

BGH 4 StR 428/03 – Beschluss vom 22. Juni 2004 (LG Bielefeld)

BGHSt; wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen (Beschränkung der rechtswidrigen Absprache im Sinne des § 298 Abs. 1 StGB auf kartellrechtswidrige Absprachen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen; Täterschaft und Teilnahme); Tateinheit beim Betrug (Maßgeblichkeit des individuellen Tatbeitrages jedes einzelnen Mittäters; Versuch nur bei Annahme der Bösgläubigkeit); Untreue bei der GmbH (Vermögensbetreuungspflicht; faktischer Geschäftsführer; tatsächliche Verfügungsmacht).

§ 298 Abs. 1 StGB; § 263 StGB; § 25 StGB; § 22 StGB; § 15 StGB

Leitsätze

1. Eine „rechtswidrige Absprache“ im Sinne des § 298 Abs. 1 StGB liegt nur bei einer kartellrechtswidrigen Absprache zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen vor. (BGHSt)

2. Es bedarf hier keiner Entscheidung, ob nur Kartellmitglieder Täter des § 298 StGB sein können, wie dies von einem Teil der Literatur vertreten wird. (Bearbeiter)

Entscheidungstenor

1. Die Strafverfolgung wird in den Fällen 3 bis 5 der Anklage auf den Vorwurf des Betruges, im Fall 14 der Anklage auf den der Beihilfe zur wettbewerbsbeschränkenden Absprache bei einer Ausschreibung beschränkt.

2. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Bielefeld vom 9. Mai 2003

a) im Schuldspruch dahin geändert, daß der Angeklagte schuldig ist

aa) in den Fällen 3 bis 5 der Anklage (Fälle II D 2 a, b und 3 der Urteilsgründe) eines Betruges sowie

bb) im Fall 14 der Anklage (Fall II D 8 der Urteilsgründe) der Beihilfe zur wettbewerbsbeschränkenden Absprache bei einer Ausschreibung,

b) aufgehoben mit den zugehörigen Feststellungen

aa) in den Fällen 1, 2, 6 bis 13 und 15 der Anklage (Fälle II D 1, 4 bis 6 der Urteilsgründe),

bb) in den Strafaussprüchen.

3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

4. Die weiter gehende Revision wird verworfen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen wettbewerbsbeschränkender Absprache bei Ausschreibungen in elf Fällen (Fälle 3, 4, 6 bis 14 der Anklage), davon Tateinheitlich in zwei Fällen mit Betrug (Fälle 3 und 4), in weiteren sechs Fällen mit versuchtem Betrug (Fälle 8 bis 13), sowie wegen Betruges (Fall 5), versuchten Betruges in zwei Fällen (Fälle 1 und 2), Anstiftung zum Betrug (Fall 16) und Beihilfe zur Untreue (Fall 15) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten, mit der er das Verfahren beanstandet und die Verletzung materiellen Rechts rügt, hat mit der Sachrüge den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; im übrigen ist sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

I. Die Verfahrensrügen und die Sachrüge, soweit der Angeklagte im Fall 16 der Anklage (Fall II D 7 der Urteilsgründe) wegen Anstiftung zum Betrug verurteilt wurde, haben aus den in der Antragschrift des Generalbundesanwaltes vom 15. Oktober 2003 genannten Gründen keinen Erfolg. Der Senat hebt jedoch die im Fall 16 verhängte Einzelfreiheitsstrafe auf, um dem neu entscheidenden Tatrichter (vgl. unten II.) Gelegenheit zu geben, die Strafen insgesamt neu festzusetzen.

II. Im Hinblick auf die Verurteilung in den Fällen 1 bis 15 der Anklage hält das Urteil rechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Nach den Feststellungen des Landgerichts engagierte sich der Angeklagte, der ein Installationsunternehmen besaß und von 1987 bis zum Oktober 1998 Mitglied des Deutschen Bundestages war, bei den gemeinnützigen, der Jugendförderung und Berufsausbildung dienenden Vereinen BAJ e.V. und INBA e.V. als ehrenamtlicher Vorsitzender bzw. als Initiator des Vereins BAJ e.V. In den 90er Jahren gründeten diese Vereine teilweise unter Beteiligung anderer sozialer Träger gemeinnützige Gesellschaften mit beschränkter Haftung (BIWA gGmbH [BIWA], JBB gGmbH [JBB] und JBO gGmbH [JBO]), die für die Vereinszwecke als Bauherren Bauvorhaben in zweistelliger Millionenhöhe jeweils mit öffentlichen Fördermitteln sowie mit Eigenmitteln der Vereine und Gesellschaften realisierten. Obwohl diese Gesellschaften je zwei Geschäftsführer hatten, von denen jeweils einer der frühere Mitangeklagte B. war, wirkte der Angeklagte bei allen maßgeblichen Entscheidungsprozessen mit. Seine Stellung in den Vereinen, seine politische und fachliche Kompetenz als Bundestagsabgeordneter bzw. als Inhaber eines Installationsunternehmens verschafften ihm eine tatsächliche Machtposition und einen Vertrauensvorschuß bei allen Beteiligten, die es ihm als starke Persönlichkeit ermöglichten, sich auch ohne formale Funktion innerhalb der Gesellschaften durchzusetzen (UA 48 f.). In der Folgezeit übte er für sie auch die nach außen hin als ehrenamtlich erscheinende Tätigkeit eines Oberbauleiters aus, die er sich - ebenso wie die Unterstützung der Geschäftsführung der JBO und die verantwortliche Vertretung der BIWA in der Baukommission der JBB - seit Ende 1998/Anfang 1999 zum Teil rückwirkend im

