
Zürcher Studien zum Strafrecht

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich
von A. Donatsch, D. Jositsch, C. Schwarzenegger, B. Tag und W. Wohlers

Christoph Heitz

Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen

Eine Untersuchung der Möglichkeiten
zur Bekämpfung von Submissionsabsprachen
unter besonderer Berücksichtigung
des Art. 146 StGB

Schulthess § 2008

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Literaturverzeichnis	XIII
Materialienverzeichnis	XXXV
Abkürzungsverzeichnis	XXXVII
Einleitung.....	1

Teil A

Die Submissionsabsprache	3
--------------------------	---

1. Kapitel: Die Submission	5
----------------------------------	---

§ 1 Definition der Submission	5
-------------------------------------	---

I. Begriff.....	5
-----------------	---

II. Parteien der Submission.....	6
----------------------------------	---

1. Person des Auftraggebers	7
-----------------------------------	---

2. Person des Auftragnehmers	8
------------------------------------	---

III. Submissionsgegenstand	9
----------------------------------	---

1. Bauaufträge.....	9
---------------------	---

2. Lieferaufträge.....	10
------------------------	----

3. Dienstleistungsaufträge.....	10
---------------------------------	----

§ 2 Das Submissionswesen.....	10
-------------------------------	----

I. Entwicklung des Submissionswesens	11
--------------------------------------------	----

II. Gründe für die Durchführung von Submissionen	13
--------------------------------------------------------	----

1. Sicherstellung der wirtschaftlichen Mittelverwendung der öffentlichen Hand	13
----------------------------------------------------------------------------------------	----

2. Förderung des Leistungswettbewerbs.....	15
--------------------------------------------	----

3. Garantie der Objektivität	15
------------------------------------	----

§ 3 Rechtsgrundlagen des schweizerischen Submissionsrechts.....	17
-----------------------------------------------------------------	----

I. Internationale Rechtsgrundlagen	17
------------------------------------------	----

II. Bundesrecht.....	18
----------------------	----

III. Interkantonaies Recht.....	20
---------------------------------	----

IV. Kantonales und kommunales Recht.....	21
------------------------------------------	----

§ 4 Das Submissionsverfahren.....	21
I. Ablauf eines Submissionsverfahrens.....	21
1. Bestimmung der Vergabeart.....	22
2. Publikation des Auftrages.....	24
3. Versendung der Ausschreibungsunterlagen	24
4. Angebotseinreichung.....	25
5. Öffnung der Angebote	25
6. Prüfung und Auswertung der Angebote	25
7. Zuschlagserteilung.....	26
8. Vertragsschluss.....	27
II. Vergabe- und Verfahrensgrundsätze	27
1. Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung.....	27
2. Grundsatz der Vertraulichkeit	29
3. Wettbewerbsgrundsatz	29
4. Grundsatz der Transparenz.....	30
§ 5 Missbräuchliche Verhaltensweisen zum Unterlaufen des Submissionsverfahrens.....	30
I. Vertikale Einflussnahmen auf das Submissionsverfahren.....	31
1. Einflussnahme auf die Erstellung des Leistungsverzeichnisses.....	33
2. Beschränkung der zugelassenen Bewerber	34
3. Nachträgliche Abänderung der eingegangenen Angebote	34
II. Horizontale Einflussnahmen auf das Submissionsverfahren.....	35
2. Kapitel: Die Submissionsabsprache.....	37
§ 1 Begriffsbestimmung	37
§ 2 Erscheinungsformen.....	38
I. Einmalige und dauerhafte Absprachen.....	39
II. Ausbeutungsabsprachen und Kampfabsprachen	40
§ 3 Gründe für Submissionsabsprachen.....	40
I. Übermächtige Stellung des Auftraggebers	41
II. Gewinnoptimierung	42
III. Risikominimierung	43
IV. Kalkulierbarkeit.....	44
V. Fazit	44
§ 4 Funktions- und Vorgehensweisen von Submissionsabsprachen	45
I. Verhalten im Vorfeld einer Submission	45
1. Informationsbeschaffung.....	45
2. Kontaktaufnahme.....	47

