

3. Teil: Schutz eines Individualrechtsguts

§ 5: Schutz des Vermögens I

I. Überblick über die Straftatbestände mit dem Rechtsgut „Vermögen“

Der strafrechtliche Schutz des Vermögens erfolgt maßgeblich über:

- § 263 Betrug
- § 266 Untreue

Der daneben bestehende strafrechtliche Schutz des Vermögens ist ausgesprochen vielfältig und zersplittert (zudem streitig):

- § 263a Computerbetrug
- § 264 Subventionsbetrug (h.M. doppelte Schutzrichtung: staatliches Vermögen und allgemeines Interesse an einer effektiven Förderung der Wirtschaft mit Staatsvermögen bzw. Planungs- und Dispositionsfreiheit des Subventionsgebers; a.A. nur ein Rechtsgut)
- § 264a Kapitalanlagebetrug (h.M. doppelte Schutzrichtung: Vermögen des einzelnen Kapitalanlegers sowie kollektives Rechtsgut: Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes)
- § 265 Versicherungsmissbrauch (h.M. doppelte Schutzrichtung: soziale Leistungsfähigkeit des Versicherungswesens und Versicherungsvermögen)

- § 265a Erschleichen von Leistungen (str.; h.M.: Vermögen; a.A.: allgemeine Funktionsfähigkeit der bereitgestellten Einrichtungen)
- § 265b Kreditbetrug (h.M. doppelte Schutzrichtung: Vermögen des Kreditgeber und Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft)
- § 266a Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (str.; h.M.: Schutz der Solidargemeinschaft)
- § 266b Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten (Vermögen des Ausstellers)
- §§ 283 ff. Insolvenzdelikte, s. auch die Insolvenzverschleppung nach § 15a IV InsO (Schutz des Gläubigervermögens = Gesamtheit der Gläubiger einschließlich der Arbeitnehmer des Schuldners vor einer Gefährdung oder Beeinträchtigung ihrer Befriedigung aus dem Schuldnervermögen; str., ob zudem volkswirtschaftliches Interesse an ordnungsgemäßem Insolvenzmanagement geschützt ist)
- § 298 Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen (Vermögen des Veranstalters ist neben dem Vertrauen in den freien Wettbewerb geschützt)
- § 299 Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (der freie Wettbewerb sowie mittelbar Vermögensinteressen der Mitwettbewerber und des Geschäftsherrn; str.)
- § 16 I UWG strafbare Werbung (Schutz des Vermögens der Verbraucher; str.)
- § 38 WpHG sog. „Insiderstrafrecht“ (str., ob Vermögen der Anleger geschützt; h.M.: Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts und das Vertrauen der Anleger in die dortige Preisbildung)

II. Betrug

1. Grundfragen: Prüfungsschema

a) Objektiver Tatbestand

- Täuschung
- Irrtum
- Vermögensverfügung
- Vermögensschaden
- Kausaler und funktionaler Zusammenhang

b) Subjektiver Tatbestand

- Vorsatz
- Bereicherungsabsicht
- Vorsatz bzgl. Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung

c) Rechtswidrigkeit und Schuld

2. Problemschwerpunkte Täuschung, Irrtum und Vermögensschaden (Überblick)

Konkludente Täuschung?

→ Sog. Insertionsofferten (nach BGH NStZ-RR 2004, 110)

Geschäftszweck der R-GmbH ist die Einrichtung, der Betrieb und die Pflege von Datenbanken, über die Informationen über die eingetragenen Unternehmen und deren Geschäftstätigkeit abgerufen werden können. Um neue Kunden zu gewinnen, werden an frisch gegründete Unternehmen „Angebotsschreiben“ verschickt, die allerdings typische Rechnungsmerkmale aufweisen. Auf dem Schreiben befindet sich aber auch mehrfach der Wortteil „Offerte“ und es wird darauf hingewiesen, dass die Zahlung mittels des beigefügten Überweisungsträgers „bei Annahme“ zu erfolgen habe. Dennoch überweisen zahlreiche Unternehmen den aufgeführten Betrag in der Annahme, es handele sich um eine Rechnung.

P: Liegt eine konkludente Täuschung i.S.d. § 263 StGB vor?

Entscheidend ist der Erklärungswert des Verhaltens nach der Verkehrsanschauung bei objektivem Empfängerhorizont (vgl. Zivilrecht). Kriterien: soziokulturelles Milieu und situativer Kontext.

Hier: Unternehmen sind Adressaten der Scheinrechnungen. Gewisser Sachverstand im Umgang mit Angeboten und Rechnungen ist vorauszusetzen. § 263 StGB schützt nicht vor bloßer Sorglosigkeit (Täuschung verneinend daher BGH NStZ 1997, 186).

Andererseits erwecken die Schreiben nach objektivem Empfängerhorizont den Eindruck einer Rechnung. Es besteht ein eklatanter Widerspruch des eigentlichen Inhalts zum Rechnungscharakter, so dass er als venire contra factum proprium unbeachtlich wird.

