II Rz 108; *Flora* in *Leukauf/Steininger*³ § 146 Rz 40; siehe *Cramer/Perron* in *Schönke/Schröder*, StGB²⁸ § 263 Rz 55; *Tiedemann*, Leipziger Kommentar¹¹ § 263 Rz 97.

¹⁷ *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I⁵ 204.

weiterer Ausführungshandlungen, insb der Rechnungslegung bedarf und erst einige Zeit später eintreten soll.¹⁸

Die Vermögensverfügung besteht beim Submissionsbetrug nach hM in der Zuschlagserteilung.¹⁹ Ob die Zuschlagserteilung rechtmäßig erfolgt ist oder anfechtbar ist, ist für die Annahme einer Vermögensverfügung nicht relevant. Dieser Zeitpunkt der Vermögensverfügung stellt darauf ab, dass der Schaden auch mit der Erteilung des Zuschlags eintritt. Dies ist im Folgenden noch kritisch zu hinterfragen.²⁰

Für die Kausalität zwischen Täuschung und Vermögensverfügung ist von Bedeutung, dass der Ausschreibende keinen Zuschlag erteilt hätte, wenn er um die Absprache gewusst hätte.

3. Eintritt eines Vermögensschadens

a. Allgemeines

Schließlich ist auf objektiver Tatbestandsebene der Eintritt eines Vermögensschadens erforderlich. Die Vermögensverfügung muss einen Schaden am Vermögen des Getäuschten oder eines Dritten herbeiführen. Mit Eintritt des Vermögensschadens ist der Betrug vollendet.

Unter Vermögensschaden ist der effektive Verlust an Vermögenssubstanz zu verstehen.²¹ Er liegt dann vor, wenn die Vermögenslage des Opfers nach der Tat ungünstiger ist als zuvor.²² Das heißt, der Wert der Aktiva muss verringert werden oder es müssen neue Verbindlichkeiten entstehen, ohne dass die Minderung durch einen unmittelbaren Vermögenszuwachs gänzlich kompensiert wird. Ein Schaden liegt dann vor, wenn sich der wirtschaftliche Gesamtwert des Vermögens durch die Verfügung des Getäuschten vermindert hat. Der Schaden besteht in der Differenz, um die sich der wirtschaftliche Wert des Gesamtvermögens auf Grund des Verhaltens des Getäuschten reduziert hat (sog Differenzschaden).²³

¹⁸ OGH 28.6.2000, 14 Os 107/99.

¹⁹ OGH 26.9.2001, 13 Os 34/01; *Kirchbacher* in WK² § 146 Rz 53; *H. Steininger*, RZ 2000, 119.

²⁰ Siehe unten S 16 ff.

²¹ OGH 11 Os 68/11a; EvBl 2002/218; 2001/8; 1999/7; 1998/117; *JUS-extra* 1996/6/2143; JBl 1990, 262; 1988, 659; 1986, 801; *SSt* 57/42; 56/61; 56/35; 56/61; 55/71; 54/73; EvBl 1984/30; JBl 1983, 545 mit Anm *Liebscher*; EvBl 1981/7; RZ 1977/47; *ÖJZ-LSK* 1976/329; 1975/153; *Birkbauer/Hilf/Tipold* BT I⁴ §§ 146 ff Rz 24; *Kienapfel/Schmoller* BT II § 146 Rz 146; *Kirchbacher* in WK² § 146 Rz 66; *Köck*, *Wirtschaftsstrafrecht*² 32; *Wegscheider*, RZ 1998, 159.

²² Siehe OGH JBl 2001, 198.

²³ OGH 14 Os 11/02; RZ 1977/47; *Kienapfel/Schmoller* BT II Rz 146.

Unter einem effektiven Verlust an Vermögenssubstanz ist eine tatsächliche, rechnerisch nachweisbare und somit grundsätzlich bezifferbare Minderung des wirtschaftlichen Vermögens zu verstehen. Der Schaden besteht also in der Differenz zwischen dem wirtschaftlichen Wert des Gesamtvermögens des Opfers vor der Verfügung und jenem nach der Verfügung.²⁴ Eine (konkrete) Vermögensgefährdung oder die Eingehung einer nachteiligen Verbindlichkeit reicht für die Erfüllung des Betrugstatbestandes nicht aus.

Der Schaden muss kein dauernder sein, auch eine bloß vorübergehende, aber messbare Vermögensminderung für einen wirtschaftlich nicht ganz bedeutungslosen Zeitraum kann einen Schaden begründen.²⁵

Bei gegenseitigen Leistungen (synallagmatischen Rechtsverhältnissen) zählt nach stRsp der Differenzschaden. Dieser besteht im Wertunterschied zwischen Leistung und Gegenleistung im Zeitpunkt der tatplangemäßen Erbringung, wobei vom generellen wirtschaftlichen Marktwert sowohl der dem Täter zugeflossenen als auch der von ihm erbrachten Leistungen (Gegenleistungen) auszugehen ist.²⁶

Es kommt nur auf den tatsächlichen Kausalverlauf und den tatsächlich eingetretenen Erfolg in seiner konkreten Gestalt an. Ob es bei Unterbleiben der Tat nach diesem Zeitpunkt möglicherweise auf Grund anderer Ursachen zu einer Vermögenseinbuße gekommen wäre, ist irrelevant, weil es nicht auf hypothetische Verläufe ankommt.²⁷

b. Berechnung des Vermögensschadens

Die Ermittlung des Schadens erfolgt durch eine Gesamtsaldierung, indem die Vermögenssituation des Geschädigten vor und nach der Vermögensverfügung ermittelt und verglichen wird.²⁸ Es kommt darauf an, ob eine Minderung des Gesamtwerts des Vermögens eingetreten ist, ohne dass diese durch einen unmittelbar aus der Vermögensverfügung folgenden Vermögensvorteil

²⁴ OGH 11 Os 68/11a; 14 Os 100/03; *Birkbauer/Hilf/Tipold* BT I §§ 146 ff Rz 27; *Kienapfel/Schmoller* BT II Rz 146; *Kirchbacher* WK² Rz 66; *Wegscheider*, Forderungen im Strafrecht, RZ 1998, 158 (159).

²⁵ OGH 11 Os 68/11a; 13 Os 85/09p; 14 Os 183/08f; SSt 2008/14; 57/42.

²⁶ OGH JBl 2001, 198; SSt 51/19.

²⁷ OGH 11 Os 68/11a-4; 14 Os 162/01; *Kienapfel/Höpfel*, AT¹⁵ Z 10 Rz 4; *Stricker* in *Leukauf/Steininger*, StGB⁴ Vorbem § 1 Rz 20.

²⁸ *Kert*, in *SbgK* § 146 Rz 238.

wirtschaftlich ausgeglichen wurde.²⁹ Ein allenfalls zugeflossener Vermögensvorteil ist mit dem Verlust zu verrechnen (Schadenskompensation). Ein Vermögensschaden liegt dann vor, wenn durch die Vermögensverfügung ein zum geschützten Vermögen gehörender Vermögensbestandteil entzogen wurde, ohne dass ein adäquater Gegenwert zum Vermögen hinzugekommen ist.

c. Allgemeiner Bewertungsmaßstab

Bei der Bewertung des Vermögens ist grundsätzlich vom allgemeinen wirtschaftlichen Markt- oder Verkehrswert einer Sache oder einer Leistung auszugehen. Der Marktpreis einer Ware oder gewerblichen Leistung bildet sich auf einem freien Markt durch Angebot und Nachfrage (Wettbewerbspreis). Es kommt auf den Wert einer Sache oder Leistung auf dem jeweiligen Markt zur Zeit und am Ort der Tat an, wobei die Besonderheiten von Spezialmärkten sowie aus- und inländischen Märkten mitberücksichtigt werden.³⁰ Es ist der objektiv angemessene marktübliche Preis der Ware oder Leistung entscheidend, nicht ein bloß den subjektiven Wertvorstellungen von Käufer und Verkäufer entsprechender, überhöhter Preis, auch wenn er zivilrechtlich rechtsgültig vereinbart worden ist.³¹

d. Vermögensschaden bei Submissionsabsprachen

i. Allgemeines

Die Feststellung und Berechnung eines Vermögensschadens stellt sich insbesondere bei Bieterabsprachen im Rahmen von Vergabeverfahren regelmäßig als problematisch dar.

Bei horizontalen Preisabsprachen in einem Vergabeverfahren erhält der Auftraggeber für den von ihm gezahlten Preis eine Gegenleistung, nämlich die Erbringung des Leistungsgegenstan-

²⁹ *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 146 Rz 161; *Kirchbacher* in WK² § 146 Rz 77; *Kert*, in SbgK § 146 Rz 238; für Deutschland *Cramer/Perron* in Schönke/Schröder, StGB²⁸ § 263 Rz 106; *Dannecker* in: Graf/Wittig/Jäger § 263 Rz 86; *Satzger* in: Satzger/Schmitt/Widmaier § 263 Rz 144 ff.

³⁰ *Kert*, in SbgK § 146 Rz 219; *Schmoller*, Ermittlung des Betrugsschadens bei Bezahlung eines marktüblichen Preises, ZStW 103 (1991) 108 ff; *Tiedemann* in Leipziger Kommentar¹¹ § 263 Rz 163.

³¹ Siehe OGH 13 Os 148/89; JUS-extra 1985/4/15; 13 Os 15/85; 12 Os 142/82; 9 Os 138/81; 10 Os 115/80; ÖJZ-LSK 1977/130; 1976/130.

des. Daher besteht der Vermögensschaden keinesfalls in dem im Angebot angebotenen Gesamtpreis. Es handelt sich um ein Austauschverhältnis, in dem der Vermögensschaden nur im Wertunterschied zwischen Leistung und Gegenleistung zum Zeitpunkt der tatplangemäßen Erbringung besteht. Hier ist grundsätzlich vom generellen wirtschaftlichen Marktwert der erbrachten Leistungen und Gegenleistungen auszugehen.

ii. Grundproblem: Fehlender Marktpreis

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass für die Berechnung und Bewertung des Vermögensschadens ein allgemeiner wirtschaftlicher Markt- und Verkehrswert der betreffenden Sache oder Leistung existieren muss. Dies gilt grundsätzlich auch für die vom Auftragnehmer erbrachten Leistungen, die dem gezahlten Preis gegenüberzustellen sind. Hier liegt jedoch auch die Schwierigkeit bei der Bemessung des Vermögensschadens im Zusammenhang mit horizontalen Preisabsprachen in Vergabeverfahren. Denn in den Fällen der Auftragsvergabe existiert häufig für den gegenständlichen Leistungsgegenstand kein allgemeiner Marktpreis, weil die angebotenen Leistungen einmalig und individuell sind und spezielle Anforderungen an den Leistungserbringer stellen. Der Preis der Leistungen soll sich in einem Vergabeverfahren durch den Wettbewerb potentieller Anbieter ergeben. Wird allerdings der Wettbewerb durch Preisabsprachen zwischen den potentiellen Anbietern eingeschränkt oder ausgeschalten, mangelt es an einem Wettbewerbspreis, der sich aus Angebot und Nachfrage ergibt und als Vergleichsmaßstab herangezogen werden könnte.

Sollte es für eine Leistung oder eine Ware einen Marktpreis geben, kann auch beim Submissionsbetrug die Berechnung des Vermögensschadens nach den oben genannten Grundsätzen erfolgen. Auf diese Fälle ist hier nicht weiter einzugehen. Da diese allerdings nicht die Regel darstellen, ist im Folgenden zu untersuchen, ob und unter welchen Umständen von einem Vermögensschaden auszugehen ist, wenn kein derartiger Marktpreis vorliegt.

iii. Ansichten in der Literatur

In der Lit³² wird teilweise auf den „angemessenen“ Preis abgestellt. Ein Vermögensschaden soll dann vorliegen, wenn der Wert der Leistung des öffentlichen Auftraggebers objektiv höher ist als der Wert der Gegenleistung des Anbieters, dh wenn ein unangemessen hoher Preis gezahlt wurde oder werden sollte. Der angemessene Preis sei anhand der vom Unternehmen zu ihrer Herstellung notwendigen, knapp kalkulierten Kosten plus adäquatem Gewinnanteil zu bestimmen. Dabei handle es sich um einen von den Präferenzen des staatlichen Nachfragers unabhängigen Wertmesser, welcher durch eine von der Ausschreibung getrennte Rekonstruktion ermittelt werden könne.³³ Die Beurteilung der Angemessenheit von Preisen ist angesichts der vielfältigen Variablen und der Komplexität von Preisbildungsprozessen allerdings äußerst schwierig.

Die Rsp lehnt den angemessenen Preis als Vergleichsmaßstab ab, weil es auf einem freien Markt keine absoluten Waren- und Dienstleistungswerte gebe, die von einem Angebot- und Nachfrage-Verhältnis losgelöst sind. Auftraggeber und Bieter haben typischerweise von einem angemessenen Preis unterschiedliche Vorstellungen.

Der OGH erachtet den Begriff der „Preisangemessenheit“ zudem als zu unbestimmt. Der Begriff der „Preisangemessenheit“ lasse die nötige Bestimmtheit vermissen und erfordere selbst eine inhaltliche Determinierung, für die sich ein allgemein gültiger Maßstab gar nicht finden ließe.³⁴ In einem System des Marktes gebe es keinen angemessenen Preis, sondern komme es darauf an, welcher Preis sich bei funktionierendem Wettbewerb bilden würde.³⁵ Dies ist auch der Sinn einer Ausschreibung, den Auftrag zum günstigsten erzielbaren Preis bei Beachtung der Regeln für das Vergabeverfahren zu vergeben.³⁶

Darüber hinaus vernachlässigt diese Ansicht, dass sich der Preisbildungsprozess in der Praxis äußerst komplex gestaltet und von zahlreichen Variablen abhängt.³⁷ Unternehmen, die keinen finanziellen Spielraum haben und deren Überleben von der Erteilung des Zuschlags abhängt, werden einen anderen Gewinnanteil als adäquat betrachten als Unternehmen, die wirtschaftlich

³² Bertel/Schwaighofer/Venier, BT I¹³ § 168b Rz 6; Eder-Rieder, Wirtschaftsstrafrecht² 74; Köck, wbl 1999, 530 ff; dies, JBl 2001, 201; Lurger, eolex 2003, 109 (110 f).

