

## **Vorblatt**

### **I. Problem**

Das österreichische Kartellrecht weist in seinem institutionell-organisatorischen Bereich Effizienzdefizite auf, die die Rechtsdurchsetzung erschweren. Das gerichtliche Strafrecht entfaltet auf dem Gebiet des Kartellrechts nicht ausreichend die notwendige Präventivwirkung. Beides ist letztlich dem Wirtschaftsstandort Österreich abträglich. Im Bereich der materiell-rechtlichen Bestimmungen des Kartellrechts besteht ein Bedarf, die Möglichkeiten eines Einschreitens des Gerichtes bei Zusammenschlüssen zu erweitern; im Bereich des Medienkartellrechts soll der Schutz der Medienvielfalt verbessert werden.

### **II. Ziel**

Das Regierungsübereinkommen sieht im Kapitel Justiz im Interesse einer Verbesserung der Rechtssicherheit für den Wirtschaftsstandort Österreich unter anderem die Prüfung der Weiterentwicklung des Kartellrechts in Richtung eines Bundesanwalts für Wettbewerbskontrolle sowie die Einführung eines Geldbußensystems anstatt der Freiheitsstrafe vor.

Mit einer Kartellgesetz-Novelle 2001 (KartG-Nov 2001) und einer gleichzeitig vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit vorgelegten Wettbewerbsrechtsnovelle 2001 sollen diese Vorgaben erfüllt werden.

### **III. Wesentlicher Inhalt**

Die Wirksamkeit des Kartellrechts soll insbesondere durch die folgenden Maßnahmen verbessert werden:

- Das amtswegige Einschreiten des Kartellgerichts wird durch die Einrichtung eines Bundeskartellanwalts im Ressortbereich des Bundesministers für Justiz ersetzt;
- anstelle der "alten" Amtsparteien Sozialpartner tritt die im Ressortbereich des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit eingerichtete unabhängige Bundeswettbewerbsbehörde;
- der Einfluss der fachmännischen Laienrichter im Kartellgericht und im Kartellobergericht wird reduziert (Mehrheit der Berufsrichter);

- der Paritätische Ausschuss - eine Einrichtung, deren Praxis mit dem System der ordentlichen Gerichtsbarkeit nicht ohne Weiteres in Einklang zu bringen ist - wird abgeschafft, die Erfahrung und das Fachwissen der Sozialpartner sollen der Kartellgerichtsbarkeit jedoch im Rahmen der Erstattung von Gutachten erhalten bleiben;
- Abschaffung der "Sachverständigen in Kartellangelegenheiten" nach § 103 KartG;
- Erweiterung der Entflechtungsmaßnahmen;
- Verschärfung der Sanktionen im Bereich der Zusammenschlusskontrolle;
- Klarstellung des Begriffs der "Medienvielfalt";
- Ersatz der strafrechtlichen Sanktionen durch ein Geldbußensystem (Bieterabsprachen im Vergabeverfahren sollen jedoch weiterhin strafbar sein, und zwar nach einem neuen Tatbestand im Strafgesetzbuch).

#### **IV. Alternativen**

Keine

#### **V. Verhältnis zu Rechtsvorschriften der Europäischen Union**

Grundsätzlich verpflichtet das EG-Kartellrecht die Mitgliedstaaten nicht zu einer Angleichung des innerstaatlichen Kartellrechts. Dennoch soll die institutionelle Reform des Kartellrechts dazu genutzt werden, eine effiziente Vollziehung der zu erwartenden neuen EG-Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG vorzubereiten.

#### **VI. Auswirkungen auf den Wirtschaftsstandort Österreich**

Mit der Novelle soll die Wettbewerbsaufsicht im Interesse auch der Wirtschaft verbessert und damit höchsten europäischen Standards entsprochen werden.

#### **VII. Kosten**

Durch die Einrichtung des Bundeskartellanwalts entstehen Mehrkosten, die jedoch durch die Beseitigung der Amtswegigkeit im kartellgerichtlichen Verfahren zum Teil ausgeglichen werden können.

## **Erläuterungen**

### **Allgemeiner Teil**

#### **I. Wesentlicher Inhalt**

##### **1. Einleitung**

Das in Geltung stehende Kartellgesetz räumt bestimmten Rechtsträgern in Verfahren vor dem Kartellgericht Parteistellung ein, und zwar auch dann, wenn sie nicht Antragsteller sind. Diese sogenannten Amtsparteien sind:

- der Bund, vertreten durch die Finanzprokuratur,
- die Wirtschaftskammer Österreich,
- die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte,
- die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs.

Bis zur Kartellgesetznovelle 1999 lag die entscheidende Schwachstelle des Kartellrechts darin, dass das Kartellgericht grundsätzlich nur auf Antrag einer Partei tätig werden konnte. Zwar hatten die Amtsparteien die Möglichkeit, in fast allen kartellrechtlichen Angelegenheiten die Einleitung eines Verfahrens zu veranlassen, tatsächlich zeigte sich jedoch, dass sie sich aus verschiedenen Gründen (vor allem wegen des Vorliegens einer Interessenkollision oder sonst aus politischen Rücksichten) scheuten, einen Antrag zu stellen, obwohl dies nach den Zielsetzungen des Kartellgesetzes angezeigt gewesen wäre.

Mit der Kartellgesetznovelle 1999 wurde dem Kartellgericht die Befugnis zum amtswegigen Einschreiten im öffentlichen Interesse eingeräumt. Wie sich aus den Gesetzesmaterialien ergibt, ist das Kartellgericht damit aber nicht verpflichtet worden, gewissermaßen zur aktiven Überwachung der Wettbewerbsordnung von sich aus Erhebungen oder Ermittlungen zu pflegen; vielmehr wurde davon ausgegangen, dass es in der Regel auf Anregungen reagieren werde, die von außen herangetragen werden. Weiters wurde das Kartellgericht nicht verpflichtet, jede Anregung zu einer amtswegigen Maßnahme aufzugreifen. Im übrigen ist die Regelung deshalb nicht befriedigend, weil dem Kartellgericht eine rechtsstaatlich nicht unbedenkliche Doppelrolle zugewiesen wurde: es soll Verstöße gegen das Kartellgesetz aufgreifen und auch darüber entscheiden, ist also gewissermaßen Ankläger und Richter in einem.

Die Einführung der Amtswegigkeit mit der Kartellgesetznovelle 1999 ist daher schon damals nicht als der "Weisheit letzter Schluss" angesehen worden. Die Regierungsparteien haben sich daher in ihrem Arbeitsprogramm vorgenommen, das Kartellrecht in institutioneller Hinsicht in Richtung eines Bundesanwalts für Wettbewerbskontrolle weiterzuentwickeln.

