



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

1 StR 300/00

vom

21. November 2000

in der Strafsache

gegen

wegen Betrugs

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 21. November 2000, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Schäfer

und die Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Wahl,
Dr. Boetticher,
Schluckebier,
Dr. Kolz,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof ,
Oberstaatsanwalt
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger,

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Augsburg vom 7. Februar 2000 in den Fällen II 2 c und d der Urteilsgründe mit den Feststellungen aufgehoben.

In diesem Umfang wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

1. Die Strafkammer hat festgestellt:

a) Der Angeklagte hat zwischen 1991 und 1994 als verantwortlicher Geschäftsführer einer Baufirma insgesamt sechs Mal mit Vertretern anderer Baufirmen an Verabredungen über die Abgabe von Angeboten auf Ausschreibungen von Bauleistungen durch Gemeinden und Zweckverbände teilgenommen. Nach den im wesentlichen auf die Angaben des Angeklagten gestützten Feststellungen dienten diese Absprachen vor allem dazu, "eine gleichmäßige Auslastung der beteiligten Bauunternehmen sicherzustellen, sogenannte Außen-seiter ... fernzuhalten und einen ruinösen Wettbewerb im Rahmen der Submissionen zu verhindern".

Absprachegemäß wurden dann jeweils ein Bieter oder eine Bietergemeinschaft herausgestellt, der (die) das niedrigste Angebot einreichte, während die übrigen an der Absprache beteiligten Firmen durch die Abgabe höherer

Angebote Schutz gewährten. Auf dieser Grundlage wurden die Aufträge an die jeweils vorgesehenen Firmen zu dem zuvor intern abgesprochenen Preis erteilt. Ausgleichszahlungen an die übrigen Bieter hat der jeweilige Auftragnehmer nicht geleistet.

b) Zu den Absprachen gehörte auch eine solche über die jährlich von der Stadt B. beschränkt öffentlich ausgeschriebenen Reparaturarbeiten an Gehwegen und Fahrbahnen, die dort im Laufe des Jahres anfielen. Insoweit hat die Strafkammer auf Grund einer Zeugenaussage festgestellt, daß der angebotene und später bezahlte Preis von knapp 240.000 DM, zu dem am 30. März 1993 der Auftrag erteilt wurde, ohne die Absprache um 5 % niedriger gewesen wäre. Sie hat den Angeklagten deshalb wegen Betruges zu einer Geldstrafe verurteilt.

c) In den übrigen Fällen hat die Strafkammer einen Schaden der Auftraggeber durch die Zahlung des angebotenen Preises nicht feststellen können; sie hat den Angeklagten deshalb wegen fünf Ordnungswidrigkeiten gem. § 38 Abs. 1 Ziffer 1 GWB a.F. jeweils mit einer Geldbuße belegt.

Diese Absprachen betrafen unter anderem auch die Vergabe hinsichtlich der Abwasseranlage von E. (Auftragsvolumen ca. 3,98 Millionen DM) und hinsichtlich der Kanalisationsarbeiten in S. (Auftragsvolumen ca. 1,02 Millionen DM). Die Aufträge wurden (am 6. Juni 1991 in E. , am 8. Juli 1993 in S.) entsprechend den vorangegangenen Absprachen jeweils an eine Bietergemeinschaft erteilt, der auch die vom Angeklagten vertretene Firma angehörte. Beide Aufträge enthielten die Vereinbarung, daß der Auftragnehmer 5 % der Auftragssumme als Schadensersatz zu bezahlen habe, wenn er aus Anlaß der Vergabe eine unzulässig den Wettbewerb beschränkende Absprache getroffen habe und eine andere Schadenshö-

he nicht nachweisbar sei. Diese Ansprüche machten die Auftraggeber in Unkenntnis der vorangegangenen Absprachen nicht geltend.

2. Die auf diese beiden Fälle beschränkte, auf die Sachrüge gestützte Revision der Staatsanwaltschaft zum Nachteil des Angeklagten hat im Ergebnis Erfolg.

a) Die Beschwerdeführerin führt zur Begründung des Rechtsmittels im einzelnen aus, durch das (nunmehr von dem zur Tatzeit noch nicht geltenden § 298 StGB n.F. erfaßte) Verhalten des Angeklagten hätten die Auftraggeber schon deshalb Schäden i.S.d. § 263 StGB erlitten, weil sie in Unkenntnis der Absprachen die für diesen Fall vereinbarten Schadenseratzansprüche von jeweils 5 % der Auftragssumme nicht geltend gemacht hätten.