Rahmen von Verträgen mit den Gesellschaften, insbesondere vertreten durch B. als deren Geschäftsführer, entgelten ließ (UA 30 f., 35 ff.).

Aufgrund seiner Position konnte der Angeklagte schon Ende 1995/Anfang 1996 dem früheren Mitbeschuldigten Bl. als Geschäftsführer und Mitinhaber des bautechnischen Planungsbüros HBB zusagen, ihm lukrative Planungsaufträge der genannten Bauherren zu verschaffen. Als Gegenleistung hierfür sollte Bl. dem Angeklagten Zahlungen erbringen. Dementsprechend veranlaßte der Angeklagte, daß die gemeinnützigen Gesellschaften der HBB in der Zeit von 1996 bis 2001 mindestens acht Ingenieur- bzw. Planungsaufträge für ihre Bauvorhaben (UA 16, 24, 26, 29, 35, 41, 44) erteilten. Die versprochenen Zahlungen sollten, wie es zwischen Bl. und dem Angeklagten vereinbart war (UA 12, 17, 20), nach und nach dadurch finanziert werden, daß Bauunternehmen, bei denen Bl. selbst Mitinhaber und Geschäftsführer war (Fälle 1, 3, 4, 14 und 15 der Anklage) oder die zu einem kollusiven Zusammenwirken mit ihm bereit waren und denen Bl. als Planer die Bauaufträge der Gesellschaften verschaffte, nicht erbrachte Leistungen unauffällig in ihre Rechnungen gegenüber der BIWA, der JBB oder der JBO einstellten. Bis zum Jahre 2001 summierten sich die bezahlten Überhöhungsbeträge auf 365.554,54 DM netto (UA 45), wobei Bl. von den an seine Firmen geflossenen Geldern in mehreren Teilzahlungen mindestens 338.550,- DM netto an den Angeklagten zahlte (UA 20).

Die gemeinnützigen Gesellschaften wurden sowohl beim Abschluß der Verträge mit dem Planungsbüro HBB als auch mit den Handwerksfirmen von B. vertreten (UA 8); lediglich bei der JBO erfolgten Zahlungsanweisungen, insbesondere nach überhöhter Rechnungsstellung in den Fällen 3 bis 5 der Anklage, durch den gutgläubigen Geschäftsführer P. (UA 30, 32). B. hatte spätestens seit Mitte 1999 (UA 38), möglicherweise auch schon bei seinen ersten Zahlungsanweisungen im August und Dezember 1998 (UA 26, 27), Kenntnis von den Rechnungsüberhöhungen.

2. Das Landgericht stellt in den Fällen 3 bis 5 der Anklage für die Verurteilung wegen mittäterschaftlichen Betruges in drei Fällen zum Nachteil der JBO darauf ab, daß der Geschäftsführer P. vor der Auszahlung der Überhöhungsbeträge getäuscht wurde. In den Fällen 1, 2, 8 bis 13 der Anklage, bei denen B. die Handwerkerrechnungen mit den Überhöhungsbeträgen bösgläubig zur Zahlung anwies, geht es von acht versuchten, mittäterschaftlich begangenen Betrugstaten zum Nachteil der BIWA und der JBB aus. Beim letzten Vertragsschluß im Mai 2001 (Fall 15 der Anklage) nimmt die Strafkammer eine Beihilfe zur Untreue des B. an, da der Angeklagte inzwischen von dessen Bösgläubigkeit Kenntnis erlangt habe.

3. Während die Bejahung des gemeinsam mit Bl. verwirklichten Betrugstatbestandes in den Fällen 3 bis 5 der Anklage aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist (a), hält die Verurteilung wegen versuchten Betruges in acht Fällen (b) und wegen Beihilfe zur Untreue (c) revisionsrechtlicher Überprüfung schon deshalb nicht stand, weil die zugrunde liegende Beweiswürdigung des Landgerichts sachlich-rechtliche Fehler aufweist.

a) Entgegen der rechtlichen Würdigung des Landgerichts, das insoweit drei selbständige Betrugstaten angenommen hat, liegt in den Fällen 3, 4 und 5 der Anklage allerdings nur ein Fall des Betruges zum Nachteil der JBO vor. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Frage der Handlungseinheit oder -mehrheit nach dem individuellen Tatbeitrag jedes einzelnen Mittäters zu beurteilen (BGH StV 2002, 73; BGHR StGB § 52 Abs. 1 in dubio pro reo 7; BGH, Urteil vom 27. Februar 2004 - 2 StR 146/03 jeweils m.w.N.) Hier gründeten die Auftragsvergaben der JBO an

die Firmen B. GmbH und N. GmbH jeweils (auch) auf dem ersten, vom Angeklagten veranlassten Ingenieurvertrag vom 10. Oktober 1997 mit dem Planungsbüro HBB (UA 29, 31). Es liegt daher nur eine Tat vor.