Weitere bereits in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage der Kartellgesetz-Novelle 1999 (1775 BlgNR 20. GP, S 6) in Aussicht genommenen Maßnahmen sind ua.:

- Schaffung eines unabhängigen "Kartellanwalts" als zusätzliche Amtspartei oder eines Kartellamts;
- Beseitigung der Dominanz der fachkundigen Laienrichter im einfachen Senat des Obersten Gerichtshofs als Kartellobergericht;
- Überprüfung der Rechtsstellung der Mitglieder des Paritätischen Ausschusses für Kartellangelegenheiten;
- Abschaffung der strafrechtlichen Sanktionen im Kartellgesetz zugunsten eines erweiterten Geldbußensystems;
- Verbesserung des Zusammenwirkens von Kartellgesetz und EG-Wettbewerbsrecht.

Anknüpfend an diese bereits im Zug der Kartellgesetz-Novelle 1999 angestellten Überlegungen und auf Basis der im Arbeitsprogramm der Bundesregierung für die 21. Gesetzgebungsperiode in Aussicht genommenen Reform des Kartellrechts haben die Bundesministerien für Justiz sowie für Wirtschaft und Arbeit den Entwurf einer Kartellgesetz-Novelle 2001 und den Entwurf eines Wettbewerbsgesetzes ausgearbeitet und aufeinander abgestimmt.

## **2. Beibehaltung der Kartellgerichtsbarkeit**

Allgemeines Ziel des Reformprojekts ist es, das österreichische Kartellrecht unter Beibehaltung bewährter Einrichtungen, wie insbesondere der Kartellgerichtsbarkeit, weiterzuentwickeln und an die Anforderungen anzupassen, die auf Grund der sich abzeichnenden Rechtsentwicklung auf der Ebene der Europäischen Gemeinschaft auf die nationalen Wettbewerbsordnungen zukommen.

Die Kartellgerichtsbarkeit trägt überdies einem verfassungsrechtlichen Erfordernis Rechnung: Das Kartellrecht greift nämlich in zivilrechtliche Kernbereiche ein, und zwar in die Privatautonomie und das Eigentumsrecht. Derartige "civil rights" sind

gemäß dem im Verfassungsrang stehenden Art. 6 EMRK von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht (und gerade nicht von einer Verwaltungsbehörde) in "billiger Weise" zu entscheiden. Für Zivilrechtssachen ist gemäß Art. 92 Abs. 1 B-VG der OGH oberste Instanz, der seiner Funktion weiterhin als Kartellobergericht nachkommen soll.

### **3. Institutionelle Reform des Kartellrechts**

Die Einführung eines Bundeskartellanwalts im Wirkungsbereich der Justiz wird die aufgezeigten Vollzugsdefizite weitestgehend beseitigen. Zum einen kann er als Justizangehöriger ohne Rücksichtnahme auf "pressure groups" oder sonstige Interessensvereinigungen tätig werden. Zum anderen wird dadurch der unbefriedigende Rechtszustand, wonach bei einem amtswegigen Vorgehen des Kartellgerichts Ankläger und Richter in einer Institution zusammenfallen, beseitigt. Dies ist auch deshalb angezeigt, weil die Amtswegigkeit das Kartellgericht in jedem Fall des amtswegigen Tätigwerdens dem Vorwurf der Parteilichkeit aussetzen könnte. Die bislang allgemein anerkannte Autorität des Kartellgerichts könnte somit Gefahr laufen, ausgehöhlt zu werden. Die Einführung des Bundeskartellanwalts bringt hingegen eine klare Funktionstrennung zwischen der (wie ein Staatsanwalt) Anträge stellenden Verfahrenspartei Bundeskartellanwalt einerseits sowie dem rechtsprechenden Kartellgericht andererseits.

Neben der Ersetzung des Amtswegigkeitsprinzips durch einen Bundeskartellanwalt beim Kartellgericht sollen auch die bisher wenig effizienten Antragsbefugnisse der Sozialpartner als Amtsparteien beseitigt werden. Stattdessen soll im Ressortbereich des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit eine unabhängige Bundeswettbewerbsbehörde eingerichtet werden, die Verstöße gegen das Kartellgesetz aufgreift und ermittelt sowie beim Kartellgericht antragsbefugt ist. Diese Behörde soll auch in Einzelfällen mit der Europäischen Kommission bei der dezentralen Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts zusammenarbeiten.

Der Vorsitzende der Bundeswettbewerbsbehörde soll unabhängig gestellt werden, um eine von wettbewerbswidrigen Interessen losgelöste Wahrnehmung seiner Aufgaben sicherzustellen.

Bundeskartellanwalt und Bundeswettbewerbsbehörde sollen eng zusammenarbeiten, um dem berechtigten Anliegen der Wirtschaft nach einem "One-Stop-Shop" vor allem bei der Anmeldung von Zusammenschlüssen

Rechnung zu tragen; für Unternehmen und deren Berater wird statt der bisherigen Amtsparteien die Bundeswettbewerbsbehörde der einzige Ansprechpartner sein.

Bundeskartellanwalt und Bundeswettbewerbsbehörde sollen keine parallel agierenden, einander konkurrierenden Einrichtungen sein, sondern sich in ihrer Aufgabenerfüllung ergänzen. Man darf nicht übersehen, dass ein funktionierender Wettbewerb auch im Interesse der Wirtschaftspolitik, des funktionierenden Binnenmarkts, der Standortpolitik und des Konsumentenschutzes liegt.

#### **4. Weitere Punkte der Reform**

Mit der grundlegenden institutionellen Reform wird auch die Beteiligung der fachkundigen Laienrichter an der Kartellgerichtsbarkeit zeitgemäßer gestaltet: Bisher waren die fachkundigen Laienrichter sowohl in den Senaten des Kartellgerichts als auch des Kartellobergerichts gegenüber den Berufsrichtern in der Mehrheit. Im Sinne einer noch weitergehenden Professionalisierung sollen nunmehr im Verfahren vor dem Kartellgericht "Vierersenate" (zwei Berufsrichter, zwei fachkundigen Laienrichter mit Dirimierungsrecht des vorsitzenden Berufsrichters), in solchen vor dem Kartellobergericht "Fünfersenate" (drei Berufsrichter, zwei fachkundige Laienrichter) entscheiden.

Die bisher im Paritätischen Ausschuss institutionalisierte Mitwirkung der Kammern im kartellgerichtlichen Verfahren wird neu gestaltet; die Kammern können Gutachten über die ihren Wirkungskreis berührenden, für die Entscheidung des Gerichtes maßgeblichen Umstände erstatten und sind berechtigt, in allen kartellgerichtlichen Verfahren Stellungnahmen abzugeben. Weiters wird die bislang vorgesehene besondere Sachverständigenliste in Kartellangelegenheiten ersatzlos gestrichen.

Überdies erweitert der Entwurf den Anwendungsbereich von Entflechtungsmaßnahmen im Falle des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und verschärft die Sanktionen im Verfahren der Zusammenschlusskontrolle. Der Begriff der "Medienvielfalt" wird nunmehr auch gesetzlich klargestellt.

