

Bearbeiter: Rocco Beck

Zitiervorschlag: BGH 2 StR 102/91, Urteil v. 08.01.1992, HRRS-Datenbank, Rn. X

BGH 2 StR 102/91 - Urteil vom 8. Januar 1992 (LG Frankfurt/Main)

BGHSt 38, 186; Strafbarkeit wegen Betrug bei der Vergabe von Bauleistungen (Submissionskartell; Submissionsbetrug; Berechnung des Vermögensschadens nach einem hypothetischen Marktpreis; Eingehungsbetrug; Erfüllungsbetrug); Überzeugungsbildung (Schätzung).

§ 263 StGB; § 261 StPO

Leitsätze

1. Der Wert ausgeschriebener Bauarbeiten bestimmt sich nach dem Preis, der bei Beachtung der für das Ausschreibungsverfahren geltenden Vorschriften im Wettbewerb erzielbar ist. (BGHSt)

2. Verhindern die Anbieter durch Preisabsprachen und Vorspiegelung von Wettbewerb die Bildung des Wettbewerbspreises, so erleidet der Auftraggeber einen Schaden, wenn der mit einem Anbieter vereinbarte Preis höher als der erzielbare Wettbewerbspreis ist. (BGHSt)

3. 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 36, 320, 328). (Bearbeiter)

Entscheidungstenor

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichtes Frankfurt am Main vom 26. Juli 1990 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer - Wirtschaftsstrafkammer - des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagten vom Vorwurf des Betruges freigesprochen. 1

Die vom Generalbundesanwalt vertretene Revision der Staatsanwaltschaft gegen diese Entscheidung hat mit der Sachrüge Erfolg. 2

I.

Die aus den Firmen B. & B. AG, H. AG, K. GmbH & Co. KG, M. Bauunternehmung GmbH & Co. KG bestehende Bietergemeinschaft, die später als Arbeitsgemeinschaft Rheinausbau auftrat, erhielt am 7. und 27. Februar 1980 vom Wasser- und Schiffsamt Bingen den Auftrag zum Ausbau der Schiffsrinne des Rheins zwischen St. Goar und Kestert (Bauvorhaben Ehrental). 3

Der Auftragserteilung war eine öffentliche Ausschreibung der Arbeiten durch das Wasser- und Schiffsamt Bingen vorausgegangen, an der sich unter anderem auch die Firmen D. & W. AG, Mo. GmbH & Co. KG, O. GmbH als Bietergemeinschaft Rheinregulierung sowie die Firmen Hi. GmbH und P.v.W. als Bietergemeinschaft Hi./P.v.W. beteiligt hatten. 4

Vertreter der genannten Firmen hatten bereits im Jahre 1978 eine Kartellvereinbarung über die Vergabe von Wasserbauarbeiten an die Mitglieder des Kartells getroffen. Auf der Grundlage dieser Vereinbarung hatten sich die Angeklagten, die die Firmen B. & B. (Angeklagter Sch.), K. (Angeklagter Pa.), M. (Angeklagter P.), Mo. (Angeklagter S.) und O. (Angeklagter L.) vertraten, nach mehreren Besprechungen schließlich im Dezember 1979 über die Höhe der Angebotspreise für das Bauvorhaben Ehrental geeinigt, die eine Vergabe des Auftrags an die Bietergemeinschaft 5

Hi./P.v.W. sicherstellen sollte. Entsprechend dieser Vereinbarung wurden (neben weiteren höheren, vom Kartell gesteuerten Angeboten anderer Firmen) die Arbeiten zu folgenden Preisen angeboten:

1. Bietergemeinschaft P.v.W./Hi.: 18.900.000 DM 6
2. Bietergemeinschaft Rheinregulierung: 19.665.000 DM 7
3. Bietergemeinschaft Rheinausbau: 19.845.000 DM 8

Vor der Einigung über die Höhe der Angebotspreise hatten die Kartellmitglieder eine sogenannte Nullbasis bestimmt, die auf der Grundlage der von den einzelnen Firmen intern genannten Preise unter Vernachlässigung des niedrigsten und des höchsten Gebots nach dem arithmetischen Mittel mit 15 Mio. DM (= 100 %) errechnet worden war. 9