Daher ist eine konkludente Täuschung anzunehmen. Die Begründung des BGH in jüngerer Zeit, dass es die alleinige Absicht des Versenders sei, über den Rechnungscharakter zu täuschen (v.a. BGH NStZ 2001, 430; etwas objektiver BGH NStZ-RR 2004, 110) ist hingegen wegen der Vermengung mit subjektiven Elementen des Vorsatzes abzulehnen. Die Täuschung muss objektiv vorliegen.

→ sog. Ping-Anrufe

Das Problem des Vorliegens einer Täuschung stellt sich auch bei sog. Ping-Anrufen, bei denen automatisiert Mobilfunknummern angewählt werden, die Anrufe aber sofort nach Verbindungsaufbau abgebrochen werden. Der Angerufene soll nun dazu bewegt werden, diese mit überhöhten Gebühren verbundene Nummer zurückzurufen. Für die Annahme einer Täuschung über ein Kommunikationsinteresse des Anrufers fehlt es an einer berechtigten Erwartungshaltung, so dass das Irrtumsrisiko in den Verantwortungsbereich der Angerufenen fällt (a.A. OLG Oldenburg wistra 2010, 453; BGH NJW 2014, 2054). Eine Täuschung liegt jedoch in der normativ vorstrukturierten Erklärung, mit der Nummer seien keine erhöhten Kosten verbunden. Denn trotz Erkennbarkeit der erhöhten Kostenpflicht besteht ein Verbot in § 66k I 3 und II 2 TKG, wonach diese Nummern nicht in das öffentliche Telefonnetz übermittelt werden dürfen und die Folgen eines Irrtums demnach den Initiatoren des Ping-Anrufs zugewiesen werden.

Dieses Verbot ist durch § 149 I Nr. 13m und o TKG als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet.

→ Sog. Lastschriftreiterei (Nach BGH NStZ 2005, 634; wistra 2006, 20)

Die J-GmbH nimmt Kredite auf, wobei auf ihren Wunsch die Kreditgewährung über das Lastschriftverfahren abgewickelt wird. Dabei erteilen die Kreditgeber der J-GmbH eine entsprechende schriftliche Einzugsermächtigung. Unter Vorlage dieser wird von der A-Bank der J-GmbH das Geld vom Konto der Kreditgeber abgebucht und auf dem Konto der GmbH gutgeschrieben. Besonderheit ist dabei, dass die Kontobelastung per Lastschriftauftrag innerhalb einer bestimmten Frist von dem Erteilenden, hier den Kreditgebern, widerrufen werden kann, woraufhin die Empfängerbank, hier die A-Bank, zur Rückbuchung verpflichtet ist. Die A-Bank trägt also das Ausfallrisiko, wenn die Kreditgeber widersprechen und die J-GmbH zahlungsunfähig ist.

Die Tilgung der Kredite wurde, wie von Anfang an geplant, von der J-GmbH durch die Aufnahme neuer Kredite finanziert. Dadurch, dass die Kreditgeber ihre Einzugsermächtigungen aufgrund der Zahlungsschwierigkeiten der J-GmbH widerriefen, entstand der A-Bank aufgrund ihrer Rückbuchungsverpflichtung und der Zahlungsunfähigkeit der J-GmbH ein Schaden i.H.v. mehreren Millionen Euro.

Im Girovertrag zwischen der J-GmbH und der A-Bank war hinsichtlich des Einzugs von Forderungen im Lastschriftverfahren lediglich festgelegt, dass das Lastschriftverfahren dazu dient, fällige Forderungen im Rahmen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs einzuziehen.

1. P: Worüber wurde getäuscht?

Gegenstand einer evtl. Täuschung kann die infolge der schneeballartigen Kreditbeschaffung erhöhte Widerrufswahrscheinlichkeit der Lastschriftaufträge sowie letztlich die Solvenz der J-GmbH als Darlehensnehmer sein, sprich die Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs der A-Bank im Fall eines Widerrufs.

2. P: Konkludente Täuschung?

BGH: Die Erteilung eines Lastschriftauftrags enthält gegenüber der Bank die konkludente Erklärung, dass nach dem gewöhnlichen Verlauf nicht mit einem Widerruf zu rechnen ist und im Falle eines dennoch erfolgenden Widerrufs ausreichende Zahlungsfähigkeit besteht. Hier wurde das Lastschriftverfahren funktional atypisch zum Erlangen kurzfristiger Kredite verwendet, welche wiederum allein der Tilgung alter Kredite dienen. Dadurch war die Widerrufswahrscheinlichkeit erheblich erhöht und entsprach nicht mehr dem allgemeinen Risiko.

A.A. (s. etwa Soyka NStZ 2005, 637): Nach dem Girovertrag wird hier bei Erteilung des Lastschriftauftrags allenfalls erklärt, dass die zugrunde liegende Forderung tatsächlich besteht und fällig ist. Dies entspricht jedoch der Realität. Möglich wäre höchstens eine Täuschung durch Unterlassen, aber für eine entsprechende Aufklärungspflicht fehlt die Garantenstellung; das bloße Vertragsverhältnis aufgrund des Girovertrages reicht nicht aus.