Abschließend sieht der Entwurf, dem Regierungsprogramm folgend, den Ersatz der im Kartellgesetz vorgesehenen strafrechtlichen Sanktionen durch ein Geldbußensystem vor. Der Wegfall der kartellrechtlichen Strafbestimmungen führt allerdings zu einer Lücke im Bereich der Korruption im Vergabewesen; den Empfehlungen der Arbeitsgruppe zur Bekämpfung der Korruption im Vergabewesen

aus dem Jahr 1999 folgend, wird diese Lücke durch die Schaffung eines neuen Straftatbestandes im Strafgesetzbuch geschlossen (Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen, § 168b).

## **II. Zuständigkeit des Bundes zur Gesetzgebung**

Der Umfang des geregelten Rechtsstoff geht über das Kartellgesetz 1988 grundsätzlich nicht hinaus. Die Zuständigkeit des Bundes zur Gesetzgebung beruht in dieser Beziehung nicht auf einem, sondern auf einer ganzen Reihe kompetenzrechtlicher Tatbestände. Um Wiederholungen zu vermeiden, darf in diesem Zusammenhang auf die sehr umfangreichen Ausführungen der Erläuterungen zur Regierungsvorlage des Kartellgesetzes verwiesen werden (473 BlgNR 13. GP, S. 25 f)

## **III. Verhältnis zu Rechtsvorschriften der Europäischen Union**

Die EG-Verträge und die Ausführungsverordnungen dazu enthalten unmittelbar anwendbare Wettbewerbsregeln, die von den Gemeinschaftsorganen vollzogen werden und deren sachlicher Anwendungsbereich durch die sogenannte Zwischenstaatlichkeitsklausel vom Anwendungsbereich des innerstaatlichen Kartellrechts abgegrenzt wird.

Eine inhaltliche Anpassung des österreichischen Kartellrechts an diese Wettbewerbsregeln ist somit grundsätzlich nicht erforderlich. Der Entwurf enthält jedoch Klarstellungen mit Beziehung auf die Anwendung des Wettbewerbsrechts der EG durch das Kartellgericht.

Im Übrigen werden die Vorgaben des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts durch den Entwurf eines vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit vorgelegten Wettbewerbsgesetzes erfüllt, welcher die diesbezüglichen Aufgaben der Bundeswettbewerbsbehörde (insbesondere Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten sowie der Europäischen Kommission) eingehend regelt.

## **IV. Finanzielle Auswirkungen**

Die institutionellen Änderungen im Justizbereich bewirken teils Einsparungen, teils Mehrkosten, die sich voraussichtlich weitgehend ausgleichen werden:

Einsparungen ergeben sich durch die Beseitigung der Amtswegigkeit im kartellgerichtlichen Verfahren. Hiefür ist im Zug der Erlassung der Kartellgesetznovelle 1999 ein personeller Mehraufwand nicht nur im Bereich der Richter des Kartellgerichts vorgesehen gewesen, sondern es sollte dem Kartellgericht auch fachkundiges Hilfspersonal zur Seite gestellt werden. Dieser Personalaufwand, der tatsächlich noch nicht realisiert worden ist, kann voraussichtlich den Mehraufwand, der durch die Einrichtung des Bundeskartellanwalts verursacht wird, zum Teil ausgleichen.

Die Verschiebung in der Zusammensetzung des Kartellgerichts und des Kartellobergerichts ist wohl weitgehend kostenneutral: Einerseits wird in den Senaten des Kartellgerichts ein Beisitzer mehr benötigt, andererseits fallen in den Senaten des Kartellobergerichts zwei fachkundige Laienrichter weg, deren Kosten ebenfalls von der Justiz getragen werden.



## **Besonderer Teil**

### **Zu Artikel I**

#### **Zu Z 1 (8a Abs. 2, § 25 Abs. 3, § 27 Abs. 2, § 30c Abs. 2, § 33 Abs. 2, § 37 und § 42a Abs. 5)**

Derzeit stehen den Amtsparteien neben ihrer Parteistellung in den im KartG vorgesehenen Verfahren bestimmte besondere Antragsrechte zu: Antrag auf Feststellung, Untersagung der Durchführung von Kartellen, Widerruf der Genehmigung eines Kartells, Untersagung der Durchführung einer vertikalen Vertriebsbindung, Auftrag zum Widerruf einer unverbindlichen Verbandsempfehlung, Abstellung des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sowie Feststellung der verbotenen Durchführung eines Zusammenschlusses.

Grundsätzlich sieht der Entwurf die Abschaffung der sozialpartnerschaftlichen Amtsparteien vor; es wäre aber unbillig, weiterhin das Antragsrecht Vereinigungen, die wirtschaftliche Unternehmerinteressen vertreten zuzugestehen, nicht aber solchen, die beispielsweise Arbeitnehmerinteressen wahrnehmen. Im Sinne einer Gleichbehandlung empfiehlt sich nunmehr die Erweiterung der zu individuellen Anträgen berechtigten Institutionen um die explizit genannten Sozialpartner Wirtschaftskammer Österreich, Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte sowie Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs.

#### **Zu Z 2 (§ 17 Abs. 1)**

Der vorgesehene Entfall des Paritätischen Ausschusses bedingt die Aufhebung der Wortfolge "nach Anhörung des Paritätischen Ausschusses (§ 112)".

#### **Zu Z 3 (§ 21)**

Die derzeit geltenden §§ 21 und 40 sehen für den Fall der verbotenen Durchführung eines Kartells und des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung als Ergänzung der strafrechtlichen Sanktionen eine Abschöpfung der Bereicherung durch das Kartellgericht vor. In dem nunmehr vorgesehenen Geldbußensystem sind diese zusätzlichen Sanktionen entbehrlich, da die - und zwar auch nur potentielle - Bereicherung gegebenenfalls durch die Bemessung der Geldbuße im Verhältnis zum Umsatz berücksichtigt werden kann. Damit fallen auch die

Beweisschwierigkeiten weg, die mit der Feststellung einer Bereicherung in der Regel verbunden sein werden.

#### **Zu Z 4 (§ 30e Abs. 1, § 42d Abs. 1)**

Der vorgesehene Entfall des Paritätischen Ausschusses hat auch jeweils die Aufhebung der Wortfolge "nach Anhörung des Paritätischen Ausschusses (§ 112)" zur Konsequenz.

#### **Zu Z 5 (§ 35 Abs. 2 Buchst. a und b)**

Die Anordnung von Entflechtungsmaßnahmen durch das Kartellgericht, die im § 35 KartG für den Fall vorgesehen sind, dass Medienunternehmen durch den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung die Medienvielfalt beeinträchtigen, soll (auch wenn dies nur in geringem Umfang möglich ist) erweitert werden: Die Voraussetzung des wiederholten Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung (§ 35 Abs. 2 Buchst. a KartG) entfällt. Die beiden weiteren Voraussetzungen (§ 35 Abs. 2 Buchst. b und c) genügen nämlich, um den Anwendungsbereich der Bestimmung sachgerecht abzugrenzen: Wenn schon nach **einem** vom Kartellgericht aufgegriffenen Missbrauchsfall feststeht, dass es ohne solche Maßnahmen zu weiteren Missbräuchen dieser Art kommen wird, dann ist nicht einzusehen, warum das Kartellgericht den Eintritt eines weiteren Missbrauchsfalls abwarten muss, bevor es geeignete Maßnahmen ergreifen darf.

