

Alexander Roos

# **Compliance Defence**

**Kartellrechtliche Umsetzung im  
verfassungsrechtlichen Rahmen**

# § 1 Problemaufriss – Bedürfnis für ein kartellrechtliches Compliance-Programm

1006-896-553<sup>1</sup> und 252-142-120<sup>2</sup> – diese Zahlenreihen stehen für die Ausschüttung vieler Millionen Euro in der jüngeren Vergangenheit.<sup>3</sup> Bei den Abfolgen handelt es sich um die drei höchsten Bußgelder, die seit dem Jahre 2000 von der Europäischen Kommission bzw. dem Bundeskartellamt in Millionen Euro jeweils gegen ein einzelnes Unternehmen verhängt wurden.

In dem vergangenen Jahrzehnt ist die Politik der Kartellrechtsbekämpfung und -bebußung erheblich verschärft worden. Die ehemalige Wettbewerbskommissarin Neelie Kroes (2004–2010) nahm diese Politik sehr wörtlich und brachte dies auch bildhaft zum Ausdruck.<sup>4</sup> Wenngleich ihr Nachfolger, Wettbewerbskommissar Joaquín Almunia (seit 2010), etwas sanftere Töne anschlägt,<sup>5</sup> hat doch die Kartellverfolgung für ihn weiterhin allerhöchste Priorität.<sup>6</sup>

- 
- 1 Kommission v. 13.5.2009 – 37.990 *Intel*, C(2009) 3726 final; Kommission v. 12.11.2008 – 39.125 *Automobilglas*, C(2008) 6815 endg.; Kommission v. 8.7.2009 – 39.401 *E.ON/GDF*, K(2009) 5355 endg.
  - 2 BKartA, Pressemitteilung v. 14.4.2003 – *Zementkartellverfahren* (Heidelberg Cement AG und Schwenk Zement KG), abrufbar unter [bundeskartellamt.de](http://bundeskartellamt.de); BKartA, Pressemitteilung v. 30.11.2007 – *Werbezeitvermarktung* (IP Deutschland GmbH als Werbezeitvermarkter von ProSiebenSat.1), abrufbar unter [bundeskartellamt.de](http://bundeskartellamt.de).
  - 3 Das Bild der Lotterie verwendet *van Bael*, *The Lottery of EU Competition Law*, ECLR 4 (1995), S. 237–243.
  - 4 *Kroes*, *Delivering on the crackdown: recent developments in the European Commission's campaign against cartels*, SPEECH/06/595, S. 1: „(...) If you add to that the activities of the National Competition Authorities, you can see that we really are waging a European war on cartels.“
  - 5 *Almunia*, 15<sup>th</sup> International Conference on Competition: A Spotlight on Cartel Prosecution, SPEECH/11/268, S. 3: „I'm putting this issue on the table because I don't enjoy imposing fines per se. Instead, I would like to promote a culture of compliance in the business community that minimises the need for sanctions.“
  - 6 *Almunia*, 15<sup>th</sup> International Conference on Competition: A Spotlight on Cartel Prosecution, SPEECH/11/268, S. 2: „Cartels are the top priority in competition enforcement.“ Ferner *ders.*, International Bar Association Antitrust Conference/Madrid, Higher Duty for Competition Enforcers, SPEECH/12/453, S. 2: „In other words, you should not expect a more lenient enforcement in the future. I want to be extremely clear on this point. Our fight against cartels has not been and should not be affected by the crisis.“ Auch das Bundeskartellamt legt vermehrt den Schwerpunkt auf die Kartellverfolgung, dazu *Mundt*, *Finance Compliance* Oktober 2011, S. 5:

Dass die Verfolgungsbehörden – allen voran die Europäische Kommission – den Worten der ehemailgen Wettbewerbskommissarin auch Taten folgen ließen, spiegelt sich nicht zuletzt in der stetigen Zunahme der Bußgeldhöhen und verstärkten Aufklärungsquote der Behörden, vor allem durch Aufstockung ihrer Abteilungen und den herausragenden Erfolg der Bonusregelung, wider.<sup>7</sup>

Das Bundeskartellamt hat in den Jahren 2005 und 2008 eine 11. und 12. Beschlussabteilung eingerichtet, die sich als Spezialbeschlussabteilungen einzig mit der Verfolgung von hardcore Kartellverstößen befassen.<sup>8</sup> Die Kartellbehörden gehen also nicht nur vermehrt gegen Kartellsünder vor, sondern erhöhen zusätzlich die Bußgelder.<sup>9</sup> So wurde im Jahre 2003 ein Bußgeld gegen führende Unternehmen der Zementbranche, dem so genannten Zementkartell,<sup>10</sup> in Höhe von 660 Millionen Euro auf nationaler und im Jahre 2012 ein Bußgeld in Höhe von 1,47 Milliarden Euro auf europäischer Ebene gegen führende Hersteller von Bildröhren für Fernsehgeräte und Computerbildschirme verhängt.<sup>11</sup> Allein im Jahr 2007 hat die Kommission 41 Unternehmen Bußgelder in Höhe von 3,3 Milliarden Euro

---

„Die Einrichtung der dritten spezialisierten Kartellverfolgungseinheit ist vielmehr Ausdruck von Prioritätensetzung.“

