

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Redaktion und Schriftleitung Lothar Wiltschek, Reinhard Hinger,
Rainer Beetz

Jänner 2016

01

1 – 48

Beiträge

Resale Price Maintenance, Hub & Spoke und Bußgeldbemessung

Hanno Wollmann ➔ 4

Resolutivbedingungen in Unterlassungsgeboten

Philipp Anzenberger und Philipp Haas ➔ 8

**Die neue Reichweite der Privatkopieausnahme und
ihre möglichen Auswirkungen auf das Streaming**

Johannes Burgstaller und Christina Wrann ➔ 12

**Vorgaben aus Luxemburg für Reprographie-/Speichermedien-
vergütungssysteme – ein paar Gedanken zu C-572/13**

Adolf Zemann ➔ 21

Mit
Jahresregister
2015!

Rechtsprechung

**Universität für Bodenkultur – Lauterkeitsrechtliche Ansprüche
wegen Vergaberechtsverstößen** *Walter Schwartz* ➔ 24

**Iron & Smith – Klarstellung zum Schutzbereich
der „bekannten Marke“** *Roman Heidinger* ➔ 28

SPAR – Rechtswidrigkeit vertikaler Preisabsprachen ➔ 31

**AC-Treuhand (II) – Verantwortlichkeit eines Beratungsunternehmens
für Kartellabsprachen** *Raoul Hoffer* ➔ 38

**Reprobel – Gerechter Ausgleich für die Ausnahmen
von Vervielfältigungsbeschränkungen** ➔ 43

ÖBL 2016/9

Art 81 EGV
(Art 101 AEUV);
Art 23 VO
(EG) 1/2003 v
16. 12. 2002 zur
Durchführung der
in den Art 81 und
82 des Vertrags
niedergelegten
Wettbewerbs-
regeln;
Leitlinien für das
Verfahren zur
Festsetzung von
Geldbußen gem
Art 23 Abs 2 lit a
VO (EG) 1/2003

EuGH
22. 10. 2015,
C-194/14 P,
AC-Treuhand AG/
Europäische
Kommission
(EuG 6. 2. 2014,
T-27/10)

AC-Treuhand (II)

Der EuGH befasst sich mit der Verantwortung eines Beratungsunternehmens, das an Kartellabsprachen mitgewirkt hat und ins Treffen führt, selbst nicht auf dem betroffenen Markt tätig zu sein.

→ Verantwortlichkeit eines Beratungsunternehmens für Kartellabsprachen

1. Art 101 und 102 AEUV (Art 81 und 82 EGV)
Auch ein Beratungsunternehmen handelt rechtswidrig, das im Rahmen seiner Dienstleistungsverträge an einem kartellrechtswidrigen Verhalten in voller Kenntnis der Sachlage mitwirkt.

2. Art 49 GRC

Die Strafbarkeit von Handlungen ist ausreichend bestimmt, wenn sie zum Zeitpunkt der Begehung insb unter Berücksichtigung der Auslegung, die

Sachverhalt:

1. Mit ihrem RM beantragt die AC-Treuhand AG (AC-Treuhand) die Aufhebung des EuG-U v 6. 2. 2014, T-27/10, *AC-Treuhand/Kommission*, mit dem dieses ihre Klage auf Nichtigerklärung der Entscheidung K (2009) 8682 endg der EK v 11. 11. 2009 in einem Verfahren nach Art 81 [EG] und Art 53 EWR-Abk (Sache COMP/38589, *Wärmestabilisatoren*) und, hilfsweise, auf Herabsetzung der mit dieser Entscheidung verhängten Geldbußen abgewiesen hat. [...]

Aus den Entscheidungsgründen:

[Vorgeschichte des Rechtsstreits]

5. Mit der streitigen Entscheidung legt die EK einer Reihe von Unternehmen zur Last, gegen Art 81 EG und Art 53 des Abk über den EWR v 2. 5. 1992 (ABl L 1994/1, 3) verstoßen zu haben. [...]

7. AC-Treuhand, deren Hauptsitz sich in Zürich befindet, ist ein Beratungsunternehmen, das verschiedene Dienstleistungen für nationale und internationale Verbände und Interessengemeinschaften anbietet. [...]

zu dieser Zeit in der Rechtsprechung vertreten wurde, hinreichend vorhersehbar ist. Damit ist nicht unvereinbar, dass die betreffende Person gezwungen ist, fachkundigen Rat einzuholen. Das gilt insb für berufsmäßig tätige Personen, die gewohnt sind, sich bei der Ausübung ihrer Tätigkeit sehr umsichtig verhalten zu müssen. Von ihnen kann daher erwartet werden, dass sie die Risiken ihrer Tätigkeit besonders sorgfältig beurteilen.

