

Stellungnahme

Zur Auslegung der Compliance Defense im GWB-Digitalisierungsgesetz (§ 81d Abs. 1 S. 2, Ziff. 4 und 5 GWB)

Mit dem GWB-Digitalisierungsgesetz hat der deutsche Gesetzgeber kürzlich erstmals ausdrücklich normiert, dass Compliance-Programme bei der Festsetzung der Höhe von (Kartell-)Geldbußen zu berücksichtigen sind. Durch diese Regelung – die erst auf den letzten Metern und trotz langjähriger Ablehnung durch das Bundeskartellamt in das Gesetz aufgenommen wurde – werden Kartellrechtsverstöße damit in Deutschland zu den ersten Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten, für die entsprechende gesetzliche Regelungen bestehen.

Dennoch sind aber weiterhin zahlreiche Einzelfragen offen. Die vorliegende Stellungnahme soll einen Diskussionsbeitrag zur Klärung der offenen Fragen liefern. Sie setzt dabei auf den einschlägigen DICO-Veröffentlichungen auf. Hierzu gehören insbesondere die Stellungnahme zum Verbandssanktionengesetz (nachfolgend „**DICO Stellungnahme VerSanG**“), die Leitlinie „Eckpunkte für effektive kartellrechtliche Compliance-Programme“ (nachfolgend „**DICO Leitlinie Kartellrecht**“) und das Arbeitspapier „Beispielhaftes kartellrechtliches Regelwerk“ (nachfolgend „**DICO Regelwerk Kartellrechts-Compliance**“). Zur Vertiefung kann auch der DICO Standard „Compliance Management-Systeme“ herangezogen werden. Alle Dokumente sind auf der DICO-Webseite abrufbar bzw. über die DICO-Geschäftsstelle erhältlich.

Für einen schnellen Überblick sind die **DICO-Positionen** zu den einzelnen Fragestellungen **im Folgenden grau hinterlegt**.

I. Rechtslage und Vergleich zum Status quo ante

§ 81d Abs. 1 S. 2 GWB¹ in der Fassung des GWB-Digitalisierungsgesetzes erhält zur Compliance Defense folgende Regelung (Hervorhebungen durch Verfasser):

„Bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße ist sowohl die Schwere der Zuwiderhandlung als auch deren Dauer zu berücksichtigen. Bei Geldbußen, die gegen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen wegen wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, Beschlüssen oder abgestimmter Verhaltensweisen nach § 1 dieses Gesetzes oder Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder wegen verbotener Verhaltensweisen nach den §§ 19, 20 oder 21 oder nach Artikel 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union festgesetzt werden, kommen als abzuwägende Umstände insbesondere in Betracht:

[...]

- 4. vorausgegangene Zuwiderhandlungen des Unternehmens sowie **vor der Zuwiderhandlung getroffene, angemessene und wirksame Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen und***
- 5. das Bemühen des Unternehmens, die Zuwiderhandlung aufzudecken und den Schaden wiedergutzumachen sowie **nach der Zuwiderhandlung getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen.**“*

¹ Gesetzesnormen ohne Gesetzesangabe sind im Folgenden solche des GWB.

Damit ist im Kartellrecht für die Compliance Defense sowohl die sogenannte Vortat-, als auch die Nachtat-Compliance umfasst. Bevor auf die einzelnen Regelungen eingegangen wird, soll zunächst ein kurzer Vergleich zum Status quo ante vorgenommen werden. Denn nur so lassen sich die Neuerungen in ihren Kontext einordnen.

Wie bereits erwähnt, fehlte es in Deutschland vor Inkrafttreten des GWB-Digitalisierungsgesetzes an gesetzlichen Regelungen zur Compliance Defense. Allerdings hatte der BGH im Jahr 2017 entschieden, dass sowohl die Vortat- als auch die Nachtat-Compliance bei der Berechnung von Geldbußen eine Rolle spielen können (Urteil vom 09.05.2017, Az. 1 StR 265/16). Zudem hatte in Einzelfällen auch das Bundeskartellamt das Nachtatverhalten (Aufdeckungsbemühungen bzw. Compliance-Aktivitäten) bei der Bußgeldbemessung berücksichtigt (Presseerklärung des Bundeskartellamts v. 12.01.2016, Bundeskartellamt sanktioniert vertikale Preisbindung bei LEGO).

