

# **Kartellrecht vs Strafrecht: Herausforderungen der Doppelbestrafung**

**RA Dr. Axel Reidlinger**

**Forum Wettbewerbsrecht 2024**

**Festsaal des OGH, Justizpalast**

**18. November 2024**

## Übersicht

- ▶ Submissions- bzw. Bieterabsprachen – rechtliche Grundlagen
- ▶ Anwendbare gesetzliche Verbote und Sanktionen
- ▶ Doppelbestrafungsverbot (*Ne bis in idem*)  
(insb Art 4 7. ZP-EMRK sowie Art 50 EU-Grundrechtecharta)
- ▶ *Ne bis in idem* für Kartell- und Strafrecht
- ▶ Entwicklung in Österreich zu „ne bis in idem“  
für das Kartellverbot und § 168b StGB
- ▶ OGH als KOG 17.5.2024, 16 Ok 5/23f, „Meinungsforschungskartell“
- ▶ OGH als KOG 16.10.2024, 16 Ok 6/23b, „Tischlereikartell“
- ▶ Stellungnahme

# Submissions- bzw. Bieterabsprachen - rechtliche Grundlagen

Vereinbarungen zwischen (potenziellen) Bietern  
betreffend in einem Vergabeverfahren über

- ▶ die Nichtabgabe eines Angebots
- ▶ die Legung eines (preislich höheren) Scheinangebots / „Deckangebots“
- ▶ die Zurückziehung eines Angebots



Dadurch können verschiedene Verbotstatbestände erfüllt werden:

## Kartellrecht

- ▶ Bieterabsprachen sind grundsätzlich „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkungen (Preisabsprache und Marktaufteilung)

## Strafrecht

- ▶ § 168b StGB: „Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren“
- ▶ Mit zusätzlichen Sachverhaltselementen uU sogar §§ 146ff StGB: (schwerer / gewerbsmäßiger) Betrug

# Gesetzliche Verbote und Sanktionen (1)

## § 1 Kartellgesetz (fast wortgleich Art 101 AEUV)

(1) **Verboten** sind alle **Vereinbarungen zwischen Unternehmern**, Beschlüsse von Unternehmervereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (Kartelle).

(2) Nach Abs. 1 sind **insbesondere verboten**

1. die unmittelbare oder mittelbare **Festsetzung der An- oder Verkaufspreise** oder sonstiger Geschäftsbedingungen;
2. [...];
3. die **Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen**;
4. [...];
5. [...].

# Gesetzliche Verbote und Sanktionen (2)

## § 1 Abs 2 Z 3 KartG: Markt- bzw Kundenaufteilung

Die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen zwischen Wettbewerbern ist neben Preisabsprachen wohl die häufigste und kartellrechtlich verpönte Wettbewerbsbeschränkung, weil sie durch Zuweisung einzelner Kunden oder Gebiete an bestimmte Marktteilnehmer den Wettbewerb de facto völlig ausschließt.

**Verboten sind die Auf- bzw. Zuteilung zwischen Wettbewerbern von**

- Gebieten,
- Märkten je nach Produkten / Dienstleistungen,
- Kunden sowie
- Bezugs- und Versorgungsquellen.

# Gesetzliche Verbote und Sanktionen (3)

## Sanktion für Verstöße gegen das Kartellverbot:

### *§ 29 KartG: Geldbußentatbestände*

*(1) Das Kartellgericht hat Geldbußen zu verhängen, und zwar*

*1. bis zu einem Höchstbetrag von 10 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes gegen einen Unternehmer oder eine Unternehmervereinigung, der oder die vorsätzlich oder fahrlässig*

*a) dem Kartellverbot (§ 1) [...] zuwiderhandelt, ...*

# Gesetzliche Verbote und Sanktionen (4)

## **§ 168b StGB Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren**

*(1) Wer bei einem Vergabeverfahren einen Teilnahmeantrag stellt, ein Angebot legt oder Verhandlungen führt, **die auf einer rechtswidrigen Absprache beruhen**, die darauf abzielt, den Auftraggeber zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.*

*(2) Nach Abs. 1 ist nicht zu bestrafen, wer freiwillig verhindert, dass der Auftraggeber das Angebot annimmt oder dieser seine Leistung erbringt. ....*

