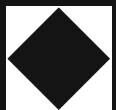


Schriftenreihe zum deutschen, europäischen und  
internationalen Wirtschaftsstrafrecht

37

David Portner

# Strafbarkeit des Kick-back-Vorgangs in der öffentlichen Auftragsvergabe



**Nomos**

Schriftenreihe zum deutschen, europäischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Uwe Hellmann,  
Universität Potsdam

Prof. Dr. Elisa Hoven,  
Universität Leipzig

Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel,  
Universität Augsburg

Prof. Dr. Christian Schröder,  
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Band 37

David Portner

## Strafbarkeit des Kick-back-Vorgangs in der öffentlichen Auftragsvergabe



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Potsdam, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6023-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-0143-3 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Meiner Frau und Tochter*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Sommersemester 2019 von der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam als Dissertation angenommen worden. Die Idee, Kick-backs als Sonderform der Korruption in der öffentlichen Auftragsvergabe wissenschaftlich zu untersuchen, entstand während meiner anwaltlichen Tätigkeit im Bereich Vergaberecht. Insbesondere die zusammenhängende Betrachtung straf- und vergaberechtlicher Aspekte empfand und empfinde ich als außerordentlich spannend.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst meinem hochgeschätzten Doktorvater, Herrn Professor Dr. Uwe Hellmann. Ohne seine stetige Unterstützung, die umfassende Begleitung dieses Forschungsvorhabens und die wissenschaftliche Freiheit, die er mir eingeräumt hat, wäre diese Arbeit nicht zustande gekommen. Seine äußerst wertvollen Impulse haben meine fachliche und persönliche Entwicklung nachhaltig geprägt und werden weit über diese Arbeit hinauswirken.

Herrn Professor Dr. Georg Steinberg möchte ich herzlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Ich freue mich zudem sehr über die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe zum deutschen, europäischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht, wofür ich Herrn Professor Dr. Uwe Hellmann, Frau Professorin Dr. Elisa Hoven, Herrn Professor Dr. Michael Kubiciel und Herrn Professor Dr. Christian Schröder danke.

Ferner möchte ich Herrn Rechtsanwalt Stephan Rechten dafür danken, dass er mir während meiner anwaltlichen Tätigkeit in seinem Team Freiraum für mein Forschungsprojekt gewährt hat.

Potsdam, im Juni 2019

*David Portner*





## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	25
Teil 1 Einleitung	31
A. Aktualität und Relevanz des Themas	31
B. Problemstellungen	37
C. Thesen und Fragestellung	40
D. Ziele dieser Arbeit	41
E. Untersuchungsgegenstand und Eingrenzung des Themas	42
F. Stand der Rechtsprechung und Literatur	44
G. Gang der Untersuchung	49
H. Begriffsbestimmungen vergaberechtlicher Termini	51
Teil 2 Kick-backs in der öffentlichen Auftragsvergabe	56
A. Beispielfälle	56
I. BGHSt 31, 232 = BGH, NJW 1983, 1807 – „Pfarrpfründe- Entscheidung“	57
II. BGHSt 47, 295 – „Herzklappen- bzw. Herzschrittmacher- skandal“	57
III. BGHSt 49, 317 – „System Schreiber“	58
IV. BGHSt 50, 299 – „Kölner Müllskandal“	59
V. BGH, NJW 2006, 2864 – „Wuppertaler Korruptionsskandal“	60
VI. BGH, NJW 2006, 3290 – „Allianz Arena München“	60
VII. BGHSt 54, 39 = BGH, NJW 2009, 3248 – „Rechtsanwalts- versorgungswerk Hamburg“	61
VIII. BGH, NStZ 2010, 330 – „Ferienobjekt Heiligendamm“	62
IX. BGHSt 59, 205 – „Resort Schwielowsee“	63
X. Baustelle des Flughafens „BER“	63
B. Analyse der Beispielfälle	64
C. Die Konstruktion des Kick-backs	65
I. Begriffsbestimmung	66