Die Gebote der anderen Bietergemeinschaften sollten mit 104 % und 106,5 % folgen, die der anderen Firmen, der sogenannten Außenseiter, noch darüber hinausgehen. Der auf dieser Nullbasis zu bestimmende Preis mußte vor allem um die Beträge erhöht werden, die für die sogenannten Präferenzzahlungen an die anderen Kartellmitglieder und die Außenseiter, die sogenannte Schutzangebote abgaben, benötigt wurden. Für den Fall, daß die Bietergemeinschaft P.v.W./Hi. den Auftrag erhielt, hatte sie 3,85 Mio. DM Präferenzvergütung an die Kartellmitglieder und bis zu 1,3 Mio. DM an sogenannte Außenseiter zu zahlen. Sollte der Auftrag an eine der anderen Bietergemeinschaften vergeben werden, so hatte diese an die Firma P.v.W. und an die Firma Hi. je 550.000 DM Präferenzvergütung zu zahlen und die Außenseiterabfindungen zu übernehmen. Das Angebot der Bietergemeinschaft und späteren Arbeitsgemeinschaft Rheinausbau unterzeichnete der Angeklagte Sch., das der Bietergemeinschaft und späteren Arbeitsgemeinschaft Rheinregulierung der Angeklagte S.. In den Angeboten wurde versichert, daß keine Preisabsprachen mit anderen Firmen getroffen worden seien. Außerdem verpflichteten sich die Anbieter zur Zahlung einer Vertragsstrafe für den Fall, daß aus Anlaß der Vergabe des Auftrags eine Abrede getroffen wurde, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Den Zuschlag erhielt die Bietergemeinschaft Rheinausbau. Eine Auswertung der Angebote durch das Wasser- und Schiffsamt Bingen hatte nämlich ergeben, daß in das vermeintlich erst an dritter Stelle liegende Angebot der Bietergemeinschaft Rheinausbau Vergünstigungen eingebaut waren, unter deren Berücksichtigung - auch im Hinblick auf zu erwartende Lohnmehrkosten - die Angebote der drei Bietergemeinschaften wie folgt zu berechnen waren: 10

1. Rheinausbau: 19.673.866,47 DM 11
2. P.v.W./Hi.: 19.710.007,47 DM 12
3. Rheinregulierung: 20.080.337,04 DM. 13

Nach Auftragserteilung wurde die Arbeitsgemeinschaft Rheinregulierung von der Arbeitsgemeinschaft Rheinausbau aufgrund eines späteren Beteiligungsvertrages mit 42 % an den Bauarbeiten beteiligt. 14

Infolge einer nachträglichen Begrenzung des Auftragsvolumens ergab sich eine Auftragssumme auf der Grundlage der Angebotspreise schließlich mit 15.581.651,93 DM. 15

Die Schlußzahlung wurde am 14. Dezember 1983 geleistet. Die Bauunternehmen P.v.W. und Hi. forderten von der Bietergemeinschaft Rheinausbau wegen abredewidrigen Unterlaufens der Preisabsprache als Schadensersatz eine erhöhte Präferenzvergütung von 2 Mio. DM und gaben sich dann mit einer Abfindung in Höhe von 1,6 Mio. DM zufrieden. Nach Bekanntwerden der Preisabsprachen verklagte die Bundesrepublik Deutschland die Arbeitsgemeinschaft Rheinausbau auf Schadensersatz. Der Rechtsstreit wurde durch einen Vergleich beendet, die beteiligten Firmen zahlten eine Vertragsstrafe. 16

II.

Das Landgericht hat in seinem freisprechenden Urteil die Tatbestandsmerkmale der Täuschung, Irrtumserregung und hierdurch bedingten Vermögensverfügung im Sinne von § 263 StGB zwar bejaht und festgestellt, daß bei Offenlegung der Absprache der Zuschlag jedenfalls nicht in der erfolgten Weise erteilt worden wäre, es sei jedoch nicht festzustellen, daß die Bundesrepublik einen Vermögensschaden erlitten habe. Die von der Arbeitsgemeinschaft Rheinausbau angebotenen und erbrachten Bauleistungen hätten objektiv dem Angebotspreis entsprochen. Das Angebot sei trotz der getroffenen Absprache angemessen und auskömmlich gewesen. Der Gesamtpreis habe unterhalb der Vorkalkulation des Wasser- und Wirtschaftsamt und innerhalb des vom Sachverständigen errechneten 17

Bereichs "angemessener Gebote" (zwischen 14.027.460 DM und 16.157.050 DM) gelegen.

