

# Das Submissionskartell - Sicht des Strafrechts



PROF. DR. IUR. JÜRIG-BEAT ACKERMANN

## Deutsche Antwort im StGB

§ 298 dStGB

### Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen

- (1) Wer bei einer Ausschreibung über Waren oder Dienstleistungen ein **Angebot abgibt**, das auf einer **rechtswidrigen Absprache** beruht, die darauf abzielt, den Veranstalter zur **Annahme** eines **bestimmten Angebots zu veranlassen**, wird mit **Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren** oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) (...)

## Deutsche Antwort im StGB

### § 298 dStGB

- Kein Täuschungselement
- Kein Vermögensschaden, keine konkrete Vermögensgefährdung, keine Vermögensvorteilserlangung, keine Vermögensvorteilserlangungsabsicht

Deshalb **kein** betrugsähnliches Sonderdelikt!

Schutz «**freier Wettbewerb**» (kartellrechtsakzessorisch)

Kein Schutz «**Vermögen**» (kein Geschädigtenschutz und – übertragen auf die Schweiz – keine Schutznorm, keine Anwendung von Art. 41 OR)

## *Rechtslage Schweiz?*

Können

**Anbieter**

und

**Vergabestellen**

strafrechtlich belangt werden?

## Anbieter

- Betrug (Art. 146 StGB)?
- Urkundenfälschung (Art. 251 StGB)?
- Aktive Bestechung (Art. 322<sup>ter</sup> StGB)
- Vorteilsgewährung (Art. 322<sup>quinqies</sup> StGB)
- Mitwirkung an ungetreuer Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB)

## Vergabestellen (= Art. 4 E-BöB: «Auftraggeberin»)

- Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB)
- Passive Bestechung (Art. 322<sup>quater</sup> StGB)
- Vorteilsannahme (Art. 322<sup>sexies</sup> StGB)
- Mitwirkung am Betrug (Art. 146 StGB)?
- (evtl.) Mitwirkung bei Urkundendelikt (Art. 251 ff. StGB)?

## Ungetreue Geschäftsbesorgung

Vergabestellen entscheiden über öffentliche Gelder

➡ Vermögensfürsorgepflicht (Art. 158 Ziff. 1 StGB).

Verletzung, wenn:

- (klarer) Verstoss gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot
- Neu: Unterlassung notwendiger Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 11 lit. b E-BöB

