

EuG – Einschränkung des Anwaltsprivilegs

In seinem Urteil vom 17.09.2007 in der Sache *Akzo Nobel* hat das Europäische Gericht erster Instanz (EuG) wichtige Aussagen zur Reichweite des Anwaltsprivilegs getroffen, die insb. die schwierige Stellung von Syndikusanwälten bei der kartellrechtlichen Beratung im eigenen Unternehmen hervorheben.

Dem Urteil lag eine in der Praxis nicht seltene Konstellation zugrunde: Im Rahmen einer Nachprüfung wollten Kommissionsbeamte unternehmensinterne Unterlagen sicherstellen, die aus Sicht des Unternehmens unter das Anwaltsprivileg fielen. Das Unternehmen protestierte erfolglos gegen die Beschlagnahme und klagte schließlich.

Entgegen weit verbreiteter Hoffnungen hielt das EuG in seinem Urteil an der schon etwas in die Jahre gekommenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs fest, dass der Rechtsrat angestellter Syndikusanwälte nicht unter das Anwaltsprivileg fällt. Deutsche Juristen dürfte das nicht übermäßig schockieren, hat doch etwa das LG Bonn in seinem Beschluss vom 29.09.2005 (37 O 27/05) die Tätigkeit eines Syndikusanwalts für sein Unternehmen nicht als Anwaltstätigkeit i.S. des § 53 StPO (Zeugnisverweigerungsrecht) angesehen und damit die Beschlagnahme entsprechender Unterlagen bei einer Nachprüfung des Bundeskartellamts zu-

gelassen. Aufgrund der vergleichsweise höheren praktischen Bedeutung von Kommissionsuntersuchungen ist die Klarstellung der EG-Rechtslage aber gleichwohl äußerst bedeutsam. Syndikusanwälte, die etwa die Kartellrechtswidrigkeit bestimmter Verhaltensweisen in unternehmensinternen Vermerken niederlegen, machen sich zur Zielscheibe späterer kartellbehördlicher Untersuchungen.

Ebenso bedeutend sind die Aussagen des Gerichts zur unternehmensinternen Faktensammlung zum Zwecke der Einholung anwaltlichen Rechtsrats. Zu denken ist hier etwa an Gesprächsprotokolle im Rahmen einer internen Untersuchung. Das Gericht macht deutlich, dass ein Schutz derartiger Unterlagen nur ausnahmsweise gerechtfertigt sein soll und voraussetzt, dass sie nachweislich *ausschließlich* zur Vorbereitung externen Rechtsrats erstellt wurden. So muss etwa die Beauftragung des Anwalts mit der Würdigung des konkreten Sachverhalts dargelegt werden – die bloße allgemeine Einbindung einer Kanzlei in das Compliance-Programm des Unternehmens reicht nicht aus. Auch sollte die entsprechende Unterlage unternehmensintern unter Verschluss gehalten und nur dem Anwalt übersandt werden, also auch nicht etwa vorab oder in Kopie dem Vorstand übergeben werden. Eine deutliche Kennzeichnung ent-

sprechender Unterlagen als „zur Einholung von Rechtsrat bestimmt“ und die getrennte Ablage beim Syndikus können in der Hektik einer Durchsuchung helfen, eine versehentliche Übergabe oder langwierige Diskussionen mit den Beamten zu vermeiden.

Bedauerlicherweise hat das Gericht seine Chance verpasst, Unternehmensjuristen bei der Durchsetzung kartellrechtlicher Compliancekultur stärker in die Verantwortung zu nehmen. Dies ist besonders deshalb misslich, weil das EuG ebenso wie die Kommission bei der Festsetzung immer höherer Kartellbußgelder wie selbstverständlich davon auszugehen scheint, dass ernst gemeinte unternehmensinterne Kontrollmechanismen auch in Großunternehmen das Fehlverhalten Einzelner wirksam unterbinden können. Bis auf Weiteres bleibt es daher dabei, dass nur eine enge Abstimmung zwischen Rechtsabteilung und externen Anwälten eine offensive Auseinandersetzung mit kartellrechtlich kritischen Sachverhalten erlaubt, ohne gleichzeitig Gefahr zu laufen, diese Sachverhalte den Kartellbehörden auf dem Präsentierteller zu überreichen.