#### **Zu Z 6 (§ 35 Abs. 2a)**

Diese Bestimmung stellt klar, dass unter dem Begriff "Medienvielfalt" im Sinne der Meinungsvielfalt nicht nur eine Vielfalt von "Titeln", ohne Rücksicht darauf, ob diese voneinander in ihrer Berichterstattung unabhängig sind, zu verstehen ist.

#### **Zu Z 7 (§ 40)**

Hiezu wird auf die Erläuterungen zu Z 3 verwiesen.

#### **Zu Z 8 (§ 42b Abs. 6)**

Die Sanktionen für die Zuwiderhandlung gegen Auflagen, die das Kartellgericht anlässlich der Nichtuntersagung eines Zusammenschlusses ausspricht, wird

nach dem Vorbild der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Fusionskontrollverordnung) durch die Ermöglichung von Entflechtungsmaßnahmen verschärft. Dies geschieht in dem neuen § 42b Abs. 6, der sich in der Formulierung an § 35 Abs. 2 KartG anlehnt. Ebenso wie mit Beziehung auf die verbotene Durchführung eines Zusammenschlusses (§ 42a Abs. 5 KartG) ist hier eine individuelle Antragsbefugnis sachgerecht. Durch das Tatbestandsmerkmal "unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit" soll klar gestellt werden, dass zB ein einmaliger, bloß leichter Verstoß nicht zur "ultima ratio", nämlich der Entflechtung, führen soll.

#### **Zu Z 9 (§ 42c Abs. 5)**

Hiezu wird auf die Erläuterungen zu Z 6 verwiesen.

#### **Zu Z 10 (§ 42f)**

Einem Wunsch der Praxis folgend stellt § 42f klar, dass das Kartellgericht in den Fällen, in denen die (unmittelbar anzuwendenden) Wettbewerbsregeln der EG Entscheidungen der Behörden der Mitgliedstaaten im Einzelfall vorsehen, das Kartellgericht die zuständige Behörde ist. § 42f Abs. 1 ist damit das Gegenstück zu § 3 Abs. 1 des Entwurfs eines Wettbewerbsgesetzes, wonach die Bundeswettbewerbsbehörde nur soweit die für die Durchführung der Wettbewerbsregeln zuständige österreichische Behörde ist, als nicht die Zuständigkeit der Gerichte gegeben ist.

Die allgemeine Formulierung des § 42f Abs. 1 (die insoweit dem Vorbild des § 50 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen folgt) macht die Aufzählung bestimmter Anwendungsfälle entbehrlich; die Regelung ist damit auch flexibler und muss nicht an jede Änderung im Gemeinschaftsrecht angepasst werden. Abgedeckt ist zB auch der Fall des Art. 7 der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (ABl L 336 vom 29.12.1999 S. 21), wonach die zuständige Behörde eines Mitgliedstaates den Vorteil der Anwendung dieser Verordnung mit Wirkung für das betroffene Gebiet entziehen kann.

Der Begriff der Verfahrensvorschriften des Kartellgesetzes, die vom Kartellgericht nach § 42f Abs. 1 auch in diesen Fällen anzuwenden sind, ist nach dem Zweck der Bestimmung weit auszulegen und umfasst nicht nur den VI. Abschnitt, sondern auch die in verschiedenen Bestimmungen geregelten Antragsbefugnisse. Das heißt, dass das Kartellgericht auch in diesen Fällen nicht von Amts wegen tätig wird, sondern je nach dem Gegenstand des Verfahrens auf Antrag einer Amtspartei oder eines individuellen Antragstellers.

#### **Zu Z 11 (§ 44)**

§ 44 über die Amtsparteien wird nicht aufgehoben, sondern die neugeschaffenen Behörden, nämlich die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt, treten an die Stelle der bisher als Amtsparteien vorgesehenen Institutionen. Hiefür sprechen mehrere Gründe:

- Die Bezeichnung "Amtsparteien" passt auf die "neuen" Amtsparteien genauso, wenn nicht besser, als auf die "alten" Amtsparteien.
- Die einschlägigen gesetzlichen Regelungen (Regelung der Parteistellung in § 44, Einräumung einer Reihe von Antragsrechten im materiellrechtlichen Teil des Kartellgesetzes, Einräumung besonderer Parteirechte im verfahrensrechtlichen Teil des Kartellgesetzes) sind auch für die "neuen" Amtsparteien sachgerecht.
- Die vorgesehene Art der Regelung erspart die sonst notwendigen Änderungen zahlreicher Bestimmungen des Kartellgesetzes, die sich auf die Amtsparteien beziehen; sie ist auch im Sinn eines möglichst bruchlosen Übergangs auf das neue System.

#### **Zu Z 12 (§ 44a)**

Mit der KartG-Nov 1999 wurde die Amtswegigkeit im kartellgerichtlichen Verfahren eingeführt. Im Zuge der nunmehrigen weitergehenden institutionellen Reform wird sie jedoch entbehrlich. Zur Begründung wird auf den Allgemeinen Teil und die Erläuterungen zu den Z 26 und 27 verwiesen.

#### **Zu Z 13 (§ 46), Z 14 (§ 47), Z 15 (§ 47)**

Der vorgesehene Entfall des Paritätischen Ausschusses hat jeweils die

Aufhebung der Wortfolge "nach Anhörung des Paritätischen Ausschusses (§ 112)" zur Folge.

#### **Zu Z 16 (§ 49)**

Nach dem Vorbild des derzeit noch in Geltung stehenden § 139 (Mitwirkung der Kammern im Strafverfahren) sieht der neu gefasste § 49 die "Mitwirkung der Kammern im kartellgerichtlichen Verfahren" vor. Einerseits sollen die Kammern in den ihren Wirkungskreis berührenden Bereichen verpflichtet sein, Gutachten über für die Entscheidung des Gerichtes maßgeblichen Umstände abzugeben; gleichzeitig wird den Kammern das Recht eingeräumt, in allen kartellgerichtlichen Verfahren Stellungnahmen abzugeben. § 49, der sich auf Einzelfälle bezieht, ergänzt somit § 15 WettbG, der die Einrichtung einer Wettbewerbskommission als beratendes Organ vorsieht, welches im Auftrag der Bundeswettbewerbsbehörde oder des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit Gutachten über allgemeine wettbewerbspolitische Fragestellungen erstatten soll. Beide Bestimmungen sollen sicherstellen, dass weiterhin der ökonomische Sachverstand der Kammern zur Verfügung steht.

#### **Zu Z 17 (§ 68a)**

Die Verordnungsermächtigung nach § 68a Abs. 3 folgt dem Vorbild des Art. 23 der EG-Fusionskontrollverordnung. Durch eine Verordnung nach dieser neuen Bestimmung sollen die in § 68a Abs. 1 nur sehr allgemein umschriebenen inhaltlichen Kriterien konkretisiert werden. Die Verordnungsermächtigung ermöglicht auch die Anordnung, dass Anmeldungen unter Verwendung eines Formblattes eingebracht werden müssen.