# Gesetzliche Verbote und Sanktionen (5)

## § 168b StGB Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren

**Der Begriff „Vergabeverfahren“ wird nach der OGH-Rsp sehr weit definiert:**

▶ OGH 21.11.2023, 11 Os 112/23i

1. *Der Wortlaut des § 168b StGB unterscheidet nicht zwischen öffentlichen und privaten Auftraggeber; private Auftraggeber sind vom Anwendungsbereich umfasst.*

2. *Der Wortlaut des § 168b StGB beschränkt nicht auf Verfahren nach dem BVergG; er umfasst Verfahren zur Beschaffung von Leistungen, dabei stellt er nicht auf ein an formalrechtlichen Regeln gebundenes Procedere ab.*



# Gesetzliche Verbote und Sanktionen (6)

## **EXKURS: § 146 StGB: Betrug**

*Wer mit dem **Vorsatz**, durch das Verhalten des Getäuschten sich oder einen Dritten unrechtmäßig zu bereichern, jemanden durch **Täuschung über Tatsachen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung verleitet, die diesen oder einen anderen am Vermögen schädigt**, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.*

*Qualifikationen (gewerbsmäßig, schwer) – bis zu 10 Jahre Freiheitsstrafe*

# Gesetzliche Verbote und Sanktionen (7)

Sanktionen gegen Unternehmen („Verbände“) nach VbVG für Verstöße gegen § 168b StGB:

## **§ 4 VbVG: Verbandsgeldbuße**

*(1) Ist ein Verband für eine Straftat verantwortlich, so ist über ihn eine Verbandsgeldbuße zu verhängen.*

*(2) Die Verbandsgeldbuße ist in Tagessätzen zu bemessen. Sie beträgt mindestens einen Tagessatz.*

*(3) Die Anzahl der Tagessätze beträgt [...] bis zu 85, wenn die Tat mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bedroht ist, [...]*

*(4) Der Tagessatz ist nach der Ertragslage des Verbandes unter Berücksichtigung von dessen sonstiger wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit zu bemessen. Er ist mit einem Betrag festzusetzen, der dem 360. Teil des Jahresertrages entspricht oder diesen um höchstens ein Drittel über- oder unterschreitet, mindestens jedoch mit 50 und höchstens mit 30 000 Euro. [...]*

→ Für § 168b (Strafdrohung drei Jahre) Verbandsgeldbuße bis zu rund EUR 2 Mio

# Doppelbestrafungsverbot (*Ne bis in idem*) (insb Art 4 7. ZP-EMRK sowie Art 50 GRCh)

- ▶ Art 4 7. ZP-EMRK. *„Niemand darf wegen einer Straftat, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut verfolgt oder bestraft werden.“*
- ▶ Art 50 f EU-Grundrechte-Charta (GRCh): *„Niemand darf wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden.“*

Der Wortlaut setzt jeweils eine (rechtskräftige) Verurteilung (conviction) oder einen Freispruch (acquittal) im „ersten Verfahren“ voraus.

# *Ne bis in idem für Kartell- und Strafrecht (1)*

- ▶ Das Verbot der Doppelbestrafung spielt im Verhältnis zwischen Kartellrecht und Strafrecht in jenen Fällen eine Rolle, wo **ein und derselbe Verhaltenstatbestand sowohl nach Kartellrecht als auch nach Strafrecht sanktioniert werden kann.**
- ▶ Die Durchführung eines Kartellverfahrens und eines Strafprozesses wegen derselben Fakten könnte unter bestimmten Umständen als Verstoß gegen das Doppelbestrafungsverbot betrachtet werden, insbesondere wenn in beiden Fällen innerstaatliche Behörden tätig werden.
- ▶ Naturgemäß kann die Anwendung des Doppelbestrafungsverbots nur für jene Sachverhaltstatbestände eine Rolle spielen, die sowohl von kartellrechtlichen Verboten als auch von (hier: kriminal)strafrechtlichen Straftatbeständen erfasst sind.
- ▶ Wichtigster Fall für eine mögliche Anwendung: Bieterabsprachen

## *Ne bis in idem für Kartell- und Strafrecht (2)*

- ▶ Da einer **Kartellgeldbuße** „**strafrechtsähnlicher Charakter**“ zukommt und ein Kartellgeldbußenverfahren daher in den Anwendungsbereich des Art 6 EMRK fällt, würde das Doppelbestrafungsverbot des Art 4 7. ZP EMRK bzw Art 50 GRC bedeuten, dass eine **Sperrwirkung** des strafgerichtlichen Verfahrens im Sinne des Doppelbestrafungsverbots im Hinblick auf das **Kartellverfahren** eintritt.
- ▶ Das **KartG** enthält **keine Regelung** der Frage, ob die Teilnahme an einem Submissionskartell nur nach § 168b StGB zu bestrafen ist oder ob dafür auch nach § 29 KartG eine Geldbuße verhängt oder nach § 28 KartG eine **Zu widerhandlung** gegen das Kartellverbot festgestellt werden kann („keine verfahrensrechtlichen Kollisionsregelungen“).