8. Nach Art 1 der streitigen Entscheidung hat sich AC-Treuhand v 1. 12. 1993 bis zum 21. 3. 2000 im Bereich Zinnstabilisatoren und v 1. 12. 1993 bis zum 26. 9. 2000 im Bereich ESBO/Ester an einer Reihe von Vereinbarungen und/oder abgestimmten Verhaltensweisen im EWR beteiligt, die aus der Festsetzung von Preisen, der Aufteilung des Marktes unter Zuweisung von Lieferquoten, der Aufteilung und Zuteilung von Kunden und dem Austausch wirtschaftlich sensibler Informationen insb über Kunden sowie Produktions- und Liefermengen bestanden hätten.

9. AC-Treuhand hat nach Ansicht der EK bei beiden Zuwiderhandlungen eine ähnliche, zentrale Rolle gespielt, indem sie mehrere Zusammenkünfte organisiert habe, bei denen sie anwesend gewesen sei und sich aktiv beteiligt habe, indem sie Liefermengen der betreffenden Güter erfasst und den betreffenden Herstellern zur Verfügung gestellt habe, indem sie angeboten habe, bei Spannungen zwischen diesen Herstellern als Moderator aufzutreten, und indem sie diese zu Kompromissen ermutigt habe, und zwar gegen Vergütung.

10. Gem Art 2 der streitigen Entscheidung wurden gegen AC-Treuhand zwei Geldbußen zu je € 174.000,- verhängt.

[Verfahren vor dem Gericht und angefochtenes Urteil]

11. [Die] AC-Treuhand [erhob] Klage auf Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung, hilfsweise auf Herabsetzung der gegen sie verhängten Geldbußen.

12. AC-Treuhand stützte ihre Klage auf neun Klagegründe, von denen nur der dritte, der vierte und der fünfte für das vorliegende RM relevant sind. [...]

13. Mit dem angefochtenen Urteil hat das Gericht die Klage insgesamt abgewiesen.

[...]

[Art 81 EG und der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit]

17. Mit ihrem ersten RMGrund trägt AC-Treuhand vor, das Gericht habe dadurch gegen Art 81 EG und den in Art 49 Abs 1 der Charta der Grundrechte der EU niedergelegten Grundsatz der gesetzlichen Bestimmtheit von strafbaren Handlungen und Strafen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) verstoßen, dass es in den Rn 43 und 44 des angefochtenen Urteils unter Verweisung auf sein Urteil *AC-Treuhand/Kommission* (T-99/04, im Folgenden: *U AC-Treuhand I*) festgestellt habe, dass zum einen das Verhalten eines Beratungsunternehmens, das durch die Erbringung von Dienstleistungen Beihilfe zu einem Kartell leiste, in den Anwendungsbereich von Art 81 Abs 1 EG falle und zum anderen diese Auslegung zum Zeitpunkt der Begehung der Zuwiderhandlungen hinreichend vorhersehbar gewesen sei. [...]

26. In der vorliegenden Rechtssache ist festzustellen, ob ein Beratungsunternehmen für eine Zuwiderhandlung gegen Art 81 Abs 1 EG verantwortlich gemacht werden kann, wenn es sich aktiv und in voller Kenntnis der Sachlage an der Durchführung oder der Überwachung eines Kartells zwischen Herstellern beteiligt, die auf einem anderen Markt tätig sind als es selbst.

27. Was als Erstes Art 81 Abs 1 EG betrifft, wonach Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die bestimmte Merkmale aufweisen, mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind, ist zunächst festzustellen, dass der Wortlaut dieser Bestimmung keinen Anhaltspunkt dafür enthält, dass dieses Verbot ausschließlich die Parteien solcher Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen betrifft, die auf den davon betroffenen Märkten tätig sind.

28. Nach der Rsp des Gerichtshofs wird eine „Vereinbarung“ dadurch begründet, dass der übereinstimmende Wille mindestens zweier Parteien zum Ausdruck kommt, wobei die Form, in der dies geschieht, als solche nicht entscheidend ist (vgl idS EuGH C-74/04 P, *Kommission/Volkswagen*, Rn 37).

29. Zum Begriff „abgestimmte Verhaltensweise“ ergibt sich aus der Rsp, dass er in Art 81 Abs 1 EG insb von den Begriffen „Vereinbarung“ und „Beschluss von Unternehmensvereinigungen“ allein deshalb unterschieden wird, um verschiedene Formen der Kollusion zwischen Unternehmen zu erfassen, die in subjektiver Hinsicht in ihrer Art übereinstimmen und sich nur in

ihrer Intensität und ihren Ausdrucksformen unterscheiden (vgl idS EuGH C-49/92 P, *Kommission/Anic Partecipazioni*, Rn 112, und C-8/08, *T-Mobile Netherlands* ua, Rn 23).

