Compliance-Risikoanalyse

Moosmayer

2. Auflage 2020
ISBN 978-3-406-73368-0
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

verlangt werden.[97] 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.[98] Nach deutschem Recht (§ 160a StPO) sind die im Rahmen (präventiver) kartellrechtlicher Complianceuntersuchungen erstellten anwaltlichen Unterlagen nur im Gewahrsam des Rechtsanwalts vor Beschlagnahme sicher. Mangels ihrer Eigenschaft als Verteidigungsunterlagen dürfen sie hingegen beim Mandanten beschlagnahmt werden.[99] Fehlt es hingegen an einem Mandatsverhältnis zwischen einem Konzernunternehmen und dem von der Konzernmutter beauftragten Rechtsanwalt und kommt der Konzernmutter keine Beschuldigtenstellung zu, so dürfen die im Rahmen einer konzernweiten Complianceuntersuchung erstellten anwaltlichen Unterlagen auch in anwaltlicher Verwahrung beschlagnahmt werden.[100]

Hinweis: 70

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.[101] 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.[102]

Dokumente, die nicht dem *Legal Privilege* unterfallen, können von den Kartellbehörden 71
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 dezidiert 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.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

G. Ergebnis

Ziel der kartellrechtlichen Risikoanalyse ist es, kartellanfällige Unternehmensbereiche mit 72
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

[97] Vgl. EuGH GRUR Int. 1983, 38 Rn. 22. – AM&S; Wiedemann KartellR-HdB/*Dieckmann* § 42 Rn. 44.
[98] EuGH GRUR Int. 1983, 38 Rn. 21 – AM&S; EuGH Urt. v. 10.9.2009 – C-97/08 P, BeckRS 2009, 70987 Rn. 40, 41, 50 – Akzo Nobel.
[99] S. LG Bonn NZWiSt 2013, 21.
[100] So zu einem nicht kartellrechtlichen Sachverhalt LG München I Verfügung v. 16.6.2017 – 6 Qs 5/17, BeckRS 2017, 113714. Die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen, BVerfG BB 2018, 1679.
[101] EuGH GRUR Int. 1983, 38 Rn. 27 – AM&S; EuGH Urt. v. 10.9.2009 – C-97/08 P, BeckRS 2009, 70987 Rn. 43, 44 – Akzo Nobel.
[102] S. EuGH Urt. v. 10.9.2009 – C-97/08 P, BeckRS 2009, 70987 Rn. 44 – Akzo Nobel; *Moosmayer* NJW 2010, 3548 (3549).

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.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

§ 9. Kartellrechtliche Risikoanalyse – Planung und Umsetzung im Unternehmen

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 „Wettbewerbsrechtliche Compliance", 2012; *Gehring/Kasten/Mäger,* Unternehmensrisiko Compliance? Fehlanreize für Kartellprävention durch EU-wettbewerbsrechtliche Haftungsprinzipien für Konzerngesellschaften, CCZ 2013, 1; *Hauschka,* Compliance, Compliance-Manager, Compliance-Programme: Eine geeignete Reaktion auf gestiegene Haftungsrisiken für Unternehmen und Management?, NJW 2004, 257; *Hoffmann/Schieffer,* Pflichten des Vorstands bei der Ausgestaltung einer ordnungsgemäßen Compliance-Organisation, NZG 2017, 401; *Kapp/Gärtner,* Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat bei Verstößen gegen das Kartellrecht, CCZ 2009, 168; *Klarhold,* Effektive Compliance im Kartellrecht: Von der Verbandsanalyse zur Risikominimierung, CCZ 2017, 46; *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; Reimers/Hainz, Die neue DICO-Leitlinie „Kartellrechtliche Compliance" – Zugleich ein Diskussionsbeitrag zur vergaberechtlichen Selbstreinigung und kartellrechtlichen Bußgeldbemessung, CCZ 2016, 188; *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] Vor allem letzteres hat auf der unternehmerischen Leitungsebene, sei es Vorstand, Aufsichtsrat oder auch GmbH Geschäftsführung, zu einem erheblich gesteigerten Risikobewusstsein geführt. Die im Raum stehende persönliche Haftung als Konsequenz von Verstößen gegen gesetzliche Organisations- und Aufsichtspflichten hat dazu geführt, dass die entsprechende Risikovorsorge in den letzten Jahren einen ganz neuen Stellenwert erhalten hat. Als Folge dessen werden heute – neben den Korruptionsvorschriften – Verstöße gegen Kartellrecht als eine der ganz besonders bedeutsamen Risiken für Unternehmen angesehen.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

