

Compliance als Mittel zur Minderung von Geldbußen im Kartellrecht

Vertr.-Prof. Dr. Chorusch Taheri

Compliance gewinnt im Wirtschaftsleben zunehmende Bedeutung. Gerade im Kartellrecht dürften neben grundsätzlichen ethischen Überlegungen und dem Reputationsschutz die Sorgen vor enormen Bußgeldern dafür eine bedeutende Rolle spielen.¹ Doch es bleibt dabei, dass es einen hartnäckigen (zugegebenermaßen kleiner werdenden) Kreis an Unternehmen gibt, die sich ehrlichen und ernstgemeinten Compliance-Maßnahmen verschließen. Wird ein Kartellrechtsverstoß festgestellt, wächst wiederum schlagartig die Erkenntnis, dass solche Maßnahmen dringend erforderlich gewesen wären. Aufgrund des Zeitdrucks liegt der Fokus jedoch häufig auf (hastigem) Krisenmanagement. Compliance-Maßnahmen werden zunächst wieder aufgeschoben.

Im Folgenden legt der Verfasser dar, warum solche Maßnahmen auch nach Beginn und Fortschreiten von Ermittlungen sinnvoll sind und im Rahmen von Bußgeldern mildernd berücksichtigt werden können und stärker beachtet werden sollten. Dabei wird der Begriff der „Schwere der Zuwiderhandlung“ gemäß § 81 Abs. 4 S. 6 GWB hinsichtlich der Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen analysiert. Ferner misst der Verfasser dem Aspekt der Compliance-Kultur innerhalb eines CMS (Compliance-Management-System) besondere Bedeutung zu. Dabei konzentriert er sich auf die Situation im unmittelbaren Anschluss an sog. Dawn Raids.

A. Compliance

Der Deutsche Corporate Governance Kodex beinhaltet eine Beschreibung des Begriffes Compliance:

„Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance). Er soll für angemessene, an der Risikolage des Unternehmens ausgerichtete Maßnahmen (Compliance Management System) sorgen und deren Grundzüge offenlegen. Beschäftigten soll auf geeignete Weise die Möglichkeit

¹ Vgl. *Bundeskartellamt*, Az. B 10 – 040/14, B 10 – 041/14, B10-50/14, B10 -20/15.

eingräumt werden, geschützt Hinweise auf Rechtsverstöße im Unternehmen zu geben; auch Dritten sollte diese Möglichkeit eingeräumt werden².“

Bereits aus diesen Formulierungen wird der präventive Charakter („Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen“) deutlich. Dementsprechend sind Compliance-Maßnahmen rechtzeitig, mithin vor dem Bekanntwerden von Gesetzesverstößen sinnvoll.

Diese Einschätzung deckt sich mit der allgemeinen Einschätzung zu Compliance, insbesondere seitens der freien Wirtschaft. Die Anwaltssozietät CMS kommt zu dem Schluss, dass das Thema Compliance zunehmende Akzeptanz findet.³ Dabei wird Compliance immer noch als Präventionsinstrumentarium betrachtet, dass, soweit rechtzeitig implementiert, Regelverstöße verhindern soll⁴ oder zumindest Geldbußen mindern soll.⁵ Dies ist grundsätzlich zutreffend. Es gibt jedoch eine weitere Perspektive, die zu beachten ist. Auch nachträgliche⁶, folglich nicht rechtzeitig implementierte Compliance-Maßnahmen können durchaus sinnvoll sein und bußgeldmindernd berücksichtigt werden. Diesem Aspekt ist der folgende Aufsatz gewidmet. Exemplarisch werden dabei Maßnahmen zur Implementierung oder Überarbeitung eines CMS (Compliance-Management-System) dargestellt.

