

Compliance-Risikoanalyse

Praxisleitfaden für Unternehmen

von

Dr. Klaus Moosmayer, Prof. Dr. Werner Beulke, Alexander Eufinger, Dr. Frank Fabian, Philip Haarmann, Jan Hansen,
Dr. Anabel Harting, Dr. Wolfgang Heckenberger, Meinhard Remberg, Dr. Anita Schieffer, Dr. Robert Schulz, Dr.
Christian Steinle, Dr. Jochen Vetter, Ute Vogelsang, Dr. Antonie Wauschkuhn, Heiko Wendel, Matthias Wendt, Karl-
Heinz Withus, Dr. Tobias Witzigmann

1. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 66299 7

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

wichtigsten Wettbewerber groß ist.⁸⁶ Zudem können hohe Marktzutrittschranken, eine hohe Produktivität und Ertragskraft, der Besitz einer etablierten Marke sowie eine starke Wirtschafts- und Finanzkraft – insbesondere in Kombination – für eine marktbeherrschende Stellung sprechen.

Hinweis:

Auf nationaler Ebene können auch Unternehmen, von denen kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager abhängig sind (relative Marktmacht im Vertikalverhältnis), Adressaten der Missbrauchskontrolle sein. Unternehmen mit vertikaler Marktmacht ist es nämlich verboten, ihre Partner zu behindern oder zu diskriminieren. Zudem dürfen Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht (relative Marktmacht im Horizontalverhältnis) diese nicht unbillig behindern. Hierzu gehört nach § 20 Abs. 3 GWB insbesondere der nicht nur gelegentliche Verkauf von Waren unter Einstandspreis. Das deutsche Kartellrecht erfasst also auch einseitiges Handeln von Unternehmen unterhalb der Schwelle der absoluten Marktbeherrschung.

Kommt die Risikoanalyse zum Ergebnis, dass das Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, muss in einem zweiten Schritt geklärt werden, ob das Unternehmen Geschäftspraktiken anwendet, die bei Vorliegen dieser marktbeherrschenden Stellung als missbräuchlich angesehen werden könnten. Maßstab ist, ob das Unternehmen Mittel gebraucht, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs abweichen.⁸⁷ Besonders die Gestaltung der Preispolitik eines marktbeherrschenden Unternehmens ist davon betroffen, sodass nicht jeder Preiswettbewerb als kartellrechtlich zulässig angesehen wird.⁸⁸ So sind einem marktbeherrschenden Unternehmen etwa die Erzwingung unangemessener Einkaufs- und Verkaufspreise, die Einschränkung des Absatzes, die Gewährung unterschiedlicher Preise und Konditionen gegenüber verschiedenen Kunden oder Lieferanten sowie Kopplungspraktiken verboten. Verfügt das Unternehmen über eine marktbeherrschende Position, sollte analysiert werden, ob derartige Geschäftsmodelle praktiziert werden, um diese unverzüglich zu beenden. 52

F. Organisation der kartellrechtlichen Risikoanalyse

Neben der praktischen Durchführung der kartellrechtlichen Risikoanalyse stellt sich zudem die Frage, welche organisatorische Einheit hierfür verantwortlich sein soll. Grundsätzlich kann die Unternehmensleitung eigene personelle und sachliche Ressourcen zur Verfügung stellen, um kartellrechtliche Risiken zu evaluieren. Es kann aber auch ein (externer) sachverständiger Dritter mit dieser Aufgabe betraut werden. 53

Die Analyse kartellrechtlicher Risiken durch externe Rechtsberater bietet zunächst den Vorteil, auf die spezielle Fachkenntnis und Berufserfahrung dieser Personen zurückgreifen zu können. Diese verfügen über die entsprechende Kompetenz zur Or- 54

⁸⁶ Siehe EuGH Slg. 1978, 207 Rn. 108/110 – United Brands; EuG Slg. 2003, II-5917 Rn. 210 – British Airways.

⁸⁷ EuGH Slg. 1979, 461 Rn. 91 – Hoffmann-La Roche; EuGH Slg. 1991, I-3359 Rn. 69 – AKZO.