- 7 *Canenbley/Steinvorth*, FS 50 Jahre FIW (2010), S. 143. Darin eine unangemessene Entwicklung sehen *Schwarze/Bechtold/Bosch*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, S. 5. Neben der 11. und 12. widmet sich nun auch die 10. Beschlussabteilung hauptsächlich der Kartellverfolgung. Nach MünchKomm-EuWettbR/*Engelsing/Schneider*, VO 1/2003 Art. 23 Rn. 113 m.w.N. liegt die Aufklärungswahrscheinlichkeit bei 33 %. Die Bonusregelung mache sich die „natürliche Instabilität“ von Kartellen zu eigen, *Palzer*, EuR 2012, 583.
- 8 *Mundt*, FS 50 Jahre FIW (2010), S. 237, 242.
- 9 *Lampert/Matthey*, in: Hauschka, Corporate Compliance, § 26 Rn. 37; *Seeliger*, AnwBl. 2010, 643, 646 Nachrangig zu erwähnen ist, dass diese Bußgelder nach herrschender Auffassung nicht als Betriebsausgabe steuerlich abzugsfähig sind, § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 I und 4 EStG, vgl. *Dreher*, ZWeR 2004, 75, 76; *Eidam*, wistra 2003, 447, 456; *Klusmann*, in: Wiedemann, § 57 Rn. 101 ff. Zum Meinungsstand für Bußgelder durch die Kommission vgl. *Dalheimer/Feddersen/Miersch*, Art. 23 Rn. 227 ff. s. a. *Scholz/Haus*, EuZW 2002, 682; *Schall*, DStR, 2008, 1517.
- 10 BKartA, Pressemitteilung v. 14.4.2003 – *Zementkartellverfahren*, abrufbar unter [bundeskartellamt.de](http://bundeskartellamt.de).
- 11 Kommission v. 5.12.2012 – 39.437 *Bildröhren für Fernsehgeräte und Computerbildschirme*, C(2012) 8839 final. S. auch Kommission v. 12.11.2008 – 39.125 *Automobilglas*, C(2008) 6815 final oder Kommission v. 21.2.2007 – 38.823 *Aufzüge und Rolltreppen*, C(2007) 512 final mit insg. 992 Mio. EUR sowie Kommission v. 22.11.2001 – 2003/2/EG (37.512) *Vitamine*, ABl. L 2003 Nr. 6/1 mit insg. 791 Mio. EUR.

aufgelegt.<sup>12</sup> Zwar wird diese Summe in den folgenden Jahren nicht überschritten,<sup>13</sup> doch das Bußgeldniveau bleibt weiterhin hoch.<sup>14</sup>

Vier der sechs höchsten Bußgelder durch das Bundeskartellamt im dreistelligen Millionenbereich wurden seit Ende 2007 festgesetzt. In denselben Zeitraum fallen auch zwei der drei höchsten Bußgelder der Kommission. Das Bußgeldniveau der Europäischen Kommission sucht seither weltweit seinesgleichen.<sup>15</sup>

Ein Kartell stellt freilich für den gesamten Markt, vor allem für Abnehmer und Wettbewerber, einen äußerst schädlichen Zustand dar, so dass ein Unternehmen, das sich dem Verbot widersetzt, für die Zuwiderhandlung auch mit einer spürbaren Geldbuße bestraft werden muss.<sup>16</sup>

## A) Gang und Methode der Darstellung

Ziel der Arbeit ist es, zu analysieren, ob und sodann mit welchen Mitteln eine Compliance Defence im kartellrechtlichen Bußgeldverfahren möglich und

---

12 Europäische Kommission, Bericht über die Wettbewerbspolitik 2007, KOM(2008) 368 endg., S. 11.

13 Europäische Kommission, Bericht über die Wettbewerbspolitik 2008, KOM(2009) 374 endg., S. 6; Europäische Kommission, Bericht über die Wettbewerbspolitik 2009, KOM(2010) 282 endg., S. 32; Europäische Kommission, Bericht über die Wettbewerbspolitik 2010, KOM(2011) 328, S. 20. Europäische Kommission, Bericht über die Wettbewerbspolitik 2011, KOM(2012), 253 endg., S. 13. S. auch European Commission Cartel Statistics, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>. Der Rückgang der Bußgelder ist gleichsam auch mit der Wirtschafts- und Finanzkrise verbunden.

14 *Toft*, Consequences of non-compliance: The EU experience, S. 8, 11; *Ginsburg/Wright*, Antitrust Sanctions, 6 (2010), 3, 4. Im Zeitraum 1990–1994 wurden von der Kommission insg. 344 Mio. EUR an Bußgeldern verhängt; im Zeitraum 2005–2009 waren es 7,9 Mrd. EUR (jeweils unter Berücksichtigung von Anpassungen durch das EuG). Dies entspricht einem Anstieg von ca. 2.300 Prozent. Die Höhe des durchschnittlichen Bußgeldes stieg im Vergleich der beiden Zeiträume von 2 Mio. EUR um etwa 2.200 Prozent auf 46 Mio. EUR an. Die Anzahl der Kartelle nahm von elf auf 33 zu.

15 *Hofstetter/Ludescher*, FS v. Büren (2009), S. 485, 499, 509.

16 Dazu *Haucap/Stühmeier*, WuW 2008, 413; *Bornkamm*, GRUR 2010, 501 jeweils m.w.N. *Bongard*, WuW 2010, 762, 766; *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, Vor § 81 Rn. 30 m.w.N.; *Heinemann*, FS v. Büren (2009), S. 597.

sinnvollerweise seitens der Kartellverfolgungsbehörden akzeptiert werden sollte.

Nachdem das Bedürfnis für die Einrichtung eines kartellrechtlichen Compliance-Programms aufgrund der drohenden zahlreichen und zum Teil existenzbedrohenden (Rechts-)Folgen herausgestellt wurde, steht die Untersuchung der Entscheidungspraxis der Kommission zu dem Thema im Vordergrund. Dies ist insofern aufschlussreich, als sie sich bereits von den frühen 1980er bis heute mit Compliance – oder seinen Vorläufern – mehr oder weniger umfangreich und mit unterschiedlichen Ergebnissen in ihren Entscheidungen befasst und zuletzt im November 2011 mit der Broschüre „Compliance Matters“ und dem webbasierten Informationsmaterial auf ihrer Homepage dem Thema Bedeutung zugemessen hat. Ein rechtsvergleichender Ausblick in die Rechtsordnungen der USA und Großbritannien zeigt sodann auf, wie de lege ferenda eine Berücksichtigung der Compliance Defence von Seiten der Kartellbehörden vorgenommen werden könnte.