Das genannte BGH-Urteil stammt jedoch aus dem Bereich des Steuerrechts. Zu einer Übertragung des Urteils auf andere Rechtsbereiche – und insbesondere auf das Kartellrecht – war es in der Praxis bislang nicht gekommen. Und hinsichtlich der genannten Entscheidung des Bundeskartellamts (LEGO) ist zu beachten, dass sich diese ausschließlich auf das *Nachtatverhalten* bezog und dass der Fall darüber hinaus auch weitere Besonderheiten aufwies (z.B. handelte es sich um einen vergleichsweise kurzen Vertikalverstoß).

Auch wenn es damit bereits in der Vergangenheit Ansätze zur bußgeldmindernden Berücksichtigung von Compliance-Programmen gegeben hat, **stellt die Compliance Defense im GWB-Digitalisierungsgesetz folglich eine grundlegende Neuerung dar**: Denn **erstmalig** wird sie **ausdrücklich gesetzlich normiert**. Zudem werden ihr Anwendungsbereich und ihre Anwendungsvoraussetzungen vergleichsweise deutlich geregelt. Mit der gesetzlichen Verankerung kommt der Compliance Defense zudem eine wichtige **Signalwirkung** zu, und zwar nicht nur in Richtung Bundeskartellamt, sondern auch – und vor allem – in Richtung Unternehmen. Über ihren Anwendungsbereich hinaus kann sie damit auch ein wichtiges Signal für Rechtstreue setzen.

Trotz der gesetzlichen Normierung bleiben aber weiterhin zahlreiche **Einzelfragen offen**. In den folgenden Abschnitten werden diese Einzelfragen aufgegriffen (unter **II.**) und in ihren nationalen (**III.**) bzw. internationalen (**IV.**) Kontext eingeordnet.

II. Ungeklärte Einzelfragen zur Compliance Defense des § 81d Abs. 1

1. Kein Ausschluss der Bußgeldreduzierung bei „Nichtaufdeckung“ bzw. „Nichtanzeige“ der Zuwiderhandlung

Nach dem Gesetzeswortlaut kommt eine Bußgeldreduzierung in Betracht, wenn vor oder nach der relevanten Tat hinreichende „*Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen*“ getroffen wurden (§ 81d Abs. 1 S. 2 Ziff. 4 bzw. 5). Der Wortlaut verlangt also ein *Bemühen* zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen, nicht aber einen entsprechenden *Erfolg*. Gleichwohl deuten die Gesetzesmaterialien darauf hin, dass das Compliance Programm im konkreten Fall doch zu einem Erfolg, insbesondere zur Aufdeckung der Zuwiderhandlung und ggf. sogar zur Stellung eines Kronzeugenantrags nach § 81i Abs. 1 S. 1 geführt haben muss. So führt beispielsweise die **BT-Beschlussempfehlung** zu § 81d Abs. 1 S. 2 Ziff. 4 aus, dass eine bußgeldmindernde Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen „in der Regel“ nur dann anzunehmen ist, „wenn die ergriffenen Maßnahmen zur

Aufdeckung und Anzeige der Zuwiderhandlung geführt haben“.² Entgegen des Wortlauts der Vorschrift käme somit bei objektiver Nichtaufdeckung bzw. Nichtanzeige der Zuwiderhandlung grundsätzlich keine Bußgeldreduzierung in Betracht.