Die gegenständliche Regelung dient einer Erleichterung des Prüfungsverfahrens und ist auch im Interesse der Anmelder, da dadurch unvollständige Anmeldungen, die zu Verbesserungsaufträgen nach den §§ 65, 68a Abs. 2 führen, vermieden werden können.

#### **Zu Z 18 (§ 82 Z 3 Buchst. b)**

§ 82 Z 3 Buchst. b regelt die Gebührenzahlungspflicht bei amtswegig

eingeleiteten Verfahren. Infolge Beseitigung der Amtswegigkeit ist diese Bestimmung nunmehr obsolet und daher aufzuheben.

### **Zu Z 19 (§ 89 Abs. 1 Z 1), Z 20 (§ 89 Abs. 1 Z 2 und 3), Z 23 (§ 93)**

Ebenfalls bereits in den Materialien zu KartG-Nov 1999 findet sich als weiter im Auge zu behaltendes Anliegen die Beseitigung der Dominanz der fachkundigen Laienrichter im einfachen Senat des Obersten Gerichtshofes als Kartellobergericht. Tatsächlich sieht § 89 Abs. 1 Z 2 vor, dass die einfachen Senate aus einem Richter als Vorsitzenden, zwei weiteren Richtern und vier fachkundigen Laienrichtern zu bestehen haben. Drei Berufsrichter stehen also vier fachkundigen Laienrichtern gegenüber. Im Sinne einer Professionalisierung der kartellgerichtlichen Rechtsprechung soll nunmehr vorgesehen werden, dass das Stimmverhalten der Berufsrichter entscheidend sein soll.

Konsequenterweise wird dieses Prinzip auch auf die Senate des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht angewendet und dementsprechend vorgesehen, dass die Senate - anstatt aus einem Richter als Vorsitzenden und zwei fachkundigen Laienrichtern - nunmehr aus zwei Berufsrichtern sowie zwei fachkundigen Laienrichtern bestehen, wobei dem Vorsitzenden ein Dirimierungsrecht zukommen soll.

Ein Vergleich mit der Rechtslage in den anderen EU-Mitgliedstaaten zeigt, dass in der ganz überwiegenden Zahl die Letztentscheidungsbefugnis in Kartellrechtssachen ausschließlich einem - meist ausschließlich mit Berufsrichtern besetzten - Gericht zukommt.

### **Zu Z 21 (§ 91)**

Die derzeit im § 91 vorgesehene Möglichkeit, wonach der Senatsvorsitzende beim Oberlandesgericht Wien einen fachkundigen Laienrichter als Berichterstatter bestimmen kann, hat sich in der Praxis als totes Recht, erwiesen, da regelmäßig der Berufsrichter als Berichterstatter fungiert. § 91 kann daher aufgehoben werden.

### **Zu Z 22 (§ 92)**

Infolge Aufhebung der Amtswegigkeit ist die derzeit im § 92 vorgesehene Wendung "Einleitungsbeschlüsse (§ 44a) im Verfahren zur Abstellung des

Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und zur Prüfung von Zusammenschlüssen sowie" aufzuheben.

### **Zu Z 24 (§ 103)**

Auch für die im § 103 enthaltene Sonderregelung für sozialpartnerschaftlich nominierte Sachverständige in Kartellangelegenheiten, die in eine besondere Sachverständigenliste einzutragen sind, gibt es keine Rechtfertigung mehr. Dieser Regelung ist überdies ohnehin niemals praktische Bedeutung zugekommen.

### **Zu Z 25 (§ 111)**

Infolge Beseitigung des Paritätischen Ausschusses war der Wortlaut auch dieser Bestimmung sprachlich anzupassen.

### **Zu Z 26, Z 27 (§§ 112 bis 118)**

#### 1. Allgemeines

Der durch den Entwurf neu geschaffene Bundeskartellanwalt soll die nicht mehr in das neue System passende Amtswegigkeit im kartellgerichtlichen Verfahren ersetzen. Der Entwurf trägt damit der Kritik an der geltenden Regelung Rechnung, dass Ankläger und Richter nicht in einer Person vereinigt sein sollen.

Bei der Einrichtung des Kartellanwalts neben der Bundeswettbewerbsbehörde handelt es sich um keine unnötige Doppelgleisigkeit, sondern um eine sinnvolle Ergänzung: Die Bundeswettbewerbsbehörde hat die Aufgabe, möglichst umfassend über das Funktionieren des Wettbewerbs zu wachen und bei Bedarf einzuschreiten, und ist daher permanent in das wirtschaftliche Geschehen verwickelt.

Dagegen kommt dem Bundeskartellanwalt eine korrektive Bedeutung gegenüber der Bundeswettbewerbsbehörde zu. Zwar hat auch die Bundeswettbewerbsbehörde die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften zu vollziehen; sie wird ihre Aufgabe aber doch eher unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten sehen. Demgegenüber liegt beim Bundeskartellanwalt das Schwergewicht auf der Wahrung des Gesetzes.

Während die Bundeswettbewerbsbehörde unabhängig, also weisungsfrei ist, wird durch die Einrichtung des Kartellanwalts sichergestellt, dass die Vollziehung

des Kartellgesetzes nicht gänzlich von der politischen Verantwortung ausgenommen ist. Diese kommt dem Bundesminister für Justiz durch das Weisungsrecht gegenüber dem Bundeskartellanwalt zu. Sowohl nach dem Aufgabenbereich des Bundesministers für Justiz als auch nach der Tradition der Ausübung dieses Amtes kann erwartet werden, dass dieses Weisungsrecht nur sehr zurückhaltend ausgeübt wird und dass allfällige Weisungen sich ausschließlich an den Zielsetzungen des Kartellgesetzes orientieren.

## 2. Aufgaben

Die im § 112 des Entwurfs festgelegten Aufgaben des Bundeskartellanwalts werden in Anlehnung an den geltenden § 44a KartG umschrieben. Dies entspricht auch dem Konzept der Reform, dass der Tätigkeit des Bundeskartellanwalts gegenüber der Bundeswettbewerbsbehörde nur eine korrektive Bedeutung zukommen soll.

Diesem Gedanken entspricht es auch, dass der Bundeskartellanwalt Eingaben, in denen angeregt wird, den Antrag auf Einleitung eines Verfahrens vor dem Kartellgericht zu stellen oder eine Untersuchung in diese Richtung durchzuführen, ohne weitere Prüfung an die Bundeswettbewerbsbehörde zur weiteren Veranlassung weiterleiten kann.

So wie die "alten" Amtsparteien haben auch die "neuen" konkurrierende Antragsrechte. Das bedeutet unter anderem, dass Verfahrenshandlungen der einen Amtspartei die andere nicht binden; dies gilt insbesondere für den Verzicht auf die Einbringung eines Antrags oder eines Rechtsmittels und die Zurückziehung eines Antrags oder eines Rechtsmittels. Eine gegenteilige Regelung würde dem Zweck der Reform, dem Kartellgesetz möglichst wirkungsvoll zur Durchsetzung zu verhelfen, zuwiderlaufen. Im Übrigen kann erwartet werden, dass es zu einander widersprechenden Verfahrenshandlungen der beiden Amtsparteien nur in seltenen Ausnahmefällen kommen wird.

