

## Bußgeld wegen Beihilfe zu einem Kartell? Zum Urteil des EuG vom 8. Juli 2008 (Rs. T-99/2004 - AC Treuhand)

Von *Andreas Weitbrecht, Brüssel/Trier* und *Laura Melusine Baudenbacher, Luxemburg/Bern\**

Mit der Entscheidung vom 10. September 2003 hat die Europäische Kommission ein Bußgeld wegen Verstoßes gegen Art. 101 AEUV gegenüber einem Beratungsunternehmen verhängt, das auf dem kartellierten Markt - organische Peroxyde - gar nicht tätig war, das jedoch ein zwischen drei Chemieproduzenten bestehendes Kartell organisatorisch unterstützt hat.<sup>1</sup> Da es sich um das erste Bußgeld für Beihilfehandlungen dieser Art handelte, setzte die Kommission die Buße auf einen symbolischen Betrag von € 1.000 fest. Das EuG hat dieses Bußgeld mit Urteil vom 8. Juli 2008<sup>2</sup> bestätigt; das Urteil ist rechtskräftig.

Dieser Beitrag schildert zunächst den Sachverhalt (I.) und gibt sodann eine Zusammenfassung der tragenden Gründe des Urteils, soweit sie sich auf die Bußgeldfestsetzung beziehen (II.); im Anschluss daran wird das Urteil vor dem Hintergrund der Literatur analysiert (III.), bevor einige Überlegungen zur zukünftigen Bußgeldpraxis (IV.) und ein zusammenfassender Ausblick (V.) den Beitrag abschließen.

### I. Sachverhalt

Im Jahr 1971 schlossen drei Chemie-Unternehmen eine Kartellvereinbarung über die Produktion und den Verkauf von organischen Peroxyden; ihre Rechtsnachfolger sind heute AKZO, Atofma und Degussa/Evonik. Die Vereinbarung zielte darauf ab, die Marktanteile dieser Hersteller zu stabilisieren und ihre Preiserhöhungen zu koordinieren und durchzusetzen. In regelmäßigem Turnus fanden Sitzungen zwischen den drei Herstellern statt, um die Durchführung des Kartells abzustimmen und zu überwachen.

Von Anfang an war die in Zürich ansässige Fides AG aufgrund eines Geschäftsbesorgungsvertrages mit unterstützenden Tätigkeiten für das Kartell betraut: sie bewahrte in ihren Geschäftsräumen geheime Dokumente über das Kartell wie z. B. das Original der Vereinbarung von 1971 auf, sammelte und verarbeitete Daten über die Geschäftstätigkeit der drei Hersteller und übernahm im Zusammenhang mit der Organisation der Zusammenkünfte der drei Unternehmen logistische Sekretariatsaufgaben, z. B. die Reservierung von Räumen und die Erstattung von Reisekosten

\* Rechtsanwalt Dr. Andreas Weitbrecht, LL.M (Berkeley), ist Partner im Brüsseler Büro von Latham & Watkins und Lehrbeauftragter für Kartellrecht an den Universitäten Trier und Osnabrück; MLaw (Bern) Laura Melusine Baudenbacher ist derzeit Praktikantin bei Prager Dreifuss Rechtsanwälte in Bern.

1 Kommissionsentscheidung v. 10.9.2003 - COMP/R-2/37.857 (Organische Peroxide), ABl. EU 2005 L 110/44.

2 EuG, RS. T-99/04 (AC Treuhand), Slg. 2008,11-1501, EuR 2010, 206 (in diesem Heft). Vgl. hierzu die Beiträge von J. Koch, Kartellgehilfen als Sanktionsadressaten, *ZweR* 2009, S. 370 ff. (kritisch) und/. F. von dem Busche/S. Albrecht, Die Strafbarkeit der Kartellbeihilfe nach dem EuG-Urteil AC-Treuhand / Kommission, *EWS* 2008, S. 416 (zustimmend).

der Unternehmensvertreter zu diesen Zusammenkünften. Auf diese Weise wurde vermieden, dass diese Reisekostenabrechnungen im Finanzsystem der drei Unternehmen auftauchten. Im Jahr 1993 wurde der betreffende Geschäftsbereich der Fides AG im Wege eines Management Buyout von der AC Treuhand AG übernommen, welche die Tätigkeit der Fides AG fortführte.