³³ Köck wbl 1999, 533.

³⁴ Satzger, Strafrechtliche Bekämpfung von Submissionskartellen, ZStW 1997, 362.

³⁵ Kienapfel/Schmoller BT II Rz 167; Kirchbacher WK² Rz 86; Steininger RZ 2000, 121; siehe auch Baumann NJW 1992, 1664; Satzger ZStW 109 (1997) 362; Tiedemann LK¹¹ § 263 Rz 165.

³⁶ Vgl Kert in SbgK § 146 Rz 226.

³⁷ So auch Kert in SbgK § 146 Rz 225; Satzger, ZStW 1997, 361.

florieren. Abhängig von den Gewinnanteilen werden sich jedoch auch die Preise unterscheiden. Welcher dieser Preise der angemessene ist, ist kaum festzustellen. Es ist daher zweifelhaft, ob es überhaupt einen einzigen angemessenen Preis gibt.³⁸

iv. Die Rechtsprechung zum Submissionsbetrug

Die Rsp geht davon aus, dass die Täuschung über die Preisabsprachen kausal ist für einen Vermögensschaden, da der Auftraggeber bei Kenntnis der Preisabsprachen den Auftrag nicht an den Bieter vergeben hätte und er in der Lage gewesen wäre, entweder durch Neuausschreibung unter Wettbewerbsbedingungen die Leistung billiger zu erhalten oder im Wege zulässiger Preisverhandlungen seine Schädigung zu vermeiden. So werde der Auftraggeber durch die überhöhten Angebote über die Höhe des erreichbaren Marktpreises getäuscht, sodass er mit falschen Preisvorstellungen in die Preisverhandlungen gehe und dadurch kein Vertragsabschluss zum Marktpreis erreichbar sei.³⁹

Nach der Rsp ist für die Bewertung des Vermögensschadens jener Preis maßgeblich, der im konkreten Fall bei intaktem Wettbewerb entstanden wäre (hypothetischer Wettbewerbspreis), wobei der Richter dessen Höhe – unter Beachtung des Grundsatzes *in dubio pro reo* – auch durch eine Schätzung unter Zugrundelegung der maßgeblichen Kriterien des Einzelfalls (zB durch Heranziehung des frei vorkalkulierten Anbots eines Bieters) ermitteln kann.⁴⁰ Der OGH geht davon aus, dass auch beim Submissionsbetrug vom generellen wirtschaftlichen Marktwert sowohl der dem Täter zugeflossenen als auch der von ihm erbrachten Leistungen auszugehen sei. Der Marktpreis einer Ware oder gewerblichen Leistung bilde sich auf einem freien Markt durch Angebot und Nachfrage (Wettbewerbspreis). Könne sich kein genereller Marktwert einer Ware oder gewerblichen Leistung bilden, weil es an einer wiederholten Nachfrage nach einem bestimmten Objekt mangelt, sei jener Preis maßgeblich, der im konkreten Fall bei ungehinderter Wettbewerb entstanden wäre. Um diesen Preis zu ermitteln, erfolge die Ausschreibung. Sie

³⁸ *Sagmeister*, Die straf- und kartellrechtliche Sanktionierung juristischer Personen wegen horizontaler Preisabsprachen im Vergabeverfahren im Lichte von Art 50 GRC, Diss 2016, 27.

³⁹ OGH 28.6.2000, 14 Os 107/99.

⁴⁰ OGH EvB1 2001/8; vgl auch; *Fabrizy*, StPO¹² § 168b Rz 1; *Kert* in SbgK § 146 Rz 226; *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 146 Rz 167; *Kirchbacher* in WK² § 146 Rz 86; *Lewisch* in Lewisch, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2012, 69 (79); *E. Müller*, Die Presse/Rechtspanorama, 29.06.1998, 21 (21); *H. Steininger*, RZ 2000, 120; BGH 36, 186, DJZ 1993, 420 mit Anm *Kramm*.

solle dem Auftraggeber die Möglichkeit verschaffen, unter den verschiedenen Angeboten das günstigste auszuwählen.

Der OGH lässt allerdings offen, inwiefern das Abstellen auf den hypothetischen Wettbewerbspreis eine größere Bestimmtheit gewährleistet als der angemessene Preis. Unabhängig von der rechtlichen Streitfrage, ob auf den hypothetischen Wettbewerbspreis oder den angemessenen Preis abzustellen ist, liegt das Hauptproblem in erster Linie darin, zweifelsfrei einen Schaden festzustellen. Denn der Wettbewerb, der als Vergleichsmaßstab dienen könnte, existiert gerade nicht. Gegenstand eines Vergabeverfahrens sind in der Regel Leistungen, die keinen Marktpreis haben, weil sie einmalig und oft von den konkreten Umständen und Erfordernissen des Auftraggebers geprägt sind.⁴¹ Daher fehlen auch die notwendigen Anhaltspunkte für einen hypothetischen Wettbewerbspreis.

v. Keine schadensgleiche Vermögensgefährdung

In der deutschen Literatur wird der Schaden teilweise mit einer schadensgleichen Vermögensgefährdung begründet.⁴² Danach stelle auf Grund der Schwierigkeiten beim Nachweis des Schadens jede Preisabsprache eine schadensgleiche Gefährdung der Vermögenswerte des Ausschreibenden dar, denn es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die horizontale Preisabsprache darauf gerichtet ist, einen höheren Preis zu erlangen.⁴³ Dieser höhere Preis kann zwar nicht mit Sicherheit festgestellt werden. Allerdings hat der Auftraggeber durchaus eine Chance, bei einem regelkonform, dh ohne eine Preisabsprache durchgeführten Verfahren ein günstigeres Angebot zu erhalten. Dadurch dass diese Möglichkeit genommen wird, liegt aber noch kein konkreter Vermögensschaden, sondern lediglich eine schadensgleiche Gefährdung des Vermögens des Auftraggebers vor.

Die Ansicht, dass darin aber bereits ein Vermögensschaden im Sinne des Betrugstatbestandes liege, steht mit dem Begriff des Vermögensschadens im österr StGB nicht im Einklang. Der Eintritt eines effektiven Vermögensschadens ist Voraussetzung für eine Strafbarkeit. Eine bloße Gefährdung stellt keinen Vermögenswert dar und reicht daher keinesfalls für die Strafbarkeit

⁴¹ Zeder in SbgK § 168b Rz 110.

⁴² Eichler, BB 1972, 1347 (1350).

⁴³ Siehe Baumann/Arzt ZHR 134 (1970) 51; Eichler BB 1972, 1350.

aus.⁴⁴ Ebenso entspricht es nicht dem Erfolg der Vermögensschädigung beim Betrug, den Schaden in der Verfehlung des mit der Ausschreibung verfolgten wirtschaftlichen Zwecks, die Leistung zum günstigsten Preis im freien Wettbewerb der Anbieter zu erlangen,⁴⁵ zu sehen.

Ein Teil der österr Lehre lehnt eine Strafbarkeit wegen Betrugs überhaupt ab, weil die Täuschung nicht kausal für den Eintritt des Vermögensschadens werde.⁴⁶

vi. Effektiver Vermögensschaden

Auch wenn man der Rsp des OGH folgt und von einem hypothetischen Wettbewerbspreis als Vergleichsmaßstab ausgeht, bleiben mehrere Fragen offen und stellen den Eintritt bzw die Feststellbarkeit eines Vermögensschadens in Frage.

1. Der OGH kritisiert an dem in der Literatur vorgeschlagenen „angemessenen Preis“ – durchaus zu Recht – die Unbestimmtheit des Begriffs der „Preisangemessenheit“ und die fehlende inhaltliche Determinierung, für die sich ein allgemein gültiger Maßstab nicht finden lasse.⁴⁷

Allerdings stellt sich die Frage nach der Bestimmtheit in gleicher Weise beim hypothetischen Wettbewerbspreis.⁴⁸ Der Nachweis eines hypothetischen Wertes ist mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Insbesondere ist an den Grundsatz „in dubio pro reo“ zu denken, der es gebietet, dass im Zweifel davon auszugehen ist, dass kein Schaden eingetreten ist. Der Wettbewerb, der als Vergleichsmaßstab dienen könnte, existiert gerade nicht, sodass es letztlich schwierig ist, verlässliche Anhaltspunkte für einen hypothetischen Wettbewerbspreis zu finden.

So gibt es zwar Indizien, die allenfalls für einen Schaden sprechen können, wie etwa Ausgleichszahlungen an Kartellmitglieder oder Ergebnisse einer internen Ausschreibung. Dies alles erspart jedoch dem Tatrichter nicht, die Höhe des tatsächlich entstandenen Schadens mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festzustellen. Ein automatischer Schluss aus solchen Indizien auf das Vorliegen eines Schadens ist daher nicht zulässig. Insbesondere in Hinblick

⁴⁴ Näher dazu unten *Kert*, in SbgK § 146 Rz 274 ff.

⁴⁵ *Otto* ZRP 1996, 307; *Ranft* wistra 1994, 44.

⁴⁶ *Zeder* SbgK § 168b Rz 109 ff; *Brandstetter* Die Presse Rechtspanorama 22.6.1998, 10; *Frotz/Konwitschka* in: AIDP 86 ff.

⁴⁷ Ebenso *Satzger*, Strafrechtliche Bekämpfung von Submissionskartellen, ZStW 1997, 362.

⁴⁸ *Lurger*, *ecolex* 2003, 111; *Zeder*, in SbgK § 168b Rz 110.

auf die in § 147 Abs 1 und 2 StGB vorgesehenen Wertqualifikationen ist eine genaue Feststellung des Schadensbetrages erforderlich.

Zu hinterfragen ist schließlich, ob der hypothetische Wettbewerbspreis überhaupt ein geeigneter Maßstab ist, um einen Schaden zu begründen. Als Vergleichsmaßstab wird kein real bestehendes, sondern ein rein hypothetisches Angebot herangezogen, das (meist) von einem Gerichtssachverständigen zu einem späteren Zeitpunkt errechnet wird.⁴⁹ Es handelt sich beim hypothetischen Wettbewerbspreis um eine fiktive Größe, da in der Regel keiner der am Vergabeverfahren beteiligten Bieter innerhalb des Vergabeverfahrens zu erkennen gegeben hat, zu einem anderen als dem in ihrem Angebot ausgewiesenen Preis kontrahieren zu wollen.⁵⁰ Vor allem hat aber keiner der Bieter die Möglichkeit einer Leistungserbringung zum hypothetischen Wettbewerbspreis in Aussicht gestellt. Es werden somit eine fiktive Größe und ein hypothetischer Kausalverlauf herangezogen, um den Schaden zu begründen. Es müsste daher zur Feststellung des Schadens die Abgabe eines Angebots hinzugedacht werden, das es tatsächlich nie gab.⁵¹ Es kann zum Vergleich somit kein real günstigeres Angebot herangezogen werden, sondern es ist ein hypothetisches Angebot heranzuziehen, das nicht von einem Bieter erstellt wurde, sondern ausschließlich von einem Sachverständigen errechnet werden kann. Das ist – aufgrund des fehlenden Marktpreises der Leistung – aber nicht jener Preis, auf den der Auftraggeber einen Anspruch hatte. Denn kein Bieter ist verpflichtet, zu einem hypothetischen Preis anzubieten.⁵² Ob bei einem intakten Wettbewerb tatsächlich ein Angebot zum hypothetischen Wettbewerbspreis gelegt worden wäre, lässt sich jedoch nur schwer mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststellen. Es gibt auch keine Sicherheit dafür, dass in einem nach dem Widerruf des ersten Verfahrens neu durchgeführten zweiten Vergabeverfahren zu dem hypothetischen Wettbewerbspreis angeboten worden wäre. Ebenso wenig lässt sich mit Gewissheit sagen, dass ein unter Wettbewerbsbedingungen zustande gekommener Preis niedriger gewesen wäre.

Damit aber ist der hypothetische Wettbewerbspreis letztendlich nur eine bloße Chance, einen unter dem durch die Absprache zustande gekommenen Preis liegenden Vertragsabschluss zu erreichen, welcher sich bei intaktem Wettbewerb der Bieter bilden hätte können, bzw die Hoffnung auf ein günstigeres Geschäft. Derartige Aussichten auf ein günstigeres Geschäft stellen

⁴⁹ Zeder in SbgK § 168b Rz 110.

⁵⁰ Sagmeister, Sanktionierung 30.

⁵¹ Lüderssen, Submissionsabsprachen sind nicht eo ipso Betrug, wistra 1995, 243 (247).