## 3. Zusammenwirken mit der Bundeswettbewerbsbehörde im Zusammenschlussverfahren (§§ 117, 118)

Es ist zu erwarten, dass Unternehmer, die die Anmeldung eines Zusammenschlusses beabsichtigen, an die Amtsparteien herantreten, um von ihnen zu erfahren, wie der Zusammenschluss beschaffen sein muss, damit diese keinen



Prüfungsantrag stellen.

Solche informelle Vorverhandlungen sind gesetzlich nicht geregelt, deswegen aber nicht unzulässig. Im Sinn der Aufgabenteilung zwischen Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt soll dieser derartige Vorverhandlungen der Bundeswettbewerbsbehörde überlassen. Da sich solche Vorverhandlungen im rechtsfreien Raum abspielen, steht es der Bundeswettbewerbsbehörde frei, ob und in welcher Weise sie den Bundeskartellanwalt einbeziehen will, und diesem steht es frei, ob und inwieweit er eine entsprechende Einladung der Bundeswettbewerbsbehörde annimmt.

Wie schon oben ausgeführt, wird der Bundeskartellanwalt in seiner Berechtigung, einen Prüfungsantrag zu stellen, durch Erklärungen der Bundeswettbewerbsbehörde nicht gebunden. Er muss jedoch, bevor er einen solchen Antrag stellt, der Bundeswettbewerbsbehörde stets Gelegenheit zur Stellungnahme geben, um ein unkoordiniertes Vorgehen zu verhindern. Insbesondere dann, wenn die Bundeswettbewerbsbehörde nach informellen Vorverhandlungen mit den Zusammenschlusswerbern beabsichtigt, keinen Prüfungsantrag zu stellen, ist zu erwarten, dass sie gegenüber dem Bundeskartellanwalt schon vorweg aus Eigenem eine entsprechende Stellungnahme abgibt.

In der Regel wird sich der Bundeskartellanwalt in diesem Fall gar nicht veranlasst sehen, selbst eine weitere Prüfung des angemeldeten Zusammenschlusses vorzunehmen. Der Entwurf sieht daher im § 118 auch ausdrücklich die Möglichkeit vor, dass der Bundeskartellanwalt gegenüber der Bundeswettbewerbsbehörde mit Wirkung auch gegenüber dem Kartellgericht auf die Stellung eines Prüfungsantrags verzichtet. Einer zwischen den Zusammenschlusswerbern und der Bundeswettbewerbsbehörde getroffenen Vereinbarung kann damit schon vorzeitig Rechtsbeständigkeit gesichert werden.

Das ändert aber nichts daran, dass dem Bundeskartellanwalt die selbständige Prüfung und gegebenenfalls die Stellung eines Prüfungsantrags aus den oben erwähnten Gründen nicht verwehrt sein darf. Dies ist auch deswegen notwendig, um die Stellung der Rechtsprechung im Bereich der Zusammenschlusskontrolle zu sichern. Hätte nämlich die Bundeswettbewerbsbehörde in diesem Bereich ein Antragsmonopol, dann könnte dies dazu führen, dass die Entscheidungstätigkeit des Kartellgerichts und des Kartellobergerichts in Angelegenheiten der Zusammenschlusskontrolle de facto obsolet wird. Denn Zusammenschlusswerber werden in

der Regel lieber die Forderungen der Bundeswettbewerbsbehörde erfüllen, als den mit einem gerichtlichen Prüfungsverfahren verbundenen Zeitverlust und das Risiko einer Untersagung des Zusammenschlusses auf sich zu nehmen.

#### 4. Dienstrecht (§§ 113 bis 115)

§ 113 regelt die Bestellung des Bundeskartellanwalts und des Bundeskartellanwalt-Stellvertreters. Beide sollen jeweils befristet für eine Funktionsperiode von fünf Jahren vom Bundespräsidenten bestellt werden. Dabei ist für die Funktion des Bundeskartellanwalts ein Vorschlag der Bundesregierung, für die Funktion des Bundeskartellanwalt-Stellvertreters ein Vorschlag des Bundesministers für Justiz einzuholen. Beide Funktionen sind jeweils vom Bundesminister für Justiz öffentlich auszuschreiben.

§ 114 legt die Bestellungs Voraussetzungen fest. Neben den Erfordernissen der persönlichen und fachlichen Eignung und des Abschlusses des rechtswissenschaftlichen oder wirtschaftswissenschaftlichen Studiums ist dabei das Erfordernis einer mindestens fünfjährige Berufserfahrung in Verwaltung, Rechtsprechung oder Wissenschaft auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts hervorzuheben; § 114 Abs. 5 normiert auch die Voraussetzungen für eine vorzeitige Abberufung (Enthebung).

§ 115 trifft die erforderlichen dienst- und besoldungsrechtlichen Bestimmungen.

§ 116 regelt die Führung der Kanzleigeschäfte des Kartellanwalts durch die Geschäftsstelle der Oberstaatsanwaltschaft Wien sowie die Zustellungen an den Bundeskartellanwalt und an den Bundeskartellanwalt-Stellvertreter. Es bietet sich sinnvollerweise an, von der Systematik her auf die vergleichbare Regelung im § 149n Abs. 5 der Strafprozeßordnung 1975, BGBl. Nr. 631, betreffend die Zustellungen an den Rechtsschutzbeauftragten und die Führung seiner Kanzleigeschäfte im Wege bzw. durch die Geschäftsstelle des Obersten Gerichtshofs zurückzugreifen.

#### **Zu Z 28 (§§ 119 bis 121, 122 Abs. 4, 125)**

Die Einrichtung der Bundeswettbewerbsbehörde macht mit Rücksicht auf die dieser Behörde zugedachten Aufgaben den Paritätischen Ausschuss für Kartellangelegenheiten überflüssig. Der XI. Abschnitt über den Paritätischen Ausschuss wird daher - im Ergebnis - zur Gänze aufgehoben (rechtstechnisch wird der frei

gewordene Platz für die neue Regelung des Kartellrechts verwendet). Die entsprechenden Bezugnahmen auf den Paritätischen Ausschuss im Kartellgesetz müssen - wie bereits mehrfach dargestellt - beseitigt werden. (wie zB im § 17 Abs. 1, § 30e Abs. 1, § 42d Abs. 1, §§ 46, 47, 49 und 111).

### **Zu Z 29 (§§ 129 bis 141), Z 30 (§§ 142 bis 143c)**

Das Regierungsprogramm sieht den Ersatz der im Kartellgesetz vorgesehenen strafrechtlichen Sanktionen durch ein Geldbußensystem vor. Der gemeinsame Vortrag des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit und des Bundesministers für Justiz konkretisiert dies dahingehend, dass das Sanktionensystem des Kartellgesetzes unter Bedachtnahme auf die Rechtsentwicklung in der EG geschehen soll.