Aufgrund einer Selbstanzeige von AKZO im Jahr 2000 nahm die Kommission Ermittlungen gegen die Kartellbeteiligten auf und verhängte mit Entscheidungen vom 10. September 2003 Bußgelder in Höhe von insgesamt € 70 Millionen. Gegen die AC Treuhand AG, Klägerin im vorliegenden Fall, wurde ein symbolisches Bußgeld in Höhe von € 1.000 verhängt. In der Presseerklärung der Kommission heißt es hierzu wörtlich: „Da es für die Beteiligung eines Beratungsunternehmens noch keinen Präzedenzfall gibt, wurde gegen AC Treuhand AG nur eine geringe Geldbuße festgesetzt. Die Botschaft ist jedoch eindeutig: Nicht nur Kartellmitglieder, sondern auch Unternehmen oder Einrichtungen, die Kartelle organisieren oder unterstützen, müssen ab jetzt mit schweren Strafen rechnen.“<sup>3</sup>

## II. Das Urteil des EuG

Das Gericht erster Instanz hat mit Urteil vom 8. Juli 2008 die Klage der AC Treuhand AG gegen die Kommissionsentscheidung abgewiesen. Nach Auffassung des EuG lässt es das geltende Recht (Art. 101 AEUV, Art. 23 Abs. 2 Verordnung Nr. 1/2003)<sup>4</sup> zu, wegen Beihilfe zu einem Kartell ein Bußgeld zu verhängen. Die wesentliche Begründung des Gerichts lässt sich wie folgt zusammenfassen:

### 1. Rechtliche Maßstäbe für die Auslegung: Grundsätze des Strafrechts

Nicht vollkommen eindeutig sind die Aussagen des Gerichts hinsichtlich des Ausgangspunktes, also der Frage, ob die strafrechtlichen Auslegungsgrundsätze („*nul-luni crimen, nulla poena sine lege*“) gelten, wenn es um die Auslegung des Gemeinschaftsrechts im Rahmen bußgeldrechtlicher Sanktionen geht. So wird eingangs<sup>5</sup> betont, dass es sich bei dem Verfahren nach Verordnung Nr. 17/62 (bzw. Nr. 1/2003) um ein „reines Verwaltungsverfahren“ handle und dass deshalb die strafrechtlichen Grundsätze „nicht unbedingt dieselbe Tragweite haben müssen wie im Fall ihrer Anwendung auf eine Situation, die dem Strafrecht im strikten Sinne unterliegt“<sup>6</sup> Im weiteren Verlauf der Urteilsbegründung wird dann allerdings den

3 Presseerklärung IP/03/1700 vom 10. September 2003. Die Verwendung des Begriffs „Strafen“ ist im Deutschen natürlich nicht korrekt, da es sich um Bußgelder oder (synonym) Geldbußen handelt. Im Englischen wird jedoch nicht unterschieden zwischen pekuniären Sanktionen im Ordnungswidrigkeitenverfahren (Bußgeldern) und pekuniären Sanktionen im Strafverfahren; beides wird einheitlich als „fine“ bezeichnet.

4 Das Bußgeldverfahren gegen die AC Treuhand AG fand auf der Grundlage von Art. 15 Abs. 2 der VO (EWG) Nr. 17/62 der Kommission vom 6.2.1962 statt. Die Vorschrift ist jedoch wortgleich mit dem seit 1.5.2004 geltenden Art. 23 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002.

5 Vgl. Rn. 113 des Urteils (Fn. 2).

6 Vgl. Rn. 137 ff. des Urteils (Fn. 2).

strafrechtlichen Auslegungsgrundsätzen, insbesondere dem Analogieverbot, der gebührende Raum eingeräumt und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hierzu herangezogen. Dieser Ansatz liegt im Übrigen auch der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH zugrunde.<sup>7</sup>

## 2. Auslegung des Art. 101 AEUV

Mit den klassischen Methoden der Gesetzesauslegung - grammatikalisch, systematisch und teleologisch - sucht das Gericht sodann die Frage zu beantworten, ob im Rahmen eines Verstoßes gegen Art. 101 AEUV zwischen Tätern und Gehilfen zu unterscheiden ist und ob Gehilfen ggfs. auch zu bebußen sind. Allerdings bleiben von den drei ursprünglich benannten Methoden letztlich lediglich zwei Auslegungsmethoden übrig, die grammatikalische und die systematisch/teleologische.