*Inhaltsverzeichnis*

II. Zweiaktiger Geschehensablauf und Zuwendungsmodalitäten	67
III. Vergleich mit anderen Konstellationen	68
IV. Motive und Ursachen	70
V. Beispiel eines fiktiven Kick-back-Standardfalls in der öffentlichen Auftragsvergabe	71
Teil 3 Die Bekämpfung von Kick-backs durch das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe	74
A. Zielsetzungen der Normen zur Vergabe öffentlicher Aufträge	74
I. Nationales Haushaltsvergaberecht	76
1. Rechtsrahmen	76
2. Adressaten und Wirkungen	79
3. Funktion des Haushaltsvergaberechts	81
4. Korruptionspräventive Wirkung haushaltsvergaberechtlicher Normen	83
5. Folgerung	84
II. Europarechtlich geprägtes Vergaberecht	86
1. Entwicklungen in den 1970er-Jahren	86
2. Entwicklungen in den 1980er-Jahren	88
3. EG-Richtlinien der 1990er-Jahre und Reformen des deutschen Vergaberechts	89
a) Überblick der Änderungen	89
b) Ableitungen aus den Änderungen für den möglichen Zweck der Korruptionsbekämpfung	92
4. Europäische Richtlinien der 2000er-Jahre und Reformen des deutschen Vergaberechts	97
5. EU-Richtlinienpaket 2014 und die Reform des deutschen Vergaberechts 2016	102
a) Neuere Entwicklungen des europäischen Vergaberechts	102
b) Grünbuch aus 2011	105
c) EU-Richtlinienvorschlag 2011 und EU- Richtlinienpaket 2014	108
d) Reform des deutschen Vergaberechts	111
III. Zusammenfassende Gesamtbetrachtung	113
B. Analyse des Vergaberechts bezogen auf Präventions- und Missbrauchspotenziale für Kick-backs	114
I. Kick-back-Prävention durch das Vergaberecht	114

II. Missbrauchspotenziale	120
1. Gefahrenpotenziale	121
2. Ursache: Defizite der Transparenz und der Kontrollmöglichkeiten	121
3. Gruppierung der Missbrauchsrisiken	121
4. Vereinbarung eines Kick-backs sowie Erleichterung des kollusiven Zusammenwirkens	122
a) Umgehung des Vergaberechts	122
b) Wahl der Verfahrensart	126
c) Flexibilisierung des Vergabevorgangs und Gestaltungsspielräume für Auftraggeber	130
d) Transparenzdefizite	132
e) Weitere Beispiele für Missbrauchspotenziale	134
f) Komplexität und Schwierigkeit des Vergaberechts, Rechtszersplitterung, Reichweite von Rechtsschutz und Kontrolle	136
5. Einpreisen des Kick-backs in die Angebots- und Auftragssumme	138
a) Kombinierte Leistungs- und Preismanipulation	139
b) Isolierte Preismanipulation	144
c) Zuschlagskriterien und Angebotswertung	145
C. Ergebnis zu These 1	147
Teil 4 Erforderlichkeit angemessener strafrechtlicher Sanktionierung von Bediensteten wegen Kick-backs	148
A. Vergaberechtliche Würdigung von Kick-backs	148
I. Verstoß gegen das Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsprinzip sowie gegen § 1 GWB	148
II. Rechtsfolgen	151
1. Obligatorischer Ausschluss nach § 123 GWB	152
2. Ausschlussgründe wegen wettbewerbswidrigen Verhaltens	152
a) Überblick über die Rechtslage	152
b) Anwendungsbereich der Ausschlussgründe wegen wettbewerbswidrigen Verhaltens	153
c) Ermessen bei unterstellter Anwendbarkeit auf Kick-backs	155
d) Versuch unzulässiger Beeinflussung der Entscheidungsfindung des Auftraggebers	157

