

Alexander Roos

# **Compliance Defence**

**Kartellrechtliche Umsetzung im  
verfassungsrechtlichen Rahmen**

# Inhaltsverzeichnis

§ 1 Problemaufriss – Bedürfnis für ein kartellrechtliches Compliance-Programm.....	17
A) Gang und Methode der Darstellung.....	19
B) Konsequenzen eines Kartellverstoßes.....	20
I. In zivilrechtlicher Hinsicht.....	21
II. In strafrechtlicher Hinsicht.....	24
III. In ökonomischer Hinsicht.....	25
IV. In ethischer und moralischer Hinsicht.....	27
V. In bußgeldrechtlicher Hinsicht.....	28
C) Defence durch Compliance.....	29
I. <i>kəm'plaiəns</i> – Ein Systembegriff.....	31
1. Der Wortlaut: <i>complere, compleo, complevi, completum</i> .....	32
2. Systematische Einordnung und Abgrenzung von anderen Prozessen.....	34
a) Nationalstaatliche Perspektive – Deutsches Recht.....	36
b) Unionsrechtliche Perspektive.....	37
3. Rechtshistorische Perspektive auf Compliance.....	38
4. Telos im Allgemeinen – Funktionales Verständnis und Eigeninteresse.....	39
5. Telos im Speziellen – Besonderheiten der kartellrechtlichen Compliance.....	41
a) Die Bonusregelung als Anreiz für Compliance.....	42
b) Umgekehrt gedacht – Compliance als Chance zu Best Practice.....	42
6. Zwischenergebnis und Stellungnahme.....	43
D) Status Quo – Die Bußgeldpraxis im Unionsrecht.....	44
I. Wandel der Entscheidungspraxis von Kommission und Rechtsprechung.....	45
1. Status Ante – Positive Berücksichtigung von Compliance-Programmen.....	45
a) National Panasonic 1982.....	45
b) Fisher-Price/Quaker Oats Ltd. – Toyco 1987.....	48
c) Eurofix-Bauco/Hilti 1987.....	49
d) Napier Brown 1988.....	51

e) Viho/Toshiba 1991.....	53
f) VIHO/Parker Pen 1992.....	56
g) Zwischenfazit.....	58
2. Änderung der vorhandenen oder gar Einführung einer neuer Entscheidungspraxis?.....	60
a) Kommissionsentscheidung Polypropylen 1986.....	60
aa) Die Kommissionsentscheidung .....	60
bb) Die Nichtigkeitsklage vor dem EuG .....	61
cc) Kritische Würdigung .....	64
b) Kommissionsentscheidung Karton 1994.....	68
aa) Die Nichtigkeitsklage vor dem EuG .....	70
bb) Kritische Würdigung .....	73
c) Kommissionsentscheidung PVC II 1994.....	76
aa) Die Nichtigkeitsklage vor dem EuG .....	77
bb) Kritische Anmerkungen.....	79
d) Kommissionsentscheidung British Sugar II 1998 vs. British Sugar 1988 .....	80
aa) Kritische Anmerkungen.....	84
3. Kommissionsentscheidung Graphitelektroden – die heutige Praxis und Status Quo.....	85
a) Kommissionsentscheidung Graphitelektroden 2001 .....	86
aa) Die Nichtigkeitsklage vor dem EuG .....	88
bb) Kritische Würdigung und Einordnung.....	89
b) Keine Berücksichtigung als mildernder Umstand .....	91
aa) Exemplarisch: Kommissionsentscheidung Aminosäuren 2000.....	91
bb) Fortführung in weiteren Fällen: Der „Sechsklang“ der Kommission.....	94
c) Keine Berücksichtigung bei Wiederholungsaufschlag .....	101
aa) Cholinchlorid 2004.....	102
bb) Kupferinstallationsrohre 2004.....	104
cc) Methacrylate 2006 .....	105
d) Kein Auslassen eines Abschreckungsaufschlages.....	107
aa) Methionin 2002.....	107
bb) Cholinchlorid 2004.....	109
cc) Kautschukchemikalien 2005.....	109
dd) Aufzüge und Rolltreppen 2007 .....	110
e) Kein Abbruch der Verantwortlichkeit der Konzernobergesellschaft .....	111
aa) Kautschukchemikalien 2005.....	112