### a) Grammatikalische Auslegung

Im Rahmen der grammatikalischen Auslegung findet das Gericht im Wortlaut des Art. 101 AEUV keinen Hinweis darauf, dass ein Unternehmen nur dann an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne dieser Vorschrift beteiligt sein kann, wenn es auf dem relevanten Markt tätig ist, den zu beschränken die Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise bezweckt oder auf dem sie eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt. Die für den Begriff der Vereinbarung konstitutive Willensübereinstimmung zwischen den Beteiligten erfordere ein solches Tätigwerden auf dem relevanten Markt nicht. Zur Unterstützung dieser These verweist das Gericht vor allem auf die ständige Rechtsprechung seit *Grundig/Consten*\* wonach Art. 101 AEUV auch vertikale Vereinbarungen/abgestimmte Verhaltensweisen erfasst, die sich auf nachgelagerten Märkten auswirken. Außerdem erfordere die von der Rechtsprechung verwendete Formel des „gemeinsamen Willen[s] ..., sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten“, nicht, dass der Markt, auf dem das Unternehmen tätig ist und der Markt, auf den sich die Vereinbarung auswirkt, identisch sind.<sup>9</sup>

### b) Systematisch/teleologische Auslegung

Die systematisch/teleologische Auslegung besteht im Wesentlichen aus der Auseinandersetzung mit einem einzigen Argument der Klägerin: Das Selbständigkeitspostulat, welches den Kern des Verbots abgestimmten Verhaltens ausmache, laufe leer, wenn ein Unternehmen auf dem relevanten Markt gar nicht tätig ist. Das Gericht entgegnet hierauf, dass nicht alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen oder

<sup>7</sup> St. Rspr., vgl. EuGH, verb. Rs. C-189/02P u. a. (*Dansk Rerindustri u.a./Kommission*), Slg. 2005, I-6425. Die begriffliche Identität zwischen Geldbußen und Geldstrafen im Englischen („fine“) trägt möglicherweise auch hier zur Begriffsverwirrung bei.

<sup>8</sup> EuGH, verb. Rs. 56 und 58/64 (*Grundig/Consten*), Slg. 1966, 322.

<sup>9</sup> Vgl. Rn. 126 des Urteils-

Beschlüsse einer Unternehmensvereinigung, durch die die Handlungsfreiheit der Parteien oder einer der Parteien beschränkt wird, zwangsläufig unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen. Bei der Anwendung dieser Vorschrift im Einzelfall sei es vielmehr erforderlich, zunächst den Gesamtzusammenhang, insbesondere die Zielsetzung und den konkreten Rahmen, in dem die Vereinbarung ihre Wirkungen entfaltet, zu berücksichtigen.<sup>10</sup> Eine Beschränkung der Handlungsfreiheit ist danach keine hinreichende Voraussetzung für die Subsumtion eines bestimmten Verhaltens unter Art. 101 Abs. 1 AEUV.

Aus diesem „kontextbezogenen Begriff der Wettbewerbsbeschränkung“ folgert das Gericht, dass ein Unternehmen an der Durchführung einer solchen Beschränkung auch dann beteiligt sein könne, wenn es seine eigene Handlungsfreiheit auf dem Markt, auf dem es hauptsächlich tätig ist, nicht einschränkt. Eine Beschränkung der Handlungsfreiheit ist demnach nicht einmal notwendige Voraussetzung für einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV.<sup>11</sup> Jede andere Auslegung, so das Gericht, könne die Bedeutung des in Art. 101 Abs. 1 AEUV aufgestellten Verbots in einer Weise mindern, die im Widerspruch zu seiner Wirksamkeit und dem in Art. 3 Abs. 1(g) EGV niedergelegten Hauptziel der Aufrechterhaltung eines unverfälschten Wettbewerbs stünde.<sup>12</sup>

### 3. Der weite Begriff der Beteiligung an einem Kartell

Einen zweiten Begründungsstrang findet das Gericht in der Rechtsprechung des Gerichtshofs, wonach ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV einem Unternehmen zugerechnet werden kann, wenn es an Kartellsitzungen teilnimmt ohne sich von den Diskussionen und dem Verhalten der anderen zu distanzieren; das Unternehmen ist dann an dem betreffenden Kartell beteiligt, auch wenn es nicht auf dem relevanten Markt tätig gewesen ist; die unterschiedliche Intensität der Beteiligung an dem Kartell wird erst auf der Ebene der Geldbußenbemessung berücksichtigt.<sup>13</sup> Diese Rechtsprechung, die in dem Begriff der einheitlichen komplexen und fortdauernden Zuwiderhandlung zusammengefasst wird, ist allerdings in der Literatur scharf kritisiert worden.<sup>14</sup>

Das Gericht erstreckt diesen bereits sehr weiten Begriff der Beteiligung an einem Kartell nun auf die Teilnahme an Kartellsitzungen nicht als Kartellteilnehmer, sondern als Kartellgehilfe. Eine zweite Erweiterung liegt darin, dass in den bisher entschiedenen Fällen die gemeinsam beteiligten Unternehmen zwar nicht notwendig

10 Siehe Rn. 126 des Urteils (Fn. 2), unter Hinweis auf eine inzwischen etablierte Rechtsprechung, z.B. EuG, Rs T-1 12/99 (M6u.a./Kommission), Slg. 2001,11-2459, Rn. 76.