*Inhaltsverzeichnis*

e) Schwere Verfehlung	158
f) Kein Rückgriff auf die vergaberechtlichen Grundsätze	158
3. Praxisrelevanz der Ausschlussgründe	159
4. Sonstige vergaberechtliche Folgen	159
III. Praktische Aspekte zum Vergabeprimärrechtsschutz	160
IV. Fazit	161
B. Zivilrecht	161
C. Haushalts-, Dienst- und Arbeitsrecht	163
D. Compliance-Regelungen	164
E. Folgerungen	165
F. Ergebnis zu These 2	166
Teil 5 Möglichkeiten des Strafrechts zum Schutz des Vermögens vor Kick-back-Schäden	168
A. Untreue	168
I. Kick-back als Problemfeld der Untreue	168
II. Vereinbarkeit der Untreue mit Verfassungsrecht	169
III. Gang der Untersuchung	170
IV. Handlungsunrecht beim Kick-back	170
1. Ausschluss der Missbrauchsalternative	171
a) Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis	171
b) Missbrauch	173
aa) Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot	174
(1) §§ 299 Abs. 1, 332 StGB	174
(2) § 298 StGB	175
(3) § 1 GWB	176
(4) Vergaberechtliche Ausschlussgründe	177
bb) Sittenwidrigkeit	179
cc) Missbrauch der Vertretungsmacht	181
2. Treuebruch	182
a) Bestimmung der Treuepflichten	182
b) Treuepflichtige und -pflichten bei der öffentlichen Auftragsvergabe	183
aa) Eingrenzung der Treuepflichten und -pflichtigen	184
bb) Bedienstete in Leitungspositionen	185
cc) Sonstige Entscheidungs- und Handlungsbefugte	187

dd) Fehlen einer Entscheidungs- und Handlungsbefugnis	189
c) Treuepflichtverletzung	190
aa) Anknüpfungspunkte für das die Treuepflicht verletzende Verhalten	191
bb) Vereinbarung des Kick-backs	191
cc) Vollzug des Auftrags	192
dd) Entgegennahme des Kick-backs	194
ee) Nichtherausgabe des Kick-backs an den Auftraggeber	195
ff) Zuschlagserteilung	196
(1) Tun oder Unterlassen	196
(2) Rechtsprechung und Ansichten im Schrifttum	199
(3) Stellungnahme	200
3. Zusammenfassung	200
V. Vermögensnachteil durch Kick-backs	202
1. Probleme, Fragestellungen und Gang der Untersuchung	202
2. Geschützter Vermögenswert in den Kick-back-Fällen	203
a) Maßgeblicher Vermögensgegenstand: Exspektanz auf einen günstigeren Auftragspreis	203
b) Marktexspektanz	205
aa) Marktexspektanz in der öffentlichen Auftragsvergabe	205
bb) Vergaberechtlich obligate Schätzung des Auftragswerts	207
cc) Verordnung PR Nr. 30/53	209
c) Bezugsobjekt für die Exspektanzentstehung	211
d) Anerkennung von Exspektanzen als Vermögen	213
aa) Grundkonzeptionen der Vermögensbegriffe und Auswirkungen auf die Anerkennung des Vermögenswerts von Exspektanzen	213
(1) Juristische und funktionale Vermögenstheorie	214
(2) Personale Vermögenstheorie	215
(3) Ökonomische Vermögenstheorien	216
bb) Eigene Position	219
e) Anforderungen an vermögenswerte Exspektanzen	221
aa) Entwicklungen in der Rechtsprechung	221
(1) Judikatur des Reichsgerichts	221