Für die Frage, ob der Bundesrepublik Deutschland ein Schaden entstanden ist, sei von diesem "hypothetischen Marktpreis" auszugehen. 18

Der Eintritt eines Schadens könne hier auch nicht damit begründet werden, daß die Angeklagten durch ihr Verhalten die Chancen der Bundesrepublik Deutschland, im freien Wettbewerb ein günstigeres Angebot zu erhalten, vereitelt hätten. Als wirtschaftlicher Schaden im Sinne von § 263 StGB sei der Verlust einer solchen Chance nur dann anzusehen, wenn sich die Möglichkeit günstigerer Angebote hier bereits zu einer konkreten Aussicht verdichtet gehabt hätte, die als geschützter Vermögensbestandteil der Bundesrepublik Deutschland betrachtet werden konnte. Günstigere Angebote von sogenannten Außenseitern seien aber nicht abgegeben worden. Etwaige günstigere Angebote der Mitglieder des Preiskartells müßten indessen außer Betracht bleiben. Zum einen seien die Behörden gemäß VOB/A § 25 Abs. 2 Ziffer 2 gehalten, nur auskömmliche Angebote zu berücksichtigen. Das Gutachten des Sachverständigen habe aber gleichsam die Untergrenze eines hier überhaupt in Betracht kommenden günstigen Angebots errechnet. Die Berücksichtigung etwaiger günstigerer Angebote der Mitglieder des Kartells bei der Beurteilung der Schadensfrage führe außerdem zu untragbaren Ergebnissen. Stelle man auch auf solche Angebote ab, dann müßten auch Fälle als Betrug bewertet werden, in denen der Verkäufer den Käufer darüber täuscht, daß er gegebenenfalls bereit wäre, den Kaufgegenstand auch zu einem günstigeren Preis zu veräußern. Damit würden wesentliche Elemente der freien Preisgestaltung im Handel kriminalisiert. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, daß bei einem freien Wettbewerb ohne Preisabsprache nur die zur Ermittlung der sogenannten Nullbasis berechneten Preise gefordert worden wären. An einer Verurteilung wegen einer Ordnungswidrigkeit gemäß §§ 1, 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB hat sich das Landgericht wegen Verstreichens des Doppelten der gesetzlichen Verjährungsfrist gehindert gesehen (§ 33 Abs. 3 Satz 2 OWiG). 19

III.

Die Verneinung eines Betrugsschadens durch das Landgericht hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Das Landgericht hat den Wert der für das Bauvorhaben Ehrental angebotenen und erbrachten Leistungen fehlerhaft bestimmt. 20

1. Waren und gewerbliche Leistungen, die auf einem freien Markt angeboten werden, haben keinen festen, auf einheitlichen Vorstellungen beruhenden Wert. Für einen Wertvergleich zwischen Leistung und Gegenleistung gibt es deshalb in der Regel auch keinen allgemein gültigen abstrakten Maßstab. Die Wertschätzung von Waren und gewerblichen Leistungen führt erst über Angebot und Nachfrage zur Herausbildung eines Marktpreises (Wettbewerbspreises). Die Bewertung eines Wirtschaftsgutes und der im konkreten Fall erzielbare Preis schwanken nach Zeit, Ort, Art, Inhalt und Gegenstand des fraglichen Geschäfts, sowie der jeweiligen Handelsstufe. Somit kann dieselbe Ware oder Dienstleistung im Wirtschaftsverkehr einen nach den einzelnen Umständen zu bestimmenden unterschiedlichen Wert haben (vgl. BGH, Urt. v. 21. Januar 1969 - 5 StR 688/68; RGSt 66, 337; Lackner in LK 10. Aufl. § 263 Rdn. 150; Cramer in Schönke/ Schröder, StGB 24. Aufl. § 263 Rdn. 106, 113). 21

