

2.2.2. Sonstige Befugnismissbrauchsdelikte: Untreue (§ 153 StGB)

2.2.2.1. Objektiver Tatbestand

Gem § 153 Abs 1 StGB ist wegen Untreue

mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, wer seine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch den anderen am Vermögen schädigt.

Der Tatbestand der Untreue ist im Aufbau des StGB bei den Vermögensdelikten angesiedelt und schützt fremdes Vermögen, nämlich jenes des Machtgebers. Es handelt sich dabei um ein unrechtsgeprägtes Sonderdelikt, das nur von Personen begangen werden kann, denen eine entsprechende **Befugnis** zukommt und die diese iSd § 153 Abs 2 StGB missbrauchen. Eine Beteiligung von Personen, welche diese Merkmale nicht erfüllen, ist aber möglich.²¹²

Zur Erfüllung einer Untreuekonstellation ist ein dreipersonales Verhältnis erforderlich: Auf der einen Seite steht der Machtgeber als Inhaber des geschützten Vermögens, auf der anderen Seite steht der Machthaber als Inhaber der Befugnis. Schließlich ist für die Erfüllung des Tatbestands noch ein Dritter (Außenstehender) erforderlich, und zwar jene Person, mit welcher der Machthaber das den Machtgeber schädigende Geschäft abschließt.²¹³

Im Mittelpunkt des Untreuetatbestands steht die Befugnis des Machthabers bzw ihr Missbrauch. Bis zum StrÄG 2015 war die Art und Weise, wie dem Machthaber die Befugnis eingeräumt sein musste, ausdrücklich in § 153 StGB geregelt (und zwar musste die Befugnis des Machthabers, über fremdes Vermögen zu verfügen, bis zur Novelle, durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft begründet worden sein). Mit der Novelle wurde diese Aufzählung aus dem Gesetz gestrichen, womit nunmehr jede Form von Befugnis zur Setzung von Vertretungshandlungen (die vom Machthaber missbraucht wird) geeignet ist, den Tatbestand der Untreue zu erfüllen.²¹⁴ Als typische Täter der Untreue kommen damit zusammengefasst Personen mit Vertretungsmacht infrage, das sind klassischerweise Geschäftsführer, Vorstandsmitglieder, Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte, aber auch „einfache“ Angestellte, sofern diesen in ihrem Wirkungskreis eine entsprechende Befugnis eingeräumt wurde (zB durch Vollmacht).²¹⁵

212 Siehe etwa *Kirchbacher/Presslauer* in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 153 Rz 1 f; *Birkbauer/Hilf/Tipold*, BT I³ § 153 Rz 2 f; *Fuchs/Sagmeister*, Vergabestrafrecht in Kert/Kodek, Handbuch Rz 14.51; *N. Huber*, Ausgewählte Fragen der Untreuebestimmung in Kert/Kodek, Handbuch Rz 4.9.

213 Siehe etwa *N. Huber*, Ausgewählte Fragen der Untreuebestimmung in Kert/Kodek, Handbuch Rz 4.10.

214 Siehe etwa *Fuchs/Sagmeister*, Vergabestrafrecht in Kert/Kodek, Handbuch Rz 14.53; *N. Huber*, Ausgewählte Fragen der Untreuebestimmung in Kert/Kodek, Handbuch Rz 4.11.

215 Siehe etwa *Kirchbacher/Presslauer* in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 153 Rz 6 f.

Die Tathandlung der Untreue besteht in einem Missbrauch der dem Machthaber eingeräumten Befugnis. Dies ist dann der Fall, wenn der Machthaber eine Handlung setzt (oder unterlässt), die er im Außenverhältnis zwar setzen darf, zu deren Setzung er aber im Innenverhältnis nicht berechtigt ist. Es liegt also eine Konstellation vor, in welcher der Machthaber „mehr kann als er darf“ und dieses Können missbraucht.²¹⁶ Wann ein solcher Missbrauch vorliegt, lässt sich nicht allein anhand strafrechtlicher Kriterien eruieren, sondern sind zu Beurteilung, ob im konkreten Einzelfall ein Befugnismissbrauch vorliegt, außerstrafrechtliche, insbesondere zivil- und gesellschaftsrechtliche Normen heranzuziehen. Zur Beurteilung, ob im konkreten Einzelfall ein Missbrauch im strafrechtlichen Sinn vorliegt, ist zunächst also auf außerstrafrechtliche Wertungen und Bestimmungen zurückzugreifen. In der Praxis kommen zur Abgrenzung der Verfügungsbefugnis von Organmitgliedern (insbesondere Geschäftsführern) vor allem die Bestimmungen des GmbHG oder AktG in Betracht, ebenso aber in Form von Gesellschafterbeschlüssen erteilte Weisungen oder Geschäftsordnungen sowie Bestimmungen in Sondergesetzen, sofern sie sich auf die Befugnis des Machthabers beziehen.²¹⁷