Soweit neben dem Betrug eine tateinheitliche Untreue des Angeklagten in Betracht kommt, hat der Senat mit Zustimmung des Generalbundesanwalts das Verfahren gemäß § 154 a Abs. 2 StPO beschränkt; zur tateinheitlichen Verurteilung in den Fällen 3 und 4 wegen wettbewerbsbeschränkender Absprache bei Ausschreibungen siehe unten Ziffer II 4 b.

Die Änderung des Schuldspruchs zieht die Aufhebung der drei für die Fälle 3 bis 5 der Anklage verhängten Einzelfreiheitsstrafen nach sich.

b) Ein versuchter Betrug setzt voraus, daß der Täter von der Gutgläubigkeit des zu Täuschenden ausgeht. Die Annahme der Strafkammer, der Angeklagte habe die Bösgläubigkeit B. s vor Mai 2001 nicht gekannt (UA 42, 56, 62), ist weder in der Beweiswürdigung näher begründet (vgl. UA 55 f.) noch angesichts der sonstigen Feststellungen nachvollziehbar: B., der seit Anbeginn im Zusammenwirken mit dem Angeklagten in allen Gesellschaften bei der Umsetzung der Bauvorhaben leitend tätig war (UA 8, 45), sollte von Bl. bereits im Jahr 1999 ebenso wie der Angeklagte aus einer Manipulation mit „stillen Reserven“ Geld erhalten (vgl. UA 44), was auf ein kollusives Zusammenwirken B. s mit Bl. hindeutet. Dieser offenbarte B. die Beteiligung des Angeklagten an den Machenschaften, wobei eine Rücksprache B. s auch mit dem Angeklagten von der Strafkammer als nahe liegend erachtet wurde (UA 51 unten). Ein versuchter Betrug käme daher nur in Betracht, wenn ausgeschlossen werden könnte, daß der Angeklagte weder von Bl. noch von B. darüber informiert wurde, daß letzterer in die Manipulationen eingeweiht war. Hierzu verhalten sich die Urteilsgründe nicht.

c) Im Fall 15 der Anklage beruht der Schuldspruch wegen Beihilfe zur Untreue B. s darauf, daß die Strafkammer mangels sicherer Feststellungen „zu Gunsten des Angeklagten“ nunmehr davon ausgeht, daß dem Angeklagten die Bösgläubigkeit B. s bekannt war (UA 56). Diese Unterstellung hat sich, wie der Beschwerdeführer zutreffend rügt, zu seinem Nachteil ausgewirkt, weil eine Beihilfe zur Untreue B. s nur dann möglich wäre, wenn der Angeklagte von der Bösgläubigkeit des B. Kenntnis hatte.

Die Änderung des Schuldspruchs durch den Senat wahlweise auf versuchten Betrug oder Beihilfe zur Untreue (vgl. BGH GA 1970, 24) kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil der Angeklagten bisher keine Gelegenheit hatte, sich hinsichtlich der anderen Alternative zu verteidigen, und nicht auszuschließen ist, daß in den Fällen des versuchten Betruges bisher nicht getroffene, eindeutige Feststellungen möglich sind. Vgl. im übrigen unten Ziffer II 5.

d) Der neue Tatrichter wird darüber hinaus - auch bei den übrigen, bisher als versuchte Betrugstaten abgeurteilten Fällen - zu beachten haben, daß eine Verurteilung wegen versuchten Betrugs Bedenken begegnen könnte, wenn erneut festgestellt oder nicht ausgeschlossen wird, daß die Bösgläubigkeit B. s zumindest dem Mittäter Bl. bekannt war (UA 44, 54 f.), der gemäß der mit dem Angeklagten getroffenen Vereinbarung die Täuschung B. s vornehmen sollte, die überhöhten Handwerkerrechnungen veranlaßte und diese noch vor der Weiterleitung an B. „prüfte“ (UA 19). Wenn Bl. keinen vermögensschädigenden Irrtum erregen wollte, könnte ein den Mittätern zurechenbares unmittelbares Ansetzen zu einem versuchten Betrug fraglich sein (vgl.

BGHSt 39, 236, 237 f.; BGHR StGB § 22 Ansetzen 3; s. aber auch die Senatsentscheidungen in BGHSt 40, 299, 301 ff. und NStZ 2004, 110 f.).