Der Entwurf verwirklicht dieses Konzept wie folgt:

- Der XIV. Abschnitt, der die gerichtlichen Strafbestimmungen enthält wird zur Gänze aufgehoben.

- Die Straftatbestände der verbotenen Durchführung eines Kartells, einer vertikalen Vertriebsbindung oder eines Zusammenschlusses (§ 130), der verbotenen Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung (§ 131) und der Irreführung des Kartellgerichts (§ 132) werden in den § 142 (Bußgelder) übernommen.

- Kein Ersatz wird für die folgenden zwei Straftatbestände vorgesehen: Für den qualifizierten Tatbestand des Kartellmissbrauchs (§ 129) besteht in einem Geldbußensystem kein Bedarf, da er durch die verbotene Durchführung eines Kartells ohnehin abgedeckt ist und die vorgesehene Geldbußendrohung genug Spielraum lässt, die erschwerenden Umstände angemessen zu berücksichtigen. Lediglich soweit § 129 auch zur Abdeckung von Bieterabsprachen im Vergabeverfahren herangezogen wurde, soll - nach deutschem Vorbild - ein Ersatztatbestand geschaffen werden (vgl. Art. II). Der Tatbestand der Ausübung sittenwidrigen Drucks nach § 133 wiederum wäre in einem Geldbußensystem ein Fremdkörper und hat auch im Wettbewerbsrecht der EG keine Parallele; im Übrigen ist § 133 ohnehin nur ein subsidiärer Tatbestand.

- Der Entwurf verwendet statt des Begriffs "Bußgeld" im geltenden § 142 den gebräuchlicheren Begriff der "Geldbuße" (das geltende Kartellgesetz unterscheidet zwischen "Geldbußen", die nach § 136 vom Strafgericht verhängt werden, und "Bußgeldern" die nach § 142 vom Kartellgericht auferlegt werden; durch die

Aufhebung der strafrechtlichen Bestimmung des § 136 wird der Begriff der "Geldbuße" für die Bezeichnung der kartellgerichtlichen Sanktion frei).

- Die Tatbestände der §§ 130 und 131 finden sich im Entwurf in der neuen Z 1 des § 142. Die Obergrenze der Geldbuße entspricht Art. 15 Abs. 2 der EG-VO Nr. 17; die Untergrenze wurde hingegen am derzeit geltenden § 142 Z 1 ausgerichtet.

- Der Tatbestand des § 132 ist in die geltende Z 1 Buchst. b des § 142 (unrichtige oder unvollständige Angaben in einer Anzeige nach § 30b) eingearbeitet worden; im Entwurf ist dies nunmehr § 142 Z 2 Buchst. a.

- Der Tatbestand des geltenden § 142 Z 1 Buchst. f wird als gegenstandslos aufgehoben.

- Die übrigen Tatbestände des geltenden § 142 (Z 1 Buchst. a, c bis e und g, Z 2 und 3) bleiben unverändert; sie finden sich im Entwurf in § 142 Z 2 Buchst. b bis f, Z 3 und 4.

- In den § 143 über die Bemessung der Geldbuße ist mit Beziehung auf die verbotene Durchführung eines Kartells ein weiteres Kriterium aufgenommen worden, nämlich die Mitwirkung an der Aufklärung der Rechtsverletzung; dies kann sich vor allem als Milderungsgrund auswirken, wenn ein an einem verbotenen Kartell beteiligter Unternehmer an der Aufdeckung und Verfolgung dieses Kartells mitwirkt. Mit Beziehung auf die anderen Tatbestände des § 142 ist dieses Kriterium hingegen ohne Bedeutung.

- § 143b sieht als Ersatz für den aufgehobenen § 134 (Veröffentlichung strafgerichtlicher Urteile) die Veröffentlichung entsprechender Entscheidungen des Kartellgerichts vor.

- Der geltende XV. Abschnitt über das Bußgeldverfahren sieht keine Verjährungsregelung vor; für die Straftatbestände der §§ 130 bis 132 gelten hingegen die allgemeinen Verjährungsregeln des Strafrechts. Die Übernahme dieser Tatbestände in das Geldbußensystem lässt es sachgerecht erscheinen, auch hier eine Verjährungsregelung einzuführen. Dies geschieht im § 143c nach dem Vorbild der derzeit für die Abschöpfung der Bereicherung geltenden Regelung (§ 21 Abs. 2).

- Die derzeit geltenden §§ 21 und 40 sehen für den Fall der verbotenen Durchführung eines Kartells und des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung als Ergänzung der strafrechtlichen Sanktionen eine Abschöpfung der Bereicherung durch das Kartellgericht vor. In dem nunmehr vorgesehenen Geldbußensystem sind diese zusätzlichen Sanktionen entbehrlich, da die - und zwar auch nur

potentielle - Bereicherung gegebenenfalls durch die Bemessung der Geldbuße im Verhältnis zum Umsatz berücksichtigt werden kann. Damit fallen auch die Beweisschwierigkeiten weg, die mit der Feststellung einer Bereicherung in der Regel verbunden sein werden.

### **Zu Z 31 (§ 51 Z 1), Z 32 (§ 151 Z 4)**

Die Vollziehungsklausel war entsprechend den vorgeschlagenen Aufhebungen bzw. Modifizierungen anzupassen.

### **Zu Artikel II**

Bei der strafrechtlichen Beurteilung bzw. Ahndung von Malversationen im Zuge eines Vergabeverfahrens, namentlich von Bieterabsprachen ("Submissionskartellen"), wurde in der jüngeren Vergangenheit - vor allem je nach Beweislage - unterschiedlich vorgegangen. Teils wurde nur Betrug angenommen, teils auch ein Verstoß gegen das Kartellgesetz, zum Teil wurde weder der eine noch der andere Tatbestand als erweislich erachtet.

Der Schlussbericht der Arbeitsgruppe zur Bekämpfung von Korruption im Vergabewesen, die im Jahr 1998 aus gegebenem Anlass vom Präsidenten des Rechnungshofs unter Beteiligung des Finanz-, des Wirtschafts- und des Justizministers eingesetzt worden war und aus Beamten dieser Ressorts sowie des Rechnungshofs bestand, hielt dazu im Jahr 1999<sup>1</sup> Folgendes fest:

*"Im Übrigen kann davon ausgegangen werden, dass Malversationen durch oder im Zusammenhang mit sogenannten Submissionskartellen (Bieterabsprachen) regelmäßig den Tatbestand des Betruges verwirklichen. Voraussetzung hierfür ist jedoch der Nachweis eines Schadens. Für den Fall, dass ein solcher nicht eingetreten oder nicht beweisbar ist, bedarf es eines gerichtlich strafbaren Auffangtatbestandes. Dieser stünde in Form des § 129 des Kartellgesetzes (Kartellmissbrauch) zur Verfügung, der mit einer Strafdrohung bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe ausreichend strafbewehrt erscheint, allerdings in der Praxis bislang kaum Bedeutung gehabt hat; insbesondere fehlt - soweit überblickbar - eine gesicherte österreichische Judikatur zur Frage der Strafbarkeit von Submissionskartellen nach beiden Tatbeständen bzw. nach welchen dieser Tatbestände (Betrug und/oder Kartellgesetz). Es ist zu*

---

<sup>1</sup> Bericht der Arbeitsgruppe zur Bekämpfung von Korruption im Vergabewesen, herausgegeben vom Rechnungshof im Februar 1999, hier: 22.