⁵² Lüderssen, wistra 1995, 243; Zeder in SbgK § 168b Rz 110.

aber bloße Exspektanzen dar.⁵³ Solchen Exspektanzen kommt jedoch nach hM dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff folgend ein Vermögenswert nur dann zu, wenn ein Vermögenszuwachs mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.⁵⁴ Um vermögenswerte Exspektanzen handelt es sich nur dann, wenn die Aussichten so weit konkretisiert sind, dass ihnen der Geschäftsverkehr bereits einen wirtschaftlichen Wert beimisst. Allgemeine und unbestimmte Aussichten oder bloße Hoffnungen auf ein günstiges Geschäft sind keine aktuell vorhandenen Vermögensbestandteile.⁵⁵ Beim hypothetischen Wettbewerbspreis handelt es sich um keinen zu Beginn des Vergabeverfahrens bestehenden Anspruch auf Erzielung eines günstigeren Preises (in der Höhe des hypothetischen Wettbewerbspreises). Denn kein Bieter ist verpflichtet, ein günstigeres Angebot abzugeben. Dass eine Neudurchführung des Vergabeverfahrens zu einem günstigeren Preis geführt hätte, ist zwar eine Möglichkeit, allerdings auch nicht mehr als das. Somit handelt es sich um eine bloße Exspektanz, die sonst nicht als Vermögensbestandteil entsprechend dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff angesehen wird.

Ein Vermögensschaden könnte nur angenommen werden, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ein günstigerer Preis angeboten worden wäre und ein Vertragsabschluss zu diesem günstigeren Preis erfolgt wäre. Dies mag abstrakt, also losgelöst vom Einzelfall, durchaus denkbar sein.⁵⁶ Es reicht aber konkret für eine Strafbarkeit wegen Betrugs nicht aus. Hierfür wäre eine konkrete, dh nach den Umständen des Einzelfalls bestehende Aussicht erforderlich, die insb zu dem Zeitpunkt noch realisiert werden kann, in dem ein Verhalten des Vergebenden als betrugsrelevante Verfügung über diese Aussicht aufgefasst werden kann.⁵⁷

Das Abstellen auf einen hypothetischen Wettbewerbspreis geht zudem davon aus, dass der Preis das einzige Kriterium für die Zuschlagserteilung darstellt. Dies ist aber nicht der Fall; vielmehr spielen eine Reihe anderer Faktoren für die Erteilung des Zuschlags eine Rolle, wie etwa die

⁵³ *Sagmeister*, Sanktionierung 30; *Konopatsch*, Kartellsanktionierung 469 f; *Zeder* in SbgK § 168b Rz 110. In diesem Sinne auch *Fuchs*, Wirtschaftsordnung durch Strafrecht? Zur Funktion des Strafrechts in der Wirtschaft, in FS Steininger 57 (69); *ders/Reindl-Krauskopf*, BT I⁵ 220. Für Deutschland siehe etwa *Baumann*, NJW 1992, 1661 (1665); *G. Dannecker/Müller* in Wabnitz/Janovsky, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht⁴ Kap 18 Rz 25; *Hohmann*, Die strafrechtliche Beurteilung von Submissionsabsprache. Ein altes Thema und noch immer ein Problem? – Ein Überblick, NSTZ 2001, 566 (569); *Satzger*, Die Bedeutung des Zivilrechts für die strafrechtliche Bekämpfung von Submissionskartellen, ZStW 1997, 357 (368 f); *Theile/Mundt*, Strafbarkeitsrisiken bei horizontalen Absprachen, NZBau 2011, 715 (717).

⁵⁴ *Kert*, in SbgK § 146 Rz 213; *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 146 Rz 144.

⁵⁵ *Kirchbacher* in WK² § 146 Rz 61; *Kert*, in SbgK § 146 Rz 196.

⁵⁶ *Satzger*, ZStW 1997, 368 f.

⁵⁷ *Satzger*, ZStW 1997, 369.

wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit des Bieters. All diese Faktoren wären in die Beurteilung miteinzubeziehen.

Zeder weist auch darauf hin, dass es sich im Zivilrecht bei der Verheimlichung einer Absprache um eine Verletzung vorvertraglicher Pflichten handelt, deren Rechtsfolge lediglich der Ersatz des Vertrauensschadens ist. Der Auftraggeber ist so zu stellen, wie er stünde, wenn er von der Absprache gewusst hätte. Das Zivilrecht würde aber keine Möglichkeit vorsehen, den Auftraggeber so zu stellen, als hätte er ein Angebot in Höhe des hypothetischen Wettbewerbspreises erhalten. Dass der Betrugsschaden über jenen Schaden hinausgeht, den der Getäuschte zivilrechtlich durchsetzen könnte, würde jedoch der Aufgabe des Strafrechts widersprechen.⁵⁸ Denn das Strafrecht ist nicht dazu da, zivilrechtlich undurchsetzbare Rechtspositionen zu schützen.⁵⁹

Anders ist der Sachverhalt zu beurteilen, wenn der Auftraggeber darüber getäuscht wird, dass ein günstigeres Angebot vorliegt, indem ein Angebot verfälscht wird. Liegt tatsächlich ein günstigeres Angebot vor und führt die Täuschung zur Annahme des höheren Angebots, kann dies eine Strafbarkeit wegen Betruges begründen. Wenn hingegen gar kein günstigeres Angebot vorliegt, weil ein solches nicht zustande gekommen ist, lässt sich aus der bloßen Möglichkeit eines günstigeren Angebots kein Vermögensschaden begründen.⁶⁰

Keinesfalls wäre es zulässig, aus der Tatsache, dass Abschlagszahlungen an andere Unternehmen, welche nicht den Auftrag erhalten haben, geleistet wurden, bereits auf einen Schaden beim Auftraggeber zu schließen. Der Schaden muss effektiv beim Getäuschten oder einem Dritten eintreten und ist bei diesem auch festzustellen. Die Abschlagszahlung mag ein Hinweis darauf sein, dass der Bieter das Risiko, durch einen anderen Bieter unterboten zu werden, reduziert hat; es bedeutet jedoch nicht, dass der vom Auftraggeber für die erbrachte Leistung gezahlte Preis überhöht ist. Durch die Abschlagszahlungen erreicht der Bieter, dass jenes Unternehmen, an das diese Zahlung geleistet wird, nicht mitbietet oder zu einem höheren Preis anbietet, was für ihn eine Planungssicherheit mit sich bringt bzw. bringen kann. Es wird dadurch eine Einschränkung des Wettbewerbs bewirkt, allerdings sagt dies allein noch nichts über einen möglichen Vermögensschaden bzw. die Höhe des Vermögensschadens beim Auftraggeber und eine beabsichtigte Bereicherung durch den Bieter aus.

⁵⁸ *Zeder* in SbgK § 168b Rz 110.

⁵⁹ *Lüderssen*, wistra 1995, 247.

⁶⁰ *Zeder* in SbgK § 168b Rz 111.

2. Unter einem Vermögensschaden ist – wie oben ausgeführt – der effektive Verlust an Vermögenssubstanz zu verstehen. Ein effektiver Verlust an Vermögenssubstanz setzt voraus, dass die Vermögenslage des Opfers ungünstiger ist als zuvor, dh dass der Wert der Aktiva verringert wurde, ohne dass die Minderung durch einen unmittelbaren Zuwachs gänzlich kompensiert wird. Der Schaden besteht in der Differenz, um die sich der wirtschaftliche Wert des Gesamtvermögens aufgrund des Verhaltens des Getäuschten reduziert hat.

Zum Zeitpunkt der Vergabe an den über die Absprache täuschenden Bieter liegt jedoch, wie oben ausgeführt, bloß die Möglichkeit, zu günstigeren Konditionen zu vergeben, also eine bloße Exspektanz, vor. Der effektive Verlust an Vermögenssubstanz tritt erst zu dem Zeitpunkt ein, zu dem der Auftraggeber den Preis für die Leistung tatsächlich bezahlt. Denn erst zu diesem Zeitpunkt tritt tatsächlich eine effektive Minderung des Vermögens beim Getäuschten ein.

Häufig kann (und wird zumeist) dieser Preis allerdings von dem im Angebot veranschlagten Preis abweichen, weil der Auftragnehmer in diesem Fall dann die tatsächlich erbrachten Leistungen unter Einbeziehung der konkreten Umstände der Leistungserbringung abrechnet. Diese Umstände können – da die Erbringung der Leistungen zu einer anderen Zeit erfolgt als die Ausschreibung – erheblich von jenen während der Legung des Angebots abweichen, etwa aufgrund individueller Komponenten des Bauprojekts, jahreszeitlich bedingter Unterschiede, Witterungsbedingungen, unterschiedlicher geologischer Bedingungen etc. Aufgrund dieser Änderungen der Bedingungen während des Bauprojekts verändern sich auch die Preise (und auch das Preisniveau) im Laufe eines Bauprojekts. Daher unterscheidet sich vielfach der Preis eines Bauprojekts am Ende deutlich von jenem zur Zeit der Angebotslegung.

Dies bedeutet aber in der Folge, dass im Hinblick auf die Berechnung des Vermögensschadens auf den Wert der tatsächlich erbrachten Leistung abzustellen ist, denn erst hier tritt ein effektiver Verlust an Vermögenssubstanz ein. Ein Vermögensschaden liegt (nur) dann vor, wenn der vom Auftragnehmer in Rechnung gestellte Preis höher ist als der Wert der vom Auftragnehmer konkret erbrachten Leistung, wenn diese unter Wettbewerbsbedingungen erbracht worden wäre. Bei der Feststellung dieses Schadens stellen sich allerdings ähnliche Probleme wie oben dargestellt, denn auch dafür muss ein Vergleichsmaßstab gefunden werden.

Damit ist der Wert der tatsächlich erbrachten Leistung festzustellen und ist dieser dem tatsächlich bezahlten Preis gegenüberzustellen. Wenn der Wert dem Preis entspricht, liegt kein Vermögensschaden vor. Eine Strafbarkeit wegen Betrugs scheidet aus.

Wenn aber für eine Leistung ein Preis verlangt wird, der bei funktionierendem freiem Markt zweifelsfrei niemals erlangt hätte werden können, tritt ein Schaden ein und ist der objektive Tatbestand des Betrugs erfüllt.

4. Innerer Tatbestand

Der Betrug erfordert einen Tatbildvorsatz, der sich auf die Täuschung, den Irrtum, die Vermögensverfügung und den Vermögensschaden bezieht. Darüber hinaus muss ein erweiterter Vorsatz auf die unrechtmäßige Bereicherung vorliegen. Für beide Aspekte des Vorsatzes reicht bedingter Vorsatz (*dolus eventualis*) aus. Der Täter muss die Täuschung und die Vermögensschädigung zumindest ernstlich für möglich halten und sich damit abfinden. Auch hinsichtlich der unrechtmäßigen Bereicherung reicht es aus, dass der Täter es ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet, dass er oder ein Dritter unrechtmäßig bereichert wird. Absicht ist nicht erforderlich.

a. Tatbildvorsatz

Der Tatbildvorsatz ist auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale gerichtet. Im gegebenen Zusammenhang kann insbesondere der Schädigungsvorsatz zu hinterfragen sein.

Bedingter Vorsatz auf eine Vermögensschädigung erfordert, dass der Täter die Möglichkeit eines Vermögensschadens eines anderen nicht nur vorhergesehen, sondern diesen Erfolg auch willensmäßig hingenommen hat, dh sich positiv damit abgefunden hat.⁶¹ Vielfach gehen Tatgerichte recht schnell vom Vorliegen eines Schädigungsvorsatzes aus, indem sie einen Eventualvorsatz annehmen. Allerdings ist es nicht ausreichend, dass der Täter eine Schädigung bloß als naheliegend ansieht, er muss vielmehr damit auch einverstanden sein.⁶²

⁶¹ SSt 87/90; OGH 13 Os 29/75; SSt 47/27.

⁶² *Kirchbacher* in WK² StGB § 146 Rz 115.

Bei Submissionsabsprachen ist in besonderer Weise zu prüfen, ob ein Vorsatz auf die Schädigung des Vermögens des Auftraggebers (oder eines Dritten) tatsächlich vorliegt. Der Vorsatz des Bieters, der sich mit anderen Bietern abspricht, ist in erster Linie auf diese Absprache gerichtet. Mit dieser Absprache wird zunächst einmal beabsichtigt, dass der Markt unter den potentiellen Bietern aufgeteilt wird und ein bestimmter Bieter einen Auftrag erhält. Damit wird noch nicht zwingend beabsichtigt, einen höheren Preis zu verlangen, sondern häufig wird die Absicht darauf gerichtet sein, einem Bieter die Gewissheit zu geben, dass er einen bestimmten Bauauftrag erhält (und insofern den Wettbewerb zu beschränken). Dadurch wird das Risiko, einen Auftrag nicht zu bekommen, für die einzelnen Bieter reduziert. Für den Schädigungsvorsatz (wie auch für den Bereicherungsvorsatz) ist allerdings eben nicht Absicht gefordert, sondern es reicht bedingter Vorsatz aus. Daher reicht es schon aus, dass der Bieter es ernstlich für möglich hält, einen Vermögensschaden herbeizuführen, und sich mit dem Eintritt des Schadens auch abfindet. Diese Minimalanforderung muss jedoch zumindest erfüllt sein. Es ist daher mehr erforderlich, als es bloß theoretisch für möglich zu halten, dass ein Schaden beim Auftraggeber eintreten könnte. Vielmehr muss eine Schädigung ernstlich für möglich gehalten werden und es muss diese Schädigung – über eine bloße Gleichgültigkeit im Sinne innerer Teilnahmslosigkeit hinaus – auch willensmäßig hingenommen werden, dh der Täter muss sich damit positiv abfinden.⁶³ Er muss somit die Schädigung nicht nur für naheliegend ansehen, sondern damit auch einverstanden sein.⁶⁴ Bloßes „Wissen-müssen“⁶⁵, Unbedachtheit oder Leichtsinn⁶⁶ reichen damit nicht aus.