Im Übrigen liegt auch kein Irrtum bei der Bank vor. Sie kennt das Risiko sowohl eines Widerrufs als auch einer – stets möglichen – Zahlungsunfähigkeit des Empfängers. Um sich abzusichern, könnte sie die Verfügung über das per Lastschriftverfahren gutgeschriebene Geld erst nach Ablauf der Widerrufsfrist ermöglichen.

→ Exkurs zur Finanzkrise: Täuschung durch Verantwortliche der Rating-Agenturen?

Zur Finanzkrise s. bereits die KK 13 ff.

Die im Zusammenhang mit der Finanzkrise ausgegebenen Wertpapiere waren dadurch gekennzeichnet, dass in einem Wertpapier eine Vielzahl von Kreditforderungen gebündelt worden war. Für den Käufer der Papiere war es in der Regel nicht nachvollziehbar, welche Forderungen in dem Papier zusammengefasst waren, so dass er sich selbst keinen Eindruck von der Bonität der Schuldner verschaffen konnte. Die Rating-Agenturen sollten diesem Informationsdefizit durch die Abgabe von Ratings abhelfen. Anhand dieser sollte der Käufer nämlich das Ausfallrisiko der dem Wertpapier zugrunde liegenden Forderungen abschätzen können.

Die Rating-Agenturen haben z.T. wider besseres Wissen gute Ratings abgegeben (*Horn* BKR 2008, 452, 457). Eine Rolle spielte dabei auch, dass die Rating-Agenturen gerade von den die Wertpapiere emittierenden Banken mit der Erstellung der Ratings beauftragt wurden. Haben die Verantwortlichen der Rating-Agenturen in einem solchen Fall die Käufer der Wertpapiere getäuscht?

Problematisch ist, ob es hier um Tatsachen geht, denn nur diese können Gegenstand einer Täuschung i.S.v. § 263 StGB sein.

Ein Rating ist die prognostische Einschätzung der Fähigkeiten und Bereitschaft des Schuldners, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen (*Rönnau* S. 44 [siehe Literaturhinweise am Ende]). Es basiert zwar auf Tatsachen, stellt aber letztlich eine Meinungsäußerung bzw. ein Werturteil dar. Es ist nämlich das Ergebnis eines komplexen Würdigungs- und Meinungsbildungsprozesses, bei dem erhebliche Beurteilungs- und Meinungsspielräume bestehen (es werden beispielsweise bewusst auch Kri-

terien verwendet, die einer subjektiven Einschätzung unterliegen, wie etwa die Unternehmenskultur oder das Management-Know-how; *Blaurock ZGR 2007, 603, 604*).

Allerdings können auch Meinungen einen dem Beweis zugänglichen Tatsachekern aufweisen. Als solcher kommt hier die konkludent miterklärte Tatsache in Betracht, dass die Bewertungsmethode *lege artis* angewandt wurde und alle vom Emittenten übermittelten Tatsachen zugrunde gelegt wurden, bzw. dass diese Tatsachen nicht manipuliert wurden (*Rönnau S. 45*). Eine Täuschung und somit eine Betrugsstrafbarkeit kommt also dann in Betracht, wenn jemand dem Rating gezielt falsche Tatsachen zugrunde legt oder sonst das Bewertungsverfahren gezielt manipuliert (*Rönnau S. 46*).

→ Wissenszurechnung in Unternehmen – Personenidentität zwischen Irrendem und Täuschendem?

Gerade in Unternehmen sind häufig mehrere Personen involviert, mit denen der Täuschende in Kontakt tritt bzw. die von seinem Verhalten Kenntnis haben. Hier stellt sich die Frage, ob dem potenziellen Betrugsoffer die Kenntnis eines Beteiligten zuzurechnen ist oder in bestimmten Fällen sogar vom Dogma der Identität zwischen Irrendem und Verfügendem abgewichen werden muss.

Drei Fallgruppen sind zu unterscheiden:

Erstens: Irrt sich eine Person auf einer unteren Ebene, der weisungsbefugte Vorgesetzte durchschaut jedoch die Täuschung, kommt es darauf an, wer die Vermögensverfügung letztlich verantwortet. So liegt der Fall etwa, wenn ein Sachbearbeiter bei einer Versicherung einen Antrag auf

Schadensregulierung bearbeitet und die Auszahlung der Deckungssumme verfügt. Der weisungsbefugte Vorgesetzte aber darum weiß, dass die Voraussetzungen für den Eintritt des Versicherungsfalls nicht vorliegen, aber dennoch nichts unternimmt.

Weist der Vorgesetzte die Auszahlung selbst an oder liegt eine regelmäßige Kontrolle vor, vollzieht erst der Vorgesetzte die eigentliche Vermögensverfügung. In diesem Fall mangelt es an einem Irrtum des Verfügenden, da dieser die Täuschung erkennt.