# *Ne bis in idem für Kartell- und Strafrecht (3)*

## **Identität des Beschuldigten in „beiden“ Verfahren**

- ▶ Das Kartellverbot im österreichischen Recht und im Unionsrecht richtet sich ausschließlich an „**Unternehmer**“ bzw „**Unternehmen**“.
- ▶ Daher kann das Doppelbestrafungsverbot („ne bis in idem“) für Kartellrecht und Strafrecht nur zur Anwendung kommen, soweit **dasselbe Unternehmen** den Tatbestand des Kartellverbots (ggf des Missbrauchsverbots) und einen strafrechtlichen Tatbestand verwirklicht.

Nach § 3 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (**VbVG**) ist ein Verband (u.a. jede juristische Person oder eingetragene Personengesellschaft) [...] für eine Straftat verantwortlich, wenn

1. die Tat zu seinen Gunsten begangen worden ist oder
2. durch die Tat Pflichten verletzt worden sind, die den Verband treffen.

Eine Straftat im Sinne des VbVG ist eine nach einem Bundes- oder Landesgesetz mit gerichtlicher Strafe bedrohte Handlung (§ 1 VbVG).

## *Entwicklung in Österreich zu „ne bis in idem“ für das Kartellverbot und § 168b StGB (1)*

### **Diskussion seit vielen Jahren im Gang: These der Befürworter**

- ▶ Ein Kartell nach § 1 KartG und der Tatbestand des § 168b bilden eine einheitliche prozessuale Tat bilden und sind als „idem“ zu betrachten, weil beide gesetzlichen Verbote **dasselbe Rechtsgut schützen** sollen, nämlich den **freien Wettbewerb**.
- ▶ Nach dieser These wird durch die Sanktionierung eines Submissionskartells auf Basis von § 168b StGB einerseits und von § 29 Z 1 KartG andererseits **derselbe Unrechts- und Schuldgehalt doppelt geahndet**, weil durch beide Bestimmungen die Bildung eines Kartells in einem Vergabeverfahren sanktioniert wird.
- ▶ Kriminalstrafrechtliche Sanktionen und Kartellgeldbußen dienen in solchen Fällen gerade nicht komplementären Zwecken und genügen auch nicht den Voraussetzungen des integrierten Ansatzes iSd Rsp des EGMR.
- ▶ In diesen Fällen soll daher die rechtskräftige Verurteilung wegen des einen Tatbestands die Verfolgung wegen des anderen ausschließen.

## Entwicklung in Österreich zu „ne bis in idem“ für das Kartellverbot und § 168b StGB (2)

- ▶ Nach Ansicht mancher Befürworter besteht sogar ein „**Doppelverfolgungsverbot**“ - demnach tritt die Sperrwirkung im jeweils anderen Verfahren bereits durch die Eröffnung eines Verfahrens ein.
- ▶ Treffen staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren und wettbewerbsbehördliche Ermittlungsmaßnahmen zusammen, so hat nach Ansicht von *Dannecker* das **Strafrecht Vorrang** (als schärfstes Sanktionsmittel des Staates aufgrund des erhöhten Unrechts- und Schuldgehalts der Straftat).
- ▶ Somit *„müsste die Reaktion dergestalt sein, dass die Amtsparteien von der Antragstellung auf Verhängung einer Geldbuße beim Kartellgericht absehen.“* (Müller/Müller, „Ne bis in idem: Geldbußen und Kriminalstrafen für Submissionskartelle“, wbl 2014 61 (69))
- ▶ Siehe aber Art 13 (4) RL 2019/1: *„Die nationalen Rechtsvorschriften, die die Verhängung von Sanktionen in strafrechtlichen Gerichtsverfahren ermöglichen, bleiben von diesem Artikel unberührt, sofern sich die Anwendung dieser Rechtsvorschriften nicht auf die wirksame und einheitliche Durchsetzung der Artikel 101 und 102 AEUV auswirkt.“*