Wesentlich ist, dass der Vorsatz jedenfalls zum Zeitpunkt der Täuschung vorliegen muss, unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt der effektive Vermögensschaden eintritt. Wenn daher der Vermögensschaden erst mit Bezahlung der vom Bieter gestellten Rechnung, in der die tatsächlich erbrachten Leistungen abgerechnet werden, eintritt, dann liegt ein Schädigungsvorsatz nur dann vor, wenn der Vorsatz darauf gerichtet ist, einen Preis zu verlangen, der nicht dem Wert der tatsächlich erbrachten Leistungen entspricht.

⁶³ SSSt 57/90; OGH 13 Os 29/75; SSSt 47/27.

⁶⁴ *Kirchbacher* in WK² § 146 Rz 115.

⁶⁵ OGH ÖJZ-LSK 1978/142.

⁶⁶ SSSt 46/70.

b. Erweiterter Vorsatz auf unrechtmäßige Bereicherung

Beim Betrug handelt es sich um einen Tatbestand mit überschießender Innentendenz.⁶⁷ Neben dem Tatbildvorsatz ist auf der subjektiven Tatseite der (erweiterte) Vorsatz gefordert, durch das Verhalten des Getäuschten sich oder einen Dritten unrechtmäßig zu bereichern.⁶⁸ Mit Bereicherungsvorsatz handelt derjenige, der durch die Vermögensverfügung des Getäuschten sein faktisches Vermögen oder das eines Dritten unrechtmäßig vermehren möchte.⁶⁹

Auch der Vorsatz auf eine unrechtmäßige Bereicherung muss im Zeitpunkt der Täuschung vorliegen.⁷⁰ Auch hinsichtlich der Bereicherung ist keine Absicht erforderlich, sondern es genügt wie beim Tatbildvorsatz Eventualvorsatz. Sie muss daher auch nicht das (alleinige) Ziel der Täuschung sein. Allerdings ist darauf zu achten, dass jedenfalls zumindest ein solcher Vorsatz vorliegt.

i. Vorsatz auf Bereicherung

Die Bereicherung stellt das Korrelat zur Schadenszufügung dar und ist somit gleichsam die Kehrseite des vom Täter zugefügten Schadens.⁷¹ Bereicherung bedeutet faktischen Vermögenszuwachs beim Täter oder einem Dritten, somit jede Vermehrung der Aktiva, Verringerung der Passiva und Ersparnis von Aufwendungen.⁷² Ob die Bereicherung tatsächlich eintritt und wann sie eintritt, ist irrelevant. Die Bereicherung des Täters oder eines Dritten muss nicht tatsächlich eintreten, sondern es muss bloß der Vorsatz des Täters auf sie gerichtet sein. Daher ist es irrelevant, ob tatsächlich eine Bereicherung eingetreten ist.⁷³

Ohne Bereicherungsvorsatz handelt, wer für die ersichliche Leistung eine Gegenleistung erbracht oder ein wirtschaftliches Äquivalent übergeben hat.⁷⁴

Nach herrschender Meinung muss zwischen dem Schaden des Betroffenen und der Bereicherung des Begünstigten Stoffgleichheit bestehen; das heißt, der Vorteil (auf den der Vorsatz des

⁶⁷ Siehe *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁵ Z 15 Rz 19 ff.

⁶⁸ OGH SSt 56/61; ÖJZ-LSK 1978/247.

⁶⁹ SSt 56/61; OGH ÖJZ-LSK 1977/142.

⁷⁰ *Kert*, in SbgK § 146 Rz 331.

⁷¹ OGH JBl 1982, 215; SSt 50/37; *Kert*, in SbgK § 146 Rz 333; *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 146 Rz 218; *Flora* in *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 146 Rz 59.

⁷² OGH 12 Os 65/06k; SSt 57/2; 56/61; EvBl 1980/220.

⁷³ OGH JBl 1980, 605; EvBl 1980/220.

⁷⁴ SSt 56/61; 47/27; *Kert*, in SbgK § 146 Rz 335.

Täters gerichtet ist) muss zu Lasten des geschädigten Vermögens gehen.⁷⁵ Die Bereicherung bildet damit die Kehrseite des Schadens.⁷⁶

Kein Vorsatz auf unrechtmäßige Bereicherung liegt vor, wenn der Täter oder der Dritte tatsächlich einen fälligen Anspruch auf den angestrebten Vermögensvorteil hat.⁷⁷ Unerheblich ist, worauf sich dieser Anspruch gründet. Ist eine (kompensable) Gegenforderung vorhanden, so kann der Bereicherungsvorsatz dann ausgeschlossen sein, wenn der Täter von vornherein die Aufrechnung beabsichtigte und diesen Willen dem Getäuschten mitgeteilt hat.⁷⁸

Da es sich beim Bereicherungsvorsatz (bloß) um ein inneres Tatbestandsmerkmal handelt, muss der Anspruch nicht tatsächlich bestehen. Auch wenn der Täter (irrtümlich) glaubt, er habe einen Anspruch auf die erstrebte geldwerte Leistung, ist daher der Bereicherungsvorsatz ausgeschlossen.⁷⁹

ii. Bereicherungsvorsatz bei Submissionsabsprachen

Allein der Vorsatz, durch die Absprache den Zuschlag im Vergabeverfahren zu erhalten, begründet noch keinen Bereicherungsvorsatz. Bereicherungsvorsatz liegt nur vor, wenn der Vorsatz des Bieters auf die unrechtmäßige Bereicherung gerichtet ist. Auch in diesem Fall reicht allerdings Eventualvorsatz aus. Es muss daher nicht das Ziel des Bieters sein, sich unrechtmäßig zu bereichern. Es genügt, dass er eine Bereicherung ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet.

Nimmt man den Eintritt des Schadens (erst) mit der Bezahlung der vom Auftragnehmer erbrachten Leistung an (siehe dazu oben S 19 f), liegt ein Bereicherungsvorsatz nur vor, wenn der Auftragnehmer bereits zum Zeitpunkt der Täuschung (Tathandlung) in den Vorsatz aufgenommen hatte, für die erbrachten Leistungen einen Preis in Rechnung zu stellen, welcher bei

⁷⁵ Siehe OGH ÖJZ-LSK 1996/244; EvBl 1993/39; 1981/7; JBl 1980, 605; EvBl 1977/47; JBl 1976, 601; *Kienapfel/Schmoller*, BT II Rz 230; *Flora* in *Leukauf/Steininge*, StGB³ § 146 Rz 59; *Schick*, Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität in Österreich mit Mitteln des Strafrechts, StPdG 5, 114; kritisch zum Begriff *Bertel/Schwaighofer/Venier*, BT I¹³ § 146 Rz 35.

⁷⁶ *Cramer/Perron* in *Schönke/Schröder*, StGB²⁸ § 263 Rz 168; *Dannecker* in: *Graf/Wittig/Jäger* § 263 Rz 120; *Kert*, in *SbgK* § 146 Rz 341; *Tiedemann* LK¹¹ § 263 Rz 256.

⁷⁷ OGH 12 Os 126/95; SSSt 62/55; 56/61.

⁷⁸ SSSt 54/48; OGH JBl 1984, 502; *Fabrizy*, StGB¹⁰ § 146 Rz 24; *Kirchbacher* in *WK²* § 146 Rz 121; *Flora* in *Leukauf/Steininge*, StGB⁴ § 146 Rz 58.

⁷⁹ OGH 15 Os 134/97; JUS-extra 1993/6/112; SSSt 62/55; 58/61; 59/66; 56/61; OGH 12 Os 14/84; JBl 1982, 215; EvBl 1977/243. Siehe auch *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 146 Rz 235; *Kirchbacher* in *WK²* § 146 Rz 121; *Flora* in *Leukauf/Steininge*, StGB⁴ § 146 Rz 58.

einem funktionierenden Wettbewerb niemals in Rechnung gestellt werden könnte. Wenn sich der Täter positiv damit abfindet, dass er einen überhöhten Preis verlangt und er sich damit unrechtmäßig bereichert, liegt ein Vorsatz auf unrechtmäßige Bereicherung vor. Ist der Vorsatz aber ausschließlich darauf gerichtet, dem Unternehmen einen Auftrag zu verschaffen und damit die Auslastung der beschäftigten Arbeitskräfte zu gewährleisten oder einen Auftrag aus Prestige-Gründen zu erhalten, ist ein derartiger Bereicherungsvorsatz zu verneinen. Denn in diesem Fall geht es darum, Planungssicherheit zu haben, um eine gleichmäßige Auslastung der Ressourcen zu gewährleisten.

Es ist daher im Einzelfall genau zu prüfen, ob der Vorsatz des Bieters tatsächlich auf eine unrechtmäßige Bereicherung aufgrund der durch die Täuschung bewirkten Vermögensverfügung gerichtet ist. Will man dem Bereicherungsvorsatz nicht seine strafbarkeitseinschränkende Funktion nehmen, so ist keinesfalls aus der Tatsache, dass ein Angebot auf einer Absprache zwischen den Bietern beruht, bereits auf das Vorliegen eines Bereicherungsvorsatzes zu schließen. Im Zweifel ist daher von einem Fehlen eines Vorsatzes auf unrechtmäßige Bereicherung auszugehen.

III. Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren (§ 168b StGB)

A. Einleitung

Aufgrund der Schwierigkeiten bei der zweifelsfreien Feststellung und Bestimmbarkeit eines Vermögensschadens im Zusammenhang mit Submissionsabsprachen und der praktischen Bedeutungslosigkeit des § 129 KartGaF⁸⁰ wurde mit Einführung des WettbG und der KartG-Nov 2002 der Straftatbestand der „Wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Vergabeverfahren“ in das Strafgesetzbuch (§ 168b) eingefügt.⁸¹ Danach ist strafbar, wer bei einem Vergabeverfahren einen Teilnahmeantrag stellt, ein Angebot legt oder Verhandlungen führt, die auf einer rechtswidrigen Absprache beruhen, die darauf abzielt, den Auftraggeber zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen.

B. Einordnung als Verletzungs- oder Gefährungsdelikt

Umstritten ist die Frage, ob es sich bei § 168b StGB um ein Gefährungs- oder Verletzungsdelikt handelt. Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst zu klären, welches Rechtsgut durch § 168b StGB geschützt wird.

Die Einordnung der Strafbestimmung im sechsten Abschnitt des StGB (Strafbare Handlungen gegen fremdes Vermögen) deutet zunächst darauf hin, dass das geschützte Rechtsgut des § 168b StGB das fremde Vermögen ist. Allerdings ist die Zuordnung zu den Vermögensdelikten nicht unumstritten; es wird teilweise auch die Schaffung eines eigenen Abschnitts für strafbare Handlungen gegen den Wettbewerb befürwortet, in den auch die Strafbestimmung der Wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Vergabeverfahren einzuordnen gewesen wären.⁸² Jedenfalls steht fest, dass die Einordnung eines Tatbestandes in einen bestimmten Abschnitt des StGB zwar ein Hinweis auf das geschützte Rechtsgut ist, dass jedoch nicht automatisch daraus schon geschlossen werden kann, ausschließlich das Vermögen als das durch § 168b StGB geschützte

⁸⁰ EBRV 1005 BlgNR 21. GP 33 f.

⁸¹ Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über die Einrichtung einer Bundeswettbewerbsbehörde (Wettbewerbsgesetz - WettbG) erlassen und das Kartellgesetz 1988, das Strafgesetzbuch und das Bundesministeriengesetz geändert werden, BGBl I 2002/62.

⁸² Lurger, *ecolex* 2003, 112; Zeder in SbgK § 168 Rz 53.

Rechtsgut anzusehen. Weiters wird zur Begründung des Vermögens als geschütztes Rechtsgut angeführt, dass es sich bei § 168b StGB um einen betrugsähnlichen Tatbestand handle, der als Auffangtatbestand dann Anwendung finde, wenn kein Betrugsschaden eingetreten oder ein solcher nicht feststellbar sei.⁸³

Insbesondere dieses letzte Argument überzeugt jedoch nur wenig, weil § 168b StGB ja gerade nicht die typischen Merkmale eines Betrugs zur Erfüllung des Tatbestandes verlangt, sondern sich die Tathandlung darauf beschränkt, dass ein auf einer rechtswidrigen Absprache beruhender Teilnahmeantrag gestellt oder ein auf einer solchen Absprache beruhendes Angebot gelegt oder Verhandlungen geführt werden, die auf einer rechtswidrigen Absprache beruhen. Es ist somit gerade nicht erforderlich, dass ein anderer getäuscht und am Vermögen geschädigt wird. Es kommt auch nicht darauf an, dass der Auftraggeber das Angebot annimmt. Auch auf der subjektiven Tatseite verlangt § 168b StGB – im Gegensatz zu § 146 StGB – neben dem Tatbildvorsatz gerade keinen (erweiterten) Vorsatz auf unrechtmäßige Bereicherung.⁸⁴

Daher kann schwerlich von einer Betrugsähnlichkeit des § 168b StGB gesprochen werden. Allein der Umstand, dass § 168b StGB (auch) zur Anwendung kommen kann, wenn § 146 StGB nicht erfüllt ist, begründet noch keine Ähnlichkeit mit dem Betrug. Absprachen im Vergabeverfahren können zwar letztendlich zu einer Schädigung des Auftraggebers führen, aber für die Erfüllung des Tatbestandes ist dies nicht erforderlich.