B. Dawn Raids

Dawn Raids sind unangemeldete Durchsuchungen durch die Kartellbehörden, die einen Verdacht gegen Unternehmen wegen Verstößen gegen das Kartellrecht hegen. Sie sind, gerade aufgrund ihres überfallartigen Charakters, ein besonders gefürchtetes Mittel. Häufig sind sie das äußerlich erkennbare Zeichen dafür, dass der Verdacht eines Kartellrechtsverstößes besteht und notwendige Compliance-Maßnahmen nicht ausreichend beachtet wurden.

Unabhängig davon, ob sich der Verdacht bestätigt oder nicht, sind bereits mit Beginn der Dawn Raids erhebliche Nachteile für das Unternehmen eingetreten. Der Geschäftsablauf ist erheblich beeinträchtigt bzw. zeitweise ausgesetzt. Ferner ist mit negativer Berichterstattung zu rechnen, die selbst bei positivem Ausgang der Ermittlungen einer breiten Öffentlichkeit im Gedächtnis bleibt. Diese negativen Folgen sprechen bereits für eine Überprüfung und eventuell Überarbeitung der Compliance im Unternehmen, da hierdurch die Folgen zumindest abgemildert werden können.⁷

Aber auch rechtliche Verpflichtungen sprechen für ein durchdachtes Krisenmanagement. Schließlich ist das Unternehmen zur Mitarbeit verpflichtet, etwa durch die Weitergabe von Informationen oder die Gewährung von Zutritt zu Räumen und Dokumenten.⁸ Bestenfalls sieht das Krisenmanagement in dieser Situation bereits personelle Verant-

² Deutscher Corporate Governance Kodex, 07.02.2017, S. 6.

³ Vgl. CMS, Compliance-Barometer 2016.

⁴ Vgl. Götz, Forschungsprojekt Kartellrechts-Compliance: Wie Compliance-Maßnahmen Kartellrechtsverstöße verhindern und zum Unternehmenserfolg beitragen können, Gießen 2014.

⁵ Bundeskartellamt, „Compliance“: Wie können Unternehmen Kartellverstöße vermeiden?, http://www.bundeskartellamt.de/DE/Kartellverbot/kartellverbot_node.html;jsessionid=6CA0C7E3939B5455F6BA32C421C5C59B.1_cid387#doc3591504bodyText6.

⁶ Nachträglich bedeutet in diesem Kontext nach Bekanntwerden von Verstößen.

⁷ Z.B. durch die Veröffentlichung einer unmittelbaren Überarbeitung der Compliance, die die negativen Folgen in der Öffentlich mindert.

⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 18. Oktober 1989, Rs. 374/87, Slg. 1989, 3343, Rdnr. 22.

wortlichkeiten im Unternehmen vor. Falls dies jedoch nicht der Fall ist, sollte dies kurzfristig durch eine sofortige Zuordnung erfolgen. Es ist essentiell, dass die Ermittlungsbehörden spezifische Ansprechpartner für Fragen haben.

C. Die Schwere der Zuwiderhandlung

Die nachträgliche Implementierung eines CMS könnte sanktionsmindernd im Rahmen der Prüfung der Schwere der Zuwiderhandlung i.S. § 81 Abs. 4 S. 2 GWB berücksichtigt werden. Der Begriff der Zuwiderhandlung gemäß § 81 Abs. 4 S. 2 GWB ist weit gefasst. Neben der Handlung im engeren Sinne wird auch das Vor- und Nachverhalten berücksichtigt.⁹

Das Nachtatverhalten kann dabei grundsätzlich eine eigene Schadensqualität begründen, etwa wenn die erlangten Vorteile vor Zugriff geschützt werden.¹⁰ Relevanter ist jedoch eine in der Praxis bedeutsame Funktion: Das Verhalten vor und nach der Tat dient als Mittel zu Schlussfolgerung über die Vorwerfbarkeit.¹¹

Neben der Tat an sich sind ferner die inneren Tätervorstellungen von der Tat und der Rechtsordnung zu bewerten.¹² Eine Möglichkeit, eine positive Grundeinstellung zur Rechtsordnung darzustellen, ist etwa das Zeigen von Reue. Auch ein Geständnis unterstreicht eine nachträgliche „Rückkehr“ zur Rechtsordnung.