Zusammenfassende DICO-Position

- Anders als die BT-Beschlussempfehlung zu § 81d Abs. 1 S. 2 Ziff. 4 nahelegt, sollte die „**Anzeige**“ einer Zuwiderhandlung **nicht als Voraussetzung** für eine Bußgeldreduzierung angesehen werden (vgl. sogleich, Konstellation 3).
- Wie auch die BT-Beschlussempfehlung zu § 81d Abs. 1 S. 2 Ziff. 4 nahelegt, sollte die „**Aufdeckung**“ einer Zuwiderhandlung ebenfalls **nicht als Voraussetzung** für eine Bußgeldreduzierung angesehen werden (vgl. sogleich, Konstellation 4).
- Auch wenn dies die BT-Beschlussempfehlung nicht unbedingt nahelegt (so fehlt es der Empfehlung an Ausführungen zu § 81d Abs. 1 S. 2 Ziff. 5) sollten die **Ziffern 4 und 5** des § 81d Abs. 1 S. 2 als **unabhängig voneinander bestehende Tatbestandsvarianten** angesehen werden (vgl. sogleich, Konstellation 5).

Im Einzelnen:

Für eine detaillierte Betrachtung der Fragestellung ist zwischen den folgenden fünf Fallkonstellationen zu unterscheiden:

- **Konstellation 1 - Aufdeckung und Anzeige (als erster Kartellbeteiligter):** Denkbar ist zunächst, dass ein Unternehmen bereits zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung über ein „angemessenes und wirksames“ Compliance-Programm verfügt. Wird durch dieses Compliance-Programm die Zuwiderhandlung aufgedeckt und in der Folge auch gegenüber dem Bundeskartellamt angezeigt, kann das betreffende Unternehmen indes bereits aufgrund der Anzeige einen vollständigen Bußgelderlass erreichen (vgl. § 81k). Einer **Bußgeldreduzierung gem. § 81d** käme somit grundsätzlich nur **subsidiäre Bedeutung** zu. Dies beträfe etwa Fälle, in denen es trotz Anzeige der Zuwiderhandlung doch nicht zu einem Bußgelderlass nach § 81k kommt (etwa, weil das betreffende Unternehmen andere Unternehmen zur Beteiligung an dem Kartell gezwungen hat (vgl. § 81k Abs. 3)) oder Fälle, in denen das Kronzeugenprogramm nicht anwendbar ist und eine Anzeige damit gar nicht erst in Betracht kommt (etwa bei vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen).
- **Konstellation 2 - Aufdeckung und Anzeige (als zweiter oder weiterer Kartellbeteiligter):** Möglich ist zudem, dass ein Unternehmen zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung über ein „angemessenes und wirksames“ Compliance-Programm verfügt, durch das Compliance-Programm die Zuwiderhandlung aufdeckt, die Zuwiderhandlung gegenüber dem Bundeskartellamt auch nach § 81i anzeigt, sich jedoch – weil bereits ein anderes Unternehmen einen Kronzeugenantrag gestellt hat – nicht für einen vollständigen Bußgelderlass, sondern nur für eine Bußgeldreduzierung nach § 81l qualifiziert. In dieser Konstellation kann einer **Bußgeldreduzierung gem. § 81d ergänzende Bedeutung** zukommen, d.h. die Bußgeldreduzierung nach § 81l und die Bußgeldreduzierung nach § 81d stünden nebeneinander (und würden ggf. addiert).

² BT-Drucks. 19/25868 v. 13.11.2020, S. 123.