## Entwicklung in Österreich zu „ne bis in idem“ für das Kartellverbot und § 168b StGB (3)

- ▶ Andere Autoren verneinten hingegen einen Verstoß gegen das Doppelbestrafungsverbot, weil es sich bei § 168b StGB und § 29 KartG um komplementäre rechtliche Antworten auf sozialschädliche Verhaltensweisen handle, unterschiedliche Rechtsgüter geschützt würden und die Möglichkeit einer Koordinierung der Verfahren (im Wege der Amtshilfe) bestehe.
- ▶ **Bis Mai 2024 lag keine Rechtsprechung zur Anwendung des Doppelbestrafungsverbots auf Submissionsabsprachen (einerseits nach § 29 Z 1 KartG und andererseits als Verstoß gegen § 168b StGB) vor.**
- ▶ **Eine höchstgerichtliche Klärung dieser wichtigen Frage - uU sogar nach Einbeziehung des EuGH im Wege der Vorabentscheidung zur Anwendung von Art 4 7. ZP EMRK bzw Art 50 GRC - wurde in den letzten Jahren erwartet, als schon zahlreiche Ermittlungsverfahren betreffend Bieterabsprachen parallel bei der WKStA und bei der BWB anhängig waren und teilweise auch schon zu Geldbußenanträgen an das Kartellgericht und zur Verhängung von Geldbußen geführt hatten.**
- ▶ In manchen Kartellverfahren (für die parallel Strafverfahren anhängig waren) wurde das Argument entweder gar nicht vorgetragen oder wieder zurückgezogen (jeweils zur Erreichung eines Settlements mit der BWB).

## Entwicklung in Österreich zu „ne bis in idem“ für das Kartellverbot und § 168b StGB (4)

Nun hat der **OGH als Kartellobergericht** in zwei Entscheidungen

- ▶ aus Mai 2024 („Meinungsforschungskartell“), 16 Ok 5/23f bzw
- ▶ aus Oktober 2024 („Tischlereikartell“), 16 Ok 6/23b

die Anwendung des **Doppelbestrafungsverbots** in solchen Fällen **abgelehnt**.

In beiden Fällen hatte zuvor das **Kartellgericht** im Jahr 2023 das **Doppelbestrafungsverbot** wegen zuvor erfolgter rechtskräftiger Erledigung des Strafverfahrens **angewendet** und deshalb die Feststellungs- bzw Geldbußenanträge der BWB im relevanten Umfang zurückgewiesen. Der OGH als KOG hat diese Beschlüsse (aufgrund von Rekursen von BWB bzw Bundeskartellanwalt) aufgehoben.

KOG 17.5.2024, 16 Ok 5/23f

## „Meinungsforschungskartell“ (1)

**Begründung des Kartellgerichts für die Anwendung des Doppelbestrafungsverbots (zitiert nach der KOG-E)**

*§ 168b StGB verfolge den selben Zweck wie § 1 iVm § 29 KartG, nämlich den Schutz des Wettbewerbs (im Vergabeverfahren) und damit des Vermögens des Auftraggebers. ... Einer strafrechtlichen Verurteilung nach § 168b StGB komme **dieselbe Feststellungswirkung für den Geschädigten** zu wie einer kartellrechtlichen Feststellung. .... Die Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen § 1 KartG bringe ebenso wie eine strafrechtliche Verurteilung einen „**staatlichen Tadel**“ zum Ausdruck. ...*

***Straf- und Kartellverfahren seien - im Sinn der Judikatur des EGMR und des EuGH - auch nicht hinreichend koordiniert, da das Verhältnis beider Verfahren weitgehend un geregelt sei. Es sei auch nicht gewährleistet, dass beide Verfahren in einem engen zeitlichen Zusammenhang geführt würden. Schließlich bestehe auch keine Regelung über eine Anrechnung oder Berücksichtigung der im jeweils anderen Verfahren verhängten Sanktion.***