Kann der Vorgesetzte die Verfügung nur im Einzelfall untersagen, entfiele ein Irrtum nur, wenn sich eine sog. Organisationsverantwortung auf Opferseite begründen ließe. Der informierte Vorgesetzte würde allein aufgrund seiner höheren Position die Verantwortung über die Vermögensverschiebung tragen. Ist die Figur der (strafrechtlichen) Organisationsverantwortung schon für die Täterseite unstritten, lässt sie sich jedenfalls nicht auf die Opferseite übertragen. Daher können zwar auf Täterseite Entscheidungsträgern als dem Normadressaten entsprechende Verantwortlichkeiten zugeordnet werden, nicht aber auf Seiten des Opfers. Dies ist erst möglich, wenn das Opfer die Schwelle zur eigenverantwortlichen Selbstschädigung überschreitet. Hierfür reicht das bloße Vorhandensein von Sonderwissen auf einer hierarchisch übergeordneten Stufe nicht aus.

Zweitens: Erkennt die Person auf der unteren Ebene die Täuschung, der verfügende Vorgesetzte aber nicht, stellt sich die Frage der Zurechnung des Wissens einer Hilfsperson. So läge es beispielsweise, wenn ein Bankangestellter die Täuschung über die Liquiditätsdaten eines Unternehmens bei einem Kreditantrag erkennt, dies aber nicht an die Führungsebene der Bank weiterleitet.

In diesen Fälle erschiene eine analoge Übertragung zivilrechtlicher (Zurechnungs-)Normen (§§ 166, 278, 831 BGB) denkbar. Deren Zweck ist darauf gerichtet, den Geschäftsherren für die Konse-

enzen der mangelhaften Auswahl seiner Hilfspersonen verantwortlich zu machen und diesem nicht die Möglichkeit zu geben, den entstandenen Schaden auf den Vertragspartner abzuwälzen. Auf das Strafrecht übertragen, würde dies aber bedeuten, dem Opfer schon aus dem Grund einen Irrtum abzusprechen, weil es sich hätte besser schützen können. Ein derart weitreichender viktimodogmatischer Ansatz ist jedoch abzulehnen. Auch die objektive Zurechnung zwischen Irrtum und Verfügung ist dann nicht unterbrochen, wenn die Hilfsperson den Irrtum einfach nur nicht aufklärt. Erst wenn der Irrtum bewusst täuschend weitergeleitet wird, ist die Zurechnung unterbrochen. Eine Betrugsstrafbarkeit ergibt sich dann jedoch zumeist für die Hilfsperson.

Drittens: Der Vermögensinhaber bedient sich einer sachkundigen Beratungsperson. Ein Beispiel hierfür wäre der hinzugezogene Steuerberater, der ein Investitionsmodell überprüfen soll. Erkennt diese Hilfsperson die Täuschung, unterlässt es aber, den Vermögensinhaber zu informieren, stellt sich die Frage, ob sich der Vermögensinhaber das Wissen der Beratungsperson zurechnen lassen muss. Dann müsste sich der Vermögensinhaber so behandeln lassen, als habe er das Wissen der Hilfsperson. Folglich würde es an einem Irrtum mangeln. Dagegen spricht allerdings, dass derjenige, der im Geschäftsverkehr besonders sorgfältig ist, nicht deshalb den strafrechtlichen Schutz verlieren darf, weil die Sicherheitsmechanismen versagen. Wird der den Sachverständigenden Beauftragende nicht über die Täuschung informiert, besteht daher bei ihm der Irrtum fort, dass mit dem Investitionsmodell soweit alles in Ordnung ist.

→ Fall Hoyzer (BGH NStZ-RR 2007, 151) – Konkludente Täuschung und Vermögensschaden?

Ante S. überredet den Schiedsrichter Robert H. mit Hilfe einiger Zuwendungen, diverse Fußballspiele zu verschieben. Ante S. schließt daraufhin beim staatlichen Wettanbieter ODDSET Wetten auf diese Spiele ab, bei denen er auf die von Schiedsrichter H. bevorteilte Mannschaft setzt. Bei Abschluss der Wetten hatte Ante S. die Manipulationen gegenüber ODDSET verschwiegen.

P: Liegt eine konkludente Täuschung oder nur ein Unterlassen vor?

Für eine konkludente Täuschung müsste die Erklärung zum Abschluss eines Wettvertrages die Aussage enthalten, das zugrunde liegende Sportereignis nicht manipuliert zu haben.

Maßgeblich ist die Verkehrsanschauung: Nach BGH ist bei der Sportwette der Gegenstand des Vertrages das in der Zukunft stattfindende und von den Sportwettenteilnehmern nicht beeinflussbare Sportereignis. Der von außen unbeeinflusste Spielausgang ist demnach die essenzielle Geschäftsgrundlage eines Sportwettvertrages und somit miterklärt. Dagegen wird eingewandt, dass nach der Verkehrsanschauung einem Alltagsgeschäft ohne personales Gepräge regelmäßig keine Erklärung über dessen Nichtmanipulation innewohne. Der Abschluss einer Sportwette erfolge anonym und formalisiert, so dass der Wettanbieter aus dem Verhalten des Vertragsschließenden überhaupt keine Schlüsse ziehen könne.