Art. 11 lit. b E-BöB  
Blackbox

## Bestechung

*Vorsicht: Gefährdungsdelikte*

*Immerhin: Unrechtsvereinbarung!*

**Anbieter:** anbieten und versprechen genügt!

**Vergabestellen:** versprechen lassen genügt!

## Vorteilgewährung bzw. -annahme

*Vorsicht: abstrakte Gefährdungsdelikte*

*Keine Unrechtsvereinbarung!*

*«Anfüttern», «Klimapflege» reicht.*

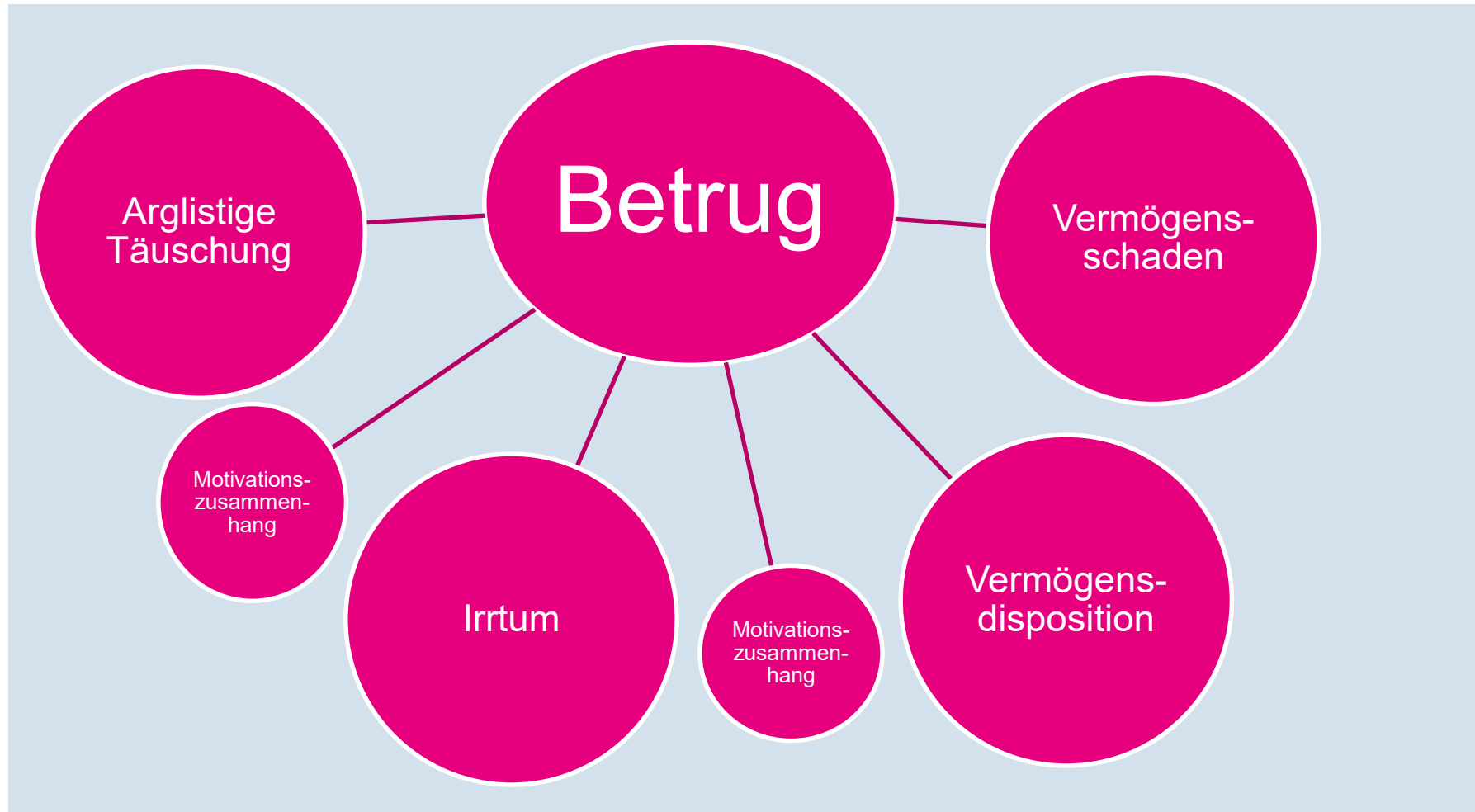
## Art. 146 Abs. 1 StGB

Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch **Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt**, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.

→ Problematik des objektiven Tatbestands



# Submissionskartell – strafrechtlicher Betrug?



## Bewirken eines Irrtums

- Wer Tatsachen bloss für möglich hält, irrt schon, da Tatsachen niemals nur möglich sein können.

## Vermögensdisposition

- Handlung, Duldung oder Unterlassung, die **unmittelbar** zu einer **Vermögensverminderung** führt.
- Wahlfreiheit geschützt? Nein: Betrug ist ein **Selbstschädigungsdelikt**.

## Motivationszusammenhang

zwischen Täuschungshandlung, Irrtum und Vermögensdisposition.

## Vermögensschaden

Die Vermögensdisposition muss zu einem Vermögensschaden beim Getäuschten oder einem Dritten führen.

- **Eingehungsbetrug:** Schadensgleiche Vermögensgefährdung bereits durch den **Vertragsabschluss**.
- **Erfüllungsbetrug:** Arglistige Täuschung erfolgt erst bei Vertragserfüllung.

## Arglistige Täuschung ✓

**Ausdrückliche** (Angebotsformular mit entsprechendem Hinweis unterschreiben) oder **konkludente** (freier Wettbewerb als Ziel der Vergabebestimmungen) Täuschungshandlung, wobei Scheinangebote teilweise mittels EDV-Programme «getarnt» werden.

**Wichtig:** Absprache gilt noch nicht als Täuschungshandlung  
(nächste Folie).

## Arglistige Täuschung ✓

### Wichtige Unterscheidung!

**Absprache:** Durch diese wird der Wettbewerb in Gestalt des konkreten Preisbildungsprozess verfälscht oder ausgeschaltet. Sie ist nicht die arglistige Täuschung, sondern erst die **Grundlage der Täuschung**: Sie verändert die Tatsache «Preisbildung in echtem Wettbewerb».

**Täuschung:** Kommunikative Einwirkung auf die Vorstellung eines Menschen. Vorspiegelung falscher Tatsachen oder Unterdrückung wahrer Tatsachen. Die Täuschung darüber, dass ein echter Wettbewerb stattgefunden habe, liegt vor dem Zuschlag und damit vor Vertragsabschluss.