Nach § 153 Abs 2 StGB (der durch die Novelle 2015 ins Gesetz aufgenommen wurde), liegt ein Befugnismissbrauch (nur) dann vor, wenn der Machthaber in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten (Machtgebers) dienen. Mit dieser ausdrücklichen Klarstellung hat der Gesetzgeber nunmehr klargestellt, was bereits vor der Novelle 2015 von einem Großteil des Schrifttums vertreten wurde, nämlich dass ein Befugnismissbrauch den Tatbestand der Untreue nur dann erfüllen soll, wenn der Machthaber seine Befugnis deutlich überschreitet, also außerhalb des Bereichs des vernünftigerweise Argumentierbaren handelt. In diesem Zusammenhang ist vor allem die, vor der Novelle 2015 bereits im Gesellschaftsrecht zur Beurteilung von Fragen der Geschäftsführerhaftung anerkannte, **Business-Judgment-Rule** zu beachten.²¹⁸

Zur Vollendung des Delikts ist es erforderlich, dass es zu einem Vermögensschaden kommt. Der Vermögensschaden muss dabei bei jener Person eintreten, über dessen Vermögen der Machthaber zu verfügen berechtigt bzw die er zu verpflichten berechtigt ist. Der Schaden muss also – anders als etwa beim Betrug, bei dem der Vermögensschaden nicht zwangsläufig beim Getäuschten, sondern auch bei einem Dritten eintreten kann – das Vermögen des Machtgebers betreffen.²¹⁹ Der Vermögensschaden besteht dabei in einer Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven oder einem Gewinnentgang, jedenfalls aber in einem effektiven

216 Siehe etwa *Kirchbacher/Presslauer* in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 153 Rz 28; *Fuchs/Sagmeister*, Vergabestrafrecht in Kert/Kodek, Handbuch Rz 14.54; *N. Huber* in Kert/Kodek, Handbuch Rz 4.14.

217 Siehe etwa *N. Huber* in Kert/Kodek, Handbuch Rz 4.25 f.

218 Siehe etwa *N. Huber* in Kert/Kodek, Handbuch Rz 4.31 ff.

219 Siehe etwa OGH 14 Os 124/03; *Kirchbacher/Presslauer* in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 153 Rz 34.

2. Potentiell strafbare Handlungen im Zuge eines Vergabeverfahrens – Überblick

Verlust an Vermögenssubstanz.²²⁰ Eine bloße Vermögensgefährdung stellt dabei noch keinen effektiven Verlust an Vermögenssubstanz dar und kann damit höchstens zur Strafbarkeit des Machthabers wegen versuchter Untreue führen.²²¹

Im Zusammenhang mit Vergabeverfahren ist die Erfüllung eines Untreuetatbestands sowohl auf Auftraggeber- als auch auf Bieterseite denkbar. Auf **Auftraggeberseite** ist an die Erfüllung eines Untreuetatbestands insbesondere dann zu denken, wenn der Zuschlag an einen Bieter erteilt wird, bei dem es sich nicht um den Best- oder Billigstbieter handelt und eine dem Auftraggeber zuzuordnende Person für die Erteilung dieses Zuschlags eine ihr eingeräumte Befugnis missbraucht. In diesem Fall verstößt die betreffende Person sowohl gegen die Bestimmungen des BVergG 2018, insbesondere gegen § 142 iVm § 20 BVergG 2018, als auch gegen die Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen und es ist damit jedenfalls von einer unververtretbaren Rechtshandlung iSd § 153 Abs 2 StGB auszugehen.²²²

Aber auch **bieterseitig** ist in bestimmten Konstellationen die Erfüllung eines Untreuetatbestands bzw zumindest eine versuchte Untreue denkbar, und zwar in Konstellationen, in denen eine für den Bieter zur Vertretung im Vergabeverfahren (und damit insbesondere auch zur Erstellung und Abgabe von Angeboten) befugte Person ihre Befugnis insofern missbraucht, als sie ein Angebot abgibt, das nicht im wirtschaftlichen Interesse des Machtgebers (Bieters) liegt und diesen sogar im Vermögen schädigt. Ebenso denkbar ist die Erfüllung eines Untreuetatbestands, wenn ein Machthaber eines Bieters (auf Ersuchen eines anderen Bieters oder des Auftraggebers) in einem bestimmten Vergabeverfahren kein Angebot abgibt oder lediglich ein Scheinangebot, obwohl dieser Bieter bei normalem Lauf der Dinge (also unbeeinflusster Abgabe eines Angebots im Vergabeverfahren) gute Chancen auf die Erteilung des Zuschlags gehabt hätte. Ob in einer solchen Konstellation aber tatsächlich ein Vermögensnachteil für den Bieter entsteht, wird immer von den Umständen des Einzelfalls und vor allem auch von dem Stadium, in dem sich das Vergabeverfahren bereits befindet, abhängen. Nach der Judikatur gilt zB eine bloße Einladung zur Angebotserstellung noch nicht als effektiver wirtschaftlicher Vermögenswert, sodass die treuwidrige Weitergabe der Anfrage an ein Konkurrenzunternehmen weder versuchte noch vollendete Untreue darstellt.²²³