Täuschung durch Unterlassen? Wird eine konkludente Täuschung abgelehnt, käme nur noch eine solche durch Unterlassen in Betracht. Allerdings ist die Garantenstellung sehr fraglich. Ingerenz durch Absprache mit dem Schiedsrichter bei zivilrechtlichen Vertragsverhältnissen ist, insbesondere wenn sie wie hier mit einem Dritten erfolgt, schwierig zu konstruieren. Zudem erfolgte die konkrete Absprache teilweise erst nach Abschluss des Wettvertrages.

Hinweis: Die Problematik wird sich im Hinblick auf Sportwettverträge in Zukunft kaum noch stellen, da die Wettanbieter in den Wettverträgen mittlerweile Klauseln verwenden, in denen der Wettende bestätigt, keine Manipulationen vorgenommen zu haben.

P: Vermögensschaden

Die Frage ist, ob ein bezifferbarer Vermögensschaden vorliegt. Dies könnte fraglich sein, da der Wettanbieter auch bei Manipulation von Spielen durchaus Gewinn aus der Gesamtheit der Wetten ziehen kann. So liegt der Fall etwa, wenn der Anbieter von vornherein nur einen bestimmten Prozentsatz der Wetteinsätze als Gewinn wieder ausschüttet.

Anders liegt der Fall jedoch bei festen Quoten. BGHSt. 51, 165, 175 bejaht einen Vermögensschaden in Form des Eingehungsbetrugs. „Bei Sportwetten mit festen Quoten (sog. Oddset-Wetten) stellt die aufgrund eines bestimmten Risikos ermittelte Quote gleichsam den ‚Verkaufspreis‘ der Wettchance dar; die Quote bestimmt, mit welchem Faktor der Einsatz im Gewinnfall multipliziert wird. Weil die [...] Manipulation der Fußballspiele das Wettisiko ganz erheblich zu Gunsten [des Wettenden] verschoben hatte, entsprachen die bei dem Vertragsschluss vom Wettanbieter vorgegebenen Quoten nicht mehr dem Risiko, das jeder Wettanbieter seiner eigenen kaufmännischen Kalkulation zugrunde gelegt hatte. Eine derart erheblich höhere Chance auf den Wettgewinn ist aber wesentlich mehr wert, als [der Wettenden] hierfür jeweils in Ausnutzung der erfolgten Täuschung gezahlt hat. Für seinen jeweiligen Einsatz hätte er bei realistischer Einschätzung des Wettisikos unter Berücksichtigung der verabredeten Manipulation nur die Chance auf einen erheblich geringeren Gewinn erkaufen können. Diese „Quotendifferenz“ stellt bereits bei jedem Wettvertragsabschluss einen nicht unerheblichen Vermögensschaden dar. [...] Maßgeblich ist allein, dass der Wettanbieter täuschungsbedingt aus seinem Vermögen eine Gewinnchance einräumt, die (unter

Berücksichtigung der Preisbildung des Wettanbieters) gemessen am Wetteinsatz zu hoch ist. Mithin verschafft sich der Täuschende eine höhere Gewinnchance, als der Wettanbieter ihm für diesen Preis bei richtiger Risikoeinschätzung ‚verkaufen‘ würde.“

Insofern muss jedoch der Schaden der Höhe nach zu beziffern sein, jedenfalls ein Mindestschaden müsse angegeben werden. Maßgeblich bleibt somit letztlich die Art und Weise sein, wie der Wettanbieter die Quote bzw. seine Gewinne berechnet. Grundsätzlich kann aber bei festgelegten Quoten davon ausgegangen werden, dass bei manipulierten Spielverläufen die zugrunde gelegten Gewinnwahrscheinlichkeiten nicht mehr zutreffen und der Manipulierende sich einen (hypothetischen) Anspruch auf einen Wettgewinn erkaufte, dem kein gleichwertiger Anspruch des Wettanbieters auf Behaltendürfen des Einsatzes entspricht. Ein Schaden kann somit grundsätzlich bejaht werden.

Allerdings verlangt nunmehr der BGH im Anschluss an Teile der Lehre und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass der ermittelte Schaden bezifferbar sein muss. Danach ist der Quotenschaden im Grunde kaum noch haltbar, da sich die hypothetischen Ansprüche auf einen Wettgewinn kaum berechnen lassen. Auch die Annahme einer schädigenden Vermögensgefährdung, die sich daraus ergeben kann, dass der Wettanbieter aufgrund des Irrtums über die Unmanipuliertheit des Spiels ein Verlustrisiko eingegangen ist, das über dem Verlustrisiko liegt, das dem Wettvertrag zu Grunde lag, stößt auf vergleichbare Probleme.