# Submissionsbetrug?

## **Irrtum** ✓

Annahme der Unabhängigkeit der eingereichten Angebote, obwohl eine geheime Submissionsabsprache besteht.

## **Vermögensdisposition** ?

Aussicht auf das preisgünstigste Angebot → Vermögenscharakter?  
Zeigt sich erst bei der Schadensberechnung.

## **Motivationszusammenhang** (✓)

In der Regel scheitert es nicht an diesem Punkt, wenn eine Vermögensdisposition zu bejahen wäre.

## Vermögensschaden ✘

### *Problemübersicht*

StGB: Ersatzkriterien für «Marktpreis»

- «angemessener Preis»?
- «hypothetischer Wettbewerbspreis»?

StPO: Beweis der Vermögensverminderung

- *Ob*: volle Überzeugung
- *Höhe*: Schätzung (Beachtung *in dubio pro reo*)

# Problem Vermögensschaden

## Vermögensschaden ✗

### 1. Vergleichsgrösse: «angemessener Preis»

Schaden = Differenz zwischen «angemessenem» Preis und Preis des angenommenen Angebots (i.d.R. Eingehungsbetrug).

#### Problematik «objektivierter Wertvergleich»:

- Oft kein vorhandener **Marktpreis** als Vergleichsgrösse.
- Preislich günstigstes Angebot  $\neq$  **wirtschaftlich günstigstes Angebot** (Leistungs-, Qualitäts- und Preiskomponente  $\rightarrow$  Ästhetik, Umweltfreundlichkeit, Lebensdauer etc.).

«Je geringer die Vergleichbarkeit ist, desto problematischer wird eine Wertbestimmung, die vom Vertragspreis abweicht.» (MAEDER, Diss., N 538).

#### Ausweg $\rightarrow$ Schätzung?



# Problem Vermögensschaden

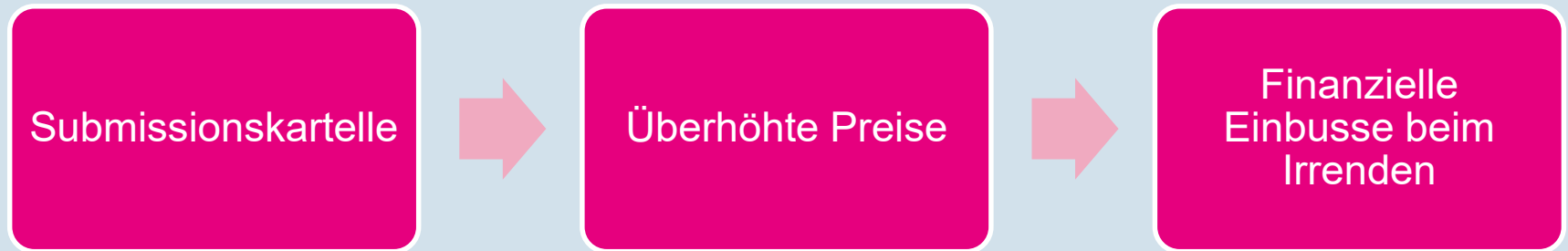
## 2. Vergleichsgrösse: Hypothetischer Wettbewerbspreis

«Ausreichend ist dabei die Überzeugung des Tatrichters auf der Grundlage von **Indizien (JBA: z.B. Ausgleichszahlung an Mitbewerber, Schmiergeldzahlungen an Vergabestellen usw.)**, aus denen sich mit hoher Wahrscheinlichkeit ergibt, dass der Auftraggeber ohne die Absprache und die Täuschung des Auftragnehmers ein nur geringeres Entgelt hätte versprechen und zahlen müssen. [...] Kommt der Tatrichter zu der Überzeugung, dass ein Schaden entstanden ist, dann darf er dessen **Höhe unter Beachtung des Zweifelssatzes schätzen**, wenn seine genaue Ermittlung nicht möglich ist.»