B. Notwendigkeit einer kartellrechtlichen Risikoanalyse

2 Wesentlicher Bestandteil dieser Risikovorsorge ist die kartellrechtliche Risikoanalyse, da schwerwiegende Kartellrechtsverstöße besonders nachteilige Konsequenzen haben und das an derartigen Verstößen beteiligte 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, verbunden mit einer nach wie vor zunehmenden Kooperation der Kartellbehörden untereinander, führen grenzüberschreitende

[1] Vgl. hierzu SPK Vorstands-HdB/*Arnold/Rothenburg* § 11 Rn. 1 ff. und SPK Vorstands-HdB/*Tödtmann/Winstel* § 13 Rn. 1 ff. zur Haftung von Vorstandsmitgliedern und zu Compliance als Vorstandsaufgabe; *Hoffmann/Schieffer* NZG 2017, 401; *Pitkowitz* Vorstandshaftung-HdB § 4 Rn. 231 ff.; *Kapp/Gärtner* CCZ 2009, 168; *Hauschka* NJW 2004, 257.

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-Programms[2]. 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 Allokation der Ressourcen zu ermöglichen. Diese zu identifizieren, ist Aufgabe der kartellrechtlichen Risikoanalyse, die damit auch einen angemessenen und effizienten Ressourceneinsatz sicherstellt.

5 Die Pflicht zur Durchführung einer kartellrechtlichen Risikoanalyse ist auch mittelbar aus dem Gesetz abzuleiten, und zwar insbesondere aus den Organisations- und Aufsichtspflichten des Managements gem. § 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 die Pflicht zur Beachtung kartellrechtlicher Vorschriften.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

C. Anreizwirkungen für kartellrechtliche Compliance

I. Vermeidung von Kartellrechtsverstößen

6 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 persönliche Haftung, Geldbußen, Schadensersatzklagen, Ausschluss von der (öffentlichen) Auftragsvergabe („Blacklisting"), Reputationsschaden – befürchten zu müssen. Angesichts der heute schon erheblichen und immer noch weiter steigenden Risiken[4] sollte dies einen ganz erheblichen Anreiz darstellen.

---

[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 sowie den im Dezember 2014 von der Internationalen Organisation für Normung (ISO) veröffentlichten Leitfaden ISO 19600 (Compliance Management Systems – Guidelines). Hilfreich auch die DICO (Deutsches Institut für Compliance)-Leitlinie L06 – Kartellrechtliche Compliance, bei der die Risikoanalyse einen der fünf Eckpunkte (i) Führungskultur; (ii) Verantwortlichkeit und Organisation; (iii) Risikoanalyse; (iv) Regelwerk und (v) Schulungen bildet; dazu *Reimers/Hainz* CCZ 2016, 188.

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

[4] →§ 8 Rn. 6 ff.

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, Investoren und Lieferanten gesetzestreuem Verhalten ihrer Geschäftspartner eine immer größere Bedeutung zumessen und Unternehmen mit einer entsprechenden Reputation den Vorzug geben. 7

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 und immer noch gültig für die Position der meisten Kartellbehörden ist die folgende Aussage des vormaligen europäischen Wettbewerbskommissars *Almunia:* 8

„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 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 allerdings zu bedauern. Es dürfte unbestritten sein, dass auch das effektivste Compliance-Programm nicht alle Kartellrechtsverstöße verhindern kann. Anders als im Bereich der Korruption, wo es um Zahlungsströme geht, die über entsprechende Prozesse auch weitgehend kontrolliert werden können, hat man es nämlich im Bereich des Kartellrechts mit menschlichem Verhalten zu tun, dessen Kontrolle primär nur durch die Schaffung eines entsprechenden Bewusstseins erreicht werden 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, das im konkreten Fall eben doch versagt habe.[7] 10

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.[8] 11

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

[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 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_10_586 (zuletzt abgerufen am 23. 4. 2020).