3. Submissionsbetrug – Problemschwerpunkt Vermögensschaden

a) Definition und praktische Bedeutung

Unter Submissionsabsprachen oder Ausschreibungsabsprachen sind Absprachen unter Anbietern bei Ausschreibungen der öffentlichen Hand oder privater Auftraggeber zu verstehen, die darauf abzielen, dass die Konkurrenten überhöhte „Scheinangebote“ abgeben, damit reihum jeweils ein Unternehmer mit seinem Angebot als „Günstigster“ den Zuschlag erhält.

b) Problemverortung

→ Betrug

Die Bestimmung des Vermögensschadens weist Probleme auf, da der Vergleich von Leistung und Gegenleistung anhand eines Marktwertes wegen des fehlenden Wettbewerbs aufgrund der Absprachen schwierig ist.

→ Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen: § 298 StGB

Die Strafbarkeit wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen gem. § 298 StGB kommt ohne das Merkmal des Vermögensschadens aus und stellt eine zusätzliche Pönalisierung der Verletzung des Vertrauens in den freien Wettbewerb dar.

aa) Historische Entwicklung

Frühe Bemühungen, einen Sonderstrafatbestand der Einflussnahme auf die Vergabe zu schaffen, scheiterten bis 1997 vor allem am erfolgreichen Widerstand der Wirtschaft. Es bestand lediglich die Möglichkeit der Ahndung als Kartellordnungswidrigkeit nach dem GWB.

Erst 1997 wurde durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption § 298 StGB eingeführt: Die ursprüngliche Intention der Behebung prozessualer Probleme beim Betrug war nach der Rheinausbauentscheidung des BGH eigentlich obsolet. Schwerpunkt liegt nun auf dem Wettbewerbsschutz; im Ergebnis ist die Umgehung der Probleme der Beweisbarkeit des Vermögensschadens intendiert.

bb) Geschütztes Rechtsgut und Systematik des § 298 StGB

Rechtsgut ist das Vertrauen in den freien Wettbewerb bei Ausschreibungen als Institution des Wirtschaftslebens. Weiterhin geschützt ist das Vermögen des Veranstalters der Ausschreibung, wenn das „bestimmte Angebot“ seine Interessen berührt. Streitig und im Ergebnis abzulehnen ist, ob – so die h.M. – auch das Vermögen der (potenziellen) Mitbewerber geschützt ist.

- Tauglicher Täter kann jedermann sein. Kein Sonderdelikt.
- Tatsituation: Ausschreibung gem. Abs. 1 oder freihändige Vergabe gem. Abs. 2.

Def.: Ausschreibung ist ein Verfahren, mit dem ein Veranstalter Angebote einer Mehrzahl von Anbietern für die Lieferung bestimmter Waren/Leistungen einholt. Der Ausschreibende will auswählen können, was freien Wettbewerb voraussetzt. Erfasst sind insbesondere auch öffentliche Ausschrei-

ungen im Hinblick auf die Vergabe-VO, welche einen Hauptteil der gesetzgeberischen Motivation ausgemacht haben.

Über Abs. 2 gilt dies auch bei einer freihändigen Vergabe nach vorangegangenem Teilnahmewettbewerb. Dort sind die Kriterien einer „echten Ausschreibung“ zwar nicht erfüllt; der Vergebende will gleichwohl aus nicht abgesprochenen Angeboten auswählen können. Wesensmerkmal ist somit nicht die freihändige Vergabe, sondern vielmehr der Teilnahmewettbewerb, der das Vertrauen des Veranstalters und die Pönalisierung nach § 298 StGB erst rechtfertigt.

- Tathandlung ist Abgabe eines Angebots, beruhend auf einer rechtswidrigen Absprache, mit- hin einer kartellrechtswidrigen Absprache gem. § 1 GWB mit dem Ziel, den Veranstalter zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen.
- Subjektiver Tatbestand: Bedingter Vorsatz reicht aus. Dieser muss sich auch auf die Rechtswidrigkeit der Absprache erstrecken. Zusätzlich ist Kenntnis des Ziels der Absprache erforderlich. Str., ob Ziel als technische Absicht auszulegen ist. Nach richtiger Ansicht wird dies vom Wortlaut des § 298 StGB nicht gefordert.
- Vollendung und Tätige Reue in Abs. 3: Die Tat ist mit Abgabe des auf der Absprache beru- henden Angebots vollendet. Ausreichend und nötig ist also der Zugang beim Veranstalter. Erkennt der Veranstalter die Absprache und schließt die Unternehmen vom Vergabeverfah- ren aus, so ändert dies nichts an der Strafbarkeit (vgl. LG Düsseldorf WuW 2007, 1135).
- Die Tätige Reue als persönlicher Strafaufhebungsgrund ist mit identischer Begründung hier- für wie bei § 265b und § 264a StGB geregelt.