Im Anschluss liegt der Fokus der Arbeit auf der Frage, ob und sodann in welchem Umfang und mit welchem Inhalt bereits eine Pflicht der Unternehmensorgane besteht, ein (kartellrechtliches) Compliance-Programm aufzubauen und zu verbessern. Ausgangspunkt der Überlegung ist dabei, dass in einem Bußgeldverfahren eine Tatsache nicht ohne weiteres (mildernd) berücksichtigt werden kann, wenn ihre Einhaltung bereits (vor dem Verstoß) rechtlich verpflichtend war.

Die Arbeit wendet sich sodann der Kernthematik, der dogmatischen Verortung der Compliance-Defence im europäischen und deutschen Kartellrecht zu. Dabei werden die möglichen Anknüpfungspunkte für eine Berücksichtigung de lege ferenda sowohl im Tatbestand als auch auf der Rechtsfolgenebene, insbesondere im Rahmen des Ermessens und der Bußgeldleitlinien der Verfolgungsbehörden, untersucht.

Schließlich soll im verfassungsrechtlichen Teil cursorisch auf die bestehenden Bedenken seitens der Literatur an dem aktuellen Bußgeldregime und seiner Anwendung eingegangen und sodann der verfassungsrechtliche Rahmen zur Verankerung der Compliance Defence dargestellt werden.

Am Ende werden die erarbeiteten Ergebnisse in Thesen zusammengefasst.

## **B) Konsequenzen eines Kartellverstoßes**

Der Schaden, den ein Unternehmen nach Bekanntwerden eines Kartells trägt, beschränkt sich keinesfalls auf das verhängte Bußgeld, sondern kann in Art und Umfang weit darüber hinausgehen.

## I. In zivilrechtlicher Hinsicht

Als zivilrechtliche Konsequenz droht zunächst die Nichtigkeit umfassender Vertragsgestaltungen mit der Folge, dass diese erst einmal rückabgewickelt,<sup>17</sup> neu ausgestaltet, verhandelt und abgeschlossen werden müssten.<sup>18</sup> Diese Nichtigkeit kann zum Teil langfristige Kooperations- und Vertriebsverträge, aber auch Unternehmenszusammenschlüsse betreffen.<sup>19</sup> Sie folgt für einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV unmittelbar aus dessen Abs. 2; für einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV ergibt sich die zivilrechtliche Folgen der Nichtigkeit aus dem nationalen Recht. Im deutschen Kartellrecht ist die anfängliche Nichtigkeit nach § 1, 19, 20 GWB; Art. 102 AEUV i.Vm. §§ 134, 138 BGB anerkannt.<sup>20</sup>

Die Kartellbehörden werden die Unternehmen nach Art. 7 VO 1/2003 und § 32 GWB verpflichten, die kartellrechtliche Zuwiderhandlung abzustellen. Dabei steht ihnen auch die Möglichkeit zur Seite, den Unternehmen geeignete Abhilfemaßnahmen, vgl. § 32 Abs. 2 GWB, vorzuschreiben, zu denen durchaus die Entflechtung nach Art. 8 Abs. 4 FKVO bzw. § 41 Abs. 3 GWB bereits vollzogener (rechtswidriger) Zusammenschlüsse zählt.<sup>21</sup> Einem neuvorzunehmenden Abschluss können wiederum hohe Beratungskosten innewohnen und bis er erreicht und vollzogen ist, stehen laufende Geschäftsbeziehungen auf keiner sicheren Rechtsgrundlage.

Des Weiteren folgen dem behördlichen Bußgeldverfahren hohe Schadensersatzforderungen von Wettbewerbern und Kunden auf nationaler (§ 33 GWB) und unionsrechtlicher Ebene<sup>22</sup> und damit einhergehende Beratungs- und

---

17 *Lampert/Matthey*, in: Hauschka, Corporate Compliance, § 26 Rn. 30. Vgl. zur Frage der Nichtigkeit von Folgeverträgen *Lohse*, FS Säcker (2011), S. 827, 840; *Mohr*, ZWR 2011, 383, 384, 403.

18 EuGH v. 13.7.1966 – Rs. 56/64 *Consten und Grundig ./. Kommission*, Slg. 1966, 321; EuGH v. 14.12.1983 – Rs. 319/82 *Société de vente de ciments ./. Kommission*, Slg. 1983, 4173; BGH, WuW/E 2288, 2289; 2909; *Lampert*, BB 2002, 2237, 2238.

19 *Reichelsdorfer*, ZRFC 2010, 118, 120.

20 *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 82 Rn. 27; *ders.*, in: Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 248 m.w.N.

21 *Kasten*, in: Mäger, Europäisches Kartellrecht, Rn. 21.

22 Ursprünglich hatte die Kommission ein Weißbuch zu Schadensersatzklagen auf den Weg gebracht, Kommission v. 2.4.2008, Weißbuch, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg., dazu *Zöttl*, DB 2008, 1200; *Wagner/Kleine/Liebach*, EWS 2008, 305 ff. Vgl. auch Kommission, Pressemitteilung v. 4.2.2011 zum kollektiven Rechtsschutz der drei Generaldirektionen, IP/11/132. Siehe ferner auch Vorschlag über eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des

Prozesskosten.<sup>23</sup> Dieser Schadensersatzanspruch kann unter Umständen sogar das Bußgeld übersteigen, das ein Unternehmen mit geringer Kartellbeteiligung zu tragen hat, wenn es keine allzu große Verantwortung für die Wettbewerbsbeschränkung trägt.<sup>24</sup> Ein solcher Anspruch ergibt sich im europäischen Kartellrecht aus der Rechtsprechung EuGH in den Rechtssachen *Crehan/Courage* und *Manfredi*;<sup>25</sup> im deutschen Kartellrecht folgt er unmittelbar aus § 33 GWB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m Art. 101, Art 102 AEUV.<sup>26</sup> Die Möglichkeit der Vermarktung von Schadensersatzansprüchen und Geltendmachung aus abgetretenem Recht, verschärft den Trend zum „private enforcement“.<sup>27</sup> Im Nachgang des Wasserstoffperoxid- und Zementkartellverfahren hat der BGH die Klage der belgischen Cartel Damage Claims, die im Wege des Factorings die Ansprüche der Geschädigten angesammelt hat, für zulässig erklärt.<sup>28</sup>

Ferner mehren sich die Stimmen in der Literatur, die eine persönliche kartellrechtliche Schadensersatzhaftung des Geschäftsleiters verlangen.<sup>29</sup> Schließlich

---

Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, KOM(2013) 404 endg. über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union.