[7] Eine komplette Umkehrung von Anreizwirkungen ergibt sich unverständlicherweise aus Fällen, in denen ein Kartellbeteiligter zum Zeitpunkt des Verstoßes kein Compliance-Programm hatte, er aber für die nachträgliche Einführung eines solchen eine Bußgeldreduzierung erhalten hat. Die Honorierung eines solchen Nachtatverhaltens würde den Anreiz, bereits im Vorfeld in die Implementierung eines effektiven kartellrechtlichen Compliance-Programms zu investieren, erheblich reduzieren. Genau das sieht jedoch der Referentenentwurf des BMWi zur 10. GWB-Novelle (GWB-Digitalisierungsgesetz) in § 81d Abs. 1 S. 2 Nr. 5 nF vor; https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.html (zuletzt abgerufen am 23. 4. 2020).

[8] Für eine stärkere Berücksichtigung ernsthafter Compliance-Bemühungen *Gehring/Kasten/Mäger* CCZ 2013, 1; sowie *Dittrich/Linsmeier* NZKart 2014, 486 mit zahlreichen Beispielsfällen.

12 Tatsächlich haben sich mittlerweile eine Reihe von Wettbewerbsbehörden beispielweise im Vereinigten Königreich,[9] in Frankreich, Italien, USA,[10] Brasilien[11] oder in Australien[12], 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")

13 Die Zuständigkeit („Governance") für präventive Maßnahmen zur kartellrechtlichen Risikominimierung liegt je nach interner Organisation regelmäßig bei der unternehmensinternen Rechts- und/oder Compliance-Abteilung. Ausschlaggebend muss sein, dass diejenigen Einheiten mit der entsprechenden materiellen Kartellrechtsexpertise und der verfahrenstechnischen Compliance-Erfahrung federführend sind. Gegenüber externen Rechtsanwälten haben die internen Rechtsanwälte und Compliance-Mitarbeiter den Vorteil, dass sie 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

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

14 Es gibt kaum offizielle Richtlinien zur Durchführung einer kartellrechtlichen Risikoanalyse. Die vorhandenen Hinweise sind typischerweise eher generisch gehalten.[13] Diese Zurückhaltung ist zu begrüßen. Wie sich bei der Diskussion um die wesentlichen Bestandteile eines robusten Compliance-Programms gezeigt hat, gibt es keine One-Size-Fits-All Programme, sondern sind die Anforderungen richtigerweise spezifisch auf die individuellen Bedürfnisse des betreffenden Unternehmens abzustimmen. Dafür aber wären zu umfangreiche und detaillierte Kriterien im Zweifel nicht hilfreich. Kartellrechtliche Compliance-Risiken der Unternehmen sind im Einzelfall ganz unterschiedlich gelagert, denn die Unternehmen verkaufen unterschiedliche Produkte und Services auf unterschiedlichen

[9] Mäger/*Kasten* Kap. 2 Rn. 153; CMA's guidance as to the appropriate amount of a penalty, 18 April 2018, CMA73, abrufbar unter https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/700576/final_guidance_penalties.pdf (zuletzt abgerufen am 23. 4. 2020).

[10] Einen Paradigmenwechsel gab es auch in den USA. Die Antitrust Division des US-Department of Justice (DOJ) hat im Jahr 2019 eine Abkehr von ihrer bisherigen Policy verkündet und berücksichtigt zukünftig auch ein zum Zeitpunkt des Kartellverstoßes bestehendes effektives Compliance-Programm. Im gleichen Dokument wurden Richtlinien für relevante Elemente eines effektiven Compliance-Programms detailliert ausgeführt; vgl. Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations; https://www.justice.gov/atr/page/file/1181891/download (zuletzt abgerufen am 23. 4. 2020). Siehe hierzu auch die Aktualisierung vom 1. 6. 2020 durch das DOJ, https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download (zuletzt aufgerufen am 12. 6. 2020).

[11] Mäger/*Kasten* Kap. 2 Rn. 155.

[12] 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/publications/cartels-what-you-need-to-know-a-guide-for-business (zuletzt abgerufen am 23. 4. 2020).

[13] Vgl. Broschüre der Europäischen Kommission „Wettbewerbsrechtliche Compliance" aus dem Jahr 2013, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/index_en.html (zuletzt abgerufen am 17. 4. 2020) sowie die OFT guidance aus dem Jahr 2011 (OFT 1341) „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 (zuletzt abgerufen am 17. 4. 2020).