*Inhaltsverzeichnis*

(2) Bundesdeutsche höchstrichterliche Rechtsprechung	222
bb) Auffassungen im Schrifttum	225
(1) Ansichten ohne Konkretisierungsansätze	225
(2) Meinungen mit Konkretisierungsansätzen	226
cc) Folgerungen für den Kick-back-Standardfall	231
(1) Zur Judikatur	231
(2) Zum Schrifttum	232
(3) Auswirkungen der unterschiedlichen Kriterien	233
dd) Zwischenergebnis	234
f) Vermögenswerte Exspektanzen beim Kick-back- Vorgang	234
aa) Vorgehensweise der Rechtsprechung	235
bb) Kritik der Literatur an der Vorgehensweise der Rechtsprechung	236
cc) Zur materiell-rechtlichen Zulässigkeit eines „Nachteilsautomatismus“ beim Kick-back	238
(1) Materiell-rechtliche Anforderungen an das Vermögen und den Vermögensnachteil	238
(2) Fiktion des Vermögensnachteils durch den BGH	239
(3) Verfassungsrechtliche Unzulässigkeit	241
(a) Analogieverbot	243
(b) Maßgaben zur Tatbestandskonturierung	245
(c) Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt und das Gewaltenteilungsprinzip	248
dd) Strafprozessrechtliche Zulässigkeit eines „Regel- Ausnahme-Verhältnisses“ zur Annahme einer Exspektanz	248
(1) Anwendung eines „Regel-Ausnahme- Verhältnisses“ durch den BGH	249
(2) Unzulässigkeit eines strafprozessualen Anscheinsbeweises	253
(3) Konsequenzen der Rechtslage für den Nachweis des Vermögensnachteils	256
ee) Folgerung aus dem bisherigen Untersuchungsergebnis	257

g) Eigenes Lösungsmodell zur Beurteilung des Entstehens von Exspektanzen beim Kick-back	258
aa) Grundlegende Vorfragen	258
(1) Unbeachtlichkeit von Manipulationen des Angebotspreises	258
(2) Kriterien für das Entstehen einer vermögenswerten Exspektanz	259
(3) „Vergabesituationsbezogene Exspektanzbestimmung“	259
bb) Keine Exspektanzen auf Grundlage von „Schattenvereinbarungen und -angeboten“	261
cc) Entstehung von Exspektanzen innerhalb des vergaberechtlich zulässigen Rahmens	264
(1) Eindeutig exspektanzbegründende Konstellationen	264
(2) Eindeutig exspektanzlose Konstellationen	268
(3) „Graubereich“	269
(a) Kein isoliertes Angebot ohne eingepreistes Schmiergeld	270
(b) Bereitschaft zur Preisreduzierung	271
(c) Indizien für die Bereitschaft zur Preissenkung im Strafprozess	273
(d) Würdigung der Indizien und Folgerungen	278
h) Subsumtion des fiktiven Kick-back-Standardfalls	281
i) Zusammenfassung	281
3. Eintritt des Vermögensnachteils beim Kick-back	282
a) Besonderheiten in der öffentlichen Auftragsvergabe	283
aa) Unmittelbare Vermögenseinbuße	283
bb) Zuschlagserteilung als endgültiger Vermögensnachteil oder als „konkrete schädigende Vermögensgefährdung“	284
b) Quantifizierung des Vermögensnachteils	288
aa) Höhe des Kick-backs bekannt	288
bb) Kick-back-Höhe nicht bekannt	290
VI. Vorsatz	291
VII. Resümee	292
B. „Haushaltsuntreue“	294
I. Begriffsbestimmung	294