Dabei ist zu beachten, dass die nachträgliche Implementierung von Compliance-Maßnahmen nicht bloß eine „Alibi-Funktion“ zur Sanktionsminderung darstellt. Schließlich hat die nachträgliche Implementierung eine bindende Funktion, da sie zu einer Erhöhung der Sorgfaltspflicht und damit auch zu einer Ausweitung der Strafbarkeitsrisiken führt.¹³ Das Unternehmen kann sich mit nachträglichen Maßnahmen also nicht einfach der Sanktion entziehen, um danach wieder weiter zu arbeiten wie gehabt. Es kann dadurch zwar die Sanktion mindern – muss aber dem Thema Compliance aufgrund des erhöhten Sorgfaltsmaßstabs dafür in Zukunft umso höhere Bedeutung beimessen.

Vor diesem Hintergrund müssen Compliance-Maßnahmen als Ausdruck einer positiven Einstellung zur Rechtsordnung begriffen werden. Schließlich stellen sie sich sowohl als Vorverhalten (Prävention) als auch Nachverhalten (z.B. Krisenmanagement) dar. Streng genommen stellt auch die nachträgliche, also verspätete Einführung eines Compliance-Systems ein positives Bekenntnis zur Rechtsordnung dar. Ebenso wie die nachträgliche Reue darf der (verspätete) Zeitpunkt dabei keine Rolle spielen.

Für externe Compliance-Berater gilt: Im Erstberatungsgespräch ist auf die möglichen Folgen hinzuweisen. Die nachträgliche Einrichtung eines Compliance-Systems kann dabei andere Rechte, etwa hinsichtlich des Vermeidens einer Selbstbelastung. Auch kann es zu einer Anhebung des Maßstabs der Sorgfaltspflicht führen. Dies ist dem Klienten genau darzulegen. Die Vor- und Nachteile sind dabei genau abzuwägen.

⁹ Vgl. *Beulke/Moosmayer*, CCZ 2014, S. 146, 148. Grützner CCZ 2015, S. 56, 58; Zur Vertiefung: Bruns, NStZ 1981, S. 81 ff.; Zu den unterschiedlichen Tatbegriffen der Rechtsprechung und des Bundeskartellamts vgl. BGH · Beschluss vom 26. Februar 2013 · Az. KRB 20/12, Rn. 24 ff.

¹⁰ Vgl. BGH, 11.01.2005, NStZ-RR 2005, S. 168 f.

¹¹ Vgl. *Bruns*, S. 81 ff.

¹² Vgl. BGH 09.12.2010, NStZ 2011, S. 512.

¹³ *Zimmermann*, Strafbarkeitsrisiken durch Compliance, 2014, S. 222 ff.

D. Compliance-Kultur

Soweit auch die nachträgliche Implementierung von Compliance-Maßnahmen als Ausdruck von Reue und Normakzeptanz gewertet werden kann, ist der Motivation für den „Sinneswandel“ eine enorme Bedeutung beizumessen. Compliance-Maßnahmen können nur dann als Ausdruck der Normakzeptanz berücksichtigt werden, wenn sie auch tatsächlich um ihrer selbst Willen implementiert werden. Äußerer Druck und der Wunsch nach einer „Imagerettung“ können dabei eine Rolle spielen, sollten aber nicht das einzige Motiv sein. Des Weiteren ist eine realistische Betrachtung der Situation dringend notwendig. Vor dem Hintergrund, dass die zeitlichen Möglichkeiten zur Implementierung begrenzt sind und die Anspannung im Unternehmen aufgrund drohender Geldbuße besonders hoch ist, ist vor einer Over-Compliance zu warnen.¹⁴ Des Weiteren ist zu verdeutlichen, dass die Compliance-Kultur der Maßstab für die Compliance-Akzeptanz ist. Diesbezüglich erscheinen mit Blick auf ein „Rumpf-CMS“ die nachfolgenden Maßnahmen sinnvoll:

1. Tone at the top

Zunächst ist ein sofortiges und uneingeschränktes Bekenntnis zur Compliance durch die Führung (tone at the top) maßgeblich.¹⁵ Dieser Aspekt darf nicht unterschätzt werden. Schließlich sind die Blicke gerade in der sich anbahnenden Krise besonders stark auf die Unternehmensführung gerichtet.¹⁶ So bedeutsam und ausschlaggebend das Verhalten der Führung für die Durchsetzung einer integren Compliance-Kultur auch ist, ist auch hier wiederum Realismus angesagt. Schließlich braucht die Durchsetzung der Compliance-Kultur von oben nach unten Zeit - Zeit, die im Krisenfall fehlt. Der Fokus ist daher unbedingt auf die Krise und das Verhalten der Mitarbeiter in der Krise zu richten. Grundsätzlichere strategische Ausrichtungen sollten zurückgestellt werden.¹⁷

2. Schulungen

Um dieser Bedeutung auch gegenüber Mitarbeitern Nachdruck zu verleihen, sind schnell angesetzte Schulungen durchzuführen.¹⁸ Dabei ist zu beachten, dass Schulungen grundsätzlich breit gefächert sind. Dies folgt aus dem präventiven Charakter – schließlich sind möglichst viele Eventualitäten und mögliche Verstöße einzubeziehen. Bei kurzfristigen Complianceimplementationen ist dies jedoch alleine aus Zeitgründen häufig nicht möglich. Die Schulungen sind auf die im Raum stehenden Vorwürfe zu beschränken.¹⁹ Dabei ist es hilfreich, die Vorwürfe zu analysieren und die einschlägigen Schulungsmodule zu identifizieren.²⁰

¹⁴ Vgl. *Mitchell*, Why Over-Compliance Can Actually Increase Risk, Spend Matters 2016, <https://spendmatters.com/2016/04/05/why-over-compliance-can-actually-increase-risk/>

¹⁵ Vgl. *Schwartz*, S. 79 ff.

¹⁶ *Ebenda*, S. 87.

¹⁷ Vgl. hierzu 4.d.: Krisenteam.

¹⁸ Vgl. *Pauleweit*, Auf dem Weg, längst nicht am Ziel, ComplianceManager 2017, <http://www.compliance-manager.net/fachartikel/auf-dem-weg-laengst-nicht-am-ziel-1131925091>.

¹⁹ Es sei noch einmal darauf hingewiesen, dass durch die Maßnahmen nicht nur rechtliche Folgen, sondern auch Reputationsschäden eingeschränkt werden sollen.

²⁰ Vgl. zur Effektivität von Schulungen: *Wieland*, S. 395-414.

3. Informationsübermittlung

Des Weiteren ist als Sofortmaßnahme vor allem die Kronzeugenregelung zu evaluieren.²¹ Hiernach kann das Unternehmen, welches ein Kartell als erstes bei der zuständigen Wettbewerbsbehörde anzeigt, die eigene Sanktionierung vermeiden. Für eine solche Entscheidung sind natürlich die konkrete Situation und der Zeitpunkt zu beachten, insbesondere ob überhaupt noch zusätzliche, noch nicht ermittelte Informationen übermittelt werden können. Des Weiteren ist sicherzustellen, schneller als die übrigen, am Kartell beteiligten Unternehmen zu handeln. Ferner muss die Übermittlung vollständig sein. Insbesondere ist zu prüfen, dass die Behörde kontaktiert wird, die zuständig ist. Sollten nationale wie auch internationale Behörden zu kontaktieren sein, ist auf Kongruenz der Anzeigen zu achten, um dem Erfordernis der Vollständigkeit nachzukommen²².