# KOG 17.5.2024, 16 Ok 5/23f

## „Meinungsforschungskartell“ (2)

*OGH als KOG - Doppelbestrafungsverbot ist nicht anwendbar:*

### *3. Komplementäre Sanktionen*

#### *3.3.1 Grundsätzliches*

*[90] Wie dargelegt judiziert der EGMR seit seiner Entscheidung A und B/Norwegen, dass das Doppelbestrafungsverbot nicht verletzt werde, wenn zwischen zwei Verfahren „eine ausreichend enge Verbindung in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht bestehe“. Es könnten für ein sozialschädliches Verhalten „komplementäre rechtliche Reaktionen“ in verschiedenen Verfahren vorgesehen werden, die ein zusammenhängendes Ganzes bilden, um unterschiedliche Aspekte des betreffenden sozialen Problems anzusprechen. Die kumulierten rechtlichen Antworten dürften allerdings keine exzessive Last für das betroffene Individuum darstellen, beide Verfahren müssten als Folge des strafbaren Verhaltens vorhersehbar sein und Doppelgleisigkeiten bei der Sammlung und Würdigung von Beweisen müssten (insbesondere durch Interaktion zwischen den Behörden) vermieden werden.*

# KOG 17.5.2024, 16 Ok 5/23f

## „Meinungsforschungskartell“ (3)

### 3.3.2. Zum Vorliegen dieser Voraussetzungen

[91] 3.3.2.1. Die Gesetzesmaterialien (ErläutRV 1005 BlgNR XXI. GP 15) nennen zwar die „Sicherstellung eines funktionierenden Wettbewerbs“ als allgemeines Ziel des Bundesgesetzes, mit dem auch § 168b StGB eingefügt wurde .... Konkret zu § 168b StGB weisen die Materialien allerdings auf die besondere Bedeutung dieser Bestimmung für den Fall hin, dass ein Betrugsschaden nicht nachgewiesen werden könne (aaO 33 f). § 168b StGB betreffe Fälle, bei denen zwar eine Submissionsabsprache aber kein konkreter Vermögensschaden erweislich sei. Für diesen Fall sei eine bloße kartellrechtliche Geldbuße nicht adäquat. Dies legt nahe, dass der Gesetzgeber bereits die Gefährdung des Vermögens des Auftraggebers im Vergabeverfahren als schützenswert ansah, auch wenn ein konkret verursachter Vermögensschaden nicht nachgewiesen werden kann. Damit steht in Einklang, dass § 168b StGB ... in den sechsten Abschnitt des Besonderen Teils des StGB über „strafbare Handlungen gegen fremdes Vermögen“ aufgenommen wurde.

# KOG 17.5.2024, 16 Ok 5/23f

## „Meinungsforschungskartell“ (4)

*[92] In der Literatur ist umstritten, welches Rechtsgut § 168b StGB schützt (vgl etwa im Überblick Lengauer, Wettbewerbsbeschränkende Absprachen in Vergabeverfahren, ZVB 2023/97, 305). Auch wenn der Unrechtskern teilweise in der rechtswidrigen wettbewerbsbeschränkenden Absprache gesehen wird ..., darf nicht übersehen werden, dass **der bloße Wettbewerbsverstoß als solcher nach § 168b StGB nicht strafbar ist**. Er ist auch nicht Teil der Tathandlung, die (soweit hier relevant) im **Legen eines Angebots im Vergabeverfahren** besteht, sondern wurde nur insoweit unter Strafe gestellt, als das Vermögen des Auftraggebers im Vergabeverfahren zumindest abstrakt gefährdet wird ...*

# KOG 17.5.2024, 16 Ok 5/23f

## „Meinungsforschungskartell“ (5)

*[93] Demgegenüber schützt das Kartellverbot den aktuellen sowie potenziellen Wettbewerb als solchen (16 Ok 10/16f zu Art 101 AEUV; gleiches muss für § 1 KartG gelten). Mit dem Schutz des Wettbewerbs als Institution ist zwar auch ein Schutz der Marktteilnehmer verbunden (Reidlinger in Kert/Kodek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht<sup>2</sup> [2022] Rz 16.6). Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt aber schon dann vor, wenn die wirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten aller oder einzelner Beteiligten beschränkt werden (16 Ok 10/09; Hiersche/Mertel in Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht [2022] § 1 Rz 70 mwN), ohne dass es für die Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot auf eine Gefährdung konkreter Marktteilnehmer ankäme. Demnach setzt auch die Verhängung einer Geldbuße nach § 29 KartG nur eine Verletzung des Wettbewerbs als solchen voraus (idS etwa 16 Ok 4/07 [5.3.3]). Gleiches gilt für § 28 KartG.*