Diese Rechtsauffassung trifft nicht zu. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handelt es sich insoweit nur um eine mittelbare Folge der auf das Erlangen des Auftrags gerichteten Tat. Daher fehlt es an der erforderlichen Stoffgleichheit zwischen dem (angestrebten) Vermögensvorteil und dem Schaden (BGH wistra 2000, 61, 62 = NStZ 2000, 260). In Übereinstimmung mit dem Generalbundesanwalt sieht der Senat auch unter Berücksichtigung des Revisionsvorbringens keinen Anlaß, von dieser Rechtsprechung, auf die die Strafkammer zutreffend verwiesen hat, abzuweichen.

b) Die Revision hat aber deshalb Erfolg, weil die Erwägungen, die der Annahme der Strafkammer zu Grunde liegen, die Absprachen hätten nicht zu höheren Preisen geführt, rechtlicher Überprüfung nicht standhalten. Sie führt hierzu aus, Preisabsprachen dienten nicht stets und ausschließlich der Erlangung einer über dem Wettbewerbspreis liegenden Vergütung, sondern könnten auch den Zweck haben, öffentliche Aufträge "gerecht" zu verteilen und ruinö-

sen Wettbewerb zu verhindern. Die entsprechende Einlassung des Angeklagten werde daher nicht durch einen allgemeinen Erfahrungssatz widerlegt, wonach Absprachen in Submissionsverfahren stets dazu führen, daß der Herausgestellte einen über dem Wettbewerbspreis liegenden Preis anbiete. Weitere Anhaltspunkte dafür, daß hier derartige Preise erzielt worden seien, seien nicht vorhanden, zumal da keine Ausgleichszahlungen geflossen seien.

Diese Würdigung ist nicht erschöpfend.

aa) Der Wert ausgeschriebener Bauarbeiten bestimmt sich nach dem Preis, der bei Beachtung der für das Ausschreibungsverfahren geltenden Vorschriften im Wettbewerb erzielbar ist (BGHSt 38, 186, 190 ff.; BGH wistra 1997, 336, 340 m.w.N.). Da es nach Auffassung der Strafkammer bei den Absprachen darum ging, "ruinösen" Wettbewerb zu verhindern, liegt die Annahme nahe, daß ohne die Absprachen niedrigere Angebote abgegeben worden wären.

bb) Ein Schaden der Auftraggeber wäre unter diesen Umständen nur dann zu verneinen, wenn sie diesen niedrigeren ("ruinösen") Angeboten den Zuschlag nicht hätten erteilen dürfen. Voraussetzung hierfür wäre nicht nur ein (offensichtliches) Mißverhältnis zwischen Preis und Leistung (BGHSt aaO, 195; BGH NJW 1995, 737), sondern es müßte darüber hinaus zu erwarten sein, daß der Auftragnehmer wegen dieses Mißverhältnisses in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät und den Auftrag deshalb nicht oder nicht ordnungsgemäß ausführt. Dagegen besteht für die öffentliche Hand kein Hindernis, auch sogenannte Unterkostenpreise zu akzeptieren, sofern der Anbieter zu diesen Preisen zuverlässig leisten kann (BGH NJW aaO m.w.N.). Daß danach hier die Auftraggeber die offenbar auch nach Auffassung der Strafkammer ohne die Absprachen zu erwartenden niedrigeren Angebote hätten zurückweisen müssen, ist weder dargelegt noch sonst ersichtlich.

cc) Abgesehen davon spricht aber eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, daß Submissionskartelle nicht gebildet und am Leben erhalten werden, wenn sie ihren Kartellmitgliedern keine höheren als den sonst erzielbaren Marktpreis (Wettbewerbspreis) bringen (BGHSt aaO, 194; BGH NJW aaO). Allerdings handelt es sich hierbei nur um eine Wahrscheinlichkeitsaussage, die der Richter erst anhand weiterer Beweisanzeichen darauf überprüfen muß, ob sie im konkreten Fall zur Gewißheit wird (vgl. Engelhardt in KK 4. Aufl. § 261 Rdn. 48). Dies hat die Strafkammer an sich auch nicht verkannt (vgl. oben 2 a)). Sie hat sich jedoch nicht hinlänglich mit der möglichen indiziellen Bedeutung des Umstandes auseinandergesetzt, daß bei dem im Grunde weitgehend gleich gelagerten Fall des in B. erteilten Auftrags ein überhöhter Preis erzielt wurde (vgl. oben 1 b), wobei der Auftrag an eine Firma fiel, die auch sonst an Absprachen beteiligt war. Zwar ist festgestellt, daß in B. , wo die Ausschreibung nur innerhalb eines festen Kreises interessierter Bauunternehmen erfolgte, ein "gut auskömmlicher Preis" möglich war, während in den anderen Fällen nach den von der Strafkammer als unwiderlegt angesehenen Angaben des Angeklagten "schärfer kalkuliert" wurde. Der Senat kann jedoch nicht überprüfen, ob diese Angaben mit den Feststellungen zur Höhe der in Rede stehenden Angebote vereinbar sind. Ohne nähere Darlegungen ist nicht nachzuvollziehen, warum es sich nicht auch hierbei jeweils um einen "gut auskömmlichen Preis" gehandelt hat.

3. Im angefochtenen Umfang bedarf die Sache daher neuer Verhandlung und Entscheidung (vgl. aber auch BGH NJW aaO, 738, 739). Dabei ist die Bestimmung einer Schadenshöhe - mit allen ihren praktischen Schwierigkeiten - Sache der tatrichterlichen Beweiswürdigung des Einzelfalls (BGHSt aaO, 193 f. m.w.N.).

Schäfer

Wahl

Boetticher

Schluckebier

Kolz