Zweck des § 168b StGB ist es vielmehr, Absprachen unter Strafe zu stellen, die den Wettbewerb beschränken. Das Unrecht des § 168b StGB besteht in einer rechtswidrigen Absprache, die den Wettbewerb ausschalten oder zumindest beschränken soll. Darin besteht das Wesen des § 168b StGB. Daraus folgt allerdings, dass das primär geschützte Rechtsgut der Wettbewerb im Vergabeverfahren ist. Darauf deutet auch die Genese des § 168b StGB hin. Er wurde gleichzeitig mit der Aufhebung der §§ 129 f KartG aF, welche eindeutig dem Schutz des Wettbewerbs dienten, in das StGB eingefügt. Somit kann festgehalten werden, dass § 168b StGB den Wettbewerb im Rahmen von Vergabeverfahren schützt.⁸⁵ Das Vermögen ist allenfalls nur sekundär geschützt.

Für die Beurteilung, ob § 168b StGB ein Verletzungs- oder Gefährdungsdelikt ist, bedeutet dies folgendes: Sähe man durch § 168b StGB ausschließlich das Vermögen geschützt, handelte es sich um ein (abstraktes) Gefährdungsdelikt, da durch die Verwirklichung des Tatbestandes

⁸³ EBRV 1005 BlgNR 21. GP 33 f; *Kirchbacher* in WK² § 168b Rz 56.

⁸⁴ Vgl *Sagmeister*, Sanktionierung 64 f.

⁸⁵ *Kert* in SbgK § 146 Rz 418; *Sagmeister*, Sanktionierung 67; *Zeder* in SbgK § 168b Rz 112.

keine Verletzung des Vermögens eintritt. Folgt man jedoch der hier vertretenen Ansicht, dass das geschützte Rechtsgut der Wettbewerb im Vergabeverfahren ist, ist dieser jedoch mit Legung eines auf einer Abrede beruhenden Angebots beeinträchtigt. Zu diesem Zeitpunkt kommt es zu einer Verletzung des Wettbewerbs, sodass es sich insoweit um ein Verletzungsdelikt handelt.⁸⁶

C. Tatbestand des § 168b StGB

1. Objektiver Tatbestand

Im Gegensatz zum Betrug bedarf es bei § 168b StGB nicht des Eintritts eines Erfolges. Es handelt sich um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt. Der Tatbestand ist erfüllt, wenn der Täter den Teilnahmeantrag stellt, das Angebot legt oder Verhandlungen führt. Es ist nicht der Nachweis einer Vermögensschädigung erforderlich. Es kommt hingegen nicht auf die Annahme eines Angebotes oder auf den Eintritt eines Vermögensschadens beim Auftraggeber oder einem anderen Bieter an.

a. Tathandlung

Die Tathandlung ist das Legen eines Angebots oder das Stellen eines Teilnahmeantrags oder das Führen von Verhandlungen. Hingegen ist die Absprache an sich keine Tathandlung und auch nicht Teil der Tathandlung. Sie ist daher für sich allein auch nicht strafbar.

b. Vergabeverfahren

Die Strafbarkeit nach § 168b StGB setzt voraus, dass der Täter eine der Tathandlungen in einem Vergabeverfahren gesetzt hat. Was unter einem Vergabeverfahren zu verstehen ist, regelt § 168b StGB nicht. Es ist daher nicht völlig klar, welche Vergabeverfahren in den Anwendungsbereich des § 168b StGB fallen.

⁸⁶ Zeder in SbgK § 168 Rz 57.

Einigkeit besteht darüber, dass Vergabeverfahren nach dem BVergG in den Anwendungsbereich des § 168b StGB fallen.⁸⁷ Dabei ist es nicht entscheidend, um welche Verfahrensart es sich handelt⁸⁸ und ob es sich um einen öffentlichen Auftraggeber oder einen Sektorenauftraggeber handelt.⁸⁹

Jedoch ist strittig, ob der Anwendungsbereich von § 168b StGB auf Vergabeverfahren nach dem BVergG beschränkt ist oder sich auch auf Vergabeverfahren erstreckt, die nicht nach den Regelungen des BVergG durchgeführt werden.

Teilweise wird von einem weiten Anwendungsbereich ausgegangen, der nicht auf das BVergG beschränkt ist. Nach dieser Ansicht enthalte das Gesetz keine Hinweise auf eine Beschränkung des Anwendungsbereichs. Auch Vergabeverfahren, die nicht den vergaberechtlichen Bestimmungen des BVergG unterliegen, sollen durch § 168b StGB geschützt sein.⁹⁰

Nach der anderen Ansicht ist der Wortlaut des § 168b StGB dem Wortlaut des österreichischen Vergaberechts angepasst. Dies erfordere eine Beschränkung auf Vergabeverfahren, die den vergaberechtlichen Regelungen unterliegen. Die Einbeziehung anderer Vergabeverfahren sei mit dem Wortlaut der Bestimmung nicht vereinbar.

Ein Blick auf den Wortlaut der Bestimmung zeigt, dass ein expliziter Verweis auf vergaberechtliche Bestimmungen fehlt. Allerdings zeigt der Wortlaut des § 168b StGB deutliche Ähnlichkeiten mit der Terminologie des BVergG. Die Begriffe Teilnahmeantrag, Angebot und Verhandlungen beschreiben Verfahrensschritte, die typischerweise in verschiedenen dem BVergG unterliegenden Vergabeverfahren vorkommen.⁹¹ Auch ohne ausdrücklichen Hinweis ist klar, dass der Gesetzgeber sich bei der Formulierung des § 168b StGB nach dem BVergG gerichtet hat. Diese Verwendung der Terminologie des BVergG spricht dafür, den Anwendungsbereich des § 168b StGB auf Vergabeverfahren nach dem BVergG zu beschränken.⁹²

Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt man auch bei Betrachtung der Materialien. Sie sprechen davon, dass § 168b StGB „grundsätzlich auf jedwede Vergabe von Liefer-, Bau-, Baukonzessions- und Dienstleistungsaufträgen anwendbar sein (soll), sei es, dass die (iSd Tatbestands

⁸⁷ EBRV 1005 BlgNr 21. GP 34; *Kirchbacher* in WK² § 168b Rz 12 ff; *Zeder* in SbgK § 168b Rz 63 ff.

⁸⁸ EBRV 1005 BlgNr 21. GP 34.

⁸⁹ *Sagmeister*, Sanktionierung 40.

⁹⁰ *Kirchbacher* in WK² § 168b Rz 13 und ihm folgend wohl auch die Rsp, etwa OLG Wien 30.3.2008, 19 Bs 346/07g.

⁹¹ *Sagmeister*, Sanktionierung 40f.

⁹² *Brugger*, Kartellstrafrecht: Keine Ausdehnung des § 168b StGB über das Bundesvergabegesetz hinaus, wbl 2015, 366 (369); *Sagmeister*, Sanktionierung 41.

manipulierte) Vergabe im Wege eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens oder eines Verhandlungsverfahrens, im Wege eines Wettbewerbes oder ohne einen solchen durchgeführt wird.“⁹³ Auch sie stellen auf das Vergaberecht ab, da es sich bei Liefer-, Bau-, Baukonzessions- und Dienstleistungsaufträgen genau um jene Leistungen handelt, deren Vergabe im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach dem BVergG zu erfolgen hat.⁹⁴ Die Materialien nehmen auch auf die im BVergG vorgesehenen Verfahrensarten zur Vergabe von Aufträgen Bezug. Somit sprechen auch die Materialien für eine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Vergabeverfahren nach dem BVergG.

Daraus lässt sich ableiten, dass nur solche Vergabeverfahren durch § 168b StGB geschützt sind, die einen der in § 168b StGB genannten Verfahrensschritte – das Legen eines Angebots, das Stellen eines Teilnahmeantrags oder das Führen von Verhandlungen – beinhalten. Während dies bei Vergabeverfahren nach dem BVergG stets der Fall ist, ist dies bei Vergabeverfahren, die nicht vergaberechtlichen Regelungen unterliegen, regelmäßig ausgeschlossen.

Diese Anlehnung an den Wortlaut des § 168b StGB spricht jedenfalls dafür, private Vergabeverfahren von dessen Anwendungsbereich auszuschließen. Die Terminologie des § 168b StGB passt nicht zu jeder beliebigen Ausschreibung eines Privaten, sondern ist auf Vergabeverfahren beschränkt, an denen öffentliche Auftraggeber beteiligt sind und die nach bestimmten gesetzlichen Regeln ablaufen. Ausschreibungen Privater können auch nicht als „Vergabeverfahren“ bezeichnet werden. Sie fallen nur dann unter § 168b StGB, sofern diese in den persönlichen Geltungsbereich des BVergG fallen (siehe § 3 BVergG).

Grundsätzlich kann daraus geschlossen werden, dass § 168b StGB auf solche Vergabeverfahren abstellt, die – weil der Auftraggeber dem BVergG unterliegt – einem der in § 25 BVergG vorgesehenen Vergabeverfahren entsprechen und nach diesen vergaberechtlichen Regelungen durchgeführt werden.⁹⁵

Allerdings könnte man daran denken, solche Vergabeverfahren in den Anwendungsbereich des § 168b StGB einzubeziehen, die Vergabeverfahren des BVergG nachgebildet sind.

Es ist allerdings im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot als problematisch anzusehen, Kriterien zu finden, die dafür ausschlaggebend sein sollen, ob das Verfahren jenem des BVergG

⁹³ EBRV 1005 BlgNr 21. GP 34.

⁹⁴ *Sagmeister*, Sanktionierung 41f.

⁹⁵ *Zeder* in SbgK § 168b Rz 69.

nachgebildet ist. Für den Rechtsunterworfenen wäre schwer erkennbar, ob das Vergabeverfahren in den Anwendungsbereich des § 168b StGB fällt und er sich daher danach strafbar machen kann.⁹⁶ Die in Deutschland vertretene Ansicht, dass der – mit § 168b StGB vergleichbare – § 298 dStGB auch anwendbar sei, wenn das Ausschreibungsverfahren „zumindest ähnlich“ wie das Verfahren öffentlicher Stellen ausgestaltet ist, ist daher abzulehnen. Vielmehr ist eine Anwendung des § 168b StGB nur auf solche Fälle angebracht, für die Regelungen gelten, welche die gleiche oder eine nahezu idente Terminologie wie das BVergG verwenden.

Dies scheint nicht nur in Bezug auf andere Vergabeverfahren in Österreich, sondern insbesondere im Hinblick auf die europarechtlichen Verpflichtungen geboten, da Österreich nach Art 325 Abs 2 AEUV verpflichtet ist, „Betrügereien“⁹⁷, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten, ebenso zu bekämpfen wie Betrügereien, die sich gegen die nationalen finanziellen Interessen des jeweiligen Mitgliedstaates richten.⁹⁸ Daher trifft Österreich auch eine Pflicht, Submissionsabsprachen bei Vergabeverfahren, in denen etwa Organe der EU Aufträge vergeben, strafrechtlich in gleicher Art zu sanktionieren wie Vergabeverfahren in Österreich.

Die Vorschriften, welche die Organe der EU bei der Vergabe von Aufträgen zu beachten haben, finden sich der Haushaltsordnung der EU.⁹⁹ Diese ist weitgehend an die VergabeRL angelehnt, auf welcher seinerseits das österreichische BVergG zurückgeht. Daher ist auch der Wortlaut der Haushaltsordnung mit jener des BVergG nahezu ident. Es werden wie in § 168b StGB die Begriffe des Angebots, des Teilnahmeantrags und der Verhandlungen verwendet.

Daraus ergibt sich, dass § 168b StGB auf solche Vergabeverfahren Anwendung findet, deren gesetzliche Regelung jene Terminologie verwendet, die im BVergG sowie in § 168b StGB selbst verwendet wird. Voraussetzung für die Anwendung des § 168b StGB ist daher, dass es sich um Vergabeverfahren im öffentlichen Bereich handelt. Ausgeschlossen ist somit eine Anwendung des § 168b StGB auf private Ausschreibungen.

⁹⁶ Brugger, Kartellstrafrecht: Keine Ausdehnung des § 168b StGB über das Bundesvergabegesetz hinaus, wbl 2015, 366; Sagmeister, Sanktionierung 42.

⁹⁷ Der Begriff des EU-Betruges ist dabei deutlich weiter als jener des § 146 StGB.

⁹⁸ G. Dannecker/C. Dannecker, Europäische und verfassungsrechtliche Vorgaben für das materielle und formelle Unternehmensstrafrecht, NZWiSt 2016, 162 (163). Vgl auch Art 3 Richtlinie (EU) 2017/1271 des Europäischen Parlaments und des Rates über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABI L 198 vom 28. 7. 2017, 29.

⁹⁹ Verordnung (EU, Euratom) Nr. 966/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Union und zur Aufhebung der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates, ABI L 298 vom 26.10.2012.

c. Rechtswidrigkeit der Absprache

i. Rechtswidrigkeit und Vergaberecht

Die Strafbarkeit nach § 168b StGB setzt voraus, dass das Angebot, der Teilnahmeantrag oder die Verhandlungen auf einer rechtswidrigen Absprache beruhen, welche darauf abzielt, den AG zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen. Beim Ziel der Absprache handelt es sich um ein Element des objektiven Tatbestandes. Es stellt die objektive Tendenz der Absprache, die vom Horizont des Adressaten des Angebots, also des Auftraggebers, zu beurteilen ist.¹⁰⁰

Das Angebot, der Teilnahmeantrag und die Verhandlungen müssen auf der rechtswidrigen Absprache *beruhen*. Es muss daher ein Kausalzusammenhang zwischen Absprache und Angebot bestehen. In der Regel wird das Angebot Gegenstand der Absprache sein und das Angebot dann in Übereinstimmung mit der Absprache gelegt wird. Dies ist aber nicht zwingend. Auch wer an der Absprache teilnimmt, dann jedoch – unter Ausnützung des Wissens über die Absprache – ein davon abweichendes Angebot legt, macht sich strafbar.¹⁰¹

Die Absprache muss rechtswidrig sein. Das BVergG verlangt, dass Vergabeverfahren entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbs durchzuführen sind (§ 19 Abs 1 BVergG). Auszuscheiden sind Angebote von Bietern, die „mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen haben“ (§ 129 Abs 1 Z 8 BVergG).

ii. Anknüpfung an Verbote des österreichischen und europäischen Kartellrechts

Das BVergG regelt allerdings selbst nicht, wann eine rechtswidrige Absprache vorliegt. Vielmehr sieht die herrschende Lehre und Praxis insbesondere Verstöße gegen kartellrechtliche Bestimmungen als relevant an. Dieser Bezug zum Wettbewerbsrecht ergibt sich vor allem aus dem Schutzzweck des Vergaberechts. Dieser besteht darin, den Wettbewerb im Rahmen öffentlicher Vergabeverfahren zu schützen und eine transparente Auftragsvergabe zu gewährleisten. Das Vergaberecht regelt zum einen das Verhältnis der Bieter zum öffentlichen Auftraggeber;

¹⁰⁰ Zeder in SbgK § 168b Rz 84.