II.	Vornahme der eigentlichen Submissionsabsprache.....	48
1.	Bestimmung des «herausgestellten» Unternehmens.....	48
2.	Bestimmung des Nullpreises	48
3.	Festlegung der Überbietungsquoten	49
4.	Gegenleistung für Schutzangebote	50
III.	Massnahmen zur Sicherstellung des Abspracheerfolgs.....	51
1.	Schutzmassnahmen gegenüber Aussenseitern.....	52
2.	Schutzmassnahmen gegenüber Kartellmitgliedern.....	52
§ 5	Wirtschaftliche Auswirkungen von Submissionsabsprachen.....	53
I.	Finanzielle Einbussen der öffentlichen Hand	54
II.	Erhöhung des Preisniveaus	54
III.	Hemmung der Innovationstätigkeit.....	55
IV.	Entstehung von Strukturproblemen	56
Teil B		
	Ausserstrafrechtliche Beurteilung von Submissionsabsprachen	57
3. Kapitel:	Rechtslage nach Beschaffungsrecht	59
§ 1	Ausschluss vom Verfahren.....	59
§ 2	Abbruch des Verfahrens	60
§ 3	Würdigung.....	62
4. Kapitel:	Rechtslage nach Kartellrecht.....	67
§ 1	Einleitung.....	67
I.	Wettbewerbsordnung in der Schweiz	67
II.	Historische Entwicklung des Kartellrechts	69
III.	Das revidierte Kartellgesetz.....	71
1.	Materiellrechtliche Bestimmungen.....	72
a)	Unzulässige Wettbewerbsabreden	72
b)	Missbrauch von Marktmacht	73
c)	Präventive Fusionskontrolle	74
2.	Verfahrensrechtliche Bestimmungen.....	74
3.	Sanktionen	75
a)	Verwaltungssanktionen.....	76
b)	Strafsanktionen	78
§ 2	Kartellrechtliche Beurteilung von Submissionsabsprachen.....	79
I.	Anwendbarkeit des Kartellgesetzes bei Submissionsabsprachen.....	80
1.	Geltungsbereich des Kartellgesetzes	80

a)	Örtlicher Geltungsbereich des Kartellgesetzes.....	80
b)	Persönlicher Geltungsbereich des Kartellgesetzes.....	80
c)	Sachlicher Geltungsbereich des Kartellgesetzes.....	81
aa)	Qualifikationsmerkmal der «Vereinbarung» bzw. der «abgestimmten Verhaltensweise».....	82
bb)	Qualifikationsmerkmal der «Wettbewerbsbeschränkung».....	83
2.	Vorbehalt von Art. 3 KG.....	83
3.	Fazit.....	84
II.	Unzulässigkeit der Submissionsabrede.....	84
1.	Marktabgrenzung.....	85
a)	Sachlich relevanter Markt.....	86
b)	Räumlich relevanter Markt.....	87
c)	Zeitlich relevanter Markt.....	88
d)	Fazit.....	89
2.	Beeinträchtigung oder Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.....	89
a)	Wirksamer Wettbewerb als Massstab für die Beurteilung von Wettbewerbsabreden.....	90
b)	Erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs.....	91
c)	Beseitigung des Wettbewerbs.....	94
d)	Abgrenzungskriterien.....	95
3.	Auswirkungen von Submissionsabsprachen auf den Wettbewerb.....	96
a)	Allgemeine Auswirkungen auf den Innen- und Aussenwettbewerb.....	97
b)	Auswirkungen von Preisabsprachen auf die Wettbewerbsituation.....	98
§ 3	Kartellrechtliche Würdigung von Submissionsabsprachen.....	100
I.	Submissionsabsprachen als unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen.....	101
II.	Sanktionierung von Submissionsabsprachen nach Kartellgesetz.....	104
III.	Fazit.....	110
Teil C		
	Strafrechtliche Beurteilung von Submissionsabsprachen.....	113
5. Kapitel:	Die Bewertung von Submissionsabsprachen nach Art. 146 StGB.....	118
§ 1	Die Entwicklung der Strafbarkeit von Submissionsabsprachen.....	118
I.	Gesetzliche Grundlagen in Deutschland.....	118
II.	Standpunkt der Rechtsprechung in Deutschland.....	121
1.	Der «Freiburger-Mensa-Fall».....	121
2.	Der «Rheinausbau-Entscheid».....	123
III.	Rechtslage in der Schweiz.....	124
§ 2	Tatbestandsmässigkeit von Submissionsabsprachen als Betrug.....	125