30. Handelt es sich wie im vorliegenden Fall um Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen mit wettbewerbswidrigem Zweck, kann die EK nach der Rsp des Gerichtshofs nur dann auf die Teilnahme eines Unternehmens an der Zuwiderhandlung und seine Verantwortlichkeit für die verschiedenen Elemente, die diese umfasst, schließen, wenn sie nachweist, dass das betreffende Unternehmen durch sein Verhalten zur Erreichung der von allen Beteiligten verfolgten gemeinsamen Ziele beitragen wollte und von dem von anderen Unternehmen in Verfolgung dieser Ziele beabsichtigten oder an den Tag gelegten tatsächlichen Verhalten wusste oder dieses vernünftigerweise vorhersehen konnte und es bereit war, die daraus erwachsende Gefahr auf sich zu nehmen (vgl idS EuGH C-49/92 P, *Kommission/Anic Partecipazioni*, Rn 86 und 87, und C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, *Aalborg Portland ua/Kommission*, Rn 83).

31. In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof ua festgestellt, dass passive Formen der Beteiligung an der Zuwiderhandlung, wie die Teilnahme eines Unternehmens an Sitzungen, bei denen, ohne dass es sich offen dagegen ausgesprochen hat, wettbewerbswidrige Vereinbarungen getroffen wurden, eine Komplizenschaft zum Ausdruck bringen, die geeignet ist, die Verantwortlichkeit des Unternehmens im Rahmen von Art 81 Abs 1 EG zu begründen, da die stillschweigende Billigung einer rechtswidrigen Initiative, ohne sich offen von deren Inhalt zu distanzieren oder sie bei den Behörden anzuzeigen, dazu führt, dass die Fortsetzung der Zuwiderhandlung begünstigt und ihre Entdeckung verhindert wird (vgl idS EuGH C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, *Dansk Rørindustri ua/Kommission*, Rn 142 und 143, und die dort angeführte Rsp).

32. Als der Gerichtshof das Vorliegen einer „Vereinbarung“ iSv Art 81 Abs 1 EG zu prüfen hatte, hat er zwar bereits festgestellt, dass es um die Erklärung des übereinstimmenden Willens der Parteien ging, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten (vgl idS ua EuGH 41/69, *ACF Chemiefarma/Kommission*, Rn 112). Außerdem seien die Kriterien der Koordinierung und der Zusammenarbeit, die eine „abgestimmte Verhaltensweise“ nach dieser Bestimmung begründen, iS des Grundgedankens der Wettbewerbsvorschriften des Vertrags zu verstehen, wonach jeder Wirtschaftsteilnehmer selbständig zu bestimmen hat, welche Politik er auf dem Gemeinsamen Markt zu betreiben gedenkt (vgl ua EuGH C-49/92 P, *Kommission/Anic Partecipazioni*, Rn 116).

33. Aus diesen Erwägungen geht aber nicht hervor, dass die Begriffe „Vereinbarung“ und „abgestimmte Verhaltensweise“ eine wechselseitige Beschränkung der Handlungsfreiheit auf ein und denselben Markt, auf dem alle Parteien vertreten wären, voraussetzen.

34. Außerdem kann aus der Rsp des Gerichtshofs nicht abgeleitet werden, dass Art 81 Abs 1 EG nur entweder Unternehmen, die auf dem von den Wettbe-

werbsbeschränkungen betroffenen Markt oder auch auf den diesem Markt vorgelagerten, nachgelagerten oder benachbarten Märkten tätig sind, oder Unternehmen betrifft, die ihre Selbständigkeit im Verhalten auf einem bestimmten Markt aufgrund einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise beschränken.

35. Nach gefestigter Rsp des Gerichtshofs bezieht sich nämlich der Wortlaut von Art 81 Abs 1 EG allgemein auf alle Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, die – sei es in horizontalen oder vertikalen Beziehungen – den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt verfälschen, unabhängig davon, auf welchem Markt die Parteien tätig sind, und unabhängig davon, dass nur das Geschäftsverhalten einer der Parteien durch die Bedingungen der in Rede stehenden Vereinbarungen betroffen ist (vgl idS EuGH 56/65, *LTM*, Seite 358; 56/64 und 58/64, *Consten und Grundig/Kommission*, Seite 492 und 493; 100/80 bis 103/80, *Musique Diffusion française ua/Kommission*, Rn 72 bis 80; 243/83, *Binon*, Rn 39 bis 47, und C-306/96, *Javico*, Rn 10 bis 14).