4. Auch die Verurteilung des Angeklagten in den Fällen 3 und 4, 6 bis 14 der Anklage wegen wettbewerbsbeschränkender Absprache bei Ausschreibungen nach § 298 StGB begegnet rechtlichen Bedenken.

a) Nach den Feststellungen mußten die Bauaufträge der gemeinnützigen Gesellschaften wegen ihres Umfangs und der staatlichen Förderung im Wege der (beschränkten) Ausschreibung vergeben werden. Bl. versah daher in Ausführung der mit dem Angeklagten getroffenen Vereinbarung als beauftragter Planer der jeweiligen Bauherren schon die Ausschreibungsunterlagen mit versteckten Luftpositionen („stillen Reserven“), die er in den Fällen 6 bis 13 der Anklage einem zum kollusiven Zusammenwirken bereiten Unternehmer mitteilte, damit dieser bei der Ausschreibung mit einem entsprechend angepassten und insoweit günstig erscheinenden Gebot die übrigen Wettbewerber unterbieten und den Zuschlag für den jeweiligen Bauauftrag erhalten konnte (UA 17 f.). In den Fällen 3, 4 und 14 der Anklage nutzte Bl. als Geschäftsführer der im Bereich Heizungs- und Sanitärinstallation tätigen Unternehmen Bü.GmbH bzw. A. D. seine Kenntnis über die von ihm als Bauplaner geschaffenen stillen Reserven selbst und erlangte unter Ausnutzung dieses Wettbewerbsvorteils den Auftrag. Soweit für eine Aburteilung nach § 298 StGB relevant, ist nur im Fall 14 der Anklage festgestellt, daß Konkurrenzunternehmen auf Bl. s Veranlassung zusätzlich entsprechende, für die Bauherren ungünstigere Scheinangebote abgaben (UA 18 f., 26, 45).

b) In den Fällen 3 und 4 (Tatzeiten: Dezember 1997) sowie 6 bis 13 (Tatzeiten im Jahr 1999), bei denen jeweils nur ein Wettbewerber in die Manipulationen Bl. s involviert war, ist der Tatbestand der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Ausschreibungen nicht erfüllt.

aa) § 298 Abs. 1 StGB, der mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Korruption von 13. August 1997 (BGBl I 2038) neu in das Strafgesetzbuch eingefügt wurde, setzt bei einer Ausschreibung über Waren oder gewerbliche Leistungen die Abgabe eines Angebots voraus, das auf einer rechtswidrigen Absprache beruht, die darauf abzielt, den Veranstalter zur Annahme eines bestimmten Angebotes zu veranlassen. Dabei ist die in der Literatur streitige Frage höchstrichterlich bisher nicht entschieden, ob hierfür eine - vertikale - Absprache zwischen einem Anbieter und einer Person auf der Seite des Veranstalters genügt (so Bartmann, Der Submissionsbetrug, Diss. Berlin 1997, S. 195 f.; Dannecker in Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts 2. Aufl. 16. Kap. Rdn. 152; Dannecker/Biermann in Immenga/Mestmäcker GWB 3. Aufl. vor § 81 Rdn. 108; Girkens/Moosmayer ZfBR 1998, 223, 224; Heine in Schönke/ Schröder, StGB 26. Aufl. § 298 Rdn. 11; Kosche, Strafrechtliche Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibung - § 298 StGB [2001] S. 151; Lackner/Kühl, StGB 24. Aufl. § 298 Rdn. 3; Mitsch, Strafrecht BT II Teilbd. 2 § 3 H Rdn. 202; Otto wistra 1999, 41; Rudolphi in SK-StGB § 298 Rdn. 8; Tröndle/Fischer, StGB 52. Aufl. § 298 Rdn. 9) oder ob § 298 Abs. 1 StGB - entsprechend § 1 GWB n. F. - eine kartellrechtswidrige - horizontale - Absprache zwischen mindestens zwei miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen voraussetzt (so Dannecker in NK-StGB 13. Lfg. [2003] § 298 Rdn. 21; Greeve NStZ 2002, 505, 508; dies. in Greeve/Leipold, Handbuch des Baustrafrechts [2004] § 10 Rdn. 64; Tiedemann in LK 11. Aufl. § 298 Rdn. 16 f., 34, 35; vgl. auch Art. 1 lit. b i.V.m. Art. 2 Abs. 1 der Initiative der Bundesrepublik Deutschland im Hinblick auf die Annahme eines Rahmenbeschlusses des Rates über den strafrechtlichen Schutz gegen betrügerisches oder sonstiges unlauteres wettbewerbswidriges Verhalten im Zusammenhang mit der

Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Gemeinsamen Markt - ABl. EG Nr. C 253/3 vom 4. September 2000). Der Senat hält die letztgenannte Auffassung für zutreffend.