4. Krisenteam

Idealerweise werden die weiteren Maßnahmen bei Dawn Raids vom Krisenstab koordiniert, der zuvor festgelegt wurde. Ist dies nicht der Fall, sollte der Compliance Manager schnellstmöglich ein Team unter Einbeziehung eines Vorstandsmitglieds, das Compliance-Verantwortung trägt, den Leitern der EDV, der Unternehmenskommunikation und des Dokumentenmanagements sowie externen Beratern, erfolgen. Dies gilt selbst dann, wenn ein Aufsichtsratsmitglied in die Vorwürfe verwickelt ist.²³ Den Ermittlungsbehörden sind zügig die Kontaktdaten der Beteiligten zu übermitteln und geeignete Räumlichkeiten zur Verfügung zu stellen. Das Empfangspersonal ist zur Kooperation zu verpflichten.

Im weiteren Verlauf sind die Mitglieder des Krisenteams verfügbar zu halten für organisatorische Fragen der Ermittlungsbehörden, z.B. Zugang zu Unterlagen, Computern, Fotokopierern usw.

Sofern nicht bereits geschehen, ist ein Leitfaden für das Verhalten bei Dawn Raids zu entwickeln. Dieser sollte die Anweisung beinhalten, gegenüber den Ermittlungsbeamten stets kooperativ und höflich aufzutreten, aber auch keine Vermutungen und Mutmaßungen zu verlautbaren. Als praktisches Prüfungs- und Bewertungstool gewinnen sog. Mock Dawn Raids zunehmend an Bedeutung.²⁴

E. Fazit

Compliance kann selbstverständlich nur dann zur vollen Entfaltung gelangen, wenn es rechtzeitig implementiert wird. Dies gilt insbesondere für die Vorbeugung. Aber auch wenn das Kind bereits „in den Brunnen gefallen“ ist, lassen sich durch Compliance-Maßnahmen Erfolge im Sinne des Klienten erzielen. Dies gilt insbesondere auch für die Minderung von Bußgeldern, was mittlerweile auch vom Bundeskartellamt bestätigt wird.²⁵

Ferner stoßen solche Maßnahmen die Tür zu weiteren Optionen, etwa der Bonusregelung, auf. Auch das Fehlen eines Krisenplans ist, so ungünstig eine solche Situation

²¹ OLG Düsseldorf WuW 2006, 787.

²² Vgl. hierzu EuGH, C-428/14.

²³ *Rodewald*, S. 1629, 1632.

²⁴ Vgl. *Sowa*.

²⁵ *Bundeskartellamt*, „Compliance“: Wie können Unternehmen Kartellverstöße vermeiden? http://www.bundeskartellamt.de/DE/Kartellverbot/kartellverbot_node.html;jsessionid=6CA0C7E3939B5455F6BA32C421C5C59B.1_cid387#doc3591504bodyText6.

auch ist, nicht das Ende aller Tage. Kombiniert mit nachträglichen Compliancemaßnahmen kann die nachträgliche, kurzfristige Erarbeitung eines Krisenplans durchaus zu Sanktionsminderungen führen. Folglich ist in Beratungsgesprächen darauf hinzuweisen, dass auch nachträgliche Compliancemaßnahmen einen gewissen Erfolg versprechen. Dabei ist es für externe Berater sinnvoll, im Beratungsgespräch zwei unterschiedliche „Pläne“ zu präsentieren und auf die Unterschiede hinzuweisen:

Zum einen die ad-hoc-Implementierung eines „Rumpf“-CMS, die etwa die zügige Hinzuziehung von externen Experten beinhaltet, und zum anderen die langfristige Implementierung eines in sich gewachsenen CMS, welches den Großteil der externen Kräfte durch eigenes, geschultes Personal ersetzt.