36. Es ist weiter festzustellen, dass das Hauptziel von Art 81 Abs 1 EG in der Aufrechterhaltung eines unverfälschten Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes besteht. Die von AC-Treuhand befürwortete Auslegung dieser Bestimmung könnte aber die volle Wirksamkeit des in dieser Bestimmung aufgestellten Verbots mindern, da eine solche Auslegung eine Vereitelung des aktiven Beitrags eines Unternehmens zu einer Wettbewerbsbeschränkung nur deshalb nicht ermöglichen würde, weil dieser Beitrag keine wirtschaftliche Tätigkeit auf dem relevanten Markt betrifft, auf dem die Beschränkung eintritt oder eintreten soll.

37. Im vorliegenden Fall hat AC-Treuhand nach den Feststellungen des Gerichts in Rn 10 des angefochtenen Urteils bei beiden in Rede stehenden Zuwiderhandlungen eine ähnliche, zentrale Rolle gespielt, indem sie mehrere Zusammenkünfte organisiert hat, bei denen sie anwesend war und sich aktiv beteiligt hat, indem sie Liefermengen der betreffenden Güter erfasst und den Herstellern der Wärmestabilisatoren zur Verfügung gestellt hat, indem sie angeboten hat, bei Spannungen zwischen den betroffenen Herstellern als Moderator aufzutreten, und indem sie diese zu Kompromissen ermutigt hat, und zwar gegen Vergütung.

38. Daraus folgt, dass das Verhalten von AC-Treuhand unmittelbar Teil der Bemühungen der Hersteller von Wärmestabilisatoren sowohl in Bezug auf die Aushandlung als auch auf die Kontrolle der Umsetzung der von den Herstellern eingegangenen Verpflichtungen im Rahmen der Kartelle war, wobei das Ziel selbst der Dienstleistungen, die AC-Treuhand aufgrund der mit den Herstellern geschlossenen Dienstleistungsverträge erbracht hat, in der in voller Kenntnis der Sachlage betriebenen Verwirklichung der in Rede stehenden wettbewerbswidrigen Ziele – Preisfestsetzung, Aufteilung von Märkten und Kunden und Austausch wirtschaftlich sensibler Informationen, wie aus Rn 4 des angefochtenen Urteils hervorgeht – bestand.

39. Vor diesem Hintergrund kann entgegen dem Vorbringen von AC-Treuhand – auch wenn die Dienstleistungsverträge formal gesondert von den Verpflichtungen geschlossen wurden, die die Hersteller von Wärmestabilisatoren selbst eingegangen waren,

und ungeachtet des Umstands, dass AC-Treuhand ein Beratungsunternehmen ist – nicht davon ausgegangen werden, dass ihr Tätigwerden in dieser Eigenschaft in rein nebensächlichen Dienstleistungen bestand, die nichts mit den von den Herstellern eingegangenen Verpflichtungen und den sich daraus ergebenden Wettbewerbsbeschränkungen zu tun hatten.

40. Was als Zweites die behauptete Verletzung des Grundsatzes der gesetzlichen Bestimmtheit von strafbaren Handlungen und Strafen durch das Gericht angeht, ist festzustellen, dass nach der Rsp des Gerichtshofs aus diesem Grundsatz folgt, dass die Straftaten und die für sie angedrohten Strafen gesetzlich klar definiert sein müssen. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der Rechtsunterworfene anhand des Wortlauts der einschlägigen Bestimmung und nötigenfalls mit Hilfe ihrer Auslegung durch die Gerichte erkennen kann, welche Handlungen und Unterlassungen seine strafrechtliche Verantwortung begründen (vgl EuGH C-266/06 P, *Evonik Degussa/Kommission*, Rn 39, und die dort angeführte Rsp).

41. Der Grundsatz der gesetzlichen Bestimmtheit von strafbaren Handlungen und Strafen darf folglich nicht so verstanden werden, dass er die schrittweise Klärung der Vorschriften über die strafrechtliche Verantwortlichkeit durch richterliche Auslegung von Fall zu Fall untersagt, vorausgesetzt, dass das Ergebnis zum Zeitpunkt der Begehung der Zuwiderhandlung insb unter Berücksichtigung der Auslegung, die zu dieser Zeit in der Rsp zur fraglichen Rechtsvorschrift vertreten wurde, hinreichend vorhersehbar ist (vgl idS EuGH C-189/02 P ua, *Dansk Rørindustri ua/Kommission*, Rn 217 und 218).