- Konkurrenzen: § 263 StGB und § 298 StGB verdrängen sich wechselseitig nicht. Beide Tatbestände sind nebeneinander anwendbar. Begründung hierfür sind die unterschiedlichen geschützten Rechtsgüter.

c) Fall zu Submissionsabsprachen (nach BGH 38, 186; 47, 83) – Sachverhalt

A ist neben seinem Standgeschäft, dem Garten- und Sargbau, auch im Bereich des Ausbaus von Flussrinnen für den Schifffahrtsverkehr tätig. Dies macht er aber nicht mit seiner kleinen Firma allein. Vielmehr schließt er sich zu solchen Projekten mit den Baufirmen Schwabenhoch und Klostermann zusammen. Zusammen firmieren sie unter der Bezeichnung BG-A.

Als solche nehmen sie auch an der förmlichen Ausschreibung des Wasser- und Schifffahrtsamtes (W&S) Bingen zum Ausbau der Schifffahrtsrinne des Rheins (sog. Bauvorhaben Ehrental) teil. Da der Markt hart umkämpft ist und eine einzelne Bietergemeinschaft unter ehrlichen Bedingungen nach A's Verständnis sowieso keine Chance hat, gründete er ein Kartell. Dieses bestand aus drei Bietergemeinschaften (BG-A, BG-B und BG-C). Die drei Bietergemeinschaften trafen also eine Vereinbarung über die Bildung eines Kartells über die Vergabe von Wasserbauarbeiten an die Mitglieder des Kartells. Auch kam es zu einer Einigung über die abzugebenden Angebotspreise bzgl. des Bauvorhabens Ehrental, die vorsah, dass der Auftrag an die BG-B vergeben werden sollte.

Dazu wurden folgende Angebotspreise vereinbart:

BG-A: € 22.365.000

BG-B: € 21.000.000

BG-C: € 21.840.000

Die Berechnung der Angebotspreise fand wie folgt statt: Zuerst wurde eine sog. **Nullbasis** festgelegt, welche sich aus dem arithmetischen Mittel aller innerhalb des Kartells abgegebenen Angebote unter Vernachlässigung des höchsten und des niedrigsten Angebotes errechnet. Hier wurde also intern reell kalkuliert, welcher Preis tatsächlich festzusetzen war, um den ausgeschriebenen Auftrag wirtschaftlich vernünftig durchführen zu können. Heraus kamen 15.000.000 Euro. Dieser Betrag stellt also die Nullbasis = 100 % dar. Dieser reelle Betrag muss nun noch aufgestockt werden. Zum einen um die sog. Präferenzzahlungen an die Kartellmitglieder (4 Mio. Euro) und dann noch durch Zahlungen an die Außenseiter, welche außerhalb des inneren Kartellkreises standen, aber sog. Schutzangebote abgeben sollten, die deutlich über den von diesem Kartell abgegebenen Preis liegen. Diese Außenseiter sollten insgesamt 2 Mio. Euro bekommen. Daraus ergibt sich, dass die BG-B mit 21.000.000 Euro an den Start geht. Die anderen BGen setzten ihre Angebote dann absprachgemäß 104 % bzw. 106,5 % über diese Summe.

Für den Fall, dass die BG-B den Auftrag nicht bekommen sollte, war vorgesehen, dass die obsiegende BG der BG-B eine Präferenzvergütung i.H.v. 1,1 Mio. Euro zahlen und die Außenseiterabfindungen (2 Mio. Euro) übernehmen sollte.

In den Angeboten gegenüber dem W&S Bingen wurde versichert, dass keine Preisabsprachen mit anderen Firmen getroffen worden seien. Falls dies absprachewidrig doch der Fall sein sollte, gingen sie die Verpflichtung ein, eine Vertragsstrafe zu zahlen.

Den Zuschlag erhielt die an dritter Stelle liegende BG-A, da das W&S Bingen festgestellt hatte, dass die BG-A Vergünstigungen in das Angebot eingebaut hatte, die ihnen im Ergebnis den Zuschlag sicherte.

Nach Ausführungen der Arbeiten leistete die Bundesrepublik Deutschland an die BG-A € 22.365.000.

Strafbarkeit der Mitglieder der BG-A?

d) Strafrechtliche Würdigung – Teil I

Strafbarkeit nach § 263 StGB zu Lasten des Staates

- Täuschung (+), Angebot sei ohne Absprache mit anderen Bietergemeinschaften erfolgt.
- Irrtum (+), Sachbearbeiter ging von absprachefreien Angebot aus.
- Vermögensverfügung (+), durch Zuschlag (Eingehungsbetrug)
- Problem: Vermögensschaden

Nach wirtschaftlicher Vermögenslehre Vergleich von Leistung und Gegenleistung anhand des Marktwertes.

Problem hier gerade, dass es bei Ausschreibungen keinen Marktwert gibt.