- Konstellation 3 - Aufdeckung und Nichtanzeige:** Denkbar ist daneben aber auch, dass ein Unternehmen zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung über ein „angemessenes und wirksames“ Compliance-Programm verfügt, durch das Compliance-Programm die Zuwiderhandlung aufdeckt, sich aber dazu entscheidet, die Zuwiderhandlung lediglich abzustellen und nicht beim Bundeskartellamt nach § 81i anzuzeigen. In dieser Konstellation stellt sich – auch im Hinblick auf die oben zitierte Passage aus der Gesetzesbegründung – die **Frage, ob aufgrund der Nichtanzeige überhaupt eine Bußgeldreduzierung gem. § 81d in Betracht kommt** (falls das Bundeskartellamt von der Zuwiderhandlung auf anderem Weg erfährt). **Im Ergebnis** sollte dies **aus Sicht von DICO** jedoch aus mehreren Gründen **möglich sein**: Erstens ergibt sich ein entsprechendes Erfordernis nicht aus dem Gesetz. Das Gesetz spricht allein von „*Vorkehrungen*“ zur Aufdeckung und Nichtanzeige, nicht von der Vornahme der relevanten Handlungen (Aufdeckung bzw. Nichtanzeige) an sich. Zweitens würde anderenfalls „durch die Hintertür“ eine Pflicht zur Stellung eines Kronzeugenantrags eingeführt. Und drittens sollten durch die Bußgeldreduzierung die Compliance-Bemühungen des entsprechenden Unternehmens honoriert werden. Diese Bemühungen sind aber unabhängig davon, ob ein Kronzeugenantrag gestellt wird oder nicht.
- Konstellation 4 - Nichtaufdeckung und Nichtanzeige (Bestehen eines „angemessenen und wirksamen“ Compliance-Programms):** Denkbar ist weiter, dass ein Unternehmen zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung über ein „angemessenes und wirksames“ Compliance-Programm verfügt, dass durch dieses Programm die relevante konkrete Zuwiderhandlung aber dennoch nicht aufgedeckt werden konnte. In diesem Fall stellt sich die **Frage, ob aufgrund der Nichtaufdeckung überhaupt eine Bußgeldreduzierung gem. § 81d in Betracht kommt**. **Im Ergebnis** sollte dies **aus Sicht von DICO** jedoch aus mehreren Gründen **möglich sein**: Erstens ergibt sich ein entsprechendes Erfordernis nicht aus dem Gesetz. Das Gesetz spricht nur abstrakt von „*Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen*“, ohne dass konkret eine Aufdeckung erforderlich ist. Diesbezüglich führt auch die BT-Beschlussempfehlung aus, dass es nicht „*von vornherein gegen die Ernsthaftigkeit des Bemühens, kartellrechtliche Zuwiderhandlungen zu vermeiden, spricht, wenn es trotzdem zu einer Zuwiderhandlung [kommt]*“.³ Und zweitens sollten durch die Bußgeldreduzierung die Compliance-Bemühungen des entsprechenden Unternehmens honoriert werden. Diese Bemühungen können aber nicht garantieren, dass Zuwiderhandlungen auch in jedem Einzelfall aufgedeckt werden. Selbst ein „state of the art“ - Compliance-Programm stellt keine Erfolgsgarantie für rechtskonformes Verhalten dar. Würde man eine entsprechende „Erfolgsgarantie“ fordern, würde dies wegen der Unmöglichkeit der Zielerreichung letztlich auch die Anreizwirkung zur Implementierung leistungsfähiger Compliance-Programme mindern. Unabhängig hiervon, können sich in dieser Konstellation aber Besonderheiten im Hinblick auf die Höhe einer etwaigen Bußgeldreduzierung ergeben (siehe hierzu im Detail unter 4.)
- Konstellation 5 - Nichtaufdeckung und Nichtanzeige (Nichtbestehen eines „angemessenen und wirksamen“ Compliance-Programms):** Abschließend ist zudem denkbar, dass ein Unternehmen *nicht* über ein „angemessenes und wirksames“ Compliance-Programm verfügt und die Zuwiderhandlung – entweder aufgrund des unzureichenden Compliance-Programms oder aus anderen Gründen – *nicht* aufdeckt und auch *nicht* anzeigt. In dieser Konstellation kommt prinzipiell wohl keine Bußgeldreduzierung nach § 81d Abs. 1 S. 2 Ziff. 4 in Betracht. Es stellt sich aber – auch im Hinblick auf die oben zitierte Passage aus der Gesetzesbegründung - **die Frage, ob**