42. Die Bedeutung des Begriffs der Vorhersehbarkeit hängt in hohem Maß vom Inhalt der in Rede stehenden Vorschriften, von dem durch sie geregelten Bereich sowie von der Zahl und der Eigenschaft ihrer Adressaten ab. Mit der Vorhersehbarkeit des Gesetzes ist es nicht unvereinbar, dass die betreffende Person gezwungen ist, fachkundigen Rat einzuholen, um unter den Umständen des konkreten Falls angemessen zu beurteilen, welche Folgen sich aus einer bestimmten Handlung ergeben können. Das gilt insb für berufsmäßig tätige Personen, die gewohnt sind, sich bei der Ausübung ihrer Tätigkeit sehr umsichtig verhalten zu müssen. Von ihnen kann daher erwartet werden, dass sie die Risiken ihrer Tätigkeit besonders sorgfältig beurteilen (EuGH C-189/02 P ua, *Dansk Rørindustri ua/Kommission*, Rn 219, und die dort angeführte Rsp).

43. Vor diesem Hintergrund hätte AC-Treuhand, auch wenn die Gerichte der EU zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlungen, die Anlass der streitigen Entscheidung waren, noch keine Gelegenheit gehabt hatten, sich konkret zu dem Verhalten eines Beratungsunternehmens wie dem von AC-Treuhand zu äußern, insb unter Berücksichtigung der sich aus der Rsp des Gerichtshofs ergebenden weiten Bedeutung der Begriffe „Vereinbarung“ und „abgestimmte Verhaltensweise“, nötigenfalls nach Einholung fachkundigen Rates davon ausgehen müssen, dass ihr Verhalten für mit den Wettbewerbsregeln des Unionsrechts unvereinbar erklärt werden könnte.

44. Dieses Ergebnis wird im Übrigen durch die Verwaltungspraxis der EK untermauert. Denn die EK hat bereits in ihrer E EK 80/1334/EWG v 17. 12. 1980 betreffend ein Verfahren nach Art 85 des EWGV (IV/29.869, *Gussglas in Italien*) (ABl L 383, 19) angenommen, dass ein Beratungsunternehmen, das an der Durchführung eines Kartells beteiligt war, gegen Art 81 Abs 1 EG verstoßen habe. Es gibt keine spätere Entscheidung, aufgrund der sich behaupten ließe, dass die EK von dieser Auslegung des Anwendungsbereichs dieser Bestimmung wieder abgerückt wäre.

45. Die Voraussetzungen für die Feststellung der Verantwortlichkeit von AC-Treuhand aufgrund ihrer Beteiligung an den in Rede stehenden Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen sind somit vorliegend erfüllt.

46. Aus alledem folgt, dass das Gericht in den Rn 43 und 44 des angefochtenen Urteils zu Recht festgestellt hat, dass das Verhalten von AC-Treuhand vom Verbot des Art 81 Abs 1 EG erfasst sei und dass eine solche Auslegung zum Zeitpunkt der Begehung der Zuwiderhandlungen hinreichend vorhersehbar war.

47. Der erste RMGrund ist daher unbegründet.

[Grundsatz der Gesetzmäßigkeit, Gleichbehandlungsgrundsatz und Begründungspflicht]

48. Mit ihrem zweiten RMGrund macht AC-Treuhand geltend, das Gericht habe gegen den in Art 49 Abs 1 der Charta niedergelegten Grundsatz der gesetzlichen Bestimmtheit von strafbaren Handlungen und Strafen verstoßen, indem es den vierten, auf die Höhe der Geldbußen bezogenen Grund ihrer Klage auf Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung zurückgewiesen habe, indem es lediglich auf die im angefochtenen Urteil enthaltenen Ausführungen zur Vorhersehbarkeit der Anwendung von Art 81 EG auf das Verhalten von AC-Treuhand verwiesen habe. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit gebiete, dass sowohl das Verbot einer bestimmten Handlung als auch das mit ihrer Begehung verbundene Sanktionsrisiko zum Zeitpunkt der Tatbegehung hinreichend vorhersehbar seien. Daher hätte das Gericht diese beiden Aspekte voneinander trennen und gesondert beurteilen müssen. [...]