2. Im vorliegenden Falle war für die Bestimmung des erzielbaren Preises und damit des Wertes der Arbeiten von entscheidender Bedeutung, daß ein Marktpreis sich jedenfalls für die Gesamtheit der Arbeiten noch nicht gebildet haben konnte. Der Gesamtauftrag war mit anderen am Markte angebotenen Arbeiten nicht ohne weiteres vergleichbar. Die Ausschreibung sollte deshalb eine Wettbewerbssituation herbeiführen, der Vergabestelle bei der Ermittlung des sonst nicht feststellbaren Marktpreises helfen und ihr die Möglichkeit verschaffen, unter den verschiedenen Angeboten das nach den Bestimmungen der VOB/A §§ 23 ff günstigste Angebot auszuwählen. Dazu war sie nach dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verpflichtet. Der vom Wasser- und Schiffsamt Bingen unter Beachtung der für das Ausschreibungsverfahren geltenden Vorschriften zu berücksichtigende günstigste Preis bestimmte deshalb im vorliegenden Fall den Wert der ausgeschriebenen Arbeiten. Nur dieser Preis war bei der Beachtung der gesetzlichen Vorschriften und Regeln des Ausschreibungsverfahrens im Wettbewerb nachhaltig erzielbar (vgl. auch BGHSt 16, 220, 222). Auch die Verordnung PR Nr. 1/72 über die Preise für Bauleistungen bei öffentlichen oder mit öffentlichen Mitteln finanzierten Aufträgen vom 6. März 1972 (BGBl. I S. 293) räumt dem Wettbewerbspreis den Vorrang vor anderen Preisberechnungen ein (vgl. Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen einschließlich Bauaufträge 5. Aufl. S. 495 ff). War der Wettbewerb auf der Anbieterseite in unzulässiger Weise beschränkt worden, so bildet der sog. Selbstkostenfestpreis die zulässige Preisobergrenze (§§ 5 Abs. 3, 7, 9 VO PR 1/72). 22

Die Bedeutung des freien Wettbewerbs für die Bestimmung der Preise und des Wertes von Leistungen ergibt sich nicht zuletzt auch aus der gesetzlichen Mißbilligung einer Beschränkung oder Behinderung dieses Wettbewerbs durch marktbeherrschende Unternehmen oder Kartellabsprachen mit ihren Auswirkungen auf die Preisbildung (vgl. §§ 1, 22 GWB). Art und Umfang der beeinträchtigten Preisbildung wird nicht durch Vergleich des unter Ausschaltung oder 23

Beschränkung des Wettbewerbs erzielen mit dem geschätzten "angemessenen" Preis festgestellt, sondern durch den Vergleich der geforderten Preise mit den Marktpreisen, die bei funktionsfähigem Wettbewerb erzielt worden wären (vgl. von Gamm, Kartellrecht 2. Aufl. § 22 Rdn. 45).

3. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs in BGHSt 16, 367 ff, auf die sich das Landgericht beruft, steht der Wertbestimmung auf der Grundlage des Marktpreises (Wettbewerbspreises) nicht entgegen. Die in jenem Fall abgesprochene Wettbewerbsbeschränkung sollte nach der Vorstellung der Beteiligten nicht zu einer Veränderung der Wettbewerbspreise führen. Mit der Vortäuschung weiterer Wettbewerbsangebote war dort nicht die Absicht oder auch nur die Vorstellung verbunden, der durch die Absprache Begünstigte werde für seine Arbeiten einen höheren als den Wettbewerbspreis erlangen können. Die Auffassung, daß die Ausschaltung des Wettbewerbs durch Submissionsabsprachen auch bei der Vergabe zu sonst angemessenen Preisen zu einer Schädigung des Auftraggebers im Sinne von § 263 StGB führen kann, wird auch im Schrifttum weitgehend vertreten (vgl. Ingenstau/Korbion, 11. Aufl. VOB/A § 25 Rdn. 29; Baumann, Bauwirtschaft 1973, 1517; Tiedemann in Immenga/Mestmäcker, GWB vor § 38 Rdn. 58 f; Baumann/Arzt ZHR 1970, 50 ff; Schmid wistra 1984, 1 ff; Beulke JuS 1977, 35, 38 f; Eichler BB 1972, 1347, 1349 ff).