bb)	Aufzüge und Rolltreppen 2007 .....	113
f)	Wirksame Änderung der Bußgeldpraxis im Hinblick auf den Vertrauensgrundsatz? .....	114
g)	Zwischenergebnis .....	116
E)	Status Quo – Die Bußgeldpraxis im nationalen Recht .....	123
I.	Praxis des Bundeskartellamts.....	124
II.	Rechtsprechungspraxis .....	125
1.	Verbindliche Maßnahmen.....	127
2.	Grenzen der Maßnahmen .....	128
F)	Rechtsvergleichende Perspektive.....	130
I.	USA – Vorgaben und Leitbild.....	131
1.	Compliance Defence Übersee – Die United States Sentencing Guidelines .....	132
a)	Prevent – Detect – React.....	134
b)	Die konkrete Berechnung nach den USSG – Saldierung von Bonus und Malus .....	135
aa)	Bildung des Multiplikanden – base fine.....	135
bb)	Bildung des Multiplikators – culpability score.....	135
cc)	Bildung des Strafmaßes.....	137
c)	Der konkrete Fall – Price-Fixing in Detroit.....	137
aa)	Bußgeldberechnung unter Berücksichtigung eines Compliance-Programms.....	138
(1)	Bestimmung der base fine.....	138
(2)	Bestimmung der culpability score .....	138
(3)	Bildung des Strafmaßes .....	138
bb)	Bußgeld ohne Berücksichtigung eines Compliance-Programms.....	139
(1)	Bestimmung der base fine.....	139
(2)	Bestimmung der culpability score .....	139
(3)	Bildung des Strafmaßes .....	139
cc)	Zwischenergebnis.....	139
d)	Kritik an den USSG .....	140
2.	Ausstrahlungswirkung und Tauglichkeit als Vorbild?.....	140
II.	Großbritannien – Die Bußgeldpraxis des Office of Fair Trading.....	143
1.	Compliance im Rahmen der Competition Disqualification Order .....	143
2.	Compliance im Rahmen der Bußgeldbemessung im Englischen Recht.....	145
a)	Guidance as to the appropriate amount of a penalty .....	145

b) Die Haltung des OFT zu Compliance.....	148
c) Im Kern: „Commitment“ .....	150
aa) Risikoidentifizierung – Risk Identification.....	150
bb) Risikobewertung – Risk Assessment.....	151
cc) Risikobegrenzung – Risk Mitigation.....	151
dd) Revison und Nachbetrachtung – Review .....	152
3. Übertragbarkeit der Praxis und Vorbildcharakter für andere Rechtsordnungen.....	152
§ 2 Gesellschaftsrechtlicher Teil: Von „Binsenweisheit“ und „alten Schläuchen“ – Rechtspflicht zu Compliance? .....	155
A) Reichweite eines Compliance-Programms.....	155
B) Geschriebene Rechtspflichten – Das „Ob“ zu Compliance.....	158
I. Spezialgesetzliche Regelungen der regulierten Bereiche – Herleitung einer Gesamtanalogie? .....	159
II. Geschriebene Rechtspflicht aus dem Aktienrecht.....	162
1. Pflicht des Vorstands aus § 91 Abs. 2 AktG .....	163
2. Pflicht des Vorstands aus § 76 Abs. 1, § 93 Abs. 1 AktG .....	167
3. Soft Law – Pflichten aus dem Deutschen Corporate Governance Kodex .....	172
4. Compliance Verantwortung des Aufsichtsrats .....	174
III. Geschriebene Pflichten außerhalb des Aktienrechts .....	177
1. Pflicht aus § 130 (§ 30) OWiG .....	177
2. Vertragliche Pflicht.....	180
3. Pflicht aus Deliktsrecht §§ 823, 831 BGB.....	180
4. Faktischer Druck – Compliance als common sense .....	182
5. „Ausstrahlung“ auf andere Gesellschaftsformen.....	183
IV. Geschriebene Rechtspflichten zu Compliance ausländischer Rechtsordnungen – der US-amerikanische Sarbanes-Oxley Act .....	184
C) Compliance im Konzern.....	187
D) Ausgestaltung und Umfang der Pflicht – Das „Wie“ eines effektiven Compliance-Programms .....	191
I. Der IDW PS 980 als Best-Practice Maßstab?.....	195
II. Kein „one fits all“ sondern „Baukasten“ .....	197
III. Errichtung eines effektiven kartellrechtlichen Compliance-Programms .....	198
1. Der richtige Zeitpunkt .....	200
2. Mission statement.....	201
3. Kodifikation.....	201

4. Kommunikation .....	202
5. Kontrolle und Sanktion .....	204
6. Weisungsfreiheit der Compliance-Abteilung .....	205
7. Umfang und Risikomanagement.....	205
E) Stellungnahme.....	205
I. Compliance als „übererfüllungsmäßige Voraussetzung“ belohnenswert? .....	205
II. Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt.....	209
III. Rechtspolitischer Ausgangspunkt .....	211