- 23 Hoffmann-La Roche einigte sich in den USA als Beteiligter des Vitaminkartells mit den Klägern im Wege des zivilrechtlichen Vergleichs auf Zahlungen in Höhe von 3,75 Mrd. US Dollar, obwohl das Bußgeld der Kommission „nur“ 462 Mio. EUR ausmachte. Dem US-amerikanischen Recht bekannt sind sog. treble damages, also die Zahlung eines dreifachen Schadensersatzes, der die Bußgeldhöhe ohne weiteres um ein Vielfaches überschreiten kann; s. dazu auch *Zekoll/Rahlf*, JZ 1999, 384; *Toft*, Consequences of non-compliance: The EU experience, S. 14 spricht sogar von 4 Mrd. US Dollar.
- 24 EuGH v. 14.6.2011 – Rs. C-360/09 *Pfleiderer*, Slg. 2011, I-5161, Rn. 28; EuGH v. 20.9.2001 – Rs. C-453/99 *Courage ./ Crehan*, Slg. 2001, I-6297 Rn. 24, 31. Das Urteil wurde ausdrücklich im Gesetzesentwurf zur 7. GWB-Novelle berücksichtigt, BT-Drs. 15/3640, S. 35, 53.
- 25 EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 *Crehan/Courage*, Slg. 2001, I-6297; EuGH v. 13.7.2006 – C-295/04, *Manfredi*, Slg. 2006, I-6619.
- 26 BGH, NJW 2012, 928. Abschließend sei erwähnt, dass dem durch die Zuwiderhandlung Betroffenen ein verschuldensunabhängiger Beseitigungs- und Unterlassenan-spruch zusteht (vgl. § 33 Abs. 1 GWB).
- 27 LG Düsseldorf, WuW 2007, 519, 520; *Hauschka*, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion, S. 51, 55; *Weidenbach/Saller*, BB 2008, 1020; *Köhler*, WuW 2009, 258, 260 ff.
- 28 BGH, WRP 2009, 745; s. auch KG Berlin v. 1.10.2009, 2 U 17/03 Kart.
- 29 *Dreher*, WuW 2009, 133; a.A. *Kling/Thomas*, § 21 Rn. 52.

droht der (natürlichen) Person, die den Kartellverstoß begangen hat, ein umfangreicher Haftungsprozess, in dem das Unternehmen versuchen wird, sich schadlos zu halten und Regress für Teile der gezahlten Summen verlangen wird.<sup>30</sup> Die Verjährungsfrist für diesen Regressanspruch ist kürzlich von fünf auf zehn Jahre erhöht worden.

Zudem drohen gesellschaftsrechtliche Konsequenzen, indem mangelhafte Compliance-Maßnahmen dazu führen können, dass der Unternehmensleitung die Entlastung zu verweigern ist bzw. ein getroffener Entlastungsbeschluss anfechtbar ist, § 120; 243 AktG.<sup>31</sup>

Es gibt also neben dem „public enforcement“ der Kartellbehörden verstärkt ein „private enforcement“<sup>32</sup> durch vereinfachte Formen des zivilrechtlichen Ausgleichs des Geschädigten des Kartellrechtsverstoßes.<sup>33</sup>

---

30 *Hauschka*, ZIP 2004, 877, 878 das eigene Unternehmen könne durchaus ein „gefährlicherer Prozessgegner“ sein als ein außenstehender Dritter; *Zimmermann*, WM 2008, 433, 433; *Dreher*, FS Konzen (2006), S. 84; *Fleischer*, ZIP 2005, 141. Kritisch dazu *Werner*, CCZ 2011, 201. Wenngleich der Regressforderung eine andere Pflichtverletzung als der Kartellverstoß zugrunde liegt, aber dennoch spektakulär MAN von Hakan Samuelsson (Ex-Vorstandsvorsitzender) 237 Mio. EUR, BayernLB von Gerhard Gribkowsky (Ex-Risikovorstand) 200 Mio. EUR, Finance Compliance März/April 2011, S. 1 f. abrufbar unter [finance-magazin.de](http://finance-magazin.de). Ferner [sueddeutsche.de](http://sueddeutsche.de) vom 24.1.11 „Bis aufs letzte Hemd“. Solange es bei einem zivilrechtlichen Regress bleibt und der Vorstand keine strafbaren Handlungen begangen hat, übernimmt die D&O Versicherungen Teile der Schadenssumme. Mit großer Spannung dürfte auch die Langfassung des Urteils des LG München I v. 10.12.2013 Az. 5HK O 1387/10 gegen den ehemaligen CFO der Siemens AG Hein-Joachim Neubürger zu erwarten sein, da Presseberichten zu Folge der Siemens AG eine Regressforderung in Höhe von 15 Mio. EUR wegen Compliance-Verstößen zugesprochen wurde.

31 So entschieden für eine unterlassene schriftliche Dokumentation des Frühwarnsystems nach § 91 Abs. 2 AktG LG München I, AG 2007, 417.

32 *Bechtold*, NJW 2007, 3761, 3766; *Canenbley/Steinworth*, FS 50 Jahre FIW (2010), S. 143, 144; *Lohse*, FS Säcker (2011), S. 827, 842 f. Kritisch zu den Erfolgen durch „enforcement“ *Bueren*, ZWeR 2012, 310, 311. Zum Spannungsverhältnis zwischen private und public enforcement *Mäger/Zimmer/Milde*, WuW 2009, 885 ff.