Die Gegenmeinung, die § 263 StGB auf Submissionskartelle nicht anwenden will, verweist ohne nähere Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt auf BGHSt 16, 367 (vgl. Dreher/ Tröndle, StGB 44. Aufl. § 263 Rdn. 33; Cramer in Schönke/ Schröder, StGB 24. Aufl. § 263 Rdn. 110) oder hält einen Betrugsschaden zwar für möglich, aber für generell nicht nachweisbar, weil sich in Folge der Wettbewerbsbeschränkung ein Marktpreis nicht habe bilden können (vgl. Jaath in Festschrift für Karl Schäfer 1980 S. 89, 100; Bruns NSTZ 1983, 385, 388 ff; ähnlich, aber differenzierter auch Lackner in LK 10. Aufl. § 263 Rdn. 195, 343). Ihr kann nicht gefolgt werden. Geht man davon aus, daß der Auftraggeber einen Schaden erleidet, wenn er ein höheres Entgelt verspricht oder zahlt, als nach den Verhältnissen des Marktes erforderlich ist, dann ist die Feststellung eines Vermögensschadens - mit all ihren praktischen Schwierigkeiten - vor allem Sache der tatrichterlichen Beweiswürdigung des Einzelfalles.

Ausreichend ist dabei 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 des Auftragnehmers ein nur geringeres Entgelt hätte versprechen und zahlen müssen (vgl. BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 7). Eine absolute, das Gegenteil denknötwendig ausschließende, von niemandem anzweifelbare Gewißheit von einem solchen Sachverhalt ist nicht erforderlich (vgl. BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 5). 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 36, 320, 328). Hypothetische Wettbewerbspreise sind feststellbar. Im Kartellrecht ist die Feststellung solcher Preise häufig erforderlich, sie wird in zahlreichen Fällen zur Berechnung des den Bußgeldrahmen nach § 38 Abs. 4 GWB bestimmenden Mehrerlöses vorgenommen (vgl. Tiedemann in Immenga/ Mestmäcker GWB § 38 Rdn. 266; Langen/Niederleithinger/ Ridder/Schmid, GWB 6. Aufl. § 38 Rdn. 57, 58; BGHR GWB § 38 Abs. 4 Mehrerlös 1; KG WuW/E OLG 1339, 1350). Statistische Untersuchungen weisen Durchschnittswerte für die durch Preisabsprachen von Bauunternehmen erzielten Mehrerlöse aus (vgl. Finsinger, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 1984 Bd. 199/6 S. 575, 581 ff (Sonderdruck); Bülow, Forschungsreihe der Bauindustrie 1977 Bd. 39 S. 135 ff).

4. Das Landgericht hätte deshalb prüfen müssen, ob die Entstehung des in diesem Sinne günstigsten Wettbewerbspreises durch die Absprache und die Vorspiegelung von Wettbewerb verhindert wurde. Zu einer Vermögensschädigung hat das Verhalten der Angeklagten dann geführt, wenn der vereinbarte Preis höher als der oben genannte erzielbare Marktpreis (Wettbewerbspreis) war. Das Landgericht hätte sich mit den zahlreichen Indizien auseinandersetzen müssen, die dafür sprechen, daß die Bundesrepublik Deutschland die Arbeiten zu einem wesentlich geringeren Marktpreis (Wettbewerbspreis) hätte vergeben können:

a) Zum einen spricht eine hohe Wahrscheinlichkeit (vgl. BGHR StPO § 261 Erfahrungssatz 2) dafür, daß Submissionskartelle nicht gebildet und am Leben erhalten werden, wenn sie ihren Kartellmitgliedern bei Submissionen keine höheren als die sonst erzielbaren Marktpreise (Wettbewerbspreise) bringen.