11 In der Tat ist z.B. bei einem bloßen Informationsaustausch eine Beschränkung der Handlungsfreiheit der teilnehmenden Parteien für die Zukunft nicht erforderlich für die Subsumtion des Verhaltens unter Art. 101 Abs. 1 AEUV.

12 Vgl. Rn. 127 des Urteils (Fn. 2).

13 Vgl. EuGH, Rs. C-49/92P (Kommission/Anic Partecipazioni), Slg. 1999,1-4125.

14 Die fundierteste Kritik hieran und der darauf aufbauenden neueren Kommissionspraxis findet sich bei M. Dreher. Die komplexe und fortdauernde Zuwiderhandlung im europäischen Kartellrecht, ZWeR 2007, S. 276 ff.

auf demselben relevanten Markt, aber zumindest auf benachbarten sachlich relevanten Märkten tätig waren, was im Verhältnis zwischen den kartellbeteiligten Unternehmen und dem Beratungsunternehmen nicht der Fall ist.

#### **4. Keine Verletzung der Grundsätze über Rückwirkungsverbot und Vertrauensschutz**

Das Gericht setzt sich sodann mit der Tatsache auseinander, dass dieser zweite Begründungsstrang des Gerichts erst mit dem *Anic-Urteil* des Gerichtshofs im Jahre 1999<sup>15</sup> seine vorläufig endgültige Ausformung gefunden hat, wohingegen die vorliegenden Verstöße bereits im Jahr 1971 begannen. Hier stellt sich die Frage eines möglichen Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot. Nach Ansicht des Gerichts handelt es sich schon deshalb nicht um einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot, weil die Rechtsprechung zur Mitverantwortung von Unternehmen, denen ein Verstoß zugerechnet wird, durchaus gefestigt sei und der Gerichtshof im Jahre 1999 diese Grundsätze lediglich präzisiert und nicht etwa neu geschaffen habe.<sup>16</sup> Auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und der Europäischen Menschenrechtskommission verlange keine Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme.

Was den Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes angeht, so weist das Gericht darauf hin,<sup>17</sup> dass die Kommission bereits in der Entscheidung *Gussglas in Italien*<sup>18</sup> von 1980 eine Abstellungsverfügung wegen Beteiligung an einem Hardcore-Kartell an ein Beratungsunternehmen gerichtet und die Verhängung eines Bußgeldes erwogen hat. Dies hätte einem Unternehmen, das eine gleichgeartete Tätigkeit entfaltet, zur Warnung dienen können. Die zwischenzeitliche Praxis der Kommission, Beratungsunternehmen, wie auch die Fides AG, nicht mit Bußgeldern zu belegen, könne schon deswegen keinen Vertrauensschutz begründen, weil die Kommission verpflichtet gewesen sei, solchen Verstößen nachzugehen. Wenn die Kommission dies unterlassen habe, dann könne diese - so die Andeutung des Gerichtes - rechtswidrige Unterlassung der Kommission keinen Vertrauensschutz auslösen.

### **III. Einheitlicher Täterbegriff oder Straflosigkeit von Gehilfen - Analyse und Kritik des Urteils im Spiegel der Literatur**

#### **1. Auffassungen in der Literatur**

Soweit sich die Literatur mit dem vorliegenden Thema beschäftigt hat, lassen sich mindestens drei verschiedene Auffassungen feststellen: (i) Die Charakterisierung

<sup>15</sup> EuGH, Rs. C-49/92P (Kommission/Anic Partecipazioni), Slg. 1999, I-4125.

<sup>16</sup> Vgl. Rn. 146 des Urteils (Fn. 2).

<sup>17</sup> Rn. 163f. des Urteils (Fn. 2).