bb) Der Wortlaut des § 298 StGB enthält keine Einschränkung im Hinblick auf die an der Absprache beteiligten Personen. Der im Gesetz verwendete Begriff der Absprache ist neu und auch dem System des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) fremd (Kleinmann/Berg BB 1998, 277, 280; Greeve in Greeve/Leipold aaO § 10 Rdn. 76). Mit Blick auf die Überschrift der Norm („wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen“) kann allerdings die tatbestandsmäßige Einschränkung auf „rechtswidrige“ Absprachen nur so verstanden werden, daß solche gemeint sind, die gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Greeve in Greeve/Leipold aaO Rdn. 63; Kosche aaO S. 153) oder etwa gegen Art. 81 EG-Vertrag - Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen - (vgl. Dannecker in NK-StGB aaO § 298 Rdn. 47; Tiedemann aaO § 298 Rdn. 9, 35; so wohl auch Rudolphi aaO § 298 Rdn. 5 aE, 8) verstoßen. Das Wettbewerbsrecht regelt aber sowohl horizontale als auch vertikale Beschränkungen.

cc) Nach Auffassung des Senats liegt eine rechtswidrige Absprache im Sinne des § 298 Abs. 1 StGB nur vor, wenn es sich um eine kartellrechtswidrige Absprache zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen (horizontale Absprache) handelt, wie dies wettbewerbsrechtlich in § 1 GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. August 1998 (BGBl I 2546) ausdrücklich bestimmt ist.

(1) Eine solche restriktive Auslegung des Begriffs der „Rechtswidrigkeit“ der Absprache wird dem Willen des Gesetzgebers gerecht. Er hat die Fälle der rein vertikalen Absprache im Rahmen der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr in § 299 StGB (zuvor in § 12 UWG i. d. F. vom 2. März 1974) sanktioniert. Es ist nicht ersichtlich, daß das Korruptionsbekämpfungsgesetz solche Absprachen auch durch § 298 StGB erfassen wollte, wenn die korruptive Vergabe eines Auftrags im Rahmen einer Ausschreibung erfolgt bzw. daß vertikale Absprachen, die ohne Korruption - gefälligkeitshalber - getroffen werden, über den bestehenden Strafrechtsschutz der Vermögensdelikte hinaus dem Tatbestand des § 298 StGB unterfallen sollten.

Hiergegen spricht nicht, daß in der Begründung zu dem Gesetzesentwurf (BTDrucks. 13/5584 S. 14) ausgeführt ist, daß „gerade die Fälle besonders strafwürdig (sind), bei denen der Bieter kollusiv mit einem Mitarbeiter des Veranstalters, dessen Kenntnis dem Veranstalter zugerechnet werden kann, zusammenarbeitet“. Dieser Satz muß im Zusammenhang mit der unmittelbar vorausgehende Passage gesehen werden, wonach - entgegen der Gesetzesinitiative des Bundesrates (BTDrucks. 13/3353 S. 5, 10) - „die zugrundeliegende rechtswidrige Absprache vor dem Veranstalter der Ausschreibung“ nicht verheimlicht werden müsse, zumal auch in diesen Fällen der Wettbewerb zum Nachteil der „nichtkartellangehörigen“ Unternehmen beeinträchtigt werden könne (BTDrucks. 13/5584 S. 14). Diese Ausführungen setzen bereits eine Absprache zwischen Kartellmitgliedern voraus. In seiner Beschlussempfehlung und dem Bericht vom 26. Juni 1997 hat der Rechtsausschuß des Bundestages ausdrücklich klargestellt, daß mit der Beschränkung auf rechtswidrige Absprachen nur kartellrechtswidriges Verhalten gemeint ist (BTDrucks. 13/8079 S. 14).

Zwar wurde im Gesetzgebungsverfahren auf die - zu den Tatzeiten in den Fällen 3 und 4 der Anklage geltenden - §§ 1, 25 GWB a. F. Bezug genommen (BTDrucks. 13/5584 S. 13, 14), die im Gegensatz zu § 1 GWB n. F. keine Beschränkung auf miteinander im Wettbewerb

stehende Unternehmen enthielten, vielmehr nach der Rechtsprechung neben den horizontalen Vereinbarungen (vgl. BGH NJW-RR 1986, 1486, 1487 und nunmehr auch zu § 1 GWB n. F. BGHZ 154, 21, 27 f.) ausnahmsweise auch vertikale Vereinbarungen mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung im Verhältnis einer Partei zu Dritten erfassen konnten (vgl. BGH WuW 1984, 892, 894 = WuW/E BGH 2088, 2090 - Korkschrot; WuW 1997, 721, 723 = WuW/E BGH 3137, 3139 - Solelieferung; Bunte in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht Bd. 1 9. Aufl. GWB § 1 Rdn. 117, 133; zur problematischen Beziehung des § 298 StGB zu § 1 GWB a. F. vgl. auch Achenbach WuW 1997, 958, 960). Doch war für die Anwendung des § 1 GWB a. F. jedenfalls dann kein Raum, wenn sich - wie hier - die Beziehung der Parteien in einem Austauschvertrag über eine Ware oder gewerbliche Leistung erschöpfte und darüber hinaus keine der Parteien in ihrer wettbewerblichen Handlungsfreiheit im Verhältnis zur begünstigten Partei oder zu Dritten beschränkt wurde (vgl. BGHZ 68, 6, 7 f.; BGH WuW 1997, 611 = WuW/E BGH 3115 - Druckgußteile; WuW 1997, 617 = WuW/E BGH 3121 - Bedside-Testkarten; Bunte in Langen/Bunte aaO GWB § 1 Rdn. 133).