Konkurrenzen

In diesem Zusammenhang ist allerdings auch auf mögliche Konkurrenzen zu anderen Tatbeständen, insbesondere zu den oben dargestellten Korruptionsdelikten, zu achten: Ein Befugnismissbrauch eines Beamten in Ausübung der Hoheitsverwaltung ist allein als Missbrauch der Amtsgewalt nach § 302 StGB zu bestrafen. Im Zu-

220 Siehe etwa *Kirchbacher/Presslauer* in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 153 Rz 36; N. *Huber* in Kert/Kodek, Handbuch Rz 4.67.

221 So etwa OGH 14 Os 11/18a; RIS-Justiz RS0105921; N. *Huber* in Kert/Kodek, Handbuch Rz 4.68.

222 So im Ergebnis auch *Fuchs/Sagmeister*, Vergabestrafrecht in Kert/Kodek, Handbuch Rz 57.

223 Siehe etwa OGH 10 Os 158/86; *Kirchbacher/Presslauer* in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 153 Rz 38.

sammenhang mit Missbrauchstatbeständen, die im Zusammenhang mit Vergabeverfahren gesetzt werden, spielt § 302 StGB allerdings keine Rolle, da – wie bereits oben unter Punkt 2.2.1.2. ausgeführt – selbst bei Vorliegen der Beamteneigenschaft der auf Auftraggeberseite agierenden Person – öffentliche Beschaffungsvorgänge der Privatwirtschaftsverwaltung zuzuordnen sind und damit kein Amtsgeschäft in Vollziehung der Gesetze iSd § 302 StGB vorliegt. Personen, die im Rahmen von Vergabeverfahren ihre, durch den öffentlichen Auftraggeber eingeräumte Befugnis missbrauchen, können somit – mögen sie auch Beamte sein – allenfalls den Tatbestand der Untreue nach § 153 StGB erfüllen (sofern auch die übrigen Tatbestandsmerkmale, insbesondere der Eintritt eines Vermögensschadens im Vermögen des Auftraggebers sowie der entsprechende Vorsatz, erfüllt sind).

Hingegen kann bei Verwirklichung eines Untreuetatbestands gleichzeitig in Idealkonkurrenz auch Strafbarkeit nach den übrigen (Amts-)Korruptionsdelikten der §§ 304–308 StGB bestehen, sofern neben den jeweiligen Tatbestandselementen der Untreue auch jene eines Korruptionsdelikts verwirklicht sind. Der Untreuetatbestand schützt nämlich ein gänzlich anderes Rechtsgut (Vermögen des Machtgebers) als die Korruptionsdelikte (insbesondere „Sauberkeit der Amtsführung“).²²⁴ Im Zusammenhang mit Vergabeverfahren ist hier etwa an Konstellationen zu denken, in denen der Geschäftsführer eines an einem Vergabeverfahren teilnehmenden Bieters (also einer GmbH) einen mit der Angebotsprüfung betrauten Mitarbeiter des Auftraggebers (also einen Amtsträger) iSd § 307 StGB besticht, damit dieser Fehler im Angebot des Bieters „übersieht“ und den Betrag für die Bestechungshandlung aus dem Vermögen der Bieter-GmbH bezahlt. Auch wenn die Bestechungshandlung im vorliegenden Fall im Wesentlichen zugunsten des Bieters, also des Machthabers, begangen wird, weil der Geschäftsführer ja davon ausgeht, dass sein Unternehmen infolge der Bestechungshandlung den Zuschlag erhält, ist mE dennoch von der Strafbarkeit des Geschäftsführers wegen Untreue auszugehen: Der Geschäftsführer bewegt sich bei seiner Handlung in einem Bereich, der in der Literatur als **nützliche Gesetzesverletzung** zusammengefasst wird. Letztlich geht es um die Frage, ob es sich bei einer nützlichen Bestechungshandlung eines Geschäftsführers um einen Befugnismissbrauch iSd relativ neuen Bestimmung des § 153 Abs 2 StGB handelt, also um einen unvertretbaren Verstoß gegen Regeln, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen. Die Unvertretbarkeit des Verstoßes wird bei einem vorsätzlichen Zuwiderhandeln gegen Strafbestimmungen jedenfalls zu bejahen sein, weil in diesem Fall ua aufgrund des im Auftragsverhältnis geltenden Legalitätsgrundsatzes von einer (zivilrechtlichen) Unzulässigkeit des Verhaltens auszugehen ist,²²⁵ die sich – wie oben ausgeführt – auch auf die strafrechtliche Beurteilung durchschlägt. Die **bislang von der Judikatur noch nicht geklärte Kernfrage** in der vorliegenden