<sup>18</sup> Kommissionsentscheidung v. 17.12.1980 - IV/29.869 (*Gussglas in Italien*), ABL EU 1980 L 383/19.

von Art. 101 AEUV als Sonderdelikt, das nur von Unternehmen begangen werden kann, die auf demselben Markt tätig sind, auf dem auch die Wettbewerbsbeschränkung eintritt oder zumindest bezweckt ist; (ii) die Auffassung, wonach Art. 101 AEUV ein einheitlicher Täterbegriff zu Grunde liegt, der die Bebußung von Beihilfehandlungen zwanglos erlaubt; und (iii) eine Auffassung, welche in dem Dienstleistungsvertrag zwischen dem Beratungsunternehmen und den Kartellanten eine Vereinbarung i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV sieht.

a) *Art. 101 AEUV als Sonderdelikt*

Die Frage, ob ein Unternehmen, welches Beihilfe zu einem Kartell in der Weise leistet, wie sie im vorliegenden Fall von der AC Treuhand AG geleistet worden ist, bebußt werden kann, ist vor allem von Tiedemann im Anschluss an die Kommissionsentscheidung *Italienisches Gussglas* behandelt worden.<sup>19</sup> Nach Ansicht von Tiedemann kann die Teilnahme an solchen Delikten nicht bebußt werden; sie bleibt ohne Sanktion. Er führt hierfür vor allem zwei Gründe an; Zum einen sei eine Kartellabsprache ein Sonderdelikt, das nur von einem Unternehmen begangen werden könne, das auf dem von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Markt tätig ist. Die zweite Begründung von Tiedemann geht dahin, dass jedenfalls dann, wenn der Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV im Wege der Vereinbarung stattfindet, der Gehilfe an dieser Vereinbarung nicht beteiligt ist und man dann die Durchführung der Vereinbarung als eigenes Delikt ansehen müsse, an welcher der Gehilfe beteiligt sein kann. Eine solche Auffassung, welche die abgestimmte Verhaltensweise im Verhältnis der möglichen Tathandlungen nach Art. 85 Abs. 1 EWGV zum Grundtatbestand oder zur (nur in der Regel straflosen) Nachtat erklärt, gehe sehr weit und sei zweifelhaft.<sup>20</sup>

Zum ersten Argument ist zu sagen, dass die Qualifizierung des Art. 101 Abs. 1 AEUV als Sonderdelikt, das in täterschaftlicher Weise nur von einem Unternehmen verwirklicht werden kann, welches auf dem relevanten Markt tätig ist, eine *petitio principii* darstellt, die unseres Erachtens vom Gericht im Rahmen der grammatikalischen Auslegung zu recht widerlegt worden ist. Auch das zweite Argument erscheint nicht stichhaltig, denn die Durchführung eines auf einer Vereinbarung beruhenden Kartells stellt nach inzwischen unbestrittener Auffassung zusammen mit der Vereinbarung selbst eine einheitliche fortgesetzte Zuwiderhandlung dar. Insofern hat sich die Dogmatik des Art. 101 AEUV seit den achtziger Jahren deutlich weiterentwickelt.

19 Vgl. K. Tiedemann in: Festschrift für Jescheck, 1985, S. 1411, 1420 ff.

20 Vgl. Tiedemann (Fn. 19), S. 1424.

Dennoch hat sich die Auffassung, dass derartige Mitwirkungsakte nach dem Grundsatz „nulla poena sine lege“ keiner Sanktion unterworfen werden dürfen, in der deutschen Literatur zu einem erheblichen Teil durchgesetzt.<sup>21</sup>

### b) Einheitlicher Täterbegriff

Umgekehrt führt die Auffassung, wonach dem europäischen Ordnungswidrigkeitenrecht ebenso wie dem deutschen Recht ein einheitlicher Täterbegriff zugrunde liegt, zwanglos zur Möglichkeit, Kartellgehilfen zu bebußen. Diese Auffassung ist in neuerer Zeit vor allem im Anschluss an die AC Treuhand Entscheidung der Kommission vertreten worden.<sup>22</sup>

### c) Dienstleistungsvertrag als Vereinbarung im Sinne von Art 101 Abs. 1 AEUV

Eine dritte Auffassung führt ebenfalls im Ergebnis dazu, dass Sanktionen gegen den Gehilfen möglich sind. Danach stellt der Dienstleistungsvertrag zwischen den kartellbeteiligten Unternehmen und dem Beratungsunternehmen die relevante Vereinbarung im Sinne des Art. 101 AEUV dar.<sup>23</sup> Die Tätigkeit des Beratungsunternehmens auf Grund des Dienstleistungsvertrages ist zwar nicht monokausal für die durch die kartellbeteiligten Unternehmen bewirkte Wettbewerbsbeschränkung, sie leistet aber einen relevanten Beitrag hierzu und sie bezweckt wohl auch diese Wettbewerbsbeschränkung.<sup>24</sup>

Auch diese Auffassung ist mit dem Wortlaut des Art. 101 AEUV vereinbar, sie erscheint jedoch allzu gekünstelt; das Gericht folgt diesem Ansatz nicht, wie sich aus der Bezugnahme auf die Rechtsprechung zur einheitlichen fortgesetzten und komplexen Zuwiderhandlung ergibt.