¹⁰¹ Dannecker in NK § 298 Rz 51; Tiedemann in LK¹¹ § 298 Rz 33; Zeder in SbgK § 168b Rz 86.

zum anderen aber auch das Verhältnis der Bieter zueinander im Vergabewettbewerb. Im Mittelpunkt des Vergabeverfahrens steht die „Veranstaltung eines Parallelwettbewerbs von Bieter um einen in einer Leistungsbeschreibung artikulierten Beschaffungswunsch“, dessen Ergebnisse nach objektiven Kriterien beurteilt wird. Dahinter steckt die Vorstellung, „dass der organisierte Parallelwettbewerb der Bieter eine wettbewerbsstimulierende Wirkung hat und tendenziell eine wirtschaftliche, sparsame und zweckmäßige Beschaffung gewährleistet“.¹⁰²

Es geht dem Vergaberecht daher um die Sicherung der Effizienz der Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Hand wesentlich durch Gewährleistung eines funktionierenden Wettbewerbs. Darüber hinaus wird in der staatlichen Leistungsnachfrage am Markt auch eine Intervention des Staates in diesen Markt gesehen. Das Vergaberecht soll auch die wirtschaftspolitische Neutralität dieser staatlichen Marktintervention sicherstellen. Vergaberechtliche Regelungen werden daher in der Literatur als Teil des Wettbewerbsrechts und weniger als Teil des Haushaltsrechts der öffentlichen Hand angesehen.¹⁰³

Daher ist nach hA die Rechtswidrigkeit nach dem Kartellrecht zu beurteilen.¹⁰⁴ Nach dem geltenden Kartellrecht bestehen keine Ausnahmen für Bieter- und Arbeitsgemeinschaften. Zur Beurteilung sind somit § 1 KartG und Art 101 AEUV heranzuziehen. Erfasst sind zunächst Vereinbarungen zwischen Unternehmern, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.¹⁰⁵

Dennoch ist der Schutzzweck des Kartellrechts nicht völlig ident mit jenem des Vergaberechts. Schutzzweck des § 19 Abs 1 iVm § 129 Abs 1 Z 8 BVergG ist die Sicherstellung eines funktionierenden Vergabewettbewerbes, während das Kartellrecht weiter ausgreift und die Leistungsfähigkeit des Marktes durch die Funktionsfähigkeit des Marktwettbewerbs im Allgemeinen

¹⁰² *Korinek*, Das Vergaberecht im Dienst der Sicherung des Wettbewerbs und einer effizienten Auftragsvergabe, *ecolex* 1999, 523.

¹⁰³ *Eilmansberger/Holoubek*, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde? - Zur kartellrechtlichen Überprüfung von Angeboten einer Bietergemeinschaft im Vergabeverfahren, *ÖZW* 2008, 2 (3) mwN.

¹⁰⁴ EBRV 1005 BlgNR 21. GP 34; *Birklbauer*, Wettbewerb und Strafrecht, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg), *Wettbewerb und Recht* 256 (268); *Kirchbacher* in *WK²* § 168b Rz 41 ff; *Oppel*, Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren, *ZVB* 2013, 474; *Zeder* in *SbgK* § 168b Rz 70; vgl auch BVA 11. 12. 2002, 12 N-52/02-26; BVA 2. 10. 2001, N-80/01-19.

¹⁰⁵ *Oppel*, *ZVB* 2013, 474.

schützt. Es geht aber jeweils darum, wettbewerbsbeeinträchtigende Vereinbarungen hintanzuhalten. Das Vergaberecht hat dabei für die Beurteilung der Wettbewerbsbeeinträchtigung das konkrete Vergabeverfahren als gegenüber dem Kartellrecht eingeschränkten Bezugspunkt.¹⁰⁶

Verboten sind insbesondere die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen, die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen, die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen, die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden, sowie 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 (§ 1 Abs 2 KartG, Art 101 Abs 2 AEUV).

Wenn diese Regeln des Wettbewerbs aber für die Beurteilung nach § 129 Abs 1 Z 8 BVergG relevant sind, dann sind sie auch für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit einer Absprache gem § 168b StGB heranzuziehen.

Aus der Verwendung des Begriffs Absprache in § 168b StGB ist nicht zu schließen, dass bloß Absprachekartelle erfasst werden, sondern grundsätzlich ist davon auszugehen, dass grundsätzlich alle Arten von Kartellen, welche das KartG erfasst, von § 168b StGB erfasst werden, insbesondere Vereinbarungskartelle, sofern sie darauf gerichtet sind, den Auftraggeber zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen.¹⁰⁷ Um keine rechtswidrigen Absprachen iSd § 168b StGB handelt es sich hingegen bei bloßen Auslotungs- oder Kontaktgesprächen sowie dem gegenseitigen Austausch von Informationen.¹⁰⁸

Wenn sich die Rechtswidrigkeit aus dem österreichischen oder europäischen Kartellrecht ergibt, bedeutet dies auch, dass grundsätzlich die Ausnahmen vom Kartellverbot nach § 2 KartG 2005 die Rechtswidrigkeit der Absprachen ausschließen können. Der allgemeine Ausnahmetatbestand des § 2 Abs 1 KartG 2005 macht die Zulässigkeit einer Verhaltensweise von vier Voraussetzungen abhängig:

- Die Wettbewerbsbeschränkung muss zur Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder zur Förderung des technischen Fortschritts beitragen.

¹⁰⁶ Eilmansberger/Holoubek, ÖZW 2008, 3.

¹⁰⁷ Lurger, ecolex 2003, 112.

¹⁰⁸ Zeder in SbgK § 168b Rz 78.

- Sie muss die Verbraucher angemessen am entstandenen Gewinn beteiligen.
- Den beteiligten Unternehmern dürfen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind.
- Den beteiligten Unternehmern dürfen keine Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren (und Dienstleistungen) den Wettbewerb auszuschalten.

Bei Vorliegen der Voraussetzungen ist eine Wettbewerbsbeschränkung ex lege zulässig. Es bedarf daher keiner Entscheidung durch eine Behörde. Dies führt jedoch dazu, dass die Prüfung, ob die Voraussetzungen vorliegen und eine bestimmte Verhaltensweise dadurch zulässig ist, den Unternehmern selbst obliegt.

Grundsätzlich können alle Wettbewerbsbeschränkungen, die unter § 1 KartG 2005 subsumiert werden, von der Ausnahmebestimmung des § 2 Abs 1 KartG 2005 erfasst sein. Bei schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen – so etwa auch bei Submissionsabsprachen – werden jedoch in der überwiegenden Zahl der Fälle die Voraussetzungen des § 2 Abs 1 KartG 2005 nicht erfüllt sein.¹⁰⁹ Submissionsabsprachen verfolgen idR gerade das Ziel, den Wettbewerb auszuschalten, weshalb jedenfalls die Voraussetzung nicht vorliegt, dass den beteiligten Unternehmern keine Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Daher wird eine Submissionsabsprache in der Regel rechtswidrig sein.

iii. Keine Rechtswidrigkeit von „Bagatellkartellen“

Zu denken wäre allenfalls daran, dass die Rechtswidrigkeit bei sog Bagatellkartellen ausgeschlossen ist. „Bagatellkartelle“ sind nach § 2 Abs 2 Z 1 KartG Kartelle, an denen Unternehmer beteiligt sind, die zueinander im Wettbewerb stehen und gemeinsam am relevanten Markt einen Anteil von nicht mehr als 10 % haben, oder Kartelle, an denen Unternehmer beteiligt sind, die nicht miteinander im Wettbewerb stehen und die jeweils am relevanten Markt einen Anteil von

¹⁰⁹ Reidlinger/Hartung, Kartellrecht³ 62.

nicht mehr als 15 % haben, sofern sie in beiden Fällen weder die Festsetzung der Verkaufspreise, die Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes noch die Aufteilung der Märkte bezwecken (Bagatellkartelle).

Submissionsabsprachen bezwecken allerdings regelmäßig die Festsetzung der Verkaufspreise oder die Aufteilung der Märkte. Daher scheidet auch die Anwendung der Ausnahmeregelung für Bagatellkartelle daran, dass Submissionsabsprachen Zwecke verfolgen, die auch bei Bagatellkartellen nicht zulässig sind.¹¹⁰

Daraus folgt, dass Submissionsabsprachen, selbst wenn sie nur unter einigen „kleinen“ Bietern erfolgen, in der Regel als rechtswidrig einzustufen sind. Da § 168b StGB lediglich darauf abstellt, dass das Angebot, der Teilnahmeantrag oder die Verhandlungen auf einer (zielgerichteten) rechtswidrigen Absprache beruhen, kommt es nicht darauf an, ob sich an diesen Absprachen alle oder nur ein Teil der Bieter beteiligen und welches Gewicht diese Bieter auf dem relevanten Markt haben.

2. Subjektiver Tatbestand

§ 168b StGB ist ein Vorsatzdelikt (§ 7 Abs 1 StGB); es genügt nach § 5 Abs 1 StGB bedingter Vorsatz. Dieser muss sich auf alle Tatbestandselemente beziehen. Der Vorsatz des Täters muss sich daher auf das Vergabeverfahren, das Legen eines Angebotes, Stellen eines Teilnahmeantrages oder das Führen von Verhandlungen, die rechtswidrige Absprache und den Zusammenhang zwischen Absprache und Angebot beziehen. Auch hinsichtlich des Ziels der Absprache reicht bedingter Vorsatz aus.

D. Versuch des § 168b StGB

Der Tatbestand des § 168b StGB ist mit Legung des Angebots sowie mit dem Stellen eines Teilnahmeantrags oder dem Führen von Verhandlungen vollendet. Grundsätzlich ist ein Versuch des § 168b StGB möglich und nach § 15 StGB strafbar.

Ein strafbarer Versuch liegt jedoch erst dann vor, wenn der Täter seinen Entschluss, die Tat auszuführen oder einen anderen dazu zu bestimmen, durch eine der Ausführung unmittelbar

¹¹⁰ *Kirchbacher* in WK² § 168b Rz 49; *Sagmeister*, Sanktionierung 92.

vorangehende Handlung oder eine Ausführungshandlung betätigt. Es muss sich der Tatvorsatz somit in einer tatsächlichen Handlung manifestieren. Die bloße Gesinnung oder der Tatentschluss sind nicht strafbar. Nicht jede Handlung, aus der auf den Vorsatz des Täters geschlossen werden kann, begründet bereits einen Versuch, wenn keine ausreichende Ausführungsnahe besteht.

Da § 168b StGB schon zu einem sehr frühen Zeitpunkt vollendet ist, bleibt für die Versuchsstrafbarkeit nur wenig Anwendungsbereich. Das Treffen einer Absprache stellt ebenso wenig eine Ausführungs- oder ausführungsnahen Handlung dar wie die Vorbereitung eines Angebotes. Die Ausführungshandlung besteht bei schlichten Tätigkeitsdelikten wie § 168b StGB in der Regel in der Tathandlung des Delikts.

Eine ausführungsnahen Handlung liegt dann vor, wenn die Handlung nach dem Tatplan des Täters objektiv in einem unmittelbaren zeitlichen, örtlichen sowie aktionsmäßigen Zusammenhang zur Ausführungshandlung steht. Das entscheidende Kriterium ist die Vorstellung des Täters vom konkreten Ablauf der Tat. Bedarf es noch weiterer essentieller zeitlicher, örtlicher oder manipulativer Etappen, fehlt es an der notwendigen Nähe zur Tatbestandsverwirklichung. Erst wenn die Handlung ohne weitere Zwischenschritte seitens des Täters unmittelbar in die Ausführungshandlung münden soll, kann von einer ausführungsnahen Handlung gesprochen werden.

Im Fall des § 168b StGB liegt eine ausführungsnahen Handlung und damit ein Versuch daher konkret erst dann vor, wenn die Absendung des Angebots unmittelbar bevorsteht. Die Vorbereitung des Angebots ist hingegen noch eine straflose Vorbereitungshandlung. Da bereits mit der Legung des Angebots oder Stellen des Teilnahmeantrags das Delikt vollendet ist, ist der Raum für eine Versuchsstrafbarkeit sehr klein.

E. Verhältnis zwischen § 168b StGB und Kartellgesetz

Für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit der Absprachen, wie sie in § 168b StGB Strafbarkeitsvoraussetzung ist, wird – wie ausgeführt – in Jud und Lit regelmäßig an die Bestimmungen des KartG 2005 angeknüpft und bei Bestehen eines Kartells wird von einer rechtswidrigen Absprache ausgegangen. Ein Verstoß gegen das Kartellverbot des § 1 KartG 2005 ist jedoch auch

durch § 29 KartG 2005 mit Geldbußen bis zu einem Höchstbetrag von 10 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes bedroht. Allenfalls kann auch eine Sanktionierung eines Verstoßes gegen Art 101 AEUV nach Art 23 Verordnung (EG) 1/2003 vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln in Betracht kommen. Daher bedarf es einer Klärung des Verhältnisses zwischen § 168b StGB und den Geldbußentatbeständen des KartG 2005 und der VO 1/2003.