33 Dem Kartellverstoß des Einzelnen folgen arbeitsrechtliche Konsequenzen, in vielen Fällen die außerordentliche Kündigung, *Hauschka*, ZIP 2004, 877, 879; *Schaefer/Baumann*, NJW 2011, 3601, 3604; *Fleischer*, BB 2008, 1070, 1074, *Rodewald/Unger*, BB 2007, 1629, 1634; *Bussmann/Matsche*, CCZ 2009, 132, 136, so auch die Forderung des BKartA im Tätigkeitsbericht 2005/2006, BT-Drs. 16 57/10, S. 33 f. *Dreher*, VersR 2004, 1, 5 fordert zugleich die Feststellung der Unzuverlässigkeit im Sinne von § 7a Abs. 1 S. 1 VAG.



## II. In strafrechtlicher Hinsicht

Zwar drohen dem Einzelnen im nationalen Recht empfindliche Freiheits- oder Geldstrafen nur bei Submissionsabsprachen nach § 298 und § 263 StGB,<sup>34</sup> doch werden Kartellverstöße in anderen Rechtsordnungen strafrechtlich sanktioniert.<sup>35</sup> Diese Sanktionierung trifft auch Nicht-Staatsangehörige, da letztlich jeder, der auf dem betroffenen Markt agiert, Adressat der jeweiligen nationalen Kartellnormen ist.<sup>36</sup> So ordnet der britischen Enterprise Act Freiheitsstrafen von bis zu fünf Jahren für einen horizontalen Kartellverstoß an, der US-amerikanische Sherman Act sogar von bis zu zehn Jahren.<sup>37</sup>

---

34 Nach deutschem Strafrecht stellt die Absprache bei Preisabgaben bei privater Vergabe einen strafbaren Betrug gemäß § 263 StGB dar, BGH, NJW 2001, 3718; BGHSt 16, 367, 371; OLG Hamm, NJW 1958, 1151, 1152; grds. *Bruns*, NSTZ 1983, 385; überblicksartig *Raum*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht Band 1, § 81 Rn. 6 ff., ebenso *Lange*, ZWeR 2003, 352 ff. Regelmäßig wird in Tateinheit eine Untreue nach § 266 StGB zu lasten der Gesellschaft vorliegen, *Fleischer*, NJW 2009, 2337, 2337; *Hasselbach/Seibel*, AG 2008, 770, 771.

35 *Voet van Vormizeele*, CCZ 2009, 41; *Lampert/Matthey*, in: Hauschka, Corporate Compliance, § 26 Rn. 6; *Heinemann*, FS v. Büren (2009), S. 597, 601 ff. Vgl. auch Kommission v. 18.7.2001 – 2002/271/EG (36.490) *Graphitelektroden*, ABl. L 2002 100/1, Rn. 42: „Neben der Geldbuße für das Unternehmen wurde auch der SGL-Vorstandsvorsitzende Robert Köhler mit einer Geldbuße in Höhe von 10 Mio. USD belegt. In einer anschließenden Verfahrensrunde erklärte sich Robert Krass, vormals Präsident und Chief Executive Officer von UCAR, damit einverstanden, sich des abgestimmten Verhaltens schuldig zu bekennen, eine siebzehnmönatige Gefängnisstrafe anzutreten und eine Geldbuße von 1,25 Mio. USD zu zahlen. Der ehemalige Chief Operating Officer von UCAR wurde ebenfalls im Rahmen einer mit der Staatsanwaltschaft getroffenen Vereinbarung („plea bargain agreement“) zu einer neunmonatigen Haftstrafe und einer Geldbuße von 1 Mio. USD verurteilt.“

36 Nach *Lampert*, BB 2002, 2237, 2238 und *Heinemann*, FS v. Büren (2009), S. 597, 602 m.w.N. Haftstrafen eines am *Vitaminkartell* beteiligten schweizer und deutschen Manager.

37 Section 190 Enterprise Act 2002; OFT, OFT's guidance as to the appropriate amount of a penalty, OFT423, 1.13; 15 U.S.C. § 1 Sherman Antitrust Act. Die durchschnittliche Dauer einer in den USA verhängten Freiheitsstrafe wegen eines Kartellverstoßes im Jahre 2010 betrug 30 Monate bei einer Verurteilungsrate von 78 %, *Kasten*, in: Mäger, Europäisches Kartellrecht, Rn. 33; US Department of Justice, Antitrust Division, Criminal Enforcement, Fine and Jail Charts, 2000–2010, [justice.gov/atr](http://justice.gov/atr). *Stadler*, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 2004, FIW Schriftenreihe 206 (2006), 67, 69; *Hüschelrath*, Comp Law 2010, 481, 484. Aktuelle Zahlen in der Studie Cartel Enforcement 2012 Studie von Allen & Overy abrufbar unter <http://www.allenoverly>.

### III. In ökonomischer Hinsicht

Grundsätzlich besteht keine Kooperationspflicht des Unternehmens und seiner Mitarbeiter gegenüber den Kartellbehörden im Falle der Ermittlungen. Jedoch kann der Geschäftsablauf und – nicht zu unterschätzen – das Betriebsklima durch behördliche (vor allen bei den so genannten Dawn Raids), aber auch durch eigene Ermittlungen (Internal Investigations) nicht unerheblich gestört werden.<sup>38</sup> Nicht nur wegen der zum Teil langen Verfahrensdauer, sondern auch aufgrund der Komplexität der Sachverhalte können gar langfristige Einbußen im operativen Geschäft entstehen, da Unternehmensteile nunmehr mit Bewältigung und Aufklärung des Sachverhalts beschäftigt werden, statt sich ihren eigentlichen Aufgaben zu widmen.<sup>39</sup> Hinzu kommen Anwalts- und Beratungskosten für die Dauer des Verfahrens und schließlich müssen Rücklagen für etwaige Bußgelder und Schadensersatzzahlungen gebildet werden.<sup>40</sup>