b) Bereits die Bekanntgabe der Unternehmen, die sich an der Ausschreibung eines Bauvorhabens beteiligen wollen, an andere Unternehmen, die auch eine Beteiligungsabsicht äußern, vermag den Markt spürbar zu beeinflussen und kann deshalb gemäß § 37 a GWB untersagt werden (vgl. BGHR GWB § 1 Abs. 1 Marktbeeinflussung 1). Der sich in einem ordnungsgemäßen Ausschreibungsverfahren bildende Marktpreis wird insbesondere auch durch den Umstand beeinflusst, daß die von den Anbietern abzugebenden Angebote bis zum Ablauf der Angebotsfrist geheim zu halten sind. Es liegt nahe, daß unter dem Druck des Wettbewerbs und in Unkenntnis der Angebote anderer die am Auftrag interessierten Unternehmen schärfer kalkulieren und ihre Leistungen zu niedrigeren Preisen anbieten als Unternehmen, die mit keinen Konkurrenzangeboten zu rechnen haben.

c) Der Ermittlung des sogenannten Nullpreises für das zu schützende Angebot (mit einem ursprünglich größeren Leistungsumfang) lagen hier Preisangaben der neun Kartellmitglieder zwischen 10 Mio. und 16.850.000 DM zugrunde. Die Firma B. & B. AG hatte einen Preis von 14.623.148,43 DM genannt. Der sogenannte Nullpreis wurde dann auf einer Ausgangsbasis von 15 Mio. wegen der Ausgleichszahlungen auf 18.900.000 DM (einschließlich Mehrwertsteuer) festgelegt. Es war das erklärte Ziel der Kartellvereinbarung, durch die Absprache einen den Marktpreis übersteigenden Preis zu erlangen. Die Tatsache, daß Zahlungen in Millionenhöhe an andere Kartellmitglieder und sogenannte Außenseiter vorgesehen waren und auch geleistet wurden, ist ein sehr gewichtiges Indiz dafür, daß die Kartellmitglieder dieses Ziel weiterverfolgten und im vorliegenden Falle auch erreichten. Anhaltspunkte dafür, daß einem unter dem Druck des Wettbewerbs abgegebenen niedrigeren Angebot hier gemäß VOB/A § 25 Nr. 2 Abs. 2 in Verbindung mit den entsprechenden Richtlinien für öffentliche Auftraggeber (vgl. Ingenstau/ Korbion VOB/A 11. Aufl. § 25 Rdn. 52 f, Rdn. 76) der Zuschlag deswegen nicht hätte erteilt werden dürfen, weil der Preis dann in einem offenbaren Mißverhältnis zur Leistung gestanden hätte, sind nach den getroffenen Feststellungen nicht vorhanden. 30

5. Das Landgericht hat sich mit den genannten Indizien nicht auseinandergesetzt, weil es den Begriff des hypothetischen Marktpreises, nach dem der Wert der erbrachten Bauarbeiten zu bestimmen ist, fehlerhaft definiert hat. 31

Es stellt einen sogenannten angemessenen, nachhaltig erzielbaren Preis für die Bauleistungen allein aufgrund der Vorkalkulation der Behörde und der Berechnung eines Sachverständigen fest. Das Landgericht spricht zwar in diesem Zusammenhang auch von einem "hypothetischen Marktpreis", die Urteilsgründe ergeben jedoch, daß es dabei nicht den Preis berücksichtigt, der sich im vorliegenden Falle bei ordnungsgemäßer Durchführung des Ausschreibungsverfahrens gebildet hätte. Das folgt schon daraus, daß Ausgleichszahlungen an die Kartellmitglieder und an Außenseiter bei der Berechnung ausdrücklich als nicht relevant bezeichnet werden. Die für die Bildung eines Marktpreises (Wettbewerbspreises) bedeutsamen "Überlegungen des Bieters bei der Preisbestimmung" hält das Landgericht deswegen für unbeachtlich, weil der Begriff des Vermögensschadens objektiv zu bestimmen sei (UA S. 31). Bei der Erörterung der Frage, ob in dem Verlust der Chance für die Bundesrepublik Deutschland, im freien Wettbewerb ein günstigeres Angebot zu erhalten, ein wirtschaftlicher Schaden zu sehen sei (UA S. 33), gibt die Strafkammer endgültig zu erkennen, daß sie bei der Prüfung des "hypothetischen Marktpreises" nicht auf den Preis abgestellt hat, der im vorliegenden Falle ohne die Kartellabsprachen und die Täuschung der Angeklagten zu zahlen gewesen wäre. Allein auf diesen Marktpreis (Wettbewerbspreis) kommt es jedoch an. 32

IV.