### **BGHSt 38, 186**

→ Ausserachtlassung z.B. der konkreten Wettbewerbssituation (– was *freilich unterschiedlich bewertet wird*)

## Regelfall

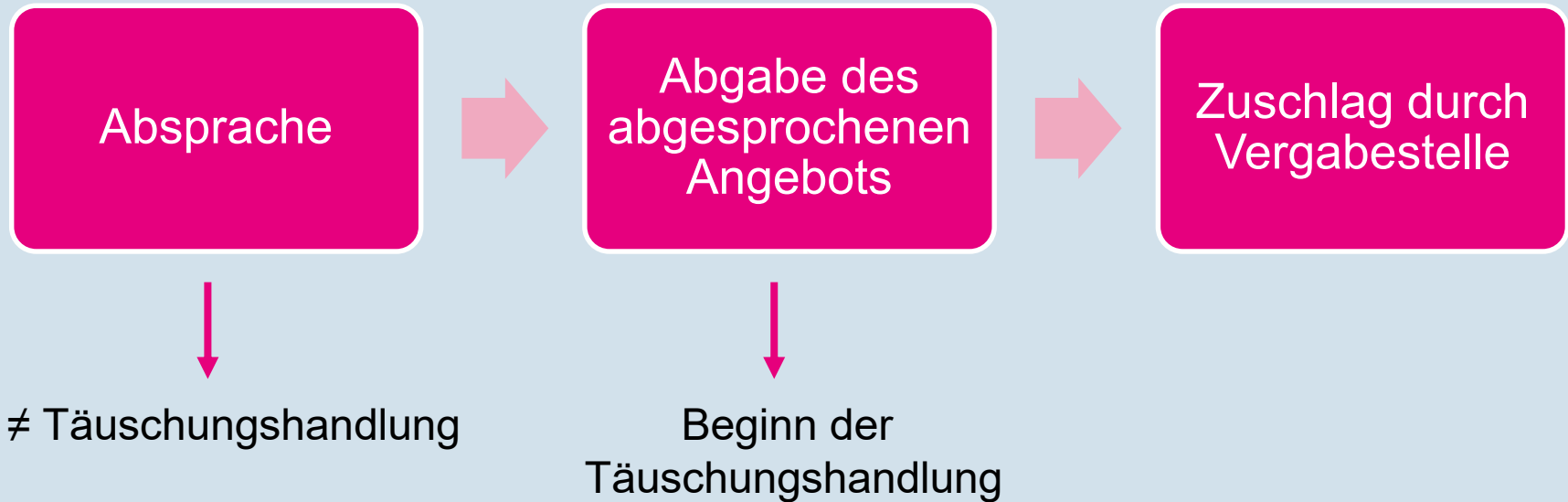


**Aber:** Submissionskartelle müssen nicht nur zu überhöhten Preisen führen (z.B. Einsparung von Leerkosten)  
– was *faktisch und ökonomisch-juristisch freilich um- bzw. bestritten ist.*

- Ausgangspunkt: **juristisch-wirtschaftlicher Vermögensbegriff**
- Inkl. **hinreichend konkretisierte Anwartschaften** (Aussicht auf ein günstigeres Angebot), wenn sie mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Vermögenszuwachs führen.
- **Relevanter Vermögensschaden**, wenn:
  - Die Vergabestelle zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung mit hoher Wahrscheinlichkeit Aussicht auf ein günstigeres Submissionsangebot gehabt hätte und
  - diese Aussicht aufgrund des täuschungsbedingten Irrtums vereitelt worden wäre.

Dieser Lösungsansatz berücksichtigt, dass Submissionskartelle nicht immer zu überhöhten Preisen führen (müssen) (freilich str.).

# Problematik der Exspektanzen-Lösung



Untergang einer möglichen Anwartschaft bereits **durch die Kartellabsprache**.

**Folge:** Aussicht auf Anwartschaft kann **durch Täuschungshandlung nicht vereitelt** werden, weil die Anwartschaft faktisch nicht mehr besteht.

## Abzulehnende Konstruktion



**Folge:** Aussicht auf Anwartschaft **durch Täuschungshandlung** vereitelt.

**Aber:** Aussicht auf Anwartschaft ist noch nicht derart konkretisiert, damit ihr im Wirtschaftsverkehr ein eigener Wert zugemessen werden könnte.

# Problematik der Exspektanzen-Lösung

## Wiederholung des Submissionsverfahrens

Vergabestelle erfährt von der unzulässigen Absprache

Theoretische Möglichkeit auf Vertragsschluss zu günstigerem Preis. Aber:

- Keine gesetzliche Verpflichtung zur Neuausschreibung (Art. 11 lit. e BÖB als **Kann-Vorschrift**)
- Unterstellung, dass im Fall einer Neuausschreibung ein Angebot zum hypothetischen Wettbewerbspreis abgegeben würde.

Erneutes Fehlen einer konkreten Aussicht auf günstigere Offerte.

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**