224 Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 153 Rz 47a.

225 Siehe dazu etwa ausführlich Leupold/Ramharter, Nützliche Gesetzesverletzungen – Innenhaftung der Geschäftsleiter wegen Verletzung der Legalitätspflicht? GesRZ 2009, 253 (255).

2. Potentiell strafbare Handlungen im Zuge eines Vergabeverfahrens – Überblick

Konstellation lautet allerdings, ob es einem Machthaber (auch) deshalb verboten ist, gegen Anti-Korruptionsbestimmungen der §§ 304 ff StGB zu verstoßen, weil damit (auch) der Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten (also des Machtgebers) sichergestellt werden soll und damit ein Verstoß gegen diese Bestimmungen als Befugnismissbrauch iSd § 153 Abs 2 StGB zu werten ist. In diesem Zusammenhang werden in der Literatur unterschiedliche Meinungen vertreten.²²⁶ Meiner Ansicht nach schützen die Korruptionstatbestände der §§ 304 ff StGB mittelbar auch wirtschaftliche Interessen des Machtgebers, weil sich dieser beim Zuwiderhandeln einer (möglicherweise kostenintensiven) Rückabwicklung des Geschäfts sowie allfälligen Strafzahlungen ausgesetzt sieht, weshalb mE nach eher davon auszugehen ist, dass bei vorsätzlicher Verletzung der Korruptionstatbestände durch den Machthaber – mag diese ex ante betrachtet auch nützlich für den Machtgeber sein – im Innenverhältnis ein Befugnismissbrauch vorliegt. Die Erfüllung des Untreuetatbestands ist mE im Übrigen auch damit zu argumentieren, dass es durch die Verfügungshandlung des Geschäftsführers zunächst einmal zu einem Minus im Vermögen der Gesellschaft kommt. Dieses ist dabei bereits als Vermögensnachteil iSd § 153 StGB zu werten, auch wenn es sich unter Umständen lediglich um einen „vorübergehenden“ Vermögensnachteil handelt (weil der Geschäftsführer ja davon ausgeht, durch die Bestechungshandlung letztlich den Auftrag zu lukrieren und damit den zwischenzeitigen Vermögensschaden wieder auszugleichen).²²⁷

Im Zusammenhang mit Vergabeverfahren kann schließlich auch eine Konkurrenz des Untreuetatbestands zu § 309 StGB (Privatkorruptionsdelikt) bestehen. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn ein Bediensteter oder Beauftragter eines Unternehmens, der nicht als Amtsträger zu qualifizieren ist (also vorwiegend eine Person, die der Bieterseite zuzurechnen ist), aufgrund eines geforderten Vorteils pflichtwidrig eine Rechtshandlung vornimmt oder unterlässt. Wenn der Täter dabei seine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, missbraucht und dem Machtgeber dadurch einen Vermögensschaden zufügt, kann (bei entsprechendem Vorsatz) gleichzeitig auch Untreue vorliegen. Da die Untreue erst mit der Vornahme der Rechtshandlung begangen wird, § 309 StGB hingegen bereits mit dem Fordern, Annehmen oder Sich-Versprechen-Lassen eines Vorteils, und § 309 StGB nicht (nur) das Vermögen des Machtgebers schützt, sondern auch den freien und lautereren Wettbewerb, ist von einer echten Realkonkurrenz auszugehen und wäre der Täter daher nach beiden Strafnormen zu bestrafen.²²⁸

226 Siehe dazu zusammenfassend *N. Huber* in *Kodek, Untreue NEU – Wechselbeziehung zwischen Straf-, Zivil- und Gesellschaftsrecht* 143 (150 f).

227 Zum bloß vorübergehenden Vermögensschaden siehe etwa *Kirchbacher/Presslauer* in *Höpfel/Ratz, WK² StGB § 153 Rz 36*.