Einem medial vernommenen Kartellverstoß folgt häufig ein weitreichender Reputationsschaden für das Unternehmen, auch wenn sich der Vorwurf des Rechtsverstosses nicht bestätigen lässt.<sup>41</sup> Dabei büßt das Unternehmen womöglich nicht nur sein gutes Ansehen gegenüber Kunden und Geschäftspartnern, sondern auch bei Behörden, wenn es sich im Wettbewerb mit anderen Unternehmen um (öffentliche) Aufträge befindet.<sup>42</sup> Dieser Nachteil kann den Verlust

---

com/news/en-gb/articles/Pages/Cartel-Enforcement-2012-Record-Breaking-Fines-in-Multiple-Jurisdictions.aspx. S. a. *Wagner-von Papp*, WuW 2009, 1236, 1240 f. Zur Auslieferung eines Unionsbürgers an die USA wegen Kartellverstoßes zuletzt BVerfG v. 17.2.2014, 2 BvQ 4/14.

38 *Wagner*, CCZ 2009, 8, 9; *de Crozals/Jürgens*, CCZ 2009, 92, 93; so auch *Werner*, CCZ 2011, 201, 202, 207.

39 *Bürkle*, BB 2005, 565, 566. Die Unruhe im Unternehmen wirke sich negativ auf die Leistung der Mitarbeiter aus, *Stadler*, in: *Schwerpunkte des Kartellrechts 2004*, FIW Schriftenreihe 206 (2006), 67, 68. Beispielhaft dazu Kommission v. 9.12.2004 – 2005/566/EG (37.533) *Cholinchlorid*, ABl. 2005 L 190/22, Rn. 212: „BASF macht geltend, dass ihm wegen der langen Untersuchungsdauer eine Ermäßigung gewährt werden sollte. Hierbei verweist es insbesondere auf den langen Zeitraum zwischen dem Auskunftsersuchen der Kommission vom 22. Juni 1999 und den späteren Auskunftersuchen vom 30. August und 13. September 2002.“

40 Bei *Hüschelrath*, *Comp Law* 2010, 481, 485 m.w.N. werden für die USA durchschnittlich 2,5 Mio. USD an Beratungs- und Prozesskosten genannt.

41 *M. Roth*, *Compliance* (2010), S. 12 „Reputation als Schlüsselement der Governance“.

42 *Stadler*, in: *Schwerpunkte des Kartellrechts 2004*, FIW Schriftenreihe 206 (2006), 67, 67; *Hauschka*, ZIP 2004, 877, 879 Fn. 16 Beispiel der Konzernrichtlinie der Deutsche Bahn AG, wonach bei Korruptionsverstoß der Lieferant ausgeschlossen und Schadensersatz-

ganzer (regionaler) Märkte durch Vergabesperren und Eintragungen in das Gewerbezentral- oder Korruptionsregister der Bundesländer zur Folge haben.<sup>43</sup>

Unabhängig davon, ob der Verstoß dem Wettbewerbs-, Datenschutz- oder Korruptionsbekämpfungsrecht zuzuordnen ist, kann auch das Ansehen als Arbeitgeber auf dem Markt für gutes Personal in Mitleidenschaft gezogen werden.<sup>44</sup> Die zum Teil umfangreichen Anforderungen der Amnestieprogramme (z.B. im Vergaberecht) bedingen personelle Veränderungen oder Umstrukturierungen, womit wiederum der Verlust guten und gut vernetzten Führungspersonals einhergehen kann.<sup>45</sup>

Schließlich hat jeder aufgedeckte Kartellverstoß Auswirkungen auf den Aktienkurs und somit den Unternehmenswert selbst.<sup>46</sup> Denn der Wert wurde mit einem Kartell und nicht redlich durch langfristiges Obsiegen im Wettbewerb am Markt erzielt.<sup>47</sup> Diese Erkenntnis bietet keine Grundlage für langfristige

---

und Vertragsstragenansprüche geprüft werden; *U. H. Schneider*, ZIP 2003, 645, 645; *Bürkle*, BB 2005, 565, 566. Dazu *Pohlmann*, Vorstand für Compliance & Administration der Ferrostaal AG in einem Interview, Finance Compliance August 2011, S. 8. *Werner*, CCZ 2011, 201, 207 wenn sich das Unternehmen nicht entschieden und öffentlich von den Handlungen der Mitarbeiter dinstanziert, könne schnell der Eindruck entstehen, es solidarisiere sich mit der Zuwiderhandlung seiner Angestellten.

43 Für das Kartellrecht vgl. *Stein/Fritton/Huttenlauch*, WuW 2012, 38 ff.; *Otto/Fonk*, CCZ 2012, 161, 164 m.w.N.; *Benz/Klindt*, BB 2010, 2977, 2979. Neben Fachkunde und Leistungsfähigkeit wird gleichfalls auf die Zuverlässigkeit des Unternehmens abgestellt; § 97 Abs. 4 GWB formuliert dazu einen fakultativen Ausschluss: „Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreu und zuverlässige Unternehmen vergeben. (...)“. Ein zwingender Ausschluss ist bei Submissionsabsprachen nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. d) der Verdingungsordnungen für Bauleistungen vorzunehmen. Zu den Korruptionsregistern der Länder vgl. für NRW zuletzt verlängert bis 31.12.2012 GVBl. 2010, 600. Ein rechtskräftiger Bußgeldbescheid, der in Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit (§ 2 Abs 1 der 1. GZRVwV) von mehr als 200,00 € erlassen wurde, wird nach § 149 Abs. 2 Nr. 3 GewO auch im Gewerbezentralregister vermerkt, was zugleich die fehlende Eignung i.S.d. GewO zur Folge haben kann.