### § 3 Kartellrechtlicher Teil: Compliance Defence im Bußgeldverfahren.....

A) Gesetzliche Anknüpfungspunkte .....	218
I. Unionsrechtliche Perspektive.....	218
1. Rechtlicher Rahmen für die Verhängung von Kartellgeldbußen.....	218
a) Die Bußgeldleitlinien der Kommission .....	219
b) Ermittlung des Grundbetrags .....	222
c) Anpassung anhand mildernder und erschwerender Umstände .....	224
d) Sinn und Zweck .....	227
e) Vom weiten Ermessen.....	228
2. Anknüpfungspunkte auf der Tatbestandsebene .....	230
a) Berücksichtigung in zwei Richtungen: Compliance Offence vs. Compliance Defence.....	230
b) Art. 23 Abs. 2 lit. a) VO 1/2003 i.V.m. Art 101 AEUV .....	232
aa) Ausschluss des Milderungsgrund der Fahrlässigkeit.....	239
bb) Ausschluss wegen fehlender Möglichkeit eines Verbots.....	240
cc) Geringere Schwere des Verstoßes .....	242
3. Anknüpfungspunkte auf der Rechtsfolgenebene .....	242
a) Verortung innerhalb der Bußgeldpraxis der Kommission .....	242
aa) Compliance als mildernder Umstand im Sinne der Leitlinien.....	243
bb) Compliance im Rahmen des „Entry Fee“ .....	245
b) Die Bonusregelung als Anknüpfungspunkt – Gedanken zur antizipierten Selbstbindung .....	247

aa)	„Spannungsverhältnis“ zur Leniency- und Settlement-Bekanntmachung? .....	248
bb)	Leniency- und Settlement-Mitteilung als antizipierte Selbstbindung für Compliance? .....	250
cc)	Diskriminierung der KMU .....	254
dd)	Verzicht auf Verzinsungspflicht.....	254
ee)	Verzicht auf Pressemitteilungen.....	255
c)	Ausschlussgründe von der Berücksichtigung der Compliance Defence .....	255
aa)	Keine Berücksichtigung bei Hardcore-Kartellen.....	255
bb)	Keine Berücksichtigung bei Verstoß durch Geschäftsleiterebene .....	257
4.	Zwischenergebnis .....	258
II.	Nationalstaatliche Perspektive – Deutsches Recht.....	260
1.	Rechtlicher Rahmen zur Verhängung eines Bußgeldes.....	260
a)	Kartellverstoß einer natürlichen Person – Ahndung nach §§ 30, 9 OWiG.....	263
b)	Kartellverstoß einer natürlichen Person – Ahndung nach §§ 130; 9 OWiG.....	265
c)	Kartellverstoß einer juristische Person – Ahndung nach § 30 (§ 130) OWiG.....	267
aa)	Direkter Verstoß gegen § 30 OWiG.....	267
bb)	Indirekter Verstoß gegen §§ 30; 130 OWiG .....	271
cc)	Zum Verhältnis von § 30 und §§ 30; 130 OWiG .....	272
d)	Die konkrete Bußgeldbemessung.....	272
aa)	Natürliche Person .....	273
bb)	Juristische Person – weniger schwerwiegende Variante .....	275
cc)	Juristische Person – schwerwiegende Variante.....	276
dd)	Die (neuen) Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes 2013 .....	277
ee)	Die Bemessung in zwei Schritten .....	278
e)	Vom weiten Ermessen.....	279
f)	Exkurs: Bebußung der Konzernmutter für den Kartellverstoß der Tochter nach §§ 130, 30 OWiG? .....	281
2.	Dogmatische Anknüpfungspunkte der Compliance Defence .....	287
a)	Anknüpfungspunkte auf der Tatbestandsebene .....	287
aa)	Berücksichtigung bei der Bußgeldverhängung gegenüber der natürlichen Person.....	287

bb) Berücksichtigung bei der Bußgeldverhängung gegenüber juristischen Personen, Personenvereinigungen und Verbänden .....	288
(1) Im Rahmen von § 130 OWiG.....	288
(2) Im Rahmen von § 30 OWiG.....	289
b) Anknüpfungspunkte auf der Rechtsfolgenebene .....	293
(1) Besonderheit der Leitlinien des Bundeskartellamtes 2006: Das Nachtatverhalten .....	293
(2) Gedanken zur „Einheit der Verwaltungsverfahren“ .....	295
3. Zusammenfassung und Stellungnahme .....	298
§ 4 Verfassungsrechtlicher Teil: Verfassungsrechtlicher Rahmen der Compliance Defence.....	301
A) Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.....	302
B) Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz.....	304
I. Europäisches Kartellrecht.....	304
II. Deutsches Kartellrecht .....	307
1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Vermögensstrafe .....	308
2. Die Kritik an § 81 GWB im Einzelnen .....	309
3. § 81 Abs. 4 S. 2 GWB – Ober- oder Kappungsgrenze?.....	310
4. Edit: Die Entscheidung Grauzement des BGH.....	311
5. Übertragbarkeit auf das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht.....	313
III. Ausgleich und Korrektur der rechtsstaatlichen Bedenken?.....	313
C) Umsetzung der Compliance Defence im vorhandenen Normengefüge .....	316
§ 5 Schlussbemerkung und Kernthesen .....	323
Literaturverzeichnis .....	327