## 2. Analyse und Kritik des Urteils

Dem Stil europäischer Urteile entsprechend, setzt sich das Gericht weder mit dieser noch anderer Literatur auseinander. Im Ergebnis neigt es wohl der Auffassung vom einheitlichen Täterbegriff zu.

21 G. Dannecker/J. Biermann, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, 4. Auflage, 2007, vor Art. 23 Verordnung 1/2003, Rn. 120ff.; U. Kindhäuser, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 53. Lieferung, Mai 2003, Art. 81, Rn. 91 f.

22 R. Bechtold/W. Bosch/L. Brinker/S. Hirsbnmner, EG-Kartellrecht, 2. Auflage, 2009, Art. 23 Verordnung 1/2003, Rn. 26, unter Hinweis auf das AC Treuhand-Urteil, ebenso aber schon in der aus dem Jahr 2005 stammenden Voraufgabe; vgl. auch M. Sura, in: Lange/Bunte, EG-Kartellrecht, 2006, Art. 23 Vü 1/2003, Rn. 4.

23 C. Mayer, The Art of Fining II: in Immunity They Trusted, ELR 2/2009, S. 34. Vgl. zu dieser Auffassung auch Koch (FR. 2), S. 370, 373 f.

24 A.A. Koch (Fn. 2), S. 373 f., der die Verbindung zwischen dem Dienstleistungsvertrag und der Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 101 AEUV für nicht ausreichend hält (Fernwirkung).

*a) Grenzen des Wortlauts nicht überschritten*

Am überzeugendsten in den Ausführungen des Gerichts sind unseres Erachtens die Aussagen zur grammatikalischen Auslegung des Art. 101 AEUV mit der Schlussfolgerung, dass diese Vorschrift auch auf solche Unternehmen Anwendung finden kann, die auf dem Markt nicht tätig sind, auf dem sich das Verhalten wettbewerbsbeschränkend auswirkt bzw. auf dem eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird. Sinn und Zweck dieser Vorschrift zielen selbstverständlich auf Unternehmen, die auf dem betroffenen relevanten Markt tätig sind; vom Wortlaut des Art. 101 AEUV ist eine solche Beschränkung jedoch nicht gefordert. Eine Begrenzung des Anwendungsbereichs auf solche Unternehmen stellt deshalb im Grunde bereits eine (vermeintlich) teleologische Restriktion dar; für eine solche Restriktion besteht jedoch angesichts der Tatsache, dass die Beihilfehandlungen unbestrittenermaßen keinen besonderen Schutz der Rechtsordnung verdienen, keinerlei Anlass.

*b) Rückgriff auffragwürdige Rechtsprechung*

Kritik müssen demgegenüber die Ausführungen des Gerichts hervorrufen, in denen der Begriff der Beteiligung an einem Kartell, wie er durch die Rechtsprechung des EuGH bisher ausgeformt worden ist, auf Beihilfehandlungen ausgedehnt wird. Diese Rechtsprechung, die mit dem Begriff der einheitlichen komplexen und fortgesetzten Zuwiderhandlung verbunden ist - der Begriff wird vom Gericht nicht erwähnt - ist für sich genommen bereits fragwürdig, was hier allerdings nicht im Detail behandelt werden kann.<sup>25</sup>

Vor allem betrifft diese Rechtsprechung die Zusammenfassung vieler Einzelhandlungen und Einzelverstöße zu einer einheitlichen Zuwiderhandlung, einschließlich von Unternehmen, die nicht auf jedem der - benachbarten - relevanten Märkte tätig waren. Sie ist somit mitnichten auf den hier vorliegenden Fall zugeschnitten, in welchem das Beratungsunternehmen auf keinem der relevanten Märkte tätig ist und strukturell eine vollkommen andersgeartete Tätigkeit entfaltet als die das Kartell durchführenden Unternehmen.