I.	Charakteristik des Art. 146 StGB	125
II.	Überblick über die in Betracht kommenden Betrugsarten.....	126
§ 3	Eingehungsbetrug zu Lasten der Vergabestelle.....	127
I.	Täuschungshandlung.....	127
1.	Täuschungsrelevante Tatsache	127
2.	Täuschung durch aktives Tun oder durch Unterlassung.....	128
3.	Tatbestandsmerkmal der Arglist.....	130
II.	Irrtum des Ausschreibers	132
III.	Vermögensverfügung.....	134
IV.	Vermögensschaden	136
1.	Bestimmung des strafrechtlichen Vermögensbegriffs.....	137
a)	Juristischer Vermögensbegriff.....	137
b)	Wirtschaftlicher Vermögensbegriff	138
c)	Juristisch-wirtschaftlicher Vermögensbegriff	139
d)	Zwischenergebnis	139
2.	Bestimmung des strafrechtlichen Schadensbegriffs	140
a)	Der Schadensbegriff im Allgemeinen.....	140
b)	Schadensberechnung nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung.....	141
c)	Bedeutung von Gegen- und Rückleistung bei synallagmatischen Verträgen	142
3.	Problematik der Begründung eines Vermögensschadens der Vergabestelle auf Grundlage des herrschenden Vermögens- bzw. Schadensbegriffs	144
a)	Tatsächlicher Marktwert.....	145
b)	Vergleichsmaßstab des «angemessenen Preises».....	146
aa)	Der Freiburger-Mensa-Fall.....	147
bb)	Würdigung des Konzepts der Angemessenheit des Preises.....	148
c)	Hypothetischer Wettbewerbspreis	150
d)	Die «Indizienlösung».....	152
aa)	Das «Rheinausbau-Verfahren».....	153
(1)	Sachverhalt.....	153
(2)	Verlauf des Verfahrens bis zur Entscheidung des Tatgerichts	155
(3)	Die Grundsatzentscheidung vom 8.1.1992.....	156
(4)	Weiterer Verlauf des Verfahrens	158
bb)	Würdigung der «Indizienlösung» des Bundesgerichtshofs	160
(1)	Zur Nachweisbarkeit eines Vermögensschadens mit Hilfe des hypothetischen Wettbewerbspreises	161
(2)	Aussagekraft einzelner Indizien	163
(3)	Fazit	167
e)	Vermögenswerte Exspektanzen.....	169

aa)	Voraussetzungen für das Vorliegen einer vermögenswerten Exspektanz.....	170
bb)	Vermögenswerte Exspektanz der Vergabestelle	170
f)	Schadensgleiche Vermögensgefährdung.....	174
aa)	Allgemeine Voraussetzungen für das Vorliegen einer schadensgleichen Vermögensgefährdung	174
bb)	Schadensgleiche Gefährdung des Vermögens der Vergabestelle	175
V.	Versuchslösung.....	177
§ 4	Submissionsabsprachen als Erfüllungsbetrug	180
I.	Schadensermittlung beim Erfüllungsbetrug	181
II.	Anwendbarkeit des Erfüllungsbetrugs auf Submissionsabsprachen	181
1.	Arglistige Täuschung.....	182
2.	Selbständige Täuschung nach Vertragsschluss durch aktives Tun ..	184
3.	Selbständige Täuschung nach Vertragsschluss durch Unterlassen ..	186
4.	Problematik der Nachweisbarkeit eines erstattungsfähigen Schadens.....	188
§ 5	Fazit.....	189
6. Kapitel:	Schaffung eines neuen Straftatbestandes für die Erfassung von Submissionsabsprachen	191
§ 1	Ausgangszustand	192
§ 2	Erfordernis eines eigenen strafrechtlichen Tatbestandes für die Erfassung von Submissionsabsprachen in der Schweiz	194
I.	Bewertung der Strafwürdigkeit von Submissionsabsprachen	194
1.	Der freie Wettbewerb als geschütztes Rechtsgut	195
2.	Erfolgsunwert	198
3.	Handlungsunwert.....	200
II.	Bewertung der Strafbedürftigkeit von Submissionsabsprachen.....	201
1.	Geeignetheit eines Sondertatbestandes	202
2.	Erforderlichkeit eines neuen Strafgesetztatbestandes	203
3.	Fazit	208