228 Siehe etwa *Nordmeyer/Stricker* in *Höpfel/Ratz, WK² StGB § 309 Rz 73*; *Hinterhofer/Rosbaud*, *BT II⁶ § 309 Rz 14*; *Huber/Löff* in *Kert/Kodek, Handbuch Rz 10.61*; *Reindl-Krauskopf/Huber, Korruptionsstrafrecht* 38.

§ 153 Abs 3 StGB sieht im Übrigen zwei Wertqualifikationen vor, einerseits eine höhere Strafandrohung von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe, wenn der durch die Tat herbeigeführte Schaden 3.000 € übersteigt, und andererseits eine Strafandrohung von einem bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe, wenn der durch die Tat herbeigeführte Schaden 300.000 € übersteigt.

2.2.2.2. Subjektiver Tatbestand

Für Strafbarkeit nach § 153 StGB ist es erforderlich, dass der Täter einerseits Vorsatz auf den Befugnismissbrauch und andererseits auf den Eintritt einer Vermögensschädigung beim Machtgeber hat. Hinsichtlich des Befugnismissbrauchs muss aufseiten des Täters Wissentlichkeit vorliegen, hinsichtlich des Eintritts des Vermögensschadens reicht hingegen Eventualvorsatz des Täters aus. Das Vertrauen bzw die Erwartung des Täters, dass der Machtgeber das Geschäft nachträglich genehmigen wird, ändert dabei nichts an der Wissentlichkeit des Täters hinsichtlich seines Befugnismissbrauchs, weil er in dieser Konstellation ja gerade über das aktuelle Fehlen der Verfügungsbefugnis Bescheid weiß.²²⁹

2.2.3. Fallbeispiele

2.2.3.1. Fall 1: Die Bestechlichen

Die A-GmbH (= Bieter A) nimmt an einem, von einer Gemeinde durchgeführten, Vergabeverfahren nach dem BVergG 2018 (Verhandlungsverfahren) teil, bei dem die Ausschreibungsunterlagen zur Qualitätsbewertung der Angebote eine Bewertung durch eine Bewertungsjury vorsehen. Die Bewertungsjury besteht aus zwei Gemeindebediensteten und einem, zur Begleitung des Vergabeverfahrens von der Gemeinde eingesetzten, externen technischen Berater, der nicht in einem Dienstverhältnis zur Gemeinde steht, sondern auf Auftragsbasis (Abrechnung der erbrachten Leistungen erfolgt auf Stundenlohnbasis) für diese tätig ist. Die Mitglieder der Bewertungsjury haben nach den Vorgaben in den Zuschlagskriterien jeweils eine eigenständige Bewertung der von den Bietern abgegebenen technischen Konzepte auf Basis von Schulnoten abzugeben, wobei am Ende eine Durchschnittsnote zur Ermittlung der erreichten Qualitätspunkte pro Bieter gebildet wird. Der Bid-Manager von Bieter A, der Prokurist der A-GmbH ist, weiß, dass Bieter A wegen seiner Kostenstruktur in der Regel teurere Angebote abgibt als seine unmittelbaren Mitbewerber und dass dieser Nachteil über die Qualitätskriterien bei objektiver Bewertung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht aufgeholt werden kann. Der Bid-Manager von Bieter A bittet daher alle drei (vorweg in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebene) Jurymitglieder des Auftraggebers, die Angebotsbewertung so vorzunehmen, dass Bieter A dennoch Bestbieter wird – also Bieter A mehr Punkte bekommt, als bei objektiver Bewertung tatsächlich zustehen würde – und bietet diesen jeweils einen ansehnlichen Geldbetrag dafür an, den er aus dem Vermögen der A-GmbH bezahlt. Diese nehmen das Angebot an und vergeben – nach Erhalt des Geldbetrags – mehr Qualitätspunkte, als Bieter A bei objektiver Bewertung zustehen würde, wodurch Bieter A letztlich auch tatsächlich der Zuschlag erteilt wird.