³ BT-Drucks. 19/25868 v. 13.11.2020, S. 123.

hierdurch (auch) eine Bußgeldreduzierung nach § 81d Abs. 1 S. 2 Ziff. 5 ausgeschlossen ist. Im Ergebnis sollte **aus Sicht von DICO** jedoch aus mehreren Gründen keine derartige Sperrwirkung bestehen: Erstens ergibt sich eine entsprechende Sperrwirkung nicht aus dem Gesetz. Das Gesetz stellt beide Alternativen – d.h. die Vortat-Compliance nach Ziff. 4 und die Nachtat-Compliance nach Ziff. 5 – gleichrangig nebeneinander. Hinzu kommt, dass von der bußgeldmindernden Berücksichtigung der Nachtat-Compliance auch eine generalpräventive Wirkung ausgeht: Von der hieraus resultierenden Stärkung des Compliance-Gedankens profitieren am Ende alle.

2. Anforderungen an „angemessene und wirksame“ Compliance-Programme

Nach § 81d Abs. 1 S. 2 Ziff. 4 kann ein *vor* der Zuwiderhandlung bestehendes Compliance-Programm nur dann bei der Bußgeldberechnung berücksichtigt werden, wenn es **„angemessen und wirksam“** ausgestaltet war. Für die Nachtat-Compliance fehlt es zwar an einer entsprechenden Qualifizierung (vgl. § 81d Abs. 1 S. 2 Ziff. 5). Allerdings spricht unter anderem eine Auslegung nach Sinn und Zweck dafür, dass diesbezüglich eine Verbesserung des Compliance-Programms auf ein „angemessenes und wirksames“ Niveau erforderlich ist. Anderenfalls läge ein Wertungswiderspruch vor.

Was konkret „angemessene und wirksame“ Maßnahmen auszeichnet, wird **im Gesetz nicht weiter definiert**. Die **BT-Beschlussempfehlung** führt diesbezüglich aus, dass durch das Wort „angemessen“ dem Umstand Rechnung getragen werden soll, *„dass die Art und der Umfang von Compliance-Maßnahmen typischerweise von der Unternehmensgröße abhängig sind“*.⁴ Welche Maßnahmen und Vorkehrungen erforderlich sind, hänge *„vom jeweiligen Einzelfall ab und dabei insbesondere von Art, Größe und Organisation eines Unternehmens, Gefährlichkeit des Unternehmensgegenstandes, Anzahl der Mitarbeiter, den zu beachtenden Vorschriften sowie dem Risiko ihrer Verletzung. Bei kleinen und mittleren Unternehmen mit geringem Risiko von Rechtsverletzungen können auch wenige einfache Maßnahmen ausreichend sein; der „Zukauf“ eines Compliance-Programms oder von Zertifizierungen [sei] insoweit regelmäßig nicht erforderlich.“*

Zusammenfassende DICO-Position

- Für ein **„angemessenes und wirksames“** Compliance-Programm nach § 81d Abs. 1 S. 2 Ziff. 4 erscheint es aus Sicht von DICO ausreichend, wenn bestimmte **Eckpunkte** eines kartellrechtlichen Compliance-Programms vorliegen. Eine **Prüfung bzw. Zertifizierung** nach den einschlägigen Compliance-Standards sollte hingegen – wie auch die Gesetzesbegründung zutreffend ausführt – **nicht verlangt werden**.
- Zu den insoweit relevanten **Eckpunkten** eines wirksamen Compliance-Programms sollten insbesondere die Bereiche Führungskultur, Verantwortlichkeit und Organisation, Risikoanalyse, Regelwerk sowie Schulungen gehören. Zu Details kann auf die einschlägige **DICO-Leitlinie Kartellrecht** verwiesen werden.
- Bei der **Überprüfung von Compliance-Programmen** erscheint eine **Gesamtschau** des betreffenden Programms, die auf Basis einer vom Unternehmen erstellten Dokumentation erfolgt, zielführend.