Märkten mit zum Teil stark abweichenden Vertriebsmodellen und sonstigen Wettbewerbsgegebenheiten. Zudem sind sie in unterschiedlichen Ländern tätig.

Für ein in einem engen Markt tätiges Unternehmen mögen Risiken der Kollusion und des Informationsaustauschs besonders relevant sein, für ein marktstarkes Unternehmen das Risiko des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, und für ein Unternehmen, das seine Produkte über Distributoren vertreibt, Risiken der Preisbindung der zweiten Hand („Resale Price Maintenance") oder des Internetvertriebs. Nicht zuletzt können auch unterschiedliche Unternehmenskulturen unterschiedliche Risikoanalysen erfordern. Daher sind die folgenden Ausführungen, die insbesondere auf Erfahrungen der Autoren in Großkonzernen beruhen, als Anregung zu verstehen und keineswegs auf alle Unternehmen gleichermaßen anwendbar. 15

I. Konzept der Risikoanalyse

Die kartellrechtliche Risikoanalyse erfordert eine enge Zusammenarbeit der zentralen Kartellrechts-/Compliance-Fachabteilung mit den Geschäftseinheiten. Besonders wichtig ist dabei, dass die Geschäftsverantwortlichen an der Risikoanalyse beteiligt sind und Mitverantwortung hierfür tragen. Ohne die operationelle Geschäftserfahrung und Detailkenntnisse über die konkreten wettbewerblichen Marktverhältnisse wäre die Aussagekraft einer Risikoanalyse nur von beschränktem Wert. Selbstverständlich werden sich die Geschäftsverantwortlichen bei der Risikoanalyse durch ihre Rechtsabteilungsleiter und Compliance Officer eng unterstützen lassen. 16

Bei kleineren und mittelgroßen Unternehmen mit überwiegend einheitlichem Geschäftsmodell kann die Risikoanalyse durch die zentrale Rechts- und Compliance-Abteilung mit Hilfe der beteiligten Geschäftsverantwortlichen durchgeführt werden. Dagegen sollte die Risikoanalyse insbesondere bei breiter aufgestellten Unternehmen, um die Besonderheiten der verschiedenen Geschäftseinheiten zu erfassen, **dezentral** erfolgen, dh primär durch die betreffenden Geschäftseinheiten selbst, kontrolliert und verifiziert durch die zentralen Fachabteilungen („bottom-up"-Risikoanalyse mit nachfolgender „top-down"-Verifizierung). 17

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Praktisch bedeutsam ist auch die Frage, auf **welcher Ebene** im Unternehmen die Risikoanalyse durchgeführt wird. Kartellrechtlich „optimal" wäre wohl eine gesonderte Analyse auf Basis der jeweils wesentlichen kartellrechtlich relevanten Produktmärkte. Berücksichtigt man jedoch, wie eng diese Märkte regelmäßig abgegrenzt werden und wie viele solcher Märkte es daher im Unternehmen geben kann, wird schnell deutlich, dass eine Analyse auf dieser Ebene in den meisten Fällen nicht praktikabel ist. Es muss ein Kompromiss gefunden werden zwischen kartellrechtlicher „Richtigkeit" und Praktikabilität. Zudem wird in international agierenden Unternehmen mit breitem Produktportfolio, die häufig eine Matrix-Organisationsstruktur aufweisen, eine Risikoanalyse sowohl auf Produkt- als auch auf lokaler Ebene erforderlich sein. Hier werden Überschneidungen kaum vermeidbar sein. 18

Ein klarer Schwerpunkt der kartellrechtlichen Risikoanalyse liegt regelmäßig auf den Aktivitäten der operativen Geschäftseinheiten. Schwieriger ist die Frage zu entscheiden, welche Einheiten daneben relevant sind. Denken kann man hier beispielsweise an die Abteilungen, die für Strategie oder Business Development, die Verbandstätigkeiten oder den Einkauf (Grenzen des gemeinsamen Einkaufs, Einkaufskartelle) verantwortlich sind, aber auch an die Entwicklungsabteilung (Forschungskooperationen unter Wettbewerbern) oder den Personalbereich. Freilich bedürfen diese Abteilungen wegen ihrer besonders gelagerten kartellrechtlichen Risiken einer eigens auf sie zugeschnittenen Risikoanalyse und besonderer Folgemaßnahmen. 19