*Inhaltsverzeichnis*

II. Strafrechtliche Erfassung haushaltsrechtswidrigen Verhaltens	294
III. Kick-backs als Anwendungsfall der „Haushaltsuntreue“	295
IV. Verletzung vermögensspezifischer Bestimmungen des Haushalts(vergabe)rechts	295
V. Vermögensnachteil	297
1. Zweck- und haushalts(vergabe)rechtswidrig verwendete öffentliche Mittel	298
2. Subjektiver Schadenseinschlag	300
C. Teilnahme des Bediensteten an der „Schmiergeld-Untreue“ des Unternehmenstreuepflichtigen	303
I. Abgrenzung zur bisherigen Untersuchung	303
II. Beteiligung des Bediensteten an der Untreue des Unternehmensangehörigen: Anstiftung oder Beihilfe	304
III. Untersuchung anhand des fiktiven Kick-back-Standardfalls	305
IV. Analyse der Rechtsprechung	305
V. Tatbestandsvoraussetzungen einer „Schmiergeld-Untreue“	306
1. Treuepflichtwidriges Verhalten des mit dem Bediensteten kollidierenden Unternehmenstreuepflichtigen	306
a) Wirksamkeit des Einverständnisses	307
b) Pflichtwidrigkeit	309
2. Vermögensnachteil	315
a) Abgabe des Kick-back inkludierenden Angebots	315
b) Zahlung des Kick-backs an den Bediensteten	316
c) Kompensation der Vermögenseinbuße	316
3. Tatvorsatz	318
VI. Anforderungen an die Teilnahme des Bediensteten	319
D. Fazit zur Untreue	320
E. Betrug	320
I. Mögliche Betrugskonstellationen beim Kick-back	321
1. Konstellation 1	321
2. Konstellation 2	321
3. Konstellation 3	321
4. Konstellation 4	322
5. Folgerungen aus der Systematisierung	322



II. Konstellation 1: Betrug des Bediensteten durch Täuschung eines anderen Bediensteten zulasten des Auftraggebervermögens	323
1. Strafbarkeit des Bediensteten im fiktiven Kick-back-Standardfall	323
2. Beurteilung der Strafbarkeit bei Täuschung eines anderen Bediensteten	323
a) Abwandlung 2 zum fiktiven Kick-back-Standardfall	324
b) Täuschung, Irrtum, Vermögensverfügung	326
c) Vermögensschaden	328
aa) Grundlegendes zum Vermögensschaden beim Betrug	329
bb) Günstigstes Angebot eines redlichen Mitbewerbers	330
cc) Vergleich des vereinbarten Preises mit dem „hypothetischen Marktpreis“	331
(1) Geschehensablauf beim „Submissionsbetrug“	332
(2) Parallelen von „Submissionsbetrug“ und Kick-back-Vorgang in der öffentlichen Auftragsvergabe	333
(3) Vorgehen des BGH beim „Submissionsbetrug“	334
(a) Materiell-rechtlicher Vermögensschaden	334
(b) Strafprozessuale Feststellung des Vermögensschadens mit der „Indizienlösung“	335
(4) Eigener Standpunkt	336
(a) Zum „hypothetischen Marktpreis“	337
(b) Zur „Indizienlösung“ des BGH	340
(c) Folgerungen	341
III. Konstellation 2: Beteiligung des Bediensteten an dem Betrug des korrupten Unternehmenshandelnden	342
IV. Konstellation 3: Betrug des Bediensteten durch Täuschung eines redlichen Verfahrensteilnehmers	343
1. Nachträgliche Manipulation des Angebotspreises	343
2. Manipulation des Preises vor der Angebotsabgabe	346
a) Täuschendes Absageschreiben	346
b) Vermögensverfügung durch Nichtgeltendmachung von Vergabeprimärrechtsschutz	347