52. Aus der Prüfung der dem Gerichtshof unterbreiteten Akten geht hervor, dass sich AC-Treuhand gemäß ihrem im ersten Rechtszug vorgetragenen vierten Klagegrund vor dem Gericht mit der Behauptung begnügt hat, dass die EK gegen sie nur symbolische Geldbußen hätte verhängen dürfen, da die Anwendung von Art 81 EG auf ihr Verhalten zum Zeitpunkt der Begehung der betreffenden Zuwiderhandlungen nicht vorhersehbar gewesen sei. AC-Treuhand hat sich damit zum einen darauf beschränkt, auf ihr Vorbringen zur Neuartigkeit der Auslegung zu verweisen, nach der das Verhalten eines Beratungsunternehmens unter diesen Artikel fällt. Zum anderen hat AC-Treuhand vorgetragen, die Entscheidung der EK, eine nicht symbolische Geldbuße zu verhängen, verstoße gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit, da die von dieser Entscheidung erfassten Zuwiderhandlungen zum Zeitpunkt des Erlasses der E *Organische Peroxide* [Sache COMP/E 2/37.857, ABl L 2005/110, 44], mit der die EK gegen sie nur eine symbolische Geldbuße verhängt

habe, bereits beendet gewesen seien. Hingegen hat AC-Treuhand nicht geltend gemacht, dass diese Vorgehensweise auch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoße.

53. Folglich erhebt AC-Treuhand im Rahmen des vorliegenden RMGrundes neue Rügen, mit denen sie unabhängig von der Frage, ob die Anwendbarkeit von Art 81 EG auf ihr Verhalten vorhersehbar war, die Unvorhersehbarkeit des hohen Betrags der im vorliegenden Fall gegen sie verhängten Geldbußen und einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz geltend macht.

54. Nach stRsp könnte eine Partei, wenn ihr erlaubt wäre, vor dem Gerichtshof erstmals Angriffs- oder Verteidigungsmittel und Argumente geltend zu machen, die sie vor dem Gericht nicht geltend gemacht hat, den Gerichtshof, dessen Befugnisse im RMVerfahren beschränkt sind, im Ergebnis mit einem weiterreichenden Rechtsstreit befassen, als ihn das Gericht zu entscheiden hatte. Im RMVerfahren ist die Zuständigkeit des Gerichtshofs daher auf die Prüfung beschränkt, wie das Gericht die vor ihm erörterten Klagegründe und Argumente würdigt hat. Die genannten Rügen sind daher als unzulässig zurückzuweisen.

55. Zu der von AC-Treuhand erhobenen Rüge einer mangelnden Begründung in Bezug auf die Erfordernisse, die sich aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben, genügt die Feststellung, dass dem Gericht nicht vorgeworfen werden kann, über einen Klagegrund nicht entschieden zu haben, der ihm nicht unterbreitet worden ist (vgl idS ua EuGH C-386/10 P, *Chalkor/Kommission*, Rn 70). Diese Rüge ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

56. Folglich ist der zweite RMGrund als teilweise unzulässig und teilweise unbegründet zurückzuweisen. [...]

[Art 261 AEUV, Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes, sowie Art 23 Abs 3 und Art 31 VO (EG) 1/2003]

71. Mit ihrem vierten RMGrund macht AC-Treuhand geltend, das angefochtene Urteil sei rechtsfehlerhaft, da das Gericht seine Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung nicht in einer Weise ausgeübt habe, die einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz iSv Art 47 Abs 1 der Charta gewährleiste.

72. Aus Rn 308 des angefochtenen Urteils gehe hervor, dass sich das Gericht darauf beschränkt habe, bei der Prüfung der Angemessenheit der Höhe der Geldbußen die Schwere der festgestellten Zuwiderhandlungen zu berücksichtigen. Das Gericht hätte aber auch die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit, der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung heranziehen müssen, da diese Grundsätze im vorliegenden Fall der Verhängung von Geldbußen entgegenstünden, die über einen symbolischen Betrag hinausgingen oder auf einer anderen Grundlage als den Honoraren berechnet seien, die AC-Treuhand für die den Herstellern erbrachten Dienstleistungen erhalten habe. Jedenfalls obliege es dem Gericht, die Gründe darzulegen, die die unterschiedliche Behandlung des vorliegenden Falls und desjenigen Falls rechtfertige, der Anlass für die E *Organische Peroxide* und das U *AC-Treuhand I* gewesen sei. Das Ge-

richt hätte außerdem die Dauer der in Rede stehenden Zuwiderhandlungen berücksichtigen müssen. [...]

74. Bei der gerichtlichen Kontrolle von Entscheidungen der EK, eine Geldbuße oder ein Zwangsgeld wegen Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln zu verhängen, verfügt der Unionsrichter über die in Art 263 AEUV vorgesehene Rechtmäßigkeitskontrolle hinaus über eine ihm durch Art 31 VO (EG) 1/2003 im Einklang mit Art 261 AEUV eingeräumte Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung, die ihn ermächtigt, die Beurteilung der EK durch seine eigene Beurteilung zu ersetzen und demgemäß die verhängte Geldbuße oder das verhängte Zwangsgeld aufzuheben, herabzusetzen oder zu erhöhen (vgl idS EuGH C-501/11 P, *Schindler Holding ua/Kommission*, Rn 36, und die dort angeführte Rsp).