229 Siehe etwa *Kirchbacher/Presslauer* in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 153 Rz 42 f.

2. Potentiell strafbare Handlungen im Zuge eines Vergabeverfahrens – Überblick

Die beiden Mitglieder der Bewertungsjury, die Gemeindebedienstete sind, sind Amtsträger iSd § 74 Abs 1 Z 4a lit b) StGB. Ihre Tätigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens, nämlich die Bewertung der Angebote, stellt – wie oben unter Punkt 2.2.1.3.1. ausgeführt – ein Amtsgeschäft dar, weil nicht nur die eigentliche Auftragsvergabe (also die Erteilung des Zuschlags) als Amtsgeschäft zu werten ist, sondern jegliche (Vorbereitungs-)Handlung, die letztlich diesem Zweck dient. Die beiden agieren jedenfalls pflichtwidrig, indem sie die Qualitätsbewertung nicht anhand objektiver, in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebener, Kriterien vornehmen, sondern die Qualitätsbewertung insofern zugunsten von Bieter A verfälschen, als sie diesem Punkte geben, die diesem bei objektiver Bewertung nicht zustehen würden. Die beide Mitglieder der Bewertungskommission verstießen dabei gegen mehrere Bestimmungen des BVergG 2018, so etwa gegen die Generalklausel des § 20 Abs 1 BVergG 2018, der das Verbot vorsieht, einen Bieter gegenüber den anderen zu bevorzugen sowie gegen § 114 Abs 5 BVergG 2018, nach dem es unzulässig ist, die Zuschlagskriterien nachträglich zu ändern (dies umfasst freilich auch das Verbot, die Zuschlagskriterien zwar nicht ausdrücklich zu ändern, bei der Qualitätsbewertung faktisch aber einen anderen Maßstab heranzuziehen, als in den Zuschlagskriterien festgeschrieben wurde). Insofern liegt also jedenfalls eine Pflichtwidrigkeit iSd § 304 StGB vor. Weiters erfüllen die beiden Gemeindebediensteten die Tathandlung des § 304 StGB, indem sie für die pflichtwidrige Vornahme des Amtsgeschäfts einen Vorteil annehmen. Der ihnen angebotene (und von ihnen angenommene) Geldbetrag stellt unstrittig einen Vorteil iSd § 304 StGB dar. Im gegenständlichen Fall ist auch die für die Strafbarkeit nach § 304 StGB erforderliche Verknüpfung zwischen einem bestimmten Amtsgeschäft (also der Vornahme der Bewertung im Vergabeverfahren) und dem angebotenen und angenommenen Vorteil gegeben, weshalb die beiden Gemeindebediensteten wegen Bestechlichkeit nach § 304 StGB strafbar sind, da der Sachverhalt auch keinen Hinweis auf einen fehlenden Vorsatz liefert.

Spiegelbildlich dazu ist der Bid-Manager von Bieter A hinsichtlich der beiden Jurymitglieder, die Gemeindebedienstete sind, nach § 307 StGB zu bestrafen, weil er den beiden Amtsträgern für die pflichtwidrige Vornahme eines Amtsgeschäfts einen Vorteil anbietet bzw gewährt. Der Bid-Manager ist hingegen nicht wegen Bestimmung zu § 304 StGB zu bestrafen, weil die Strafbarkeit nach § 307 StGB die Strafbarkeit wegen Beteiligung an § 304 StGB verdrängt.

Das dritte Mitglied der Bewertungskommission, der kein Gemeindebediensteter ist, sondern nur auf Auftragsbasis zur Abwicklung des konkreten Vergabeverfahrens für die Gemeinde von ihr eingesetzt wird, erfüllt mE nicht die Kriterien des § 74 Abs 1 Z 4a lit b) StGB, weil es sich bei dem externen Mitglied der Bewertungskommission nicht um ein Organ oder einen Bediensteten der Gemeinde handelt. Das externe Mitglied der Bewertungskommission ist daher in der vorliegenden Konstellation nicht nach § 304 StGB zu bestrafen und der Bid-Manager spiegelt auch nicht nach § 307 StGB.

Hinweis

Allerdings handelt es sich bei dem externen Mitglied der Bewertungsjury um einen **Bbeauftragten der Gemeinde**, weshalb Strafbarkeit nach § 309 Abs 1 StGB infrage kommt. Voraussetzung hierfür ist aber, dass es sich um einen **Bbeauftragten eines Unternehmens** handelt, der einen Vorteil im geschäftlichen Verkehr für eine pflichtwidrige Rechtshandlung annimmt. Bei einer Gemeinde handelt es sich nicht per se um ein **Unternehmen** iSd § 309 StGB,²³⁰ was auf den ersten Blick zu einer Strafbarkeitslücke führen könnte, weil das im Ergebnis bedeuten würde, dass das externe Mitglied der Bewertungsjury weder nach § 304 StGB noch nach § 309 Abs 1 StGB zu bestrafen wäre. Da dies in der Praxis allerdings zu einer nicht nachvollziehbaren Ungleichbehandlung führen würde, ist meiner Ansicht nach davon auszugehen, dass eine potentiell bestehende Strafbarkeitslücke dadurch zu schließen wäre, dass im Einzelfall von einer unternehmerischen Tätigkeit der Gemeinde bei der Abwicklung des Vergabeverfahrens (also Privatwirtschaftsverwaltung) auszugehen ist, womit auch die Judikatur und Literatur zu § 1 UGB in Einklang steht, nach der juristische Personen des öffentlichen Rechts bei Erbringung einer unternehmerischen Tätigkeit den Regelungen des UGB unterstehen.²³¹ Der Bid-Manager wäre in diesem Fall dann spiegelbildlich nach § 309 Abs 2 StGB zu bestrafen.