*Inhaltsverzeichnis*

c) Vermögenswerte Expektanz	348
d) Vorsatz und Absicht eigen- oder fremdnütziger Bereicherung	350
V. Konstellation 4: Beteiligung des Bediensteten am Betrug des korrupten Unternehmenshandelnden zulasten des Vermögens redlicher Mitbewerber	351
VI. Fazit zum Betrug	352
Teil 6 Strafbarkeit wegen Integritätsverletzungen durch Amtsträger	353
A. Reichweite der Strafbarkeit	353
I. Entbehrlichkeit der Klassifizierung des Vorteils als „Kick- back“	354
II. Keine Notwendigkeit einer Bevorzugung im Wettbewerb	354
III. Kein Zukunftsbezug zwischen Vorteil und Diensthandlung erforderlich	355
IV. Bestrafung des Versuchs	355
V. Unrechtsvereinbarung	356
1. Dienstpflichtwidriges Diensthandeln des Bediensteten	356
2. Anforderungen an das Gegenseitigkeitsverhältnis	359
VI. Auffangtatbestand Vorteilsannahme	359
B. Amtsträgerschaft von Bediensteten öffentlicher Auftraggeber	360
I. Vergleich des strafrechtlichen Amtsträgerbegriffs mit dem kartellvergaberechtlichen öffentlichen Auftraggeberbegriff	361
II. Staatlicher Kernbereich	361
III. Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung durch sonstige – vor allem private – Stellen	362
IV. Beispiele aus der straf- und vergaberechtlichen Entscheidungspraxis	367
1. Bayerisches Rotes Kreuz	367
2. Abfallverwertungsgesellschaft im „Kölner Müllskandal“	367
3. Deutsche Bahn AG	368
4. Kommunales Wohnungsunternehmen	368
V. Subsumtion des fiktiven Kick-back-Standardfalls	369
VI. Zusammenfassung	370

Teil 7 Strafbare Wettbewerbsverletzungen bei Kick-back-Vereinbarungen	371
A. Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr nach § 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB	372
I. Positive Aspekte	372
II. Negative Aspekte	374
1. Anforderungen an die Unrechtsvereinbarung	375
a) Keine Bestrafung nur einer Vorteilsannahme	375
b) Kein nachweisbarer Zukunftsbezug	376
2. Anforderungen an eine Bevorzugung im Wettbewerb	378
a) Konkretheit des Wettbewerbs	378
aa) Stand in der Rechtsprechung und in der Literatur	379
bb) Eigene Meinung	381
b) Folgen für die Strafbarkeit von Wettbewerbsverletzungen durch Kick-backs	385
aa) Monopolstellung des korrupten Wirtschaftsteilnehmers	386
bb) De-facto-Vergabe	387
cc) „Ein-Angebot-Wettbewerb“	387
dd) „Pro-Forma-Vergabeverfahren“	388
ee) Fehlen einer unlauteren Bevorzugung des mit dem Bediensteten kolludierenden Wirtschaftsteilnehmers	390
ff) Weitergabe von Informationen zur Verbesserung der Zuschlagschance	391
3. Keine Bestrafung des Versuchs, Strafrahmensunterschiede, Antragsfordernis, Verweis auf den Privatklageweg	392
III. Folgerungen	394
B. Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen nach § 298 StGB	394
I. Konzeption der Norm und bisherige Relevanz in der Strafverfolgung	394
II. Vertikalvereinbarung als tatbestandsmäßige Absprache	396
1. Rechtsprechung und Literatur	396
2. Eigener Standpunkt	398
a) Keine Geltung für Vertikalabsprachen	398

*Inhaltsverzeichnis*

b) Keine Neuinterpretation durch die 7. GWB-Novelle	400
aa) Art der Kartellrechtsakzessorietät	401
bb) Anwendung der „eingeschränkt-dynamischen Kartellrechtsakzessorietät“	402
III. Bewertung des Untersuchungsergebnisses und Folgerung	404
C. Fazit	405
Teil 8 Gewährleistung der Einhaltung der Pflichten des Bediensteten gegenüber dem Dienst- oder Geschäftsherrn durch das Strafrecht	406
A. Rechtsgut des § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB	406
I. In der Literatur vertretene Ansichten	406
1. Einhaltung von Pflichten des Unternehmens durch die Angestellten und Beauftragten	407
2. Schutz des Wettbewerbs	407
3. Vermögensschutz	408
II. Eigene Meinung zu den Schutzvorstellungen des Gesetzgebers	409
1. Schutz vor Integritätsverletzungen durch Korruption	409
2. Begründung der eigenen Meinung	410
a) Methode zur Bestimmung des Rechtsguts	410
b) Wille des europäischen und des deutschen Gesetzgebers	411
c) Telos des „Geschäftsherrenmodells“	413
d) Wortlaut des § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB	416
e) Systematik	417
B. Erfassung von Kick-backs durch § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB	418
I. Ausweitung der Strafbarkeit	418
II. Defizite	419
C. Zusammenfassung	420
Teil 9 Vorschläge zur intensiveren Bekämpfung von Kick-backs in der öffentlichen Auftragsvergabe	421
A. Gesamtbetrachtung des strafrechtlichen Ist-Zustands	421
I. Vermögensschutz	421
II. Schutz des Wettbewerbs und Schutz vor Integritätsverletzungen durch Amtsträger sowie durch Angestellte und Beauftragte	422