75. Es ist jedoch zu beachten, dass die Ausübung der Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung gem Art 261 AEUV und Art 31 VO 1/2003 nicht einer Prüfung von Amts wegen entspricht und dass das Verfahren vor den Unionsgerichten ein Streitiges Verfahren ist. Mit Ausnahme zwingenden Rechts, das der Richter von Amts wegen zu berücksichtigen hat, ist es daher Sache des Klägers, gegen die Streitige Entscheidung Klagegründe geltend zu machen und für die Klagegründe Beweise beizubringen (vgl EuGH C-295/12 P, *Telefónica und Telefónica de España/Kommission*, Rn 213, und die dort angeführte Rsp).

76. Dagegen hat der Unionsrichter, um den Erfordernissen des Grundsatzes des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes iSv Art 47 Abs 1 der Charta zu genügen und angesichts des Umstands, dass nach Art 23 Abs 3 VO (EG) 1/2003 die Höhe der Geldbuße anhand der Schwere und der Dauer der Zuwiderhandlung festzuset-

zen ist, bei der Ausübung der Befugnisse nach den Art 261 und 263 AEUV jegliche Rechts- oder Sachrüge zu prüfen, mit der dargetan werden soll, dass die Höhe der Geldbuße nicht der Schwere und der Dauer der Zuwiderhandlung angemessen ist (vgl idS EuGH C-434/13 P, *Kommission/Parker Hannifin Manufacturing und Parker-Hannifin*, Rn 75, und die dort angeführte Rsp).

77. Was die vorliegende Rechtssache betrifft, geht aus den Rn 52, 53 und 60 des vorliegenden Urteils hervor, dass die Rügen von AC-Treuhand bezüglich eines Verstoßes gegen die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit, der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung im ersten Rechtszug nicht erhoben worden sind. Nach der in Rn 75 des vorliegenden Urteils angeführten Rsp des Gerichtshofs kann dem Gericht aber nicht vorgeworfen werden, diese Rügen nicht von Amts wegen im Rahmen seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung geprüft zu haben.

78. Im Übrigen ist festzustellen, dass das Gericht in den Rn 268 bis 314 des angefochtenen Urteils alle von AC-Treuhand in Bezug auf die Festsetzung der Höhe der verhängten Geldbußen vorgetragene Rügen einschließlich der Rüge einer fehlerhaften Beurteilung der Dauer der betreffenden Zuwiderhandlungen geprüft hat und auf die vorgetragene Argumente rechtlich hinreichend eingegangen ist. Damit hat das Gericht seine richterliche Kontrolle der Streitigen Entscheidung im Einklang mit den Erfordernissen des in Art 47 Abs 1 der Charta niedergelegten Grundsatzes eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes ausgeübt.

79. Infolgedessen ist der vierte RMGrund unbedeutend.

Anmerkung:

Es ist fast verwunderlich, dass die Frage der Beteiligung erst jetzt durch den EuGH geklärt wurde. Tatsächlich wäre es befremdlich gewesen, wenn der EuGH (dem GA folgend) zu dem Schluss gekommen wäre, dass nur jene Unternehmen für Kartellrechtsverstöße haften, die in demselben Markt tätig sind oder, wie der GA meinte, „Wettbewerbsdruck“ (vgl Schlussanträge GA, Rn 51) ausüben können. Für die Ansicht des EuGH spricht auch, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen unbestrittenermaßen Art 101 AEUV unterliegen können, obwohl die betreffenden Unternehmen nicht im selben Markt tätig sind. Ein noch weitergehendes Beispiel ist die GruppenfreistellungsVO für Forschung und Entwicklung (VO [EU] 1217/2010), die auch Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern (dh unabhängig von einem Vertikalverhältnis) sanktioniert, selbst wenn diese größere Freiheiten genießen als solche zwischen Wettbewerbern.

Dennoch wirft die Entscheidung dogmatische Fragen auf. Das liegt schon daran, dass darin nicht nach den verschiedenen Arten der Beteiligung und des Beitrags des Dritten unterschieden wird. Nach der Entscheidung erscheint alleine maßgeblich, dass der Verstoß in welcher Art auch immer unterstützt wurde. Trotz dieser sehr groben Betrachtung sind mE dennoch zwei Ebenen zu unterscheiden:

- Einerseits die wettbewerbswidrige Vereinbarung, zB zwischen den Unternehmen A und B, die in einem Horizontalverhältnis zueinander stehen und eine Preisbeschränkung eingehen („Hauptebene“).
- Die zweite Ebene ist dann jene der Beitragstäterschaft.