# KOG 17.5.2024, 16 Ok 5/23f

## „Meinungsforschungskartell“ (6)

[94] Damit adressieren § 168b StGB und § 1 KartG (die daran anknüpfenden kartellrechtlichen Sanktionen) **unterschiedliche Aspekte desselben „sozialen Problems“** („different aspects of the social misconduct“), nämlich **§ 168b StGB** die durch eine Submissionsabsprache zumindest potenziell gefährdeten **Vermögensinteressen des Auftraggebers** im Vergabeverfahren und **das KartG** die durch eine solche Absprache gefährdete **Wettbewerbsordnung**. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass **§ 168b StGB Vorsatz** erfordert, während für eine Sanktion nach §§ 28 f **KartG Fahrlässigkeit genügt**, wodurch ebenfalls ein unterschiedliches sozialwidriges Verhalten sanktioniert wird.



KOG 16.10.2024, 16 Ok 6/23b

## „Tischlereikartell“ (1)

**Begründung des Kartellgerichts für die Anwendung des Doppelbestrafungsverbots (zitiert nach der KOG-E)**

**„... die parallele Verfolgung und Sanktionierung nach § 29 KartG und nach § 168b StGB iVm dem VbVG sei nicht das Produkt eines integrierten Systems im Sinn der Rechtsprechung des EGMR, das verschiedene Aspekte des Fehlverhaltens auf vorhersehbare und verhältnismäßige Weise anspreche und ein zusammenhängendes Ganzes bilde. Auch eine Rechtfertigung der Doppelverfolgung nach der Rechtsprechung des EuGH sei ausgeschlossen, weil die beiden Verfahren dieselben und nicht komplementäre Ziele verfolgten, die Führung beider Verfahren nicht zur Erreichung dieser Ziele erforderlich sei und keine hinreichende Koordinierung der Verfahren stattfinde. Daraus folge, dass die parallele Führung eines kartellgerichtlichen Geldbußenverfahrens nach § 29 KartG und eines strafgerichtlichen Verfahrens nach § 168b StGB iVm dem VbVG gegen das Doppelbestrafungsverbot des Art 4 7. ZPEMRK verstoße.“**

# KOG 16.10.2024, 16 Ok 6/23b

## „Tischlereikartell“ (2)

*OGH als KOG - Doppelbestrafungsverbot ist nicht anwendbar:*

### *2.1. Vorliegen der „selben Tat“*

*[52] Für die Beurteilung nach Art 4 7. ZPEMRK ist im konkreten Fall zunächst zu prüfen, ob eine Verfolgung wegen „derselben strafbaren Handlung“ im Sinn dieser Bestimmung vorliegt.*

*[53] Der Oberste Gerichtshof hat in der Entscheidung 16 Ok 5/23f zu Absprachen bei der Ausschreibung öffentlicher Aufträge ausgesprochen, dass Gegenstand sowohl des Strafverfahrens nach § 168b StGB als auch des Kartellverfahrens jeweils dasselbe Verhalten [...] der dortigen Antragsgegnerin war. Er bejahte eine Tatidentität darüber hinaus auch unter der Prämisse, dass ... auch auf die rechtliche Qualifikation - abzustellen sei. Dieses Ergebnis leitete er daraus ab, dass die nach § 1 KartG verbotene Absprache zentrale Voraussetzung des Straftatbestands des § 168b StGB ist.*

*[54] Diese Erwägungen treffen auch auf den vorliegenden Fall hinsichtlich jener Fakten zu, die bereits Gegenstand des ... Strafverfahrens waren.*

# KOG 16.10.2024, 16 Ok 6/23b

## „Tischlereikartell“ (3)

### 2.4.2. Zum Vorliegen dieser Voraussetzungen

[98] 2.4.2.1. Der Oberste Gerichtshof hat anhand der Schutzzwecke des § 168b StGB und des § 1 KartG bereits herausgearbeitet, dass die genannten Bestimmungen und die an § 1 KartG anknüpfenden kartellrechtlichen Sanktionen **unterschiedliche Aspekte desselben „sozialen Problems“ („different aspects of the social misconduct“)** adressieren, nämlich § 168b StGB die durch eine Submissionsabsprache zumindest potenziell gefährdeten **Vermögensinteressen des Auftraggebers** im Vergabeverfahren und das KartG die durch eine solche Absprache gefährdete **Wettbewerbsordnung**. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass § 168b StGB **Vorsatz** erfordert, während für eine Sanktion nach §§ 28 f KartG **Fahrlässigkeit** genügt, wodurch ebenfalls ein **unterschiedliches sozialwidriges Verhalten** sanktioniert wird. Für das Vorliegen einer komplementären Reaktion spricht darüber hinaus der Umstand, dass der **Diversion** in einem nachfolgenden Zivilprozess keine Bindungswirkung zukommt (16 Ok 5/23f).