*erwarten, dass diese Fragen in den derzeit anhängigen Strafverfahren oberstgerichtlich ausjudiziert werden. Sollte sich dabei eine Strafbarkeitslücke ergeben, empfiehlt die Arbeitsgruppe, dass - ähnlich wie in Deutschland - ein entsprechender Auffangtatbestand geschaffen wird."*

Mittlerweile hat der Oberste Gerichtshof die Strafbarkeit wegen Betrug, was naturgemäß die Annahme eines Vermögensschadens voraussetzt, bejaht.<sup>2</sup> Im Schrifttum äußerte sich STEININGER in dieselbe Richtung.<sup>3</sup> Dabei wurde auch die Auffangfunktion der einschlägigen Strafbestimmungen des Kartellgesetzes bestätigt.

An Strafbedürfnis und Strafwürdigkeit im Sinne der Notwendigkeit eines gerichtlichen Kriminalstraftatbestandes besteht insofern nach wie vor kein Zweifel.

Die Ausgestaltung des neu vorgeschlagenen Straftatbestandes orientiert sich am deutschen § 298 StGB. Auch in Deutschland war die Diskussion um die Frage der Strafbarkeit wegen Betrug zunächst kontroversiell geführt, letztlich aber auch höchstgerichtlich bejaht worden. Dennoch wurde in Form des § 298 StGB ein eigener gerichtlich strafbarer (Auffang)Tatbestand geschaffen, zumal die Ausgangslage in Deutschland immer schon so war, wie sie für das österreichische Recht ohne entsprechende Vorkehrungen eintreten würde: Für den Fall, dass ein Betrugsschaden nicht nachgewiesen werden konnte, konnte nach deutschem Recht (ohne den neuen gerichtlichen Tatbestand) nur eine Geldbuße nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht verhängt werden, was als dem Unwertgehalt nicht adäquat angesehen wurde<sup>4</sup>.

Auch die Übernahme der Sonderform der tätigen Reue erscheint zweckmäßig.

Hinsichtlich der Strafdrohung folgt die neu vorgeschlagene Bestimmung der bisher in § 129 KartellG vorgesehenen.

### **Zu Artikel III**

---

<sup>2</sup> 14 Os 107/99-45

<sup>3</sup> RZ 2000, 116 ff.

<sup>4</sup> Vgl dazu die Begründung des Gesetzentwurfs der Abgeordneten Norbert Geis u.a. zur Bekämpfung der Korruption, Bundestags-Drucksache 13/5584, hier: 9; Text und Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung ist ident – vgl dazu Bundestags-Drucksache 13/6424, hier: 4.

- Art. III stellt sicher, dass kartellgerichtliche Verfahren, die vor dem Inkrafttreten der Novelle von Amts wegen oder auf Antrag einer "alten" Amtspartei eingeleitet worden sind, zu Ende geführt werden können.

- Ebenso stellt Art. III sicher, dass der Paritätische Ausschuss die Gutachten, die ihm vor dem Inkrafttreten der Novelle aufgetragen worden sind, noch erstatten kann. Die hierfür eingeräumte Frist von drei Monaten ab Inkrafttreten der Novelle muss für Gutachten im kartellgerichtlichen Verfahren ausreichen, da solche Gutachten nach § 49 Abs. 4 ganz allgemein binnen drei Monaten zu erstatten sind. Für Gutachten im Auftrag des Bundesministers für Justiz über die Wettbewerbslage in einzelnen Wirtschaftszweigen nach § 112 Abs. 2 könnte diese Frist unter Umständen knapp werden; dass daraus tatsächlich Schwierigkeiten entstehen könnten, ist jedoch nicht zu erwarten, da der Bundesminister für Justiz zumindest nach der Beschlussfassung über die Novelle die vorliegende Regelung berücksichtigen kann und von einer Auftragserteilung an den Paritätischen Ausschuss absehen wird, wenn die zur Verfügung stehende Zeit nicht mehr ausreichend ist.

- Die Aufhebung des § 103 über Sachverständige in Kartellangelegenheiten erfordert hingegen keine Übergangsbestimmung: Wenn eine im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle in die besondere Sachverständigenliste eingetragene Person in einem kartellgerichtlichen Verfahren als Sachverständiger bestellt worden ist, ändert die Aufhebung des § 103 nichts an seiner Stellung im konkreten Verfahren zumal es sich ohnehin stets um allgemein beeidete gerichtliche Sachverständige handelt.

- Die neuen Geldbußentatbestände nach § 142 Z 1 und Z 2 Buchst. a ersetzen die Straftatbestände des geltenden Kartellgesetzes. Bei der Abgrenzung des zeitlichen Geltungsbereichs der beiden Regelungen ist jedoch zu bedenken, dass sich die jeweiligen Sanktionen nicht gegen dieselben Personen richten: Die Straftatbestände richten sich gegen die tätig werdenden natürlichen Personen, die Geldbußentatbestände jedoch gegen die beteiligten Unternehmen. Es ist daher sachgerecht, dass diese neuen Sanktionen nicht auf Sachverhalte angewendet werden, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes verwirklicht worden sind. Um einen lückenlosen Übergang vom alten auf das neue System sicherzustellen, ist es daher notwendig, dass die strafrechtlichen Bestimmungen auf strafbare Handlungen, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes begangen worden sind, weiter angewendet werden.

- Nach Meinung des Bundesministeriums für Justiz erfordert der neue § 42b Abs. 6, der unter bestimmten Voraussetzungen nachträgliche Entflechtungsmaßnahmen ermöglicht, keine besondere Übergangsregelung, da die allgemeinen Regeln über die zeitliche Anwendbarkeit von Gesetzen zu sachgerechten Ergebnissen führen:

Z 1 kann nur dann angewendet werden, wenn die unrichtigen oder unvollständigen Angaben, die zur Nichtuntersagung geführt haben, nach dem Inkrafttreten des Gesetzes gemacht worden sind. Gesah dies hingegen vor dem Inkrafttreten des Gesetzes, können Maßnahmen nach § 42b Abs. 6 auch dann nicht mehr aufgetragen werden, wenn der Sachverhalt dem Kartellgericht erst nach dem Inkrafttreten des Gesetzes bekannt wird.

Im Fall der Z 2 kommt es für die Anwendbarkeit des § 42b Abs. 6 darauf an, ob einer Auflage nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zuwidergehandelt wird; hingegen ist es unerheblich, ob die Nichtuntersagung, mit der die Auflagen verbunden sind, vom Kartellgericht vor oder nach dem Inkrafttreten des Gesetzes ausgesprochen worden sind.