*c) Eine verlorene Chance für die Rechtsvergleichung*

Auch wenn das Ergebnis des Gerichts - auch Gehilfen eines Kartells können unter Zugrundelegung eines einheitlichen Täterbegriffs nach Art. 23 Abs. 2 Verordnung Nr. 1/2003 bebußt werden - zumindest vertretbar erscheint, so lässt doch die Begründung zu wünschen übrig. Eine unbefangene Herangehensweise hätte zunächst konstatiert, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die Frage der Täterschaft und Teilnahme an Verstößen gegen Art. 101 und 102 AEUV weder in diesen Vorschriften des AEUV noch in den Bußgeldvorschriften der Verordnung Nr. 17/62 bzw. Nr. 1/2003 thematisiert hat. Danach hätte sich die Beantwortung der Frage ange-

<sup>25</sup> Vgl. hierzu Dreher (Fn. 14).

schlossen, ob der Wortlaut eine Bebußung von Gehilfen zulässt und schließlich die Frage, ob das Strafrecht bzw. das Ordnungswidrigkeitenrecht der Mitgliedstaaten regelmäßig eine Bestrafung/Bebußung von Beihilfehandlungen vorsehen oder nicht.

Das Gericht hat hier die Chance vertan, methodisch korrekt unter Rückgriff auf die Traditionen der Mitgliedstaaten die allgemeinen Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten und die straf- und bußgeldrechtlichen Vorschriften zu entfalten und so rechts vergleichend die Bebußbarkeit von Beihilfehandlungen zu erörtern. Auf diese Weise würde sich ein Bild darüber gewinnen lassen, ob Gehilfenhandlungen in aller Regel in den Mitgliedstaaten bei Verwaltungsunrecht - soweit dies als Kategorie bekannt ist - als Verstoß bewertet und mit Bußgeld belegt wird oder ob insoweit Beihilfehandlungen tendenziell sanktionslos sind. Das Gericht hätte sich auf diese Weise auch Erkenntnisse darüber verschaffen können, ob die Mitgliedstaaten in Verwaltungsunrecht überwiegend dem einheitlichen Täterbegriff folgen oder ob sie zwischen Täterschaft und Teilnahme differenzieren.

Stattdessen hat es das Gericht vorgezogen, seine Begründung auf der fragwürdigen Rechtsprechung und Kommissionspraxis zur Beteiligung von Unternehmen an einer einheitlichen komplexen und fortdauernden Zuwiderhandlung aufzubauen und diesem schwankenden Gebäude eine weitere Etage hinzuzufügen.

#### **IV. Fragen und Folgerungen für die Praxis**

Die Kommission wird das rechtskräftige Urteil des EuG nicht ignorieren können und wollen, zumal darin die Rechtsauffassung der Kommission bestätigt wurde. Dabei stellen sich für die Kommission vor allem drei Fragen; Erstens, für welche Verstöße die Kommission gegen Kartellgehilfen höhere als nur symbolische Bußgelder verhängen kann; zweitens, ob die Kommission unter Gesichtspunkten des Gleichheitssatzes hierzu verpflichtet ist und schließlich, wie sich die im Jahre 2006 vollkommen überarbeiteten Bußgeldleitlinien<sup>26</sup> hierzu verhalten. Für die Mitgliedstaaten stellt sich schließlich die Frage, ob sie an die Rechtsprechung des Gerichts gebunden sind.

##### **1. Ab welchem Zeitpunkt höhere Bußgelder?**

Die Kommission hat, wie erwähnt, im konkreten Fall gegen die AC Treuhand AG nur ein symbolisches Bußgeld von € 1.000 festgesetzt. Sie hat jedoch in ihrer Presseerklärung vom 10. September 2003 die deutliche Botschaft vermittelt, dass nicht nur Mitglieder von Kartellen, sondern auch Unternehmen, die Kartelle organisieren und unterstützen, mit Geldbußen rechnen müssen.<sup>27</sup> Es hätte nahe gelegen, für den Zeitraum vor der Presseerklärung der Kommission eine Selbstbindung dahingehend

<sup>26</sup> ABl. EU 2006 C 210/2.

<sup>27</sup> Zitiert bei Fn. 3.

anzunehmen, dass für Tathandlungen, die vor diesem Zeitpunkt liegen, allenfalls symbolische Bußgelder verhängt werden. Allerdings hat die Kommission in der Wärmestabilisatorenentscheidung vom November 2009 gegen AC Treuhand ein Bußgeld in Höhe von € 174.000 verhängt, obwohl in diesem Fall das Kartell im Jahre 2000 endete, sodass AC Treuhand noch nicht durch die Presseerklärung der Kommission vom September 2003 gewarnt sein konnte.<sup>28</sup> Soweit die Gehilfentätigkeit über den 10. September 2003 hinaus festgesetzt wurde, dürfte unter Zugrundelegung des Urteils des EuG die Kommission im Grundsatz berechtigt sein, höhere als nur symbolische Bußgelder zu verhängen.