44 *Fett/Theusinger*, BB Beilage Nr. 4 2010, 6, 7; *Benz/Klindt*, BB 2010, 2977, 2979; *Hauschka*, AnwBl. 2010, 629, 633; *Moosmayer*, Compliance, S. 20; *Hüschelrath*, Comp Law 2010, 481, 486; *Bergmoser/Theusinger/Gushurst*, BB-Special 2008, 1 Compliance als „Marketinginstrument“ nutzen.

45 So auch *FK-Seeliger/Mross*, Kartellrechts-Compliance, Rn. 59 m.w.N.

46 *Lampert*, BB 2002, 2237, 2238; dazu auch *Moosmayer*, Compliance, S. 2.

47 Bei *Hüschelrath*, Comp Law 2010, 481, 486 m.w.N. werden 2,2 % Kursverlust für das Bekanntwerden eines Dawn-Raids und etwa 3 % nach Erlass der Bußgeldentscheidung genannt.

Investments.<sup>48</sup> Der Umstand, dass die Durchführung eines Dawn Raids durch die Kartellbehörden, drohende Schadensersatzklagen, Bußgeldentscheidungen und Kooperationsvereinbarungen im Rahmen der Bonusregelung Informationen darstellen können, die eine kapitalmarktrechtliche Ad-hoc Publizitätspflicht nach § 15 WpHG begründen, hat zur Folge, dass das Unternehmen selbst mögliche Investoren über seine Zuwiderhandlung aufklären muss – eine peinliche Ironie.

#### IV. In ethischer und moralischer Hinsicht

Kartellverstöße sind keine Kavaliersdelikte (mehr);<sup>49</sup> sie gelten als sozialschädlich und werden ethisch missbilligt.<sup>50</sup> Nach ethischer Auffassung ist Arbeit ein

---

48 Standard & Poors bewertet im Rahmen des Enterprise Risk Management auch den Grad der Compliance im Rahmen seiner Unternehmensbewertung. Gerade große institutionelle Anleger (wie Pensionsfonds der öffentlichen Hand) orientieren ihre Investments auch daran, ob auf Seiten des Unternehmens ein effektives Compliance-Programm besteht. Ein Beispiel dafür ist das Bestehen des Dow Jones Sustainability Index. Es gibt sogar empirische Erhebungen, die belegen, dass eine gute Corporate Governance Struktur positive Einwirkung auf den Aktienkurs und somit letztlich auf den Unternehmenserfolg hat, *Drobetz/Schillhoger/Zimmermann*, ZfB 2004, 1, 20; *Weber/Lentfer/Köster*, ZCG 2007, 53. Auch das Umsatzwachstum soll durch gute Corporate Governance nachweisbar gesteigert sein, *Drobetz/Schillhoger/Zimmermann*, ZfB 2004, 1, 21 und für die DCGK-Befolgung *Jahn/Rapp/Strenger/Wolff*, ZCG 2011, 64, 68. So auch die Studie, deren Ergebnisse *Nitsche*, Finance Compliance August 2011, S. 7 vorstellt und ausführt, dass ein effektives Compliance-Programm die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens stärkt. Ähnlich auch *Cromme*, Aufsichtsratsvorsitzender der Siemens AG, *Der Spiegel* v. 20.12.2008: „Seit die bayerische Staatsanwaltschaft im November 2006 ihre Razzien startete, wird im Konzern nicht mehr geschmiert. Seither ging die Zahl der Auftrageingänge nach oben. Die hätte ja logischerweise absacken müssen, wenn Bestechung so lebensnotwendig wäre.“ Zudem *Waigel*, Compliance Monitor Siemens AG handelsblatt.com v. 10.8.2010: „Mir ist kein einziger Auftrag bekannt geworden, den Siemens wegen der strikten Anti-Korruptions-Strategie nicht bekommen hätte.“ Vgl. auch FAZ v. 6.2.2013 „Bestechende Großunternehmen: Korruption rechnet sich nicht“.

49 *Lampert*, BB 2002, 2237.

50 *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, Vor § 81 Rn. 23; *Stadler*, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 2004, FIW Schriftenreihe 206 (2006), 67, 67; *Domke/Stehr/Tolksdorf*, ZRFC 2010, 110; *Canenbley/Steinvorth*, FS 50 Jahre FIW (2010), S. 143, 146. Zu den volkswirtschaftlichen Schäden (darunter Verlust allokativer, produktiver und dynamischer Effizienzen), *Haucap/Stühmeier*, WuW 2008, 413, 414 ff. *Almunia*, Compliance and Competition policy, *BusinessEurope & US Chamber of Commerce*.

Wertzuwachs als Ergebnis guter Wertschöpfung. Diese wiederum führt auf profitable Weise zu werthaltigen Leistungen für den Abnehmer. Der Profit ist demnach als Belohnung besonders gelungener Wertschöpfung moralisch gerechtfertigt.<sup>51</sup> Indem sich das Unternehmen nicht mehr zuvörderst mit der Verbesserung seiner Produkte, sondern mit der Verdichtung der Kontrollbefugnisse des Marktes befasst, beutet es die Marktgegenseite aus. Ethisch betrachtet kommt dieses Verhalten einer Form des Raubes nahe.<sup>52</sup> Ethisch missbilligenswert ist auch das ökonomische Resultat des kartellrechtswidrigen Verhaltens, da die Produzentenrente zulasten der Konsumentenrente und der allgemeinen Wohlfahrt erhöht wird.