⁴ BT-Drucks. 19/25868 v. 13.11.2020, S. 123.

Im Einzelnen:

Mittlerweile bestehen für den Bereich der (Kartellrechts-)Compliance eine **Vielzahl einschlägiger Standards, Leitlinien und Empfehlungen** (vgl. hierzu nur den **DICO-Standard „Compliance-Management-Systeme“**). Speziell für den Bereich der Kartellrechts-Compliance – und mit besonderem Augenmerk auf die potenzielle Berücksichtigung von Compliance-Programmen bei der Festsetzung von Kartellgeldbußen – kann zudem auf die **DICO-Leitlinie Kartellrecht** (vgl. oben) verwiesen werden. Diese folgt einem **„Eckpunktekonzept“** und fokussiert sich auf möglichst pragmatische und konkrete Kriterien. Hiermit soll unter anderem auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass **sich bestimmte Inhalte** kartellrechtlicher Compliance-Programme – wie beispielsweise Details der Risikoanalyse sowie der Umgang mit Verstößen – im Hinblick auf die Sensibilität und Vertraulichkeit entsprechender Informationen **nicht bzw. nur sehr eingeschränkt durch Dritte wie Kartellbehörden oder Vergabestellen überprüfen lassen**. Zudem erscheinen die **einschlägigen Prüfungsstandards** – beispielsweise IDW PS 980 – für die Zwecke der Berücksichtigung bei der Bußgeldbemessung **zu umfassend** bzw. die zugehörigen Prüfungen **zu aufwändig**.

Nach der DICO-Leitlinie Kartellrecht gehören zu den Eckpunkten wirksamer kartellrechtlicher Compliance-Programme die **fünf Bereiche** Führungskultur, Verantwortlichkeit und Organisation, Risikoanalyse, Regelwerk sowie Schulungen. Im Detail:

- **Führungskultur:** Zentraler Eckpunkt eines wirksamen Compliance-Programms ist eine unternehmensweite Führungskultur mit einem klaren Bekenntnis der Unternehmensleitung zur Einhaltung der einschlägigen Kartellgesetze („*tone from the top*“). **Ergänzende Erläuterung gem. DICO Leitlinie Kartellrecht:**
 - Dieses Bekenntnis kann zum Beispiel durch eine **zentral platzierte Botschaft** der Unternehmensleitung im unternehmensinternen Intranet erfolgen (bei der ggf. auch direkt auf das unternehmensinterne Regelwerk verwiesen wird).
 - Die Führungskultur muss zudem in der Praxis auch „**gelebt**“ werden. Daher ist es wichtig bzw. unerlässlich, dass (auch) die **Unternehmensleitung** regelmäßig an den kartellrechtlichen **Schulungen teilnimmt**. Bedeutende weitere Anzeichen für eine „gelebte“ Führungskultur sind darüber hinaus die Bereitstellung von ausreichenden **sachlichen und personellen Ressourcen** sowie die Prüfung bzw. das **Ergreifen personeller Konsequenzen** (jedenfalls bei behördlich festgestellten „*Hardcore*“-Verstößen).
- **Verantwortlichkeit und Organisation:** Ein weiterer wichtiger Eckpunkt für ein wirksames Compliance-Programm sind zudem klare Verantwortlichkeiten sowie eine angemessene Organisations- und Berichtsstruktur. **Ergänzende Erläuterung gem. DICO Leitlinie Kartellrecht:**
 - Während die **Compliance-Verantwortung** bei Unternehmen aller Größenordnungen letztlich (zumindest auch) bei der **Unternehmensleitung** liegt, bedarf es jedenfalls bei mittleren und größeren Unternehmen in aller Regel einer darüber hinaus gehenden **Organisationsstruktur** (entweder eigenständig oder als Teil einer anderen Abteilung wie etwa der Rechtsabteilung). Allenfalls bei kleineren und Kleinunternehmen können organisatorische Compliance-Aufgaben auch durch die Unternehmensleitung wahrgenommen werden. Unabhängig von der konkreten Struktur der jeweiligen Compliance-Organisation bedarf es allerdings mindestens für KMU und für größere Unternehmen **eines sachkundigen Ansprechpartners** für kartellrechtliche Fragen (bei KMU kann diese Funktion ggf. auch ein externer Rechtsanwalt übernehmen).
 - Jedenfalls bei Großunternehmen sollte darüber hinaus auch ein **anonymes Hinweisgebersystem** („Whistleblower-Hotline“) zur Verfügung stehen (vgl. hierzu auch die Regelungen der EU-Whistleblower Richtlinie).