(2) Da der Gesetzgeber mit § 298 StGB nur einen „Teilbereich der bisherigen [Kartell-]Ordnungswidrigkeiten“ kriminalisieren, d.h. strafrechtlich erfassen wollte (BTDrucks. 13/5584 S. 13 f.; Korte NStZ 1997, 513, 516), wird die - nach Auffassung des Senats - auf horizontale Absprachen beschränkte Anwendung der Vorschrift nicht dadurch berührt, daß unter Umständen auch vertikale Vereinbarungen wettbewerbsrechtlich verboten sind (vgl. Art. 81 EG-Vertrag nunmehr i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung [EG] Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 [ABl. EG 2003 Nr. L 1/7 f.]; s. auch den Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Siebten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 28. Mai 2004 - BRDrucks. 441/04, S. 5, 35 f., 39 f., 75); durch sie werden möglicherweise Bußgeldtatbestände (§ 81 GWB) erfüllt.

(3) Der Senat verkennt nicht, daß beim kollusiven Zusammenwirken eines einzelnen Anbieters mit einer Person auf der Seite des Veranstalters der Ausschreibung (vertikale Absprache) der durch das Institut der Ausschreibung geschützte freie Wettbewerb, die Vermögensinteressen des Veranstalters und die der unbeteiligten Mitwettbewerber im Einzelfall ebenso betroffen sein können wie bei einer Kartellabsprache zwischen mehreren Bietern. Dennoch ist der strafrechtliche Schutz begrenzt; denn rein vertikalen Absprachen fehlt die für horizontale Submissionsabsprachen, insbesondere für Ringvereinbarungen im Bauwesen, typische, wirtschaftspolitisch gefährliche Tendenz zur Wiederholung, die mit § 298 StGB bekämpft werden sollte (vgl. BTDrucks. 13/5584 S. 13; s. auch BRDrucks. 441/04 S. 40 [grundsätzlich geringere wettbewerbspolitische Schädlichkeit vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen]; Tiedemann aaO § 298 Rdn. 6 [“Gegenseitigkeitsprinzip“ bei Submissionsabsprachen]; ders. in FS für Müller-Dietz [2001] S. 905, 910 f.). Beteiligt sich eine Person auf der Seite des Veranstalters an der Tat, so kann sie sich allerdings nach § 298 StGB strafbar machen (vgl. dazu unten II 4 c).

c) Im Fall 14 der Anklage liegt eine wettbewerbsbeschränkende Absprache bei einer Ausschreibung zwischen Bl. als geschäftsführendem Gesellschafter der A. D. und den Firmen R. GmbH und S. GmbH als zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen vor (vgl. auch BGH WuW 1999, 1103 - Beschränkte Ausschreibung). Hieran war der Angeklagte jedoch nicht als Täter, sondern als Gehilfe beteiligt.

Es bedarf hier keiner Entscheidung, ob nur Kartellmitglieder Täter des § 298 StGB sein können, wie dies von einem Teil der Literatur (Dannecker in NK-StGB § 298 Rdn. 63; Greeve

in Greeve/Leipold aaO § 10 Rdn. 100; Tiedemann aaO § 298 Rdn. 16 ff., 47 f.; aA aber Gierkens/Moosmayer aaO S. 223; Grützner, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen [2003] S. 534 f.; Heine aaO § 298 Rdn. 17; Joecks, StGB Studienkommentar 4. Aufl. § 298 Rdn. 5, 7; König JR 1997, 397, 402; Kosche aaO S. 158 ff.; Mitsch aaO Rdn. 207; Otto wistra 1999, 41, 42; Rössner/Guhra Jura 2001, 403, 410; Schroth, Strafrecht BT 2. Aufl. S. 155; Tröndle/Fischer aaO Rdn. 17 m.w.N.) vertreten wird. Denn im Fall 14 ist schon nach den allgemeinen Grundsätzen zur Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme nur von einer Beihilfe des Angeklagten auszugehen.

Ob ein Tatbeteiligter eine Tat als Mittäter begeht, ist nach den gesamten Umständen des Falles in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte dafür sind der Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu (st. Rspr.; vgl. nur BGHR StGB § 25 Abs. 2 Mittäter 2, 14; § 26 Bestimmen 6).

Dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe (UA 17 f., 33) ist zu entnehmen, daß der Angeklagte, der die Abläufe bei manipulativer Erhöhung von Rechnungen kannte, nicht nur mit den Rechnungsüberhöhungen, sondern auch mit Kartellabsprachen bei den notwendigen Ausschreibungen rechnete und diese angesichts seiner Absicht, sich selbst zum Nachteil der gemeinnützigen Gesellschaften zu bereichern, auch billigend in Kauf nahm. Die Art und Weise der „Erwirtschaftung“ der ihm zufließenden Gelder überließ er jedoch Bl., so daß auch im Fall 14 davon auszugehen ist, daß der Angeklagte zwar „in den Grundzügen“ über Rechnungsüberhöhungen zum Nachteil der BIWA als Bauherrin informiert war (UA 20a f., 24, 44, 46), er aber keine Kenntnis davon hatte, bei welchem der ausgeschriebenen Gewerke eines Bauvorhabens eine Absprache zwischen Bietern erfolgt war. Daß der Angeklagte neben Bl. und B. im Submissionstermin das Protokoll mit unterzeichnet hat, ist insoweit ohne Bedeutung (vgl. § 22 Nr. 4 Abs. 2 Halbs. 2 VOB/A Abschn. 1).

Nach den Feststellungen hatte der Angeklagte im Hinblick auf die konkrete wettbewerbsbeschränkende Absprache - die ein „verfahrensgebundenes Delikt“ ist (vgl. Walter GA 2001, 131, 140) - weder Tatherrschaft noch den Willen zur Tatherrschaft. Er war daher nicht Täter. Bei der Beihilfe muß die Haupttat nur der Art nach, nicht aber konkret bestimmt sein (vgl. BGHR StGB § 25 Abs. 2 Tatbeitrag 5; BGH, Beschluß vom 2. Dezember 2003 - 4 StR 477/03 [zur Anstiftung]). Da zwar die Idee zur Manipulation der Rechnungen von Bl. kam (UA 65), der Angeklagte diese aber dem Tatplan entsprechend erst ermöglichte, indem er die Vergabe des Ingenieurvertrages an das Planungsbüro von Bl. veranlaßte, hat er sich der Beihilfe zur wettbewerbsbeschränkenden Absprache bei einer Ausschreibung schuldig gemacht.

Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend ab. § 265 StPO steht dem nicht entgegen; denn der Angeklagte hätte sich gegen den Vorwurf der Beihilfe nicht erfolgreicher als gegen den der Mittäterschaft verteidigen können. Soweit neben der Verurteilung wegen §§ 298, 27 StGB die Beteiligung an einer Untreue in Betracht kommt, hat der Senat mit Zustimmung des Generalbundesanwalts das Verfahren nach § 154 a Abs. 2 StPO beschränkt. Die Änderung des Schuldspruchs führt zur Aufhebung des Strafausspruchs im Fall 14 der Anklage.

5. In den Fällen 1, 2, 6 bis 13 und 15 der Anklage bedarf die Sache insgesamt neuer Verhandlung und Entscheidung, wobei die nunmehr erkennende Strafkammer die angeklagten Taten insbesondere unter dem Gesichtspunkt einer eigenen Untreue des Angeklagten (vgl. BGHSt

47, 187, 200 ff.) bzw. einer Beteiligung an Untreuehandlungen des Bl. (vgl. BGH bei Dallinger MDR 1969, 534; BayObLG NJW 1996, 268, 271) zu würdigen haben wird.

Bei der Prüfung der Vermögensbetreuungspflicht und des Vermögensschadens im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB ist auf die gemeinnützigen Gesellschaften mbH als selbständige juristische Personen und deren unmittelbaren Vermögensnachteil abzustellen, wobei als schadensgleiche Vermögensgefährdung der Bauherren - außer im Fall 5 der Anklage - nicht erst die Bezahlung der überhöhten Rechnungen in Betracht kommt, sondern vermögensgefährdend schon die mit den Handwerksunternehmen geschlossenen Verträge (vgl. BGH NStZ 2003, 540, 541) sein können, soweit sie die von Bl. in die Leistungsverzeichnisse eingestellten und von den kollusiv mitwirkenden Unternehmen in ihren Angeboten übernommenen „Luftpositionen“ für tatsächlich nicht zu erwartende, aber nach dem gemeinsamen Tatplan abzurechnende Bauleistungen enthielten (vgl. BGH wistra 2003, 457, 458).