Grundsätzlich erscheint es erstrebenswert, neben dem Blick auf den Umsatz andere tat- und täterbezogene Umstände stärker in den Fokus zu stellen. Die (verspätete) Implementierung eines CMS ist hierfür ein passendes Beispiel. Den spezial- und generalpräventiven Zielen von Bußgeldern wird nur dann in ausreichendem Maße Rechnung getragen, wenn das Unternehmen spezifisch und individuell hinsichtlich der Akzeptanz der Rechtsordnung beleuchtet und bewertet wird. Ein „Tunnelblick“ gerichtet auf die Umsatzhöhe ist dafür nicht ausreichend.

Literaturverzeichnis

Beulke, Werner, Moosmayer, Klaus, Der Reformvorschlag des Bundesverbandes der Unternehmensjuristen zu den §§ 30, 130 OWiG - Plädoyer für ein modernes Unternehmenssanktionenrecht CCZ 2014, S. 146 - 151.

Bundeskartellamt, „Compliance“: Wie können Unternehmen Kartellverstöße vermeiden werden?, http://www.bundeskartellamt.de/DE/Kartellverbot/kartellverbot_node.Html;jsessionid=6CA0C7E3939B5455F6BA32C421C5C59B.1_cid387#doc3591504bodyText6 (zuletzt abgerufen am 20.11.2017).

Bruns, Hans-Jürgen, Prozessuale »Strafzumessungsverbote« für nicht mitangeklagte oder wieder ausgeschiedene strafbare Vor- und Nachtaten?, NStZ 1981, 81 - 86.

Götz, Georg, u.a., Forschungsprojekt Kartellrechts-Compliance: Wie Compliance-Maßnahmen Kartellrechtsverstöße verhindern und zum Unternehmenserfolg beitragen können, Gießen 2014.

Grützner, Thomas, Unternehmensstrafrecht vs. Ordnungswidrigkeitenrecht, CCZ 2015, S. 56 - 62.

Mitchell, Pierre, Why Over-Compliance Can Actually Increase Risk, Spend Matters 2016, <https://spendmatters.com/2016/04/05/why-over-compliance-can-actually-increase-risk/> (zuletzt abgerufen am 20.11.2017)

Pauleweit, Sven, Auf dem Weg, längst nicht am Ziel, ComplianceManager.net 2017, <http://www.compliance-manager.net/fachartikel/auf-dem-weg-laengst-nicht-am-ziel-1131925091> (zuletzt abgerufen am 20.11.2017).

Rodewald, Jörg, u.a., Kommunikation und Krisenmanagement im Gefüge der Corporate Compliance-Organisation. BB 2007, 1629, 1632 f.

Schwartz, Mark, u.a., Tone at the top: An ethics code for directors?, Journal of Business Ethics 58, 2005, S. 79 - 100.

Sowa, Aleksandra, Prüfung kartellrechtlicher Compliance durch Mock Dawn Raids als Prüfungsmethode der IT-Revision, Wiesbaden, 1. Aufl. 2015.

Wieland, Josef, Handbuch Compliance-Management. Konzeptionelle Grundlagen, praktische Erfolgsfaktoren, globale Herausforderungen, 2010, S. 395 - 414.

Zimmermann, Susanne Annette, *Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*: Auswirkungen von *Compliance*-Regelungen auf das Wirtschaftsstrafrecht, 2014, S. 222-224.

Abgeschlossen Februar 2018

www.logos-verlag.de unter ‚Zeitschriften‘
www.w-hs.de/ReWir

Impressum: Westfälische Hochschule, Fachbereich Wirtschaftsrecht, August-Schmidt-Ring 10,
D - 45665 Recklinghausen, www.w-hs.de/wirtschaftsrecht



Dieser Text steht unter der Lizenz ‚Namensnennung- Keine kommerzielle Nutzung - Keine Bearbeitung 3.0 Deutschland‘ (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de/>)



Vertrieb: Logos Verlag Berlin GmbH
Comeniushof, Gubener Straße 47
10243 Berlin
<http://www.logos-verlag.de>