III. Ergebnis zu These 3	423
IV. Berechtigung von Vorschlägen für eine verbesserte Bekämpfung von Kick-backs trotz Einführung des „Geschäftsherrenmodells“	424
1. Kritik am „Geschäftsherrenmodell“	424
a) Existenzberechtigung	425
b) Einbettung in das deutsche Strafrechtssystem	425
c) Instrument zur Bekämpfung von Kick-backs	426
d) Rechtsgut	426
e) Verfassungsrechtliche Kritik	427
2. Folgerung	429
B. Vergaberecht	429
I. Ansätze für eine verbesserte Bekämpfung von Kick-backs durch das Vergaberecht	430
II. Anhebung der Transparenzstandards	432
1. De-facto-Vergaben: Verbindliche „ <i>Ex-ante</i> -Transparenzbekanntmachung“ und Einsichtsrechte	433
2. Recht auf Einsicht in die Dokumentation für alle Verfahrensteilnehmer nach Beendigung des Wettbewerbs	435
3. Erweiterung der Vorabinformationspflicht und Unwirksamkeitsfolge	437
4. Ausnahmslose Verpflichtung zur Vergabebekanntmachung	438
III. Stärkung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes	438
IV. Verschärfung von Sanktionen	440
1. Obligatorischer Ausschlussgrund von Wirtschaftsteilnehmern wegen einer vertikalen Absprache	441
2. Erweiterung der Verbotsgesetztatbestände in § 135 Abs. 1 GWB	442
3. Geltung der Unwirksamkeitsgründe des § 135 Abs. 1 GWB für alle Auftragsvergaben	442
V. Mindestanforderungen an die auftraggeberinterne Organisation	443
1. Aktuelle Rechtslage	443
2. Gesetzliche Vorgaben für eine „Vergaberechts-Compliance“	443
3. Vier-Augen-Prinzip	444
4. Personalrotation	445
5. „Hinweisgebersystem“	445

*Inhaltsverzeichnis*

6. Verbot der Mitwirkung von Nichtamtsträgern an Vergaben	446
C. Materielles Strafrecht	446
I. Einführung eines „Vergabestrafrechts“ zur Bekämpfung von Kick-backs in der öffentlichen Auftragsvergabe	447
II. Sinnvolle Optimierungen vorhandener Schutzkonzeptionen	449
1. Vermögensstrafrecht	450
a) Keine Verringerung der Anforderungen an die Untreue	450
b) Kick-back-Sonderstraftatbestand	451
aa) Begründung für die Einführung eines Sondertatbestands	451
bb) Prohibited conduct, 41 U.S.C. Sec. 8702	454
cc) Eigener Vorschlag für einen Straftatbestand gegen Rückvergütungen	456
(1) Vorschlag	456
(2) Erläuterung des Vorschlags	457
(a) Konkretes Vermögensgefährdungsdelikt	457
(b) Vermögensschützendes Korruptionsdelikt	457
(c) Täterqualifikation und Tathandlung	458
(d) „Im Zusammenhang mit der Vergabe eines öffentlichen Auftrags“	459
(e) Rechtswidriger Vorteil	459
(f) Strafraumen	459
(g) Besonders schwere Fälle, Absatz 2	459
(h) Entbehrlichkeit einer Legaldefinition eines Kick-backs	460
(i) Verortung des Vorschlags	460
2. Wettbewerbsstrafrecht	460
a) Keine Nivellierung der Korruptionsdelikte	461
b) Erweiterung des § 298 StGB	465
aa) Einbezug von Vertikalabsprachen	465
bb) Tätersonderregelung für Unterstützungen durch den für den Auftraggeber Handelnden	466
(1) Kritik am Entwurf von Bender	466
(2) Gründe für die unmittelbare Täterschaft von Bediensteten bei einer Vertikalabsprache	467
(3) Vorschlag	468