Nach den bisherigen Feststellungen ist bei den Taten zum Nachteil der BIWA von einer Vermögensbetreuungspflicht des Angeklagten auszugehen, bei den Taten zum Nachteil der JBB und der JBO liegt eine solche zumindest nahe, ohne daß es - entgegen der im gegenständlichen Verfahren vom OLG Hamm (Beschluß vom 28. Februar 2002 - 3 Ws 102/02) vertretenen Rechtsauffassung - darauf ankommen würde, ob der Angeklagte als Vereinsvorstand neben dem als Geschäftsführer aktiven B. faktischer Geschäftsführer der gemeinnützigen Gesellschaften war (BGH NStZ 1996, 540; Tiedemann in Scholz GmbH-Gesetz 9. Aufl. Vor § 82 Rdn. 25; einschränkend Schönemann in LK 11. Aufl. § 266 Rdn. 128 und Kohlmann in Hachenburg GmbH-Gesetz 8. Aufl. Vor § 82 Rdn. 310); denn der Treubruchtatbestand des § 266 Abs. 1 2. Alt. StGB knüpft nicht an die formale Position des Geschäftsführers an, sondern an die tatsächliche Verfügungsmacht über ein bestimmtes Vermögen, wenn damit ein schützenswertes Vertrauen in eine pflichtgemäße Wahrnehmung der Vermögensinteressen verbunden ist (BGH NStZ 1996, 540 mit zust. Anm. Geerds JR 1997, 340; BGH NStZ 1999, 558; Busch, Konzernuntreue [2004] S. 78 f. m.w.N.).

a) In den Fällen 1, 2 und 15 der Anklage wurde die BIWA geschädigt.

Nach den getroffenen Feststellungen war der Verein INBA e.V. Alleingesellschafter dieser Gesellschaft, die dem Vereinszweck des INBA e.V. diene. Deren Geschäftsführer B. war zugleich Vorstandsmitglied des Vereins, der die Gesellschaft beherrschte. Die Vermögensbetreuungspflicht des Angeklagten als Vorstandsvorsitzender des Vereins INBA e.V. gegenüber der BIWA beruht auf seiner in diesem Unternehmen ausgeübten Dominanz, die ihm die tatsächliche Möglichkeit eröffnete, auf das GmbH-Vermögen zuzugreifen und im Rahmen der Vergabe der Ingenieurverträge zu bestimmen, wer den Auftrag erhielt (vgl. BGH NStZ 1996, 540; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 19).

Wenn auch nach den Feststellungen nicht ersichtlich ist, daß die Existenz der BIWA durch das Verhalten des Angeklagten gefährdet war (vgl. hierzu BGHZ 149, 10, 17; 150, 61, 67; 151, 181, 186; BGH, Urteil vom 13. Mai 2004 - 5 StR 73/03 S. 22, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt), so kann der Tatbestand des § 266 Abs. 1 StGB jedenfalls dann vorliegen, wenn - wie hier - ein vertretungsberechtigtes Organ des herrschenden Unternehmens (hier: des Vereins INBA e.V.) dem Gesellschafterinteresse zuwider das Vermögen des dienenden Unternehmens (hier: der BIWA) eigenmächtig und eigennützig vorsätzlich schädigt (vgl. hierzu BGHZ 65, 15, 20; 150, 61, 68).

b) Auch bei den Fällen 8 bis 13 der Anklage, in denen die JBB geschädigt wurde, könnte eine entsprechende Treuepflicht des Angeklagten vorliegen. Gesellschafter dieser GmbH war zwar neben der BIWA auch das Deutsche Jugendherbergswerk (DJH). Doch selbst wenn die BIWA keine Mehrheitsgesellschafterin gewesen sein sollte, kann sie allein (vgl. BGHZ 90, 381, 394 ff.; 135, 107, 114) oder gemeinsam mit dem Mitgesellschafter (vgl. BGHZ 62, 193, 199 ff.; Emmerich in Scholz GmbH-Gesetz 9. Aufl., Anhang Konzernrecht Rdn. 27 f.) aufgrund ihrer Gesellschafterstellung namentlich im Rahmen der Baukommission JBB beherrschend gewesen sein. Bei der Baukommission handelte es sich nach den Feststellungen um eine Konsensgruppe der BIWA und des DJH, die bei Beginn des Bauprojekts zur Durchführung der Investitionsmaßnahmen gegründet wurde. Der Angeklagte, der an allen maßgeblichen Entscheidungsprozessen beteiligt war (UA 8), übernahm dabei im Hinblick auf die BIWA vertraglich deren „verantwortliche Vertretung und Mitwirkung in der Baukommission“ (UA 35 f.). Ihre Einflußmöglichkeit auf die Geschäftsführung der JBB sowie der dem Angeklagten bei der Vertretung der BIWA tatsächlich zukommende Einfluß ist im Urteil nicht näher erörtert. Dies wird der neue Tatrichter zur Feststellung einer möglichen Treuepflicht des Angeklagten gegenüber dem Vermögen der JBB nachzuholen haben.

c) In den Fällen 6 und 7 der Anklage, in denen die JBO - trotz öffentlicher Ausschreibung - den vom Angeklagten gewünschten und von Bl. entsprechend instruierten Firmen N. GmbH und Sch. GmbH aufgrund manipulierter Leistungsverzeichnisse („stille Reserven“) den Zuschlag erteilte (UA 33), wird die nunmehr erkennende Strafkammer, wenn keine horizontale Absprache (§ 298 Abs. 1 StGB) feststellbar sein sollte, eine schadensgleiche Vermögensgefährdung der JBO und damit eine Strafbarkeit wegen einer Beteiligung an Betrug oder Untreue zu prüfen haben.