Wenn kein Wettbewerb – als Folge der Kartellabsprachen – stattfindet, ist schlicht kein Marktpreis vorhanden.

e) Entwicklungslinien in der Rechtsprechung:

- Seit 1961 – BGHSt 16, 367 (Freiburger Mensa-Fall): kein Betrug mangels eines Vermögensschadens.
- 1992 – BGHSt 38, 186: Wandel in der Rspr.; ausreichend für einen Vermögensschaden ist die Überzeugung des Tatrichters auf der Grundlage von Indizien, aus denen sich mit hoher Wahrscheinlichkeit ergibt, dass der Auftraggeber ohne die Absprache und die Täuschung

durch den Auftragnehmer ein nur geringeres Entgelt hätte versprechen und zahlen müssen. Indizien sollen sein:

- Kartellbildung als solche
 - Aufhebung der Heimlichkeit des Angebots
 - Präferenzzahlungen an andere Kartellmitglieder
- 2001 – BGH NStZ 2001, 540, 541: Der erzielbare Preis ist der erzielte Preis abzüglich der absprachegemäß bedingten Preisaufschläge. Dies gilt auch bei freihändiger privater Vergabe. Dabei sind Schmiergeldzahlungen und Ausgleichszahlungen (an die anderen an der Absprache beteiligten Unternehmer gezahlten Abstandssummen) nahezu zwingende Beweisanzeichen dafür, dass der ohne Preisabsprache erzielbare Preis den tatsächlich vereinbarten Preis unterschritten hätte.

f) Kritik an neuer Rechtsprechung:

Schadenseintritt nur möglich, falls Leistung Verkehrswert zukommt. Die Rechtsprechung sieht den Schaden im Verlust eines hypothetisch günstigeren Abschlusses. Doch eine solche Erwerbsaussicht ist gerade noch nicht zu einer vermögenswerten Exspektanz verdichtet.

Die Bildung des hypothetischen Marktpreises ist im Strafverfahren unzulässig.

Unsicher, ob Motiv und Wirkung von Kartellen Preissteigerungen sind.

g) Alternative Modelle zur Begründung des Schadens:

- Schaden auch durch Sachverständigengutachten oder Vorkalkulationen der Ausschreibenden ermittelbar. Ergebnis wäre der angemessene Preis.

Problem: Angemessener Preis unvereinbar mit dem marktwirtschaftlichen System sowie dem Zweck der Ausschreibung.

- Schaden liegt in Verhinderung von unverfälschtem Wettbewerb.

Problem: Diese Sichtweise ist gerade nicht mit der Lehre von den Exspektanzen vereinbar.

- Schaden durch wirtschaftliche Zweckverfehlung zu ermitteln.

Problem: Zweckverfehlung leidet an dem Problem der vagen Umsetzbarkeit.

h) Strafrechtliche Würdigung – Teil II

Strafbarkeit nach § 298 StGB

- A ist tauglicher Täter, es handelt sich um eine förmliche Ausschreibung i.S.d. Abs. 1 (+)
- Ausschreibung über gewerbliche Leistungen (+)
- rechtswidrige (gemeint kartellrechtswidrige) Absprache

➔ hier: Verstoß gegen § 1 GWB mit dem Ziel, den Veranstalter zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen (+)

- Angebot beruht auf Absprache (+)
- Vorsatz des A (+)
- Ergebnis: Strafbarkeit (+)

Konkurrenzverhältnis zu § 263: Tateinheit zu § 263 wegen unterschiedlicher Rechtsgüter, da § 298 StGB jedenfalls auch kollektives Vertrauensrechtsgut schützt.

Hinweis zur Strafbarkeit der Mitglieder der BG-B und BG-C :

Auch diese haben sich zunächst gem. § 298 StGB strafbar gemacht.

Fraglich ist, ob daneben auch eine Strafbarkeit gem. § 263 StGB in Betracht kommt. Zunächst ist – je nach vertretener Ansicht zum Schaden (s.o.) – der objektive Tatbestand von § 263 erfüllt, ohne

dass es dazu einer Zurechnung gem. § 25 II bedürfte (aus Klarstellungsgründen kann allerdings § 25 II erwähnt werden). Die Mitglieder der BGen B und C haben nämlich ebenfalls getäuscht, da sie bei Abgabe ihrer Angebote erklärt haben, dass diese ohne Absprache mit anderen Bietergemeinschaften abgegeben worden seien. Es liegt auch ein diesbezüglicher Irrtum sowie eine Vermögensverfügung – Zuschlag an die BG-A – vor. Ebenfalls ist der Kausalzusammenhang zwischen Irrtum und Vermögensverfügung zu bejahen. Es genügt nämlich, dass der durch die BGen B und C verursachte Irrtum zumindest mitursächlich für die Verfügung an die BG-A gewesen ist. Dies kann bejaht werden, denn hätten die BGen B und C nicht getäuscht – hätten sie also wahrheitsgemäß angegeben, dass sie sich mit der BG-A abgesprochen hatten – hätte auch die BG-A nicht den Zuschlag erhalten.

Auch der subjektive Tatbestand ist erfüllt. Folgt man der Ansicht der Rspr., ist insbesondere auch die Stoffgleichheit zu bejahen, da der Schaden des Staates dadurch bemessen wird, dass er einen um die Präferenzzahlungen erhöhten Preis zahlt.