Sven Völcker (WilmerHale)

EuG-Urteil vom 17.09.2007 – verb. Rs. T-125/03 und T-253/03, *Akzo Nobel*

Steuerliche Abzugsfähigkeit von EU-Kartellrechtsbußen

In Rechtsprechung und Literatur wird diskutiert, ob Geldbußen der EU-Kommission wegen Kartellrechtsverstößen als Betriebsausgaben geltend gemacht werden können. Der deutsche Gesetzgeber lässt diesen nach § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 S. 4 EStG ausnahmsweise dann zu, wenn der durch den Gesetzesverstoß rechtswidrig erlangte wirtschaftliche Vorteil mit dem Bußgeld ohne Berücksichtigung der darauf entfallenden Ertragsteuern abgeschöpft wird. Im Gegensatz zur Abzugsfähigkeit von Bußgeldern des Bundeskartellamts gibt es zu den EU-Bußen noch keine gefestigte Steuerrechtsprechung.

Der BFH hält nach seinem Beschluss vom 24.04.2004 eine zumindest teilweise Vorteilsabschöpfung für möglich. Er stützt sich dabei auf die erstmals 1998 von der EU-Kommission erlassenen Bußgeldleitlinien (98/C 9/03) und sieht aufgrund einer wirtschaftlich geprägten Betrachtungsweise einen zumindest mittelbaren Zusammenhang zwischen Mehrerlös und Höhe der Geldbuße. Auch in der Literatur wird in den EU-Kartellbußen ganz überwiegend eine implizite Vorteilsabschöpfung gesehen. Begründet wird dies u.a. mit der Doppelfunktion

einer solchen Buße. Danach soll ein kartellrechtswidriges Verhalten nicht nur geahndet, sondern zwingend auch die dem Unternehmen aus seinem rechtswidrigen Verhalten zugeflossenen wirtschaftlichen Vorteile abgeschöpft werden, um so die Einhaltung der EU-Wettbewerbsregeln zu gewährleisten. Auch sei eine Abschreckungswirkung nur zu erreichen, wenn Unternehmen nicht damit rechnen dürften, dass eine Geldbuße unter dem rechtswidrig erzielten Gewinn liege.

Dagegen spricht jedoch, dass die maßgebenden europäischen Kartellrechtsnormen (Art. 81-83 EG) sowie die Bußgeldregelung in Art. 15 Abs. 2 der VO 17/62 bzw. in Art. 23 der VO 1/2003, entgegen der nationalen Rechtslage in § 81 GWB und § 17 Abs. 4 OWiG, ihrem Wortlaut nach eine Vorteilsabschöpfung nicht vorsehen. Im Rahmen einer Auslegung dieser Vorschriften scheidet ein Vergleich mit den deutschen Vorschriften und damit auch eine Bezugnahme auf die dazu ergangene Rechtsprechung aus, da das EG-Recht höherrangig ist und nicht anhand nachrangigen Rechts ausgelegt werden darf. Vielmehr kommt es entscheidend auf die Ausformung der Funktion ei-

ner Geldbuße im europäischen Kartellrecht durch die EU-Organe selbst an.

Nach der Rechtsprechung des EuG dient ein EU-Bußgeld der Ahndung und Abschreckung. Beide Aspekte bilden eine Einheit. Die Abschreckungswirkung, die nach EuG kein spezieller Beurteilungsgesichtspunkt ist, kann nach dieser Rechtsprechung auch erreicht werden, indem auf die Größe und Gesamtresourcen eines Unternehmens abgestellt wird, da beides Indizien für den Einfluss sind, den ein Unternehmen auf den Markt ausüben kann. Eine Abschöpfung nach den Bußgeldleitlinien der Kommission ist nur anzunehmen, wenn ein wirtschaftlicher Vorteil objektiv feststellbar ist und sich dies aus dem Bußgeldbescheid ergibt, andernfalls würde die Kommission gegen ihre eigenen Leitlinien, die keinen Gesetzescharakter haben, verstoßen. In der Praxis ist es aber schwierig, den Teil des Gewinns zu ermitteln, der auf ein rechtswidriges Verhalten zurückzuführen ist. Eine Darlegung der Veränderung des Umsatzes und der Deckungsbeiträge über die Jahre der Beteiligung an dem Kartell reicht nicht aus, da dies nicht zwingend auf Kartellabsprachen