⁸⁸ Vgl. EuGH Slg. 1991, I-3359 Rn. 70 – AKZO; näher *Bechtold*, GWB, § 19 Rn. 50, 53 ff.

ganisation der kartellrechtlichen Risikoanalyse. Externe Berater mit langjähriger Berufserfahrung können insbesondere Quervergleiche zwischen verschiedenen Unternehmen ziehen. Ihnen steht daher ein breiterer Fundus an kartellrechtlich bedenklichen Situationen zur Verfügung. Zudem zeichnen sich externe Berater durch eine größere Unabhängigkeit gegenüber dem Unternehmen aus. Eine objektive Bearbeitung aller kartellrechtlich relevanten Sachverhalte im Rahmen der Risikoanalyse ist damit gewährleistet.

- 55 Besonders vorteilhaft ist jedoch, dass sich unabhängige Rechtsanwälte auf das sog. Legal Privilege (Anwaltsprivileg) berufen können, wonach die Korrespondenz zwischen einem unabhängigen Rechtsanwalt und seinem Mandanten unter bestimmten Voraussetzungen im Falle einer Durchsuchung bzw. Nachprüfung rechtlich privilegiert ist. Solche Korrespondenz darf von den Kartellbehörden nicht beschlagnahmt bzw. kopiert oder herausverlangt werden.⁸⁹ Voraussetzung hierfür ist nach europäischem Recht, dass es sich bei den fraglichen Dokumenten um die Korrespondenz des Unternehmens mit einem unabhängigen Rechtsanwalt handelt und der Schriftverkehr im Rahmen und im Interesse des Mandanten auf Beratung zu seiner Verteidigung erfolgte.⁹⁰ Nach deutschem Recht (§ 160a StPO) sind die im Rahmen (präventiver) kartellrechtlicher Compliance-Untersuchungen erstellten anwaltlichen Unterlagen nur im Gewahrsam des Rechtsanwalts vor Beschlagnahme sicher. Mangels ihrer Eigenschaft als Verteidigungsunterlagen dürfen sie hingegen beim Mandanten beschlagnahmt werden.⁹¹

Hinweis:

Das Anwaltsprivileg erstreckt sich **nicht** auf den Unternehmensjuristen bzw. Syndikusanwalt. Vielmehr setzt das Erfordernis der Unabhängigkeit voraus, dass der Rechtsanwalt nicht durch ein Beschäftigungsverhältnis an seinen Mandanten gebunden ist.⁹² Diese Unabhängigkeit soll bei einem Unternehmensjuristen gerade nicht gegeben sein. Von Syndikusanwälten bzw. Mitarbeitern der Rechtsabteilung verfasste Dokumente sind folglich nicht rechtlich privilegiert und können von den Kartellbehörden beschlagnahmt werden.⁹³

- 56 Dokumente, die nicht dem Legal Privilege unterfallen, können von den Kartellbehörden im Zuge einer Durchsuchung bzw. Nachprüfung beschlagnahmt bzw. kopiert und als Beweismittel gegen das Unternehmen verwendet werden. Die Ergebnisse der kartellrechtlichen Risikoanalyse sowie alle sonstigen internen Vermerke, die Unternehmensjuristen über ihnen mitgeteilte Sachverhalte erstellen, können somit von den Kartellbehörden als Beweismittel beschlagnahmt werden. Besonders eine sehr gezielt formulierte Risikoanalyse ließe sich daher im Ernstfall sehr effektiv gegen das Unternehmen verwenden. Um dies zu verhindern, sollten kartellrechtlich brisante Risikoanalysen von externen Rechtsanwälten verfasst und verwahrt werden.

⁸⁹ Vgl. EuGH Slg. 1982, 1575 Rn. 22 – AM&S; Wiedemann/Dieckmann, Hdb. des Kartellrechts, § 42 Rn. 44.

⁹⁰ EuGH Slg. 1982, 1575 Rn. 21 – AM&S; EuGH Slg. 2010, I-8301 Rn. 40, 41, 50 – Akzo Nobel.