## 2. Einheitlichkeit der Kommissionspraxis

Im Übrigen wird die Kommission, wenn man den Hinweis des Gerichtes ernst nimmt, nunmehr eine einheitlichere Praxis entwickeln müssen. Dies bedeutet allerdings nicht, dass nunmehr jedes nach dem 10. September 2003 Kartellbeihilfe leistende Beratungsunternehmen mit gleich schweren Bußen überzogen werden muss; vielmehr hat die Kommission auch insoweit ein Verfolgungs- und Rechtsfolgenermessen. Allerdings muss sie dieses Ermessen in einer den Erfordernissen des Gleichheitssatzes entsprechenden Weise ausüben.<sup>29</sup>

## 3. Ergänzung der Bußgeldleitlinien

Ein probates Mittel, um die Gleichbehandlung sicherzustellen, ist die Selbstbindung der Verwaltung durch Verwaltungsvorschriften. Dabei zeigt sich allerdings, dass die Bußgeldleitlinien der Kommission, die auf den mit den kartellierten Produkten erzielten Umsatz abstellen, nicht auf Beratungsunternehmen zugeschnitten sind, die auf dem vom Kartell betroffenen Markt gar keinen Umsatz erzielen. Die Kommission hat bei der Überarbeitung ihrer Bußgeldleitlinien 2005/2006<sup>30</sup> das Thema schlicht übersehen - die Bußgeldentscheidung gegen AC Treuhand AG vom Herbst 2003 war wohl vorübergehend dem institutionellen Gedächtnis der Kommission entfallen. Die bestehenden Leitlinien haben auch keine Auffangklausel, die diesen Fall abdecken könnte. Möglicherweise sollten hier bei einer Überarbeitung der Bußgeldleitlinien besondere Regelungen geschaffen werden, die an den Umsatz anknüpfen können, den das Beratungsunternehmen mit seinen unterstützenden Leistungen erzielt hat.

28 Kommissionsentscheidung v. 11.11.2009 - COMP/38.589 (Wärmestabilisatoren), noch nicht veröffentlicht.

29 In der Kommissionsentscheidung v. 28.1.2009 - COMP/39.406 (Marinschläuche), konnte die Kommission darauf verweisen, dass die Firma PW Consulting eine Ein-Mann-Firma von Herrn Peter Whittle war, der in Großbritannien strafrechtlich verfolgt wurde und dass eine Belegung seiner Gesellschaft mit einem Bußgeld gegen das Doppelstrafungsverbot von Art. 50 GRC verstoßen würde, wenn man hier zutreffend einen Durchgriff durch die juristische Person zugunsten des Ein-Mann-Gesellschafters annimmt.

30 Siehe Fn. 26.

#### **4. Bindung der Mitgliedstaaten?**

Ein weiterer Punkt, der hier nur gestreift werden kann, ist schließlich, dass, soweit das Gericht Art. 101 AEUV ausgelegt hat, die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten an das Urteil gebunden sein dürften; will ein Gericht davon abweichen, muss es die Frage gemäß Art. 267 AEUV dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorlegen. Andererseits sind Sanktionen nationaler Behörden und Gerichte für Verstöße gegen Art. 101 AEUV nach dem System der dezentralen Kartellrechtsanwendung grundsätzlich Sache des Rechts der Mitgliedstaaten, sodass die Mitgliedstaaten insoweit, sofern sie nicht ohnehin wie Deutschland dem einheitlichen Täterbegriff folgen, ein Beratungsunternehmen wie AC Treuhand auch wegen Beihilfe (und nicht als Mittäter) bebußen können.

#### **V, Zusammenfassung und Ausblick**

Das Gericht hat eine Sternstunde ungenutzt vorüberziehen lassen, indem es einer methodisch korrekten rechtsvergleichenden Behandlung der Frage, ob und in welcher Weise die Bußgeldvorschriften des EG-Rechts auch Beihilfehandlungen erfassen, ausgewichen ist und sein Urteil stattdessen auf eine ihrerseits fragwürdige Rechtsprechung des EuGH aufgesattelt hat.

Dennoch wird das rechtskräftige Urteil die Praxis der Kommission in den kommenden Jahren prägen. Nachdem die Kommission nunmehr begonnen hat, Bußgelder in fühlbarer Höhe gegen Beratungsunternehmen zu verhängen, die Kartelle unterstützen, ist zu erwarten, dass einer oder mehrere Fälle auch bis zum Europäischen Gerichtshof hochgetrieben werden. Es bleibt zu hoffen, dass sich der Gerichtshof dann vertieft mit der Frage befasst.