## V. In bußgeldrechtlicher Hinsicht

Schließlich droht – wie eingangs beschrieben – ein Schaden durch bußgeldrechtliche Zahlungen. Sowohl nach deutschem als auch europäischem Kartellrecht können Bußgelder von bis zu zehn Prozent des im vorangegangenen Jahr erzielten (konzernweiten) Umsatzes verhängt werden. Nach deutschem Recht ist der Kartellverstoß gemäß § 130 OWiG für natürliche Personen bzw. nach § 30 OWiG (§ 130 OWiG) i.V.m. §§ 1 ff.; 81 GWB für juristische Personen und Verbände sanktionsbewehrt.<sup>53</sup> Im Unionsrecht finden sich in Art. 23 VO 1/2003 Bußgeldandrohungen gegen Unternehmen bei Zuwiderhandlung gegen die Kartellverbote von Art. 101 und Art. 102 AEUV. Entsprechend dem kartellrechtlichen Auswirkungsprinzip<sup>54</sup> kann ein Kartellverstoß von mehreren (nationalen) Behörden verfolgt und bestraft werden,<sup>55</sup> da der Grundsatz *ne bis in idem*

---

Competition conference, SPEECH/10/586: „Our action on cartel control saved consumers about €1.7 billion in 2009 alone.“

51 *Domke/Stehr/Tolksdorf*, ZRFC 2010, 110, 113.

52 *Domke/Stehr/Tolksdorf*, ZRFC 2010, 110, 113. Ähnlich *Heinemann*, FS v. Büren (2009), S. 597, 606, der den Unwert kartellrechtswidriger Handlung mit dem von Betrug oder Diebstahl vergleicht.

53 In der Praxis sind Bußgelder in Höhe eines Jahresbruttolohns für natürliche Personen üblich, *Kapp/Dittrich/Macha*, Kartellrecht in der Unternehmenspraxis, S. 218.

54 Für das Unionsrecht vgl. *Kommission v. 24.7.1969 – 69/243/EWG (26.267) Farbstoffe*, ABl. Nr. L 195/11, bestätigt durch EuGH v. 14.7.1972 – Rs. 48/69 *ICI ./. Kommission*, Slg. 1972, 619 Rn. 125 ff.; ferner EuGH v. 27.9.1988 – Rs. 89/85 *Ahlström Osakeyhtiö u.a. ./. Kommission*, Slg. 1988, 5193 Rn. 14 ff.; aus neuerer Zeit EuG v. 25.3.1999 – Rs. T-102/96 *Gencor ./. Kommission*, Slg. 1999, II-753. Auch Art. 6 Abs. 3 lit. a) Rom II-VO ordne die allseitige Anknüpfung kartellredliksrechtlicher Ansprüche nach dem Auswirkungsprinzip an, *Ackermann*, ZWeR 2010, 329, 348 ff.

55 *Stadler*, in: *Schwerpunkte des Kartellrechts 2004*, FIW Schriftenreihe 206 (2006), 67, 68.

insofern keine Anwendung findet.<sup>56</sup> Mittlerweile kennen mehr als 100 Staaten Kartellrechtsgesetze und sehen entsprechende Sanktionen für den Fall der Zuwiderhandlung vor.<sup>57</sup>

Das „public enforcement“ zum Zwecke der Kartellbekämpfung hat in der jüngeren Vergangenheit sehr viel Auftrieb erhalten. Neben der Aufstockung der Ressourcen und Erhöhung der Bußgelder sind zum Teil auch die Kompetenzen der Behörden wie Ermittlungen, Beschlagnahme und Auskunftsverlangen (Art. 17 ff. VO 1/2003 bzw. §§ 57 ff. GWB) erweitert worden, vgl. Art. 17 VO 1/2003 bzw. § 32e GWB. Zwar gilt weiterhin der Ermittlungsgrundsatz,<sup>58</sup> sodass aufgrund von Beweisschwierigkeiten die Kartellrechtsverfolgung kein leichtes Unterfangen ist. Doch mit kreativen Ideen und dem Appell an die Normentreue ist dem in der jüngeren Vergangenheit abgeholfen worden. Das ist nicht zuletzt maßgeblich auf den Erfolg der Bonusregelungen<sup>59</sup> und zunehmend auch der Möglichkeit und Inanspruchnahme des Settlement-Verfahrens zurückzuführen: In der Vergangenheit haben Unternehmen, deren Kartell von einem Kronzeugen aufgedeckt wurde, selbst ein anderes aufgedeckt und Erlass eines Bußgeldes erlangt. So stellte im Vitaminkartell,<sup>60</sup> dem unter anderem Hoffmann-La Roche, BASF sowie Rhône-Poulenc angehörten, Hoechst einen Bonusantrag bei der Kommission. Hoechst war zuvor mit Rhône-Poulenc zu Aventis fusioniert und selbst einige Jahre zuvor wegen Absprachen bei Sorbinsäure von den amerikanischen Kartellbehörden abgestraft worden und davon noch beeindruckt.<sup>61</sup>

## C) Defence durch Compliance

Die von den Kartellbehörden erzielten Erfolge und verhängten Bußgelder zeigen die Notwendigkeit der Sensibilisierung der Unternehmen (nicht nur) für das Kartellrecht und ein effektives („robust“)<sup>62</sup> Compliance-Programm zur Einhaltung und Befolgung dessen.

---

56 Dazu EuGH v. 7.1.2004 – Rs. C-204/00 *Aalborg Portland u.a. ./.* Kommission, Slg. 2004, I-123 Leitsatz 14, Rn. 338 ff.; EuGH v. 29.6.2006 – C-289/04 P *Showa Denko ./.* Kommission, Slg. 2006, I-5959, Rn. 56; kritisch *F. Immenga/Jüttner*, ZWeR 2006, 400 ff.

57 *Voet van Vormizeele*, ZRFC 2010, 102, 103; *Heinemann*, FS v. Büren (2009), S. 597, 609.

58 *Lampert/Matthey*, in: Hauschka, Corporate Compliance, § 26 Rn. 43; *Soyez*, EuZW 2007, 596, 599.

59 Dazu *Sura*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht Band 2, Art. 23 Rn. 54 m.w.N.

60 Kommission v. 22.11.2001 – 2003/2/EG (37.512) *Vitamine*, ABl. L 2003 Nr. 6/1.

61 *Domke/Stehr/Tolksdorf*, ZRFC 2010, 110, 111.

62 *Gehring/Kasten/Mäger*, CCZ 2013, 1.