- **Risikoanalyse:** Weiterer Eckpunkt für ein wirksames Compliance-Programm ist eine genaue Analyse der für das jeweilige Unternehmen relevanten (kartellrechtlichen) Risiken. Eine derartige Analyse trägt dazu bei, dass Unternehmen **Compliance-Risiken** in Zusammenhang mit ihrer Geschäftstätigkeit bestmöglich **erkennen** und **bewerten** können. **Ergänzende Erläuterung gem. DICO Leitlinie Kartellrecht:**
 - Die Ergebnisse der Risikoanalyse sollten in der Praxis dann die **Grundlage für die konkrete Ausgestaltung des jeweiligen Compliance-Programmes** bilden. Für **KMU** kann es in diesem Zusammenhang ausreichen, wenn sich die Ergebnisse der Risikoanalyse ausschließlich in der **Ausgestaltung des Regelwerkes und der Schulungsinhalte** bzw. -zyklen niederschlagen. Für **größere Unternehmen** wird es sich jedoch in der Regel empfehlen, eine **systematische Aufbereitung und Dokumentation** der relevanten Risiken vorzunehmen und hierüber auch in geeigneter Form unternehmensintern zu berichten.

- **Regelwerk:** Ein wichtiger Bestandteil wirksamer Compliance-Programme ist daneben das Bestehen eines unternehmensinternen Regelwerks mit kurzen und verständlichen Ausführungen zu den **wesentlichen kartellrechtlichen Regelungen**, insbesondere zu den „Hardcore“-Verboten. **Ergänzende Erläuterung gem. DICO Leitlinie Kartellrecht:**
 - Das Regelwerk sollte die entsprechenden Regelungen und ihre Bedeutung möglichst in einem unternehmensspezifischen Kontext aufzeigen und dabei auch auf die mit Verstößen verbundenen Sanktionen eingehen.
 - Dies kann beispielsweise in Form von kurzen und leicht verständlichen „**Dos & Don'ts**“ – ggf. ergänzt um geschäftsfeldspezifische Leitfäden – erfolgen. Um insbesondere **KMU** bei der Einführung und Ausrichtung ihres Regelwerkes zu unterstützen, hat DICO das **DICO Regelwerk Kartellrechts-Compliance** veröffentlicht, das als **beispielhaftes Regelwerk** genutzt werden kann.
 - Das Regelwerk sollte gegenüber den Mitarbeitern möglichst **schriftlich bekanntgegeben** werden, gegebenenfalls verbunden mit dem klaren Bekenntnis der Unternehmensleitung zu kartellrechtskonformen Verhalten (vgl. oben zum Punkt „Führungskultur“).

- **Schulungen:** Weiterer Eckpunkt eines wirksamen Compliance-Programmes sind regelmäßige **Live-Schulungen**. Diese müssen im Hinblick auf die fortschreitende Digitalisierung allerdings nicht (mehr) ausschließlich als Präsenztermine durchgeführt werden – daher hier der angepasste Begriff der „Live-Schulung“. Sofern hinreichende Interaktionsmöglichkeiten bestehen, sind mittlerweile im Gegenteil auch digitale Formate – z.B. über Zoom, MS Teams oder vergleichbare Formate – bzw. Hybridmodelle denkbar. **Ergänzende Erläuterung gem. DICO