Auf dieser zweiten Ebene geht es somit nicht darum, dass der Beitragstäter mit A oder B eine Vereinbarung abgeschlossen hat, die den Wettbewerb zwischen dem Beitragstäter und A oder B beschränkt, sondern nur darum, ob der Beitragstäter bei der – auch hier erscheint eine Präzisierung angemessen – **Herbeiführung, Aufrechterhaltung** oder **Intensivierung** der Vereinbarung zwischen A und B unterstützend mitgewirkt hat. Welcher Natur das Rechtsverhältnis des Beitragstäters zu A oder B oder zu beiden sein muss, wird in der vorliegenden Entscheidung aber nicht explizit angesprochen. Es scheint so, als sehe der EuGH auf dieser „zweiten Ebene“ ebenfalls entweder eine Vereinbarung, eine Abrede oder eine abgestimmte Verhaltensweise iSd Art 101 AEUV. Die Konsequenz wäre ua, dass diese dann allenfalls auch von Nichtigkeit iSd Art 101 Abs 2 AEUV bedroht wäre. Da die Rechtswidrigkeit einer solchen „Beigstäter-Vereinbarung“ jedoch keine primäre, sondern eine abgeleitete ist, kann sie nur angenommen werden, wenn die Hauptvereinbarung gegen Art 101 AEUV verstößt. Insofern liegt eine Art „Akzessorietät der Beteiligung“ vor.



Das Verhältnis Hauptvereinbarung zu Beitragstäterschaft impliziert auch, dass der Tatbeitrag für die Herbeiführung, die Aufrechterhaltung oder die Intensivierung dieser Wettbewerbsbeschränkung zumindest mitkausal war. Der Tatbeitrag muss daher eine Wirkung bzgl des Abschlusses der Hauptvereinbarung gezeigt haben (umgekehrt formuliert – hier gibt es keinen vorwerfbaren bloß „bezweckten Tatbeitrag“). Darin besteht auch ein Unterschied zu der Hauptvereinbarung, bei der es ausreichen kann, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt (und nicht umgesetzt) wurde.

Darüber hinaus ist wohl auch die Intensität des Beitrags für die Frage der Vorwerfbarkeit der Beitragshandlung relevant. Der EuGH deutet dies in seiner Entscheidung zumindest an.¹⁾ Hier wäre daher möglicherweise zwischen einem Anstifter und einem „einfachen“ Beitragstätter zu unterscheiden oder nach einem intensiven oder weniger intensiven Beitrag zu akzentuieren. Eine dermaßen vorgenommene Abstufung ist zumindest bei der Bemessung der Geldbuße notwendig. Wie der EuGH nämlich ausführt, kann das Problem der Geldbußenbemessung für Beitragstätter nur durch eine entsprechend ausdehnende Interpretation der Bußgeldleitlinien der EK (2006/C 210/02) gelöst werden,

nämlich dadurch, dass die Geldbuße aus Gründen der Abschreckung pauschal festgesetzt wird. Bei der Geldbußenbemessung muss daher (selbst bei einer pauschalen Festsetzung) zweifach abgewogen werden; aufgrund der oben erwähnten Akzessorietät einmal die Milderungs- und Erschwerungsgründe bzgl der Hauptvereinbarung und einmal jene bzgl des Tatbeitrags.

Auf eine weitere Konsequenz dieser Entscheidung des EuGH sei nur hingewiesen. Die EU-SchadenersatzRL (2014/104/EU) sieht in Art 11 Abs 1 die gesamtschuldnerische Haftung derjenigen vor, die durch „gemeinschaftliches Handeln gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen haben“. Die vorliegende Entscheidung führt wohl dazu, dass davon nun auch Beitragstätter erfasst sind. Dass dies hinsichtlich der ohnedies dogmatisch umstrittenen SchadenersatzRL eine Reihe neuer Fragen aufwirft, sei hier nur am Rande erwähnt.

Raoul Hoffer,
Binder Grösswang Rechtsanwälte GmbH

1) Vgl C-194/14 P, Rn 39: „Vor diesem Hintergrund kann [...] nicht davon ausgegangen werden, dass ihr [Anm: AC-Treuhand] Tätigkeit in dieser Eigenschaft in rein nebensächlichen Dienstleistungen bestand, die nichts mit den von den Herstellern eingegangenen Verpflichtungen und den sich daraus ergebenden Wettbewerbsbeschränkungen zu tun hatten.“