Da der Bid-Manager den Bestechungsbetrag aus dem Vermögen der A-GmbH an die Mitglieder der Bewertungsjury bezahlt, kommt auch die Strafbarkeit des Bid-Managers wegen Untreue nach § 153 StGB infrage. Als Prokurist hat er entsprechende Befugnis, die A-GmbH zu vertreten und missbraucht diese Befugnis durch die Bestechungshandlung wissentlich, weil sein Verhalten einerseits vergaberechtlich, aber auch strafrechtlich nach § 307 StGB unzulässig ist; dass es sich hierbei aus Sicht des Bid-Managers um eine sogenannte **nützliche Gesetzesverletzung** handelt, ändert – wie oben unter Punkt 2.2.2. dargestellt – nichts an seiner Strafbarkeit. Durch den Umstand, dass er den Bestechungsbetrag aus dem Vermögen der A-GmbH bezahlt, tritt bei dieser auch ein Vermögensschaden ein (dass die A-GmbH infolge der Bestechungszahlung tatsächlich den Zuschlag erhalten hat und damit im Ergebnis wohl ein Vermögensplus erzielt werden konnte, ändert nichts daran, dass die Verfügung des Bid-Managers zunächst einmal das Vermögen der GmbH geschmälert hat, was für einen Vermögensschaden im Sinne des Untreuetatbestands bereits ausreicht). Es ist dabei auch von einem entsprechenden Vorsatz auszugehen (Wissentlichkeit hinsichtlich

230 Siehe dazu etwa *Nordmeyer/Stricker* in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 309 Rz 24, die allerdings differenzierend festhalten, dass es sich bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts insofern nicht um Unternehmen handelt, wenn diese nicht unternehmerisch tätig sind, was im Fall der Abwicklung eines Vergabeverfahrens mE aber gerade der Fall ist, siehe dazu sogleich.

231 Siehe etwa *Krejci/Haberer* in Zib/Dellinger, UGB § 1 Rz 39 mwN.

2. Potentiell strafbare Handlungen im Zuge eines Vergabeverfahrens – Überblick

des Befugnismissbrauchs, Eventualvorsatz auf den Umstand, dass durch die Bestechungszahlung das Vermögen der A-GmbH zunächst einmal geschmälert wird).

Hinsichtlich der Mitglieder der Bewertungsjury, welche die Bestechungszahlung annehmen, kommt Strafbarkeit wegen Beteiligung an der Untreue durch den Bid-Manager infrage (§§ 153, 12, 14 Abs 1 Fall 2 Satz 2 StGB). Für die Strafbarkeit der Mitglieder der Bewertungsjury reicht es dabei auf subjektiver Tatseite aus, dass sie einen zumindest bedingt vorsätzlichen Missbrauch der Befugnis durch den Bid-Manager für gewiss halten und dabei einen zumindest bedingten Vermögensschädigungsvorsatz haben; eine „doppelte Wissentlichkeit“ ist für die Strafbarkeit nicht erforderlich.²³²

Es stellt sich des Weiteren auch die Frage, ob auch Strafbarkeit der Mitglieder der Bewertungsjury wegen Untreue am Vermögen des Auftraggebers, also der Gemeinde, besteht. Da die Abwicklung eines Vergabeverfahrens nicht dem Bereich der Hoheitsverwaltung zuzuordnen ist, wäre im Fall eines Befugnismissbrauchs der Gemeindemitarbeiter nicht an Strafbarkeit nach § 302 StGB zu denken, sondern würde die grundsätzliche Anwendbarkeit des Untreuetatbestands über Gemeindevermögen nach § 153 StGB infrage kommen. Dafür ist zunächst zu klären, ob es sich bei den Mitgliedern der Bewertungsjury um **Machthaber der Gemeinde** handelt. Hierbei kommt es in der Praxis darauf an, welche konkreten Befugnisse den Mitgliedern der Bewertungskommission zukommen und ob sie letztlich in der Lage sind, die Gemeinde zu verpflichten, also den Zuschlag an den Bestbieter zu erteilen. Das wird in der gegenständlichen Konstellation, in der Auftraggeber eine Gemeinde ist, in der Regel eher nicht der Fall sein, weil die Zuschlagserteilung, bei der es sich im gegenständlichen Fall um die vermögensverfügende Handlung handeln würde, in der Regel durch den Bürgermeister (und nicht die Mitglieder der Bewertungsjury, die dem Bürgermeister nur die Grundlage für die Zuschlagserteilung liefern) vorgenommen wird. Es ist daher eher davon auszugehen, dass die Mitglieder der Bewertungsjury nicht als Machthaber der Gemeinde zu beurteilen sind und diese daher auch nicht über fremdes Vermögen iSd § 153 StGB verfügen, womit Strafbarkeit wegen Untreue eher nicht infrage kommen würde, wobei hier in der Praxis wie gesagt im Einzelfall stets genau zu überprüfen ist, wer in der Lage ist, den Machtgeber entsprechend zu verpflichten.