⁹¹ Siehe LG Bonn BeckRS 2012, 18104.

⁹² EuGH Slg. 1982, 1575 Rn. 27 – AM&S; EuGH Slg. 2010, I-8301 Rn. 43, 44 – Akzo Nobel.

⁹³ Siehe EuGH Slg. 2010, I-8301 Rn. 44 – Akzo Nobel; Moosmayer, NJW 2010, 3548 (3549).

G. Zusammenfassung und Fazit

Ziel der kartellrechtlichen Risikoanalyse ist es, kartellanfällige Unternehmensbereiche mit einer ausgeprägten „**antitrust risk exposure**“ zu identifizieren, um hierdurch eine gezielte Steuerung der kartellrechtlichen Compliance-Maßnahmen zu ermöglichen. Eine derartige Risikoanalyse ist angesichts der bei Kartellverstößen drohenden exorbitanten Sanktionen nicht nur ratsam sondern rechtlich sogar zwingend. Dies folgt mittelbar aus § 130 OWiG, wonach die Unternehmensleitung diejenigen Aufsichtsmaßnahmen ergreifen muss, die erforderlich sind, um Kartelldelikte der Mitarbeiter zu verhindern. Vor dem Hintergrund der restriktiven Rechtsprechung zur Konzernhaftung hat sich diese Risikoanalyse zudem auf alle Gesellschaften eines Konzerns zu erstrecken. Funktionsbereiche im Unternehmen, die über eine ausgeprägte „antitrust risk exposure“ verfügen, sind insbesondere diejenigen, die eine hohe „Marktrelevanz“ haben und in Ausübung ihrer Tätigkeit regelmäßige Kontakte mit Wettbewerbern haben (könnten). Liegen überdies konkrete Anhaltspunkte vor, die auf wettbewerbswidrige Praktiken von Mitarbeitern hindeuten, sollte dies zu einem unverzüglichen Handeln der Compliance-Verantwortlichen in diesem Funktionsbereich führen. Bereits vorhandene Compliance-Maßnahmen wären in der Folge zu modifizieren und auf die geänderte Gefährdungslage abzustimmen. 57

beck-shop.de

§ 9. Kartellrechtliche Risikoanalyse – Planung und Umsetzung im Unternehmen

Übersicht

	Rn.
A. Einführung	1
B. Notwendigkeit einer kartellrechtlichen Risikoanalyse	2–5
C. Anreizwirkungen für kartellrechtliche Compliance	6–10
I. Vermeidung von Kartellrechtsverstößen	6
II. Compliance-Programme als bußgeldmindernder Faktor	7–10
D. Zuständigkeit für die kartellrechtliche Risikoanalyse („Governance“)	11
E. Durchführung der Risikoanalyse	12–29
I. Konzept der Risikoanalyse	14–17
II. Kriterien für die Risikoanalyse	18–22
III. Durchführung der Risikoanalyse	23–24
IV. Überprüfung und Verifizierung der dezentralen Risikoanalyse	25–26
V. Risikoanalyse im Rahmen der täglichen kartellrechtlichen Beratung	27–29
F. Effektive Folgemaßnahmen	30–41
I. „Tone from the Top/Middle“ – Sensibilisierung	31
II. Präsenzs Schulungen und Schulungsinhalte	32–39
1. Hardcore-Verstöße	33–34
2. Sonstige Kartellrechtsverstöße	35–36
3. Adressaten der Schulungen	37–39
III. Internet-basierte Schulungen („Web-based trainings“)	40
IV. Interne Untersuchungen	41
G. Globalisierung des Kartellrechts – Einheitlichkeit der kartellrechtlichen Beratung?	42–46
I. Global einheitliche Beratung zu Hardcore-Verstößen	43
II. Nach Ländern differenzierte Beratung zu sonstigen Wettbewerbsbeschränkungen	44–46