II. Kriterien für die Risikoanalyse

20 Eine kartellrechtliche Risikoanalyse hält besondere Herausforderungen bereit. Es ist schwierig – vielleicht schwieriger als bei anderen Compliance-Materien –, besonders „anfällige" Geschäftseinheiten zu definieren. Die wohl schwerwiegendste Form des Kartellrechtsverstoßes, das Preis-, Quoten- oder Gebietskartell, findet typischerweise im Geheimen statt und die Akteure vermeiden es sorgfältig und mit großem Einfallsreichtum, Beweise und Spuren zu hinterlassen. Während man im Korruptionsbereich die maßgeblichen Zahlungsströme verfolgen und kontrollieren und die Gründe für bestimmte Zahlungen hinterfragen kann, fließen bei Kartellrechtsverstößen in der Regel keine illegalen Gelder, so dass hier ein sehr enges Kontrollsystem wie bspw. im Korruptionsbereich viel schwieriger bzw. gar nicht implementiert werden kann.

21 Dennoch gibt es Erfahrungswerte für die Beurteilung der Anfälligkeit von Geschäftsbereichen für Kartellrechtsverstöße. Aus der bisherigen Entscheidungspraxis der Kartellbehörden lässt sich eine Reihe von Kriterien ableiten, deren Vorliegen zumindest eine erste Indikation für eine grundsätzliche Risikoexposition darstellen können.

22 Hierbei handelt es sich insbesondere um die folgenden Indikatoren für Kartellrechtsrisiken:

- Konzentrierte Anbieter- oder Nachfragestruktur
- Bestehen von signifikanten Marktzutrittsschranken
- Gleichförmige, standardisierte Produkte („Commodities"), bei denen der Preis das allein maßgebliche Differenzierungsmerkmal ist, und bei denen sich daher Kartelle einfacher implementieren und kontrollieren lassen
- Märkte mit langen Innovationszyklen bzw. geringem Innovationsdruck
- Auftreten von Kartellrechtsfällen in der Vergangenheit und Gegenwart, auch in benachbarten Märkten
- Häufigkeit von Kontakten mit Wettbewerbern, zB im Rahmen von Verbandstreffen[14]
- Bestehen von Joint Ventures oder anderen (strategischen) Kooperationen mit Wettbewerbern
- Indirekte Vertriebsstrukturen über (Groß-/Einzel-) Händler mit potentiellen Anreizen, Weiterverkaufspreise und -wege (zB Verbot des Online-Verkaufs) zu bestimmen
- Stabile, nicht volatile Marktanteilswerte über einen längeren Zeitraum
- Hohe Marktanteile als Indiz für eine marktbeherrschende bzw. marktstarke Stellung, verbunden mit dem Risiko des Missbrauchs einer solchen Stellung

23 Die auf den ersten Blick einsichtigen Risikoindikatoren erfordern eigentlich komplexe Analysen, die im Rahmen einer präventiven Risikoanalyse jedoch nur stark vereinfacht durchgeführt werden können. Hinzu kommt, dass auf viele Geschäfte zumindest einzelne der Kriterien zutreffen, ohne dass diese Geschäfte tatsächlich einem erhöhten Kartellrechtsrisiko ausgesetzt sein müssen. Bei einer Risikoanalyse durch das Management ist daher zu berücksichtigen, dass die Prüfung der Risikoindikatoren nur ein erster Schritt innerhalb der Risikoanalyse ist, um eine ungefähre Einstufung des Kartellrechtsrisikos als „gering", „mittel" oder „hoch" vornehmen zu können. In einem zweiten Schritt muss dann eine Überprüfung und Verifizierung bzw. Plausibilisierung des Ergebnisses stattfinden.

24 Eine solche Risikoanalyse kann nur eine generische Indikation des Kartellrechtsrisikos als Ergebnis haben. Diese erscheint aber für Zwecke der Risikoprävention in einem ersten Schritt ausreichend. Unabhängig von der Genauigkeit der Risikoanalyse hat bereits deren Durchführung den Vorteil, dass sich die Geschäftsverantwortlichen und Mitarbeiter der Rechts- und Compliance-Abteilung, die die Risikoanalyse durchführen, intensiv mit Fragen des Kartellrechtsrisikos befassen müssen.

[14] Zur Risikoanalyse speziell bei Verbänden vgl. *Klarhold* CCZ 2017, 46.