# KOG 16.10.2024, 16 Ok 6/23b

## Tischlereikartell (4)

*[100] Zu 16 Ok 5/23f wurde ausgesprochen, dass die „kumulierten rechtlichen Antworten“ des § 168b StGB und der dort beantragten Feststellung nach § 28 KartG jedenfalls im konkreten Fall keine übermäßige Last („excessive burdens“) für die dortige Antragsgegnerin darstellten, ....*

*[101] Der vorliegende Fall ist insofern anders gelagert, als .... die Verhängung einer Geldbuße nach § 29 KartG beantragt ist.*

*[102] Eine übermäßige Belastung kann allerdings auch in einer Konstellation wie der vorliegenden vermieden werden, indem bei der Ausmessung der Geldbuße nach § 29 KartG auf die bereits erfolgte Zahlung eines Geldbetrags gemäß § 200 StPO Bedacht genommen wird.*

*[135] Bei der Bemessung der Geldbuße in dieser Höhe wird den Antragsgegnerinnen auch unter Berücksichtigung des für die diversionelle Erledigung bereits gezahlten Betrags von 2.500 EUR insgesamt keine übermäßige Last („excessive burdens“) ... auferlegt.*

# KOG 16.10.2024, 16 Ok 6/23b

## „Tischlereikartell“ (5)

*[103] 2.4.2.3. Sämtliche rechtlichen Konsequenzen der von den Antragsgegnerinnen getroffenen Submissionsabsprachen (also sowohl eine Verfolgung nach § 168b StGB als auch Sanktionen nach dem KartG) waren für diese zweifellos auch im Sinn der Rechtsprechung des EGMR vorhersehbar.*

*[104] 2.4.2.4. Dem Erfordernis einer „ausreichend engen zeitlichen Verbindung“ beider Verfahren wurde hier ebenfalls entsprochen, wurden diese doch sogar teilweise parallel geführt. So erfolgte [...].*

*[105] 2.4.2.5. Für die Vermeidung von „Doppelgleisigkeiten“ bei der Sammlung und Würdigung von Beweisen, insbesondere durch eine „angemessene Interaktion zwischen den Behörden“ im Verhältnis zwischen Strafverfahren und Kartellverfahren, bestehen taugliche gesetzliche Grundlagen (vgl 16 Ok 5/23f [ErwGr 3.3.2.5.]).*

# KOG 16.10.2024, 16 Ok 6/23b, „Tischlereikartell“ (6)

*[106] Eine angemessene Interaktion fand im vorliegenden Fall auch konkret statt:*

*[107] So wies die Antragstellerin bereits in ihrem verfahrenseinleitenden Antrag auf die parallel von der WKStA geführten strafrechtlichen Ermittlungen und die auf der Grundlage von Art 22 B-VG iVm § 10 Abs 1a WettbG erfolgte Kooperation mit der WKStA hin. Das Erstgericht erörterte ... in der ersten mündlichen Verhandlung ... den Stand des Strafverfahrens, schaffte aus dem strafgerichtlichen Akt die ... relevanten Protokolle ... bei ... und verlas die ... für das Kartellverfahren relevanten Aussagen .... Es informierte die WKStA, mit gleichzeitigem Ersuchen um Mitteilung des Standes des Strafverfahrens, über das anhängige Kartellverfahren. Die WKStA informierte das Erstgericht über die ... erfolgte Teileinstellung. Das Kartellgericht war bei Fällung seiner Entscheidung auch in Kenntnis der diversionellen Erledigung der weiteren, den Gegenstand des Strafverfahrens bildenden Fakten.*

# Stellungnahme



## REIDLINGER SCHATZMANN JERGITSCH

**Dr. Axel Reidlinger**

**Reidlinger Schatzmann Jergitsch Rechtsanwälte GmbH**

Tuchlauben 17, 1010 Wien

T +43 1 235 11 00

[reidlinger@rs-ra.eu](mailto:reidlinger@rs-ra.eu)

[www.rs-ra.eu](http://www.rs-ra.eu)