Literatur: *Achenbach*, Verbandsgeldbuße und Aufsichtspflichtverletzung (§ 30 und § 130 OWiG) – Grundlagen und aktuelle Probleme, NZWiSt 2012, 321; *Armbrüster*, Kartellrechtsschulungen – Pflichten und Chancen für Unternehmen, CB 2013, 28; *Europäische Kommission*, Broschüre „Compliance Matters“, 2012; *Hauschka*, Compliance, Compliance-Manager, Compliance-Programme: Eine geeignete Reaktion auf gestiegene Haftungsrisiken für Unternehmen und Management?, NJW 2004, 257; *International Competition Network*, ICN Factsheet and Key Messages, 2009; *ders.*, ICN Statement of Achievements 2001–2013, 2013; *Kapp/Gärtner*, Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat bei Verstößen gegen das Kartellrecht, CCZ 2009, 168; *Moosmayer*, Der EuGH und die Syndikusanwälte, NJW 2010, 3548; *OFT*’s guidance as to the appropriate amount of a penalty adopted by the CMA board, 2012; *OFT*’s guidance „How your business can achieve compliance with the competition law“ adopted by the CMA board, 2011; *Schmidt*, Vertrauen ist gut, Compliance ist besser!, BB 2009, 1295.

A. Einführung

- 1 Unternehmen müssen heutzutage in zunehmendem Maße Vorsorgemaßnahmen zur Vermeidung kartellrechtlicher Risiken treffen. Dies hängt einerseits mit den dramatisch gestiegenen Kartellrechtsrisiken zusammen – Geldbußen, Schadensersatzklagen, Ausschluss von der (öffentlichen) Auftragsvergabe, Reputationsschaden –, andererseits mit den Verschärfungen des Haftungsregimes für die Unternehmensleitung insbesondere von Aktiengesellschaften.¹ Als Folge dessen werden heute – neben den Korruptionsvorschriften – Verstöße gegen Kartellrecht als eine der ganz besonders bedeutsamen Risiken für Unternehmen angesehen.

B. Notwendigkeit einer kartellrechtlichen Risikoanalyse

- 2 Wesentlicher Bestandteil dieser Risikovorsorge ist die kartellrechtliche Risikoanalyse, da schwerwiegende Kartellrechtsverstöße besonders nachteilige Konsequenzen haben und das Unternehmen sehr nachhaltig treffen können. Verstärkt werden die kartellrechtlichen Risiken für Unternehmen durch die zunehmende Globalisierung des Kartellrechts, dh die immer weiter steigende Zahl von Kartellrechtsregimen und Kartellbehörden weltweit, die das Kartellrecht immer konsequenter und strikter durchsetzen. Auch aufgrund der Tatsache, dass fast alle Kartellrechtsordnungen weltweit heute Kronzeugenprogramme bereithalten, führen grenzüberschreitende Kartelle häufig zu Untersuchungen in einer Vielzahl von Jurisdiktionen und damit zu einer Vervielfachung der nachteiligen Folgen.
- 3 Die kartellrechtliche Risikoanalyse ist das Herzstück eines jeden kartellrechtlichen Compliance-Programms². Sie zielt darauf ab, kartellrechtliche Compliance-Risiken im Unternehmen zu **identifizieren** und diese durch geeignete **Folgemaßnahmen** zu **minimieren**. Sie soll Kartellrechtsverstöße verhindern, und ist damit die Grundlage einer präventiven, „proaktiven“ Minimierung von Compliance-Risiken im kartellrechtlichen Bereich. Die **präventive** Verhinderung von Kartellrechtsverstößen ist einer **reaktiven** Minimierung der Risiken bereits eingetretener Kartellrechtsverstöße, zB durch Stellen von Kronzeugenanträgen oder dem Ergreifen von Disziplinarmaßnahmen gegen kartellbeteiligte Mitarbeiter, eindeutig vorzuziehen, sowohl aus ethischen Gründen (Pflicht zur Rechtstreue) als auch aus Kosten- und Effizienzgesichtspunkten.
- 4 Gerade im präventiven Bereich müssen die knappen Ressourcen des Unternehmens und seiner Rechts- und Compliance-Abteilung **effizient** eingesetzt werden. Denn präventive Maßnahmen wie Risikoanalyse, Kommunikation, Schulung und Interviews beanspruchen in erheblichem Umfang personelle und finanzielle Ressourcen, und zwar nicht nur in der Rechts- und Compliance-Abteilung, sondern auch beim Management und den Geschäftsverantwortlichen. Effizienz ist daher von großer Bedeutung und kann nur erzielt werden, wenn sich die Compliance-Bemühungen auf die größten und wichtigsten Risiken im Unternehmen fokussieren, um damit eine differenzierte Allo-