Dies ist insbesondere im Hinblick auf die Verantwortlichkeit der beteiligten Unternehmen erforderlich. Nach § 168b StGB können neben natürlichen Personen auch Verbände nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) zur Verantwortung gezogen werden. Nach dem KartG 2005 und nach der Verordnung 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (VO 1/2003)¹¹¹ sind Unternehmer oder Unternehmensvereinigungen zu sanktionieren.

Aus der Akzessorität des § 168b StGB im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit der Absprache ergibt sich, dass im Falle horizontaler Preisabsprachen dem Unternehmer bzw dem Verband sowohl ein strafgerichtliches Verfahren wegen § 168b StGB als auch ein wettbewerbsrechtliches Verfahren nach dem KartG 2005 und nach dem Unionsrecht drohen können. Damit droht den Unternehmen eine Mehrfachverfolgung sowohl nach dem österreichischen und/oder europäischen Wettbewerbsrecht als auch nach § 168b StGB (in Verbindung mit dem VbVG).

Eine derartige Mehrfachverfolgung bringt die Gefahr eines Verstoßes gegen das Verbot der Doppelverfolgung mit sich, das für nationale Verfahren in Art 4 7. ZP-EMRK und im transnationalen Zusammenhang in Art 50 Europäische Grundrechtecharta verankert ist. Verfahren nach dem VbVG sind unstrittig als Strafverfahren im Sinne des Art 4 7. ZP-EMRK und des Art 50 Europäische Grundrechtecharta. Ebenso ist bei Anwendung der Rsp des EGMR davon auszugehen, dass Kartellgeldbußen, auch wenn sie nicht dem Kriminalstrafrecht zugeordnet sind, ein strafrechtlicher Charakter zukommt und es sich daher bei Verfahren, in denen sie verhängt werden, ebenfalls um strafrechtliche Verfahren iSd Art 4 7. ZP-EMRK und des Art 50 Europäische Grundrechtecharta handelt.¹¹² Es soll im gegebenen Zusammenhang nicht näher auf das

¹¹¹ ABI 2003 L 1, 1.

¹¹² *Tiedemann/Otto*, Literaturbericht Wirtschaftsstrafrecht, ZStW 102 (1990) 102; *Tiedemann*, Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts, in Jescheck-FS 1411 (1417); *Dannecker/Fischer-Fritsch*, Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis (1989) 6 ff; *Rosbaud*, Das Kartellrecht ist tot! Lang lebe das „Kartellrecht“! – Zur Rechtsnatur der Geldbuße nach § 142 Z 1 KartG idF KartG-Novelle 2002, JBl 2003, 907 (914); *Dannecker/Biermann*, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁵, Bd 1/ Teil 2, Vor Art 23 VO 1/2003 Rz 39;

Verbot der Doppelverfolgung (ne bis in idem-Grundsatz) eingegangen werden. Es ist jedoch davon auszugehen, dass eine Verfolgung eines Unternehmens wegen einer Submissionsabsprache sowohl nach dem VbVG iVm § 168b StGB als auch nach § 29 KartG oder Art 23 Abs 2 VO 1/2003 in einem Spannungsverhältnis mit dem Grundsatz „ne bis in idem“ steht.¹¹³ Es wäre jedenfalls auch grob unverhältnismäßig, dieselbe (natürliche oder juristische) Person für denselben Verstoß doppelt zu sanktionieren.

Der Gesetzgeber hat das Verhältnis zwischen den Bestimmungen des KartG bzw Art 23 VO 1/2003 und § 168b StGB nicht geregelt. *Zeder* schlägt daher eine verfassungskonforme einschränkende Interpretation der kartellrechtlichen Bestimmungen und eine Subsidiarität der Kartellgeldbußenatbestände gegenüber § 168b StGB vor.¹¹⁴

Es könnte allerdings auch daran gedacht werden, dass § 168b StGB und die wettbewerbsrechtlichen Geldbußenbestimmungen in einem Verhältnis tatbestandlicher Exklusivität stehen. Im Falle tatbestandlicher Exklusivität schließt die Annahme des einen Delikts die Annahme des anderen Delikts aus. Die Exklusivität kann sich begrifflich aus einander ausschließenden Tatbestandsmerkmalen¹¹⁵ oder aus einer abschließenden Regelung durch den Gesetzgeber ergeben.¹¹⁶ Das Verhalten des Täters ist in diesem Fall ausschließlich nach einem Tatbestand strafbar. Die Subsumtion unter diesen schließt automatisch die Subsumtion unter den anderen Tatbestand aus. Die Abgrenzung der Delikte erfolgt in diesem Fall auf Ebene des Tatbestandes. Tatbestandliche Exklusivität kann sich im gegenständlichen Fall daraus ergeben, dass der Gesetzgeber mit § 168b StGB eine abschließende Regelung für Submissionsabsprachen getroffen haben könnte.

Der Tatbestand des § 168b StGB wurde gleichzeitig mit Einführung der wettbewerbsrechtlichen Kartellgeldbußen in das StGB eingefügt. Argumentiert wurde damit, dass der Wegfall der kartellrechtlichen Kriminalstrafatbestände zu einer Lücke im Bereich der Korruption im Vergabewesen, nämlich bei der Ahndung von Submissionskartellen, geführt hätte und diese

Kert, Der Begriff der strafrechtlichen Sanktion im Verhältnis zu Maßnahmen des Verwaltungs- und Zivilrechts (2016) 441 ff; *Sagmeister*, Sanktionierung 225.

¹¹³ Ausführlich dazu *Sagmeister*, Sanktionierung 217 ff.

¹¹⁴ *Zeder* in SbgK § 168b Rz 117.

¹¹⁵ *Ratz* in WK² Vorbem zu §§ 28-31 Rz 2.

¹¹⁶ *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht Allgemeiner Teil¹⁵ E 8 Rz 8; *Medigovic/Reindl-Krauskopf/Luef-Kölbl*, Strafrecht Allgemeiner Teil II² 208 f.

durch die Schaffung eines neuen Straftatbestandes geschlossen werden sollte.¹¹⁷ Die Argumentation in den EBRV bezog sich somit nicht bloß auf die Schwierigkeit bei der Anwendbarkeit der §§ 146 ff StGB auf Submissionsabsprachen, sondern der Gesetzgeber ging offensichtlich davon aus, dass für Submissionsabsprachen eigene Kriminalstrafatbestände notwendig seien und für diese die Geldbußentatbestände des KartG nicht ausreichen würden. Aus der Genese ist daher abzuleiten, dass der Gesetzgeber für Kartellverstöße grundsätzlich zwar die Geldbußentatbestände zur Sanktionierung einführte, außer für Submissionsabsprachen, für die der Kriminalstrafatbestand des § 168b StGB eingeführt wurde.

Dass der Gesetzgeber nicht auf das Verhältnis zwischen § 168b StGB und den kartellrechtlichen Geldbußentatbeständen näher einging, hatte vermutlich seinen Grund darin, dass zu diesem Zeitpunkt noch keine Verbandsverantwortlichkeit im Kriminalstrafrecht vorgesehen war und er damit die gleichzeitige Sanktionierung einer Person nach beiden Tatbeständen nicht als vorrangiges Problem gesehen hat. Jedoch lässt sich aus der Systematik schließen, dass der Gesetzgeber Submissionsabsprachen im Kriminalstrafrecht sanktioniert wissen wollte, während er für andere Kartellverstöße Geldbußen außerhalb des Kriminalstrafrechts vorsah.

Wenn der Gesetzgeber jedoch bewusst den Straftatbestand für Submissionsabsprachen bei Schaffung der Kartellbußgeldtatbestände aus dem Kartellgesetz herausgenommen hat und einen eigenen Kriminalstrafatbestand geschaffen hat, ist daraus zu schließen, dass die Sanktionierung von Submissionsabsprachen abschließend in § 168b StGB geregelt ist, während das KartG 2005 Sanktionen für andere Kartelle vorsieht. Dafür würde sprechen, dass mit der kriminalstrafrechtlichen Sanktionierung der natürlichen Personen und der Verbände, für die diese agieren, der gesamte Unrechtsgehalt der rechtswidrigen Absprache erfasst und abgedeckt ist.

Die bestehende Ungewissheit über das Verhältnis zwischen § 168b StGB und den nationalen Kartellgeldbußentatbeständen bedarf jedenfalls einer Klarstellung durch den Gesetzgeber in dem Sinne, dass Submissionskartelle ausschließlich nach einer Bestimmung zu bestrafen sind und der Bestrafung nach § 168b StGB (in Verbindung mit dem VbVG) Vorrang zukommt und eine Bestrafung nach dieser Bestimmung in der Folge eine Verfolgung und Sanktionierung des Unternehmers nach dem KartG 2005 ausschließt.¹¹⁸

¹¹⁷ EBRV 1005 EBRV 21. GP, 19.

¹¹⁸ Ebenso *Zeder* in SbgK § 168b Rz 117.

F. Verhältnis von § 146 und § 168b StGB

Geht man mit der Rsp davon aus, dass § 146 auf Submissionsabsprachen anwendbar ist¹¹⁹, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von § 146 und § 168b StGB, wenn beide Tatbestände erfüllt sind. Erfüllt ein Täter durch eine Handlung mehrere Delikte, die das gleiche Rechtsgut schützen, liegt in der Regel Scheinkonkurrenz vor. Die Bestrafung des Täters wegen aller Delikte würde in diesem Fall dazu führen, dass dem Täter die Rechtsgutverletzung mehrfach angelastet würde. Dies ist, um die Rechtsgutverletzung ausreichend zu sanktionieren, nicht notwendig oder gerechtfertigt. Schützen mehrere Delikte jedoch verschiedene Rechtsgüter, so deckt der Unrechtsgehalt des einen Delikts nicht den gesamten Unrechtsgehalt des anderen Delikts ab. Die Delikte stehen daher aufgrund des Schutzes unterschiedlicher Rechtsgüter zueinander im Verhältnis echter Konkurrenz.

Nach *Kirchbacher*¹²⁰ und *Kienapfel/Schmoller*¹²¹ stehen die beiden Tatbestände im Verhältnis der Scheinkonkurrenz, wobei *Kirchbacher* differenziert: Aufgrund des durch die höhere Strafdrohung zum Ausdruck gebrachten Unwertgehalts wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Vergabeverfahren soll § 146 durch § 168b Abs 1 verdrängt werden. Er geht davon aus, dass es sich bei § 168b um ein Vermögensdelikt handle, somit das gleiche Rechtsgut wie § 146 geschützt werde. Wird aber durch die Submissionsabsprache ein schwerer oder gewerbsmäßiger Betrug nach §§ 147, 148 verwirklicht, so weise der Betrug als Erfolgsdelikt einen Unwertgehalt auf, der dem nach § 168b mit bloßer Gefahr für fremdes Vermögen verbundenen Unwert die eigenständige Bedeutung nehme. Es solle daher materielle Subsidiarität des § 168b gegenüber §§ 147, 148 StGB bestehen.

Geht man jedoch – wie oben ausgeführt – davon aus, dass das geschützte Rechtsgut des § 168b primär der Wettbewerb bzw das Vergabeverfahren unter Wettbewerbsbedingungen ist und das geschützte Rechtsgut der § 146 ff StGB das fremde Vermögen, folgt daraus, dass § 146 StGB und § 168b StGB im Verhältnis echter Konkurrenz zueinander stehen.¹²² Denn, erfüllt der Täter durch eine Handlung mehrere Delikte, die unterschiedliche Rechtsgüter schützen, ist eine Bestrafung wegen aller Delikte erforderlich. Andernfalls würde durch die Strafe nur die Verletzung jenes Rechtsguts sanktioniert, das von diesem Delikt geschützt wird. Die Verletzung an-

¹¹⁹ OGH 28.6.2000, 14 Os 107/99.

¹²⁰ *Kirchbacher* in WK² § 168b Rz 60 f.

¹²¹ *Kienapfel/Schmoller* BT II Rz 61 und 271.

¹²² *Kert*, in SbgK § 146 Rz 418; *Zeder* in SbgK § 168b Rz 112; *Reidlinger/Hartung*, Kartellrecht 242.

derer vom Täter verletzter Rechtsgüter bliebe ungeahndet und wäre durch die Strafe nicht erfasst. Um die Verletzung beider Rechtsgüter zu erfassen, ist daher die Sanktionierung wegen beider Delikte erforderlich.¹²³ Dies freilich nur, wenn der Betrugstatbestand nach § 146 StGB tatsächlich erfüllt ist. Aufgrund des Absorptionsprinzips ist eine gemeinsame Strafe zu verhängen, wobei sich der gemeinsame Strafraum aus der höchsten Untergrenze und der höchsten Obergrenze zusammensetzt.

Die systematische Einordnung des Tatbestandes im Bereich der Vermögensdelikte allein bedeutet nicht zwingend, dass durch § 168b in erster Linie das Vermögen geschützt werden soll. Der Tatbestand selbst stellt den funktionierenden Wettbewerb im Rahmen eines Vergabeverfahrens in den Vordergrund. Es ist daher von echter Konkurrenz zwischen § 146 und § 168b auszugehen.