*Inhaltsverzeichnis*

(4) Erläuterung des Vorschlags	468
(a) Verortung der Tätersonderregelung	468
(b) Erläuterungen zu den Tatbestands- merkmalen	468
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	470
Literaturverzeichnis	473
URL-Verzeichnis	493





## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AllMBL.	Allgemeines Ministerialblatt
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BAnz.	Bundesanzeiger
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht (Zeitschrift)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bbg	Brandenburg
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundshaushaltsordnung
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BR-Drs.	Drucksache des Bundesrats
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestags
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

*Abkürzungsverzeichnis*

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CB	Compliance-Berater (Zeitschrift)
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift (Zeitschrift)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DVP	Deutsche Verwaltungspraxis (Zeitschrift)
e.V.	eingetragener Verein
EG	Europäische Gemeinschaft
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
Einl.	Einleitung
Erl.	Erläuterung
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende Seite/Randnummer
ff.	folgende Seiten/Randnummern
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht (Zeitschrift)
GBL	Gesetzblatt
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GMBL	Gemeindeblatt
GPA	Government Procurement Agreement
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. M.	herrschende Meinung
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
HmbGVBl.	Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht (Online-Zeitschrift, abrufbar unter <a href="http://www.hrr-strafrecht.de">www.hrr-strafrecht.de</a> )

Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.V.m.	in Verbindung mit
IBR	Zeitschrift Immobilien- & Baurecht (Zeitschrift)
IBRRS	Immobilien- & Baurecht Rechtsprechung
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
jurisPRVergR	juris PraxisReport Vergaberecht (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LHO	Landeshaushaltsordnung
lit.	<i>littera</i> (Buchstabe)
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift)
m.N.	mit Nachweisen
m. zahlr. N.	mit zahlreichen Nachweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MAZ	Märkische Allgemeine Zeitung (Zeitschrift)
MBL	Ministerialblatt
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Zeitschrift)
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport (Zeitschrift)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport (Zeitschrift)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht (Zeitschrift)

*Abkürzungsverzeichnis*

NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PPP	Public Private Partnership
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
S.	Seite/Satz/Siehe
s.	siehe
sog.	sogenannte
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	StrafverteidigerForum (Zeitschrift)
StrRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
u. a.	und andere
URL	Uniform Resource Locator (hier: Ressourcenanzeiger für die Adresse von Webseiten)
UVgO	Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom
Var.	Variante
VergabeR	Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht (Zeitschrift)
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VG	Verwaltungsgericht
VgR	Vergaberecht
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge
VK	Vergabekammer
VOB/A	Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen, Abschnitt 1. Basisparagrafen
VOB/A-EU	Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen, Abschnitt 2. Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU
VOL/A	Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen

VPR	Vergabep Praxis & -recht (Zeitschrift)
VPRRS	Vergabep Praxis & -recht Rechtsprechung
VV	Verwaltungsvorschrift
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht bzw. Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Zeitschrift)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Zeitschrift)
WuW	Zeitschrift Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (Online-Zeitschrift, abrufbar unter <a href="http://www.zis-online.com">www.zis-online.com</a> )
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Zeitschrift)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Zeitschrift)
ZWH	Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen (Zeitschrift)