¹ Zum aktuellen Stand der Diskussion Pitkowitz, § 4 Rn. 231 ff.; Kapp/Gärtner, CCZ 2009, 168 ff.; Hauschka, NJW 2004, 257 ff.

² Zu den typischen Anforderungen eines Compliance-Programms vgl. auch den Prüfungsstandard „Grundsätze ordnungsgemäßer Prüfungen von Compliance-Management-Systemen“ des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland (IDW PS 980) vom März 2011.

kation der Ressourcen zu ermöglichen. Diese zu identifizieren, ist Aufgabe der kartellrechtlichen Risikoanalyse.

Die Pflicht zur Durchführung einer kartellrechtlichen Risikoanalyse ist auch mittelbar aus dem Gesetz abzuleiten, und zwar insbesondere aus den Organisations- und Aufsichtspflichten des Managements gemäß § 130 OWiG.³ Danach ist der Inhaber eines Unternehmens verpflichtet, die erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen zu ergreifen, um im Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen betriebsbezogene, mit Strafe oder Geldbuße bedrohte Pflichten zu verhindern. Zu diesen zählen insbesondere auch kartellrechtliche Pflichten.

C. Anreizwirkungen für kartellrechtliche Compliance

I. Vermeidung von Kartellrechtsverstößen

Die wohl unbestritten wichtigste „Belohnung“ und der wirksamste Anreiz für kartellrechtliche Compliance-Anstrengungen ist die **Aussicht, Kartellrechtsverstöße zu vermeiden** und deshalb nicht die möglichen negativen Konsequenzen solcher Verstöße – insbesondere Geldbußen, Schadensersatzklagen, Ausschluss von der (öffentlichen) Auftragsvergabe („Blacklisting“), Reputationsschaden – befürchten zu müssen. Angesichts der heute schon erheblichen und immer noch weiter steigenden Risiken⁴ sollte dies einen ganz erheblichen Anreiz darstellen.

Dabei minimiert die Vermeidung von Kartellrechtsverstößen nicht nur das (negative) Sanktionsrisiko. Immer mehr profitieren Unternehmen mit einer Reputation für gute Compliance auch von einem Wettbewerbsvorteil im Markt, da Kunden und Geldgeber gesetzestreuem Verhalten ihrer Lieferanten eine immer größere Bedeutung zumessen und Unternehmen mit einer entsprechenden Reputation den Vorzug geben.

II. Compliance-Programme als bußgeldmindernder Faktor

Dagegen gewähren die meisten Kartellbehörden keine Bußgeldreduzierung allein für die Implementierung eines effektiven Compliance-Programms. Wenn ein Kartellrechtsverstoß trotz eines solchen Compliance-Programms stattgefunden hat, führt dies zumeist nicht zu einer Reduktion der Geldbuße.⁵ Exemplarisch für die Position der meisten Kartellbehörden ist die folgende Aussage des europäischen Wettbewerbskommissars *Almunia*:

„The benefit of a compliance programme is that your company reduces the risk that it is involved in a cartel in the first place. That is where you earn your reward.”⁶

Dahinter steht die bis zu einem gewissen Maße vielleicht noch nachvollziehbare Sorge von Kartellbehörden, dass sie mit einer zusätzlichen Prüfung der Effektivität

³ *Steinle/Eufinger* → § 8 Rn. 2. Vgl. auch *Achenbach*, NZWiSt 2012, 321; *Schmidt*, BB 2009, 1295 (1296).

⁴ *Steinle/Eufinger* → § 8 Rn. 6 ff.

⁵ *Armbrüster*, CB 2013, 28 (30 ff.).

⁶ *Joaquín Almunia*, Rede anlässlich der Konferenz „Compliance and Competition Policy“, Business Europe & U.S. Chamber of Commerce, Brüssel, 25.10.2010, European Commission SPEECH/10/586, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-586_en.htm.

und Wirksamkeit eines Compliance-Programms in einem ohnehin schon komplexen Ermittlungsverfahren überfordert sein könnten bzw. diesen zusätzlichen Aufwand schlichtweg nicht betreiben möchten.

- 9 Aus Unternehmenssicht ist die Nicht-Berücksichtigung von Compliance-Programmen bei der Sanktionierung von Kartellrechtsverstößen zu bedauern. Es dürfte unbestritten sein, dass auch ein noch so effektives Compliance-Programm nicht alle Kartellrechtsverstöße verhindern kann. Es gleicht daher einem Totschlagsargument, wenn argumentiert wird, die Berücksichtigung eines wirksamen Compliance-Programms trotz eingetretenen Verstoßes wäre eine ungerechtfertigte Belohnung für ein „schlechtes“ Compliance-Programm. Die Gewährung einer Bußgeldreduzierung für die Implementierung eines effektiven Programms wäre vielmehr ein zusätzlicher Anreiz zur Einrichtung und vor allem auch Verbesserung von Compliance-Programmen.
- 10 Tatsächlich haben sich mittlerweile einige Wettbewerbsbehörden, insbesondere die im Vereinigten Königreich,⁷ in Frankreich, in Brasilien⁸ und in Australien⁹, entschieden, bereits die Implementierung eines effektiven Compliance-Programms durch eine Bußgeldreduzierung zu honorieren. Darüber hinaus scheinen einige Kartellbehörden auch bereit zu sein, im Einzelfall effektive Compliance-Anstrengungen zu honorieren, ohne dass dies allerdings in Leitlinien ausdrücklich vorgesehen wird.

D. Zuständigkeit für die kartellrechtliche Risikoanalyse („Governance“)

- 11 Die Zuständigkeit („Governance“) für präventive Maßnahmen zur kartellrechtlichen Risikominimierung liegt regelmäßig bei der unternehmensinternen Rechts- und Compliance-Abteilung. Diese hat gegenüber externen Rechtsanwälten den Vorteil, dass die internen Rechtsanwälte und Compliance-Mitarbeiter das Unternehmen besonders gut kennen und eine besondere Nähe zum Geschäftsbetrieb aufweisen. Die Schwelle für ein offenes Gespräch über Compliance-Themen zwischen Inhouse-Rechtsanwälten bzw. Compliance-Mitarbeitern und dem Business liegt in aller Regel niedriger als die zwischen externen Anwälten und den Geschäftsverantwortlichen. Insgesamt gehört die kartellrechtliche Risikoanalyse zu den wichtigsten Aufgaben einer unternehmensinternen Rechts- und Compliance-Abteilung.

E. Durchführung der Risikoanalyse

- 12 Es gibt kaum offizielle Richtlinien zur Durchführung einer kartellrechtlichen Risikoanalyse. Die vorhandenen Hinweise sind sehr generisch gehalten.¹⁰ Diese Zurückhal-

⁷ Mäger/*Kasten*, Kap. 2 Rn. 153; OFT's guidance as to the appropriate amount of a penalty adopted by the CMA board, abrufbar unter <https://www.gov.uk/government/publications/appropriate-ca98-penalty-calculation>.

⁸ Mäger/*Kasten*, Kap. 2 Rn. 155.

⁹ Vgl. Guide der australischen Wettbewerbsbehörde Australian Competition and Consumer Commission „Cartels – What you need to know“, 19, 21, abrufbar unter <https://www.accc.gov.au/system/files/Cartels%20What%20you%20need%20to%20know%20-%20a%20guide%20for%20business.pdf>.

¹⁰ Vgl. Broschüre der Europäischen Kommission „Compliance Matters“, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/index_en.html sowie OFT's guidance „How your business can achieve compliance with the competition law“, adopted by the CMA board, abrufbar unter <https://www.gov.uk/government/publications/how-your-business-can-achieve-compliance-with-competition-law>.