1. Sollte der neu entscheidende Tatrichter trotz der genannten Indizien Eingehungsbetrag nicht bejahen, so wird er das Verhalten der Angeklagten unter dem Gesichtspunkt des Erfüllungsbetruges zu prüfen haben. Er muß sich dann mit der Anwendbarkeit der Verordnung PR Nr. 1/72 über die Preise für Bauleistungen bei öffentlichen oder mit öffentlichen Mitteln finanzierten Aufträgen vom 6. März 1972 (BGBl. I S. 293) befassen. Eine unzulässige Beschränkung des Wettbewerbs durch Preisabsprachen auf der Anbieterseite hat gemäß §§ 5 Abs. 3, 7, 9 VO PR 1/72 zur Folge, daß der vereinbarte Preis automatisch auf den Selbstkostenfestpreis reduziert wird (BGHZ 51, 174, 181; BGHSt 8, 221, 226; Ebisch/Gottschalk a.a.O. S. 508). Wollten die Angeklagten diesen Folgen entgehen, so kann das unter dem Gesichtspunkt des Erfüllungsbetrugs Bedeutung erlangen. Darüberhinaus könnte die Bundesrepublik Deutschland wegen der Preisabsprache Schadensersatzansprüche gegen die an der Absprache beteiligten Firmen erlangt haben, deren Geltendmachung (gegen die Werklohnforderung) durch Täuschung bei Angebotsabgabe, Vertragsabschluß und Einforderung der Werklohnforderung verhindert werden sollte und zeitweilig verhindert wurde. 33

Auch ein solches Verhalten wäre unter dem Gesichtspunkt des Erfüllungsbetruges zu würdigen (vgl. Cramer in Schönke/ Schröder, StGB 24. Aufl. § 263 Rdn. 136, 138; siehe auch Lackner in LK 10. Aufl. § 263 Rdn. 227). Schadensersatzansprüche könnten sich sowohl aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo (vgl. Ingenstau/Korbion, 11. Aufl. VOB/A § 25 Rdn. 27; Schmid ZIP 1963, 652 ff; OLG Celle NJW 1963, 2126; vgl. auch BGH BB 1991, 933 = BGHR BGB vor § 1 Verschulden bei Vertragsschluß - Aufklärungspflicht 43) als auch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 1, 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB ergeben (vgl. auch BGHZ 86, 324, 330). Ob ein solcher Anspruch durch die Vereinbarung über die Vertragsstrafe wirksam gesichert war (BGHZ 105, 24 ff), wäre vor allem für eine vereinfachte Schadensberechnung von Bedeutung. 34

2. Sollte den Angeklagten strafbares Verhalten nach § 263 StGB nicht nachzuweisen sein, so müßte ihr Handeln unter dem Gesichtspunkt der §§ 1, 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB geprüft werden. Für die Frage der Verjährung kommt es hier allein darauf an, ob und in welchem Umfang diese vor Anklageerhebung gemäß § 33 Abs. 1 OWiG unterbrochen wurde. 35

Der Ansicht des Landgerichts, die Taten könnten als Ordnungswidrigkeiten wegen Verstreichens des Doppelten der 36

gesetzlichen Verjährungsfrist nicht mehr verfolgt werden, ist unzutreffend.

Das als Betrugshandlung angeklagte Einreichen der abgesprochenen Angebote erfüllt gleichzeitig das Tatbestandsmerkmal des Hinwegsetzens über die Unwirksamkeit der Absprache im Sinne von § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB und ist somit auch ordnungswidriges Handeln. Die gesetzliche Verjährungsfrist der Straftat gilt deshalb insoweit auch für die Ordnungswidrigkeit (§ 33 Abs. 3 Satz 3 OWiG). 37