Denkbar wäre allerdings Strafbarkeit der Mitglieder der Bewertungsjury wegen Betrug, weil sie jene Person, die letztlich über die Erteilung des Zuschlags entscheidet (in der Regel der Bürgermeister) darüber täuschen, die Angebotsbewertung und damit die Ermittlung des Zuschlagsempfängers ordnungsgemäß durchgeführt zu haben, während dies tatsächlich nicht der Fall ist. Sowohl für

232 RIS-Justiz RS0103984.

Strafbarkeit wegen Betrugs als auch wegen Untreue wäre ein Vermögensschaden (im Vermögen der Gemeinde) erforderlich. In der vorliegenden Konstellation bestehen durchaus Anhaltspunkte für den Eintritt eines Schadens im Vermögen der Gemeinde, weil der Zuschlag letztlich an ein preislich höheres Angebot erfolgt, dem bei ordnungsgemäßer Durchführung der Qualitätsbewertung der Zuschlag nicht erteilt worden wäre, womit im Vermögen der Gemeinde ein Minus entsteht.

Ob in einem solchen Fall auch Strafbarkeit sowohl des Bid-Managers als auch der Mitglieder der Bewertungsjury wegen § 168b StGB (wettbewerbsbeschränkende Absprache bei Vergabeverfahren) infrage kommt, hängt davon ab, ob man davon ausgeht, dass auch **eine vertikale Absprache** – also eine Absprache zwischen (nur) einem Bieter und dem Auftraggeber ohne Involvierung weiterer Bieter – vom Tatbestand des § 168b StGB erfasst sein soll. Siehe dazu die im Ergebnis die Ausführungen oben unter Punkt 2.1.2.2.

Im gegenständlichen Fall kommt hinsichtlich der Bestechungsdelikte der §§ 304 und 307 bzw 309 StGB nicht nur Strafbarkeit der involvierten natürlichen Personen infrage, sondern auch eine Verbandsverantwortlichkeit sowohl der A-GmbH als auch der Gemeinde in Betracht, sofern die entsprechenden Voraussetzungen der §§ 1 ff VbVG erfüllt sind (siehe dazu im Detail näher unter Kapitel 3.1.1.). Davon ist hier auszugehen: Bei der A-GmbH handelt es sich zweifelsohne um einen Verband iSd § 1 Abs 2 VbVG. Auch die Gemeinde unterliegt im gegenständlichen Fall den Bestimmungen des VbVG, weil sie bei der Abwicklung eines Vergabeverfahrens im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung und damit nicht hoheitlich tätig ist, wodurch sie nicht der Ausnahmebestimmung des § 1 Abs 3 Z 2 VbVG unterliegt. Gem § 3 Abs 1 VbVG ist für eine Verbandsverantwortlichkeit insbesondere erforderlich, dass die Tat entweder zugunsten des Verbandes begangen wurde oder durch die Tat Pflichten verletzt wurden, die den Verband treffen. Letzteres trifft zweifelsohne auf die A-GmbH zu, weil diese als Teilnehmerin an einem Vergabeverfahren verpflichtet ist, die Grundsätze des § 20 BVergG 2018 einzuhalten, zu denen auch die Durchführung eines freien und lautereren Wettbewerbs zählt, womit jegliche Maßnahme zur Beeinflussung dieses Wettbewerbs (wozu auch Bestechungshandlungen zählen) verboten sind; ebenso ist die A-GmbH verpflichtet, nicht gegen die Tatbestände des Korruptionsstrafrechts zu verstoßen. Die Gemeinde ist wiederum als öffentliche Auftraggeberin verpflichtet, die gesetzlichen Vorgaben des BVergG 2018 zur Angebotsprüfung einzuhalten, womit es ihr ua untersagt ist, die Bewertung infolge einer Bestechungshandlung nicht den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen entsprechend, vorzunehmen. Im Übrigen verstößt die Gemeinde hier ebenso gegen die Generalklausel des § 20 Abs 1 BVergG 2018. Im Ergebnis kommt daher sowohl eine Verbandsverantwortlichkeit der Gemeinde als auch der A-GmbH in Betracht.