¹²³ Ausführlich *Sagmeister*, Strafbarkeit von Preisabsprachen im Vergabeverfahren. Zum Verhältnis der §§ 146 ff StGB zu § 168b StGB, ZWF 2017, 144 ff.

IV. Leistung von Abstandszahlungen als Untreue (§ 153 StGB)?

Typischerweise werden im Zusammenhang mit Submissionsabsprachen oftmals Abstandszahlungen an die anderen an der Absprache beteiligten Unternehmen vereinbart und im Wege der Bezahlung von Scheinrechnungen geleistet. Zu untersuchen ist, ob die Leistung von Abstandszahlungen an andere (potentielle) (Mit-)Bieter mit dem Zweck, dass diese kein oder ein höheres Angebot abgeben (und sie daher bei der Auftragsvergabe nicht zum Zug kommen), eine Untreue nach § 153 StGB begründet und sich daher der Organwalter einer juristischen Person strafbar macht, wenn er solche Zahlungen leistet.

Wegen Untreue (§ 153 StGB) ist zu bestrafen, wer seine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch einen anderen am Vermögen schädigt. Voraussetzung ist, dass dem Täter (Machthaber) eine Vertretungsmacht (Befugnis) eingeräumt wird, rechtliche Handlungen zu setzen, die unmittelbar für den Vertretenen (Machtgeber) wirken.

Diese Befugnis muss der Machthaber (wissentlich) missbrauchen. Ein Befugnismissbrauch liegt vor, wenn ein Machthaber im Rahmen seines im Außenverhältnis bestehenden rechtlichen Könnens gegen das interne Dürfen verstößt, indem er sich über ihn im Innenverhältnis treffende Vorgaben hinwegsetzt. Durch das StRÄG 2015 wurde in § 153 Abs 2 StGB eine Legaldefinition des Befugnismissbrauchs eingeführt. Danach missbraucht seine Befugnis, „wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen“.

Zu fragen ist, ob die Zahlung von Abstandszahlungen einen Missbrauch der Befugnis begründet. Ein solcher setzt voraus, dass in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstoßen wird, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen.¹²⁴ Maßstab für den Missbrauch ist die Ausgestaltung des Innenverhältnisses zwischen Machtgeber und Machthaber. Die Rechte und Pflichten im Innenverhältnis ergeben sich meist aus Gesetz, Vertrag, Satzung oder Einzelweisungen des Machtgebers.¹²⁵ Fehlen solche Vorgaben, ist auf die Grundsätze redlicher

¹²⁴ Vgl dazu genauer *Huber*, Ausgewählte Fragen der Untreuebestimmung, in *Kert/Kodek*, Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht 129 (140).

¹²⁵ *Birklbauer/Hilff/Tipold*, BT I⁴ § 153 Rz 11; *Flora* in *Leukauf/Steininger*, StGB⁴ § 153 Rz 17; *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I⁵ 229.

und verantwortungsbewusster Geschäftsführung zurückzugreifen, die sich am Interesse des Vertretenen zu orientieren haben.¹²⁶

Auf den ersten Blick ist an einen Verstoß gegen die kartellrechtlichen Bestimmungen des § 1 KartG 2005 (bzw Art 101 AEUV) zu denken. Allerdings dienen die Regeln keinesfalls dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten, sondern sie dienen dem Schutz des Wettbewerbs und unter Umständen dem Schutz des Vermögens anderer Bieter, die aufgrund der Absprache im Vergabeverfahren nicht zum Zug kommen. Doch gerade das Vermögen des wirtschaftlich Berechtigten oder des Machtgebers ist durch die kartellrechtlichen Bestimmungen nicht geschützt.¹²⁷

Somit ist zu fragen, ob es einen Missbrauch der Befugnis darstellt, wenn der Machthaber – etwa der Geschäftsführer oder sonstige Bevollmächtigte des Unternehmens – eine Zahlung leistet, für diese allerdings keine (vermögenswerte) Gegenleistung erhält. Es geht um einen sachlich objektiv unvertretbaren Gebrauch der Vertretungsmacht.

Es ist daher zu fragen, ob ein umsichtiger Geschäftsführer ebenfalls solche Abschlagszahlungen leisten würde und diese im Sinne der vertretenen Gesellschaft sind.

Grundsätzlich kann die rechtsgrundlose Bezahlung einer Scheinrechnung, der keine Leistungen zugrunde liegen, durch den Machthaber eine Untreue darstellen.¹²⁸ Dies ist insofern verständlich, als ein umsichtiger Machthaber keine Leistung erbringt, für die der Machtgeber keine entsprechende Gegenleistung erhält. Werden dem Machtgeber (der Gesellschaft) daher Leistungen in Rechnung gestellt, die tatsächlich niemals erbracht wurden, und bezahlt der davon wissende Machthaber diese Rechnungen, missbraucht er seine Befugnis, sofern der Machtgeber der Bezahlung nicht zugestimmt hat.¹²⁹

Anders stellt sich die Situation jedoch im hier interessierenden Fall dar. Hier wird zwar eine Rechnung für Leistungen gelegt, die tatsächlich nicht erbracht wurden, allerdings bedeutet dies nicht, dass die Rechnung grundlos gelegt wurde. Vielmehr ist die Zahlung der Scheinrechnung für den Machtgeber nicht nutzlos. Die Bezahlung der Scheinrechnung gewährleistet nämlich, dass das andere Unternehmen kein besseres Angebot legt und damit für das die Scheinrechnung

¹²⁶ EVBl 1970/16; SSt 26/10;

¹²⁷ Vgl dazu etwa *Kert/Komenda*, Untreue neu nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015, ÖZW 2015, 143.

¹²⁸ Siehe etwa OGH 15.2.2017, 15 Os 121/16g; OGH 21.8.2003, 15 Os 92/03; OGH 18.12.1985, 11 Os 148/84.

¹²⁹ Sollte der Machtgeber der Bezahlung der Scheinrechnungen wirksam zugestimmt haben, scheidet eine Strafbarkeit wegen Untreue jedenfalls ein. Zum tatbestandsausschließenden Einverständnis, insb bei Kapitalgesellschaften siehe *Huber*, in *Kert/Kodek*, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht 142.

bezahlende Unternehmen eine erhöhte Chance besteht, den Auftrag im Vergabeverfahren zu erhalten. Somit hat das Unternehmen, für das der Entscheidungsträger oder Mitarbeiter die Abzlagszahlung aufgrund der Scheinrechnung bezahlt, grundsätzlich einen Nutzen. Dieser Nutzen mag zwar gesetzwidrig sein, jedoch dient die übertretene Norm, welche die Gesetzwidrigkeit begründet, nicht dem Schutz des Vermögens des wirtschaftlich Berechtigten, sondern dem Schutz des Wettbewerbs und damit dem Schutz der Konkurrenz. Das Unternehmen, dessen Vertreter die Abstandsanzahlung leistet, ist vielmehr Nutznießer der (rechtswidrigen) „Gegenleistung“ des Unternehmens, das die Scheinrechnung legt, nämlich die Abgabe keines oder eines überhöhten Angebots. Somit wird durch die Bezahlung von Abstandsanzahlungen aufgrund einer Scheinrechnung eines anderen an der Absprache beteiligten Unternehmens nicht in unvertretbarer Weise gegen Regeln verstoßen, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten¹³⁰ dienen. Denn in der Regel wird die Abstandsanzahlung für den Vertretenen bzw den wirtschaftlich Berechtigten von Nutzen sein, weil sie bedeutet, dass das Unternehmen den Auftrag erhält. Daher liegt kein Befugnismissbrauch vor.

Allerdings sind solche Abstandsanzahlungen sicher nicht unbegrenzt im Interesse des vertretenen Unternehmens. Daher scheidet ein Befugnismissbrauch nur bei Abstandsanzahlungen in angemessener Höhe aus; andernfalls handelt es sich um einen unvertretbaren Gebrauch der Befugnis.

¹³⁰ Zum Begriff des wirtschaftlich Berechtigten siehe *Kert/Komenda*, ÖZW 2015, 143 f.

V. Zusammenfassung

1. Die Rechtsprechung geht von der Möglichkeit der Bestrafung von Submissionsabsprachen nach §§ 146 ff StGB aus. Die Tathandlung liegt in einer konkludenten Täuschung darüber, dass das abgegebene Angebot im freien Wettbewerb, frei von jeder Absprache, zustande gekommen ist. Für die Bewertung des Vermögensschadens geht die Rechtsprechung von einem hypothetischen Wettbewerbspreis als Vergleichsmaßstab aus. Dieser hypothetische Wettbewerbspreis ist mit großer Unbestimmtheit behaftet. Es handelt sich dabei um eine fiktive Größe, da keiner der Bieter die Möglichkeit einer Leistungserbringung zum hypothetischen Wettbewerbspreis in Aussicht gestellt hat. Es ist eine Chance auf ein günstigeres Geschäft und damit eine Exspektanz, der grundsätzlich kein Vermögenswert zukommt, sodass darin auch kein Vermögensschaden liegen kann.

Hinzu kommt, dass der effektive Verlust an der Vermögenssubstanz erst zu dem Zeitpunkt eintritt, zu dem dem Auftraggeber die tatsächlich erbrachte Leistung in Rechnung gestellt wird und dieser sie bezahlt. Daher ist für die Schadensberechnung auf diesen Zeitpunkt abzustellen. Ein Schaden liegt nur dann vor, wenn für die erbrachte Leistung ein Preis in Rechnung gestellt wird, der bei funktionierendem Markt zweifelsfrei niemals erlangt hätte werden können.

Auf der subjektiven Tatseite muss zum Zeitpunkt der Täuschung sowohl ein Täuschungs- und Schädigungsvorsatz (Tatbildvorsatz) als auch der erweiterte Vorsatz auf die unrechtmäßige Bereicherung vorliegen. Allein aus dem tatsächlichen Vorliegen einer Absprache ist noch nicht auf den Schädigungs- und Bereicherungsvorsatz zu schließen. Nur wenn sich der Täter damit positiv abfindet, dass ein überhöhter Preis in Rechnung gestellt wird, ist davon auszugehen, dass ein bedingter Vorsatz auf eine Schädigung des Auftraggebers und auf die unrechtmäßige Bereicherung gegeben ist.

2. Beim Delikt der Wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Vergabeverfahren (§ 168b StGB) handelt es sich um ein Verletzungsdelikt. Das durch den Straftatbestand geschützte Rechtsgut ist vorrangig der Wettbewerb im Vergabeverfahren.

Während in der Literatur und Judikatur teilweise davon ausgegangen wird, dass der Anwendungsbereich des § 168b StGB sich auch auf private Ausschreibungen bezieht, legt der Wortlaut des Gesetzes, dessen Terminologie jener des BVergG angepasst ist, nahe,

§ 168b StGB nur auf solche öffentliche Vergabeverfahren zu beziehen, die in der Terminologie jener des BVergG folgen.

Das BVergG selbst regelt nicht, wann eine Absprache rechtswidrig ist. Zur Beurteilung der Rechtswidrigkeit der Absprache sind daher § 1 KartG und Art 101 AEUV heranzuziehen.

Grundsätzlich ist der Versuch des § 168b StGB in Verbindung mit § 15 StGB möglich. Allerdings bleibt aufgrund des frühen Vollendungszeitpunkts nur ein kleiner Anwendungsbereich für den Versuch. Die Ausführungshandlung besteht in der Tathandlung. Von einer ausführungsnahen Handlung ist erst zu dem Zeitpunkt auszugehen, wenn die Absendung des Angebots unmittelbar bevorsteht. Damit aber ist der Raum für eine Versuchsstrafbarkeit sehr klein.

3. Neben der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach § 168b StGB (in Verbindung mit dem VbVG) kommt für Unternehmen auch eine Bestrafung nach den Geldbußentatbeständen des KartG 2005 und der VO 1/2003 in Betracht. Da beiden Sanktionen strafrechtlicher Charakter zukommt, wird eine doppelte Verfolgung regelmäßig einen Verstoß gegen das Verbot der Doppelbestrafung („Ne bis in idem“) nach Art 4 7. ZP-EMRK und Art 50 Europäische Grundrechtecharta darstellen. Der Gesetzgeber hat das Verhältnis zwischen § 168b StGB und den wettbewerbsrechtlichen Sanktionsbestimmungen nicht geregelt. Aus der Genese des § 168b StGB in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Schaffung der Geldbußentatbeständen des Kartellgesetzes kann jedoch abgeleitet werden, dass die Sanktionierung von Submissionsabsprachen abschließend in § 168b StGB geregelt ist und daher eine darüber hinausgehende Bestrafung nach dem KartG 2005 ausgeschlossen ist. Das Verhältnis sollte jedoch durch den Gesetzgeber geregelt werden.
4. Bejaht man mit der Judikatur die Anwendbarkeit des Betrugstatbestandes auf Submissionsabsprachen, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von §§ 146 ff StGB und § 168b StGB. Während §§ 146 ff StGB das Vermögen schützt, schützt § 168b StGB den Wettbewerb im Vergabeverfahren. Aufgrund der unterschiedlichen geschützten Rechtsgüter ist von echter Konkurrenz zwischen den beiden Strafbestimmungen auszugehen.

5. Die Zahlung von Abstandszahlungen an andere an der Absprache beteiligte Bieter stellt in der Regel keine Untreue nach § 153 StGB dar. Auch wenn diese meist in der Bezahlung von Scheinrechnungen besteht, ist bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise davon auszugehen, dass durch die Zahlung nicht in unvertretbarer Weise gegen Regeln verstoßen wird, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen, und somit kein Befugnismissbrauch vorliegt, solange diese Abstandszahlungen in angemessener Höhe geleistet werden.

Wien, am 18. Dezember 2017



Univ.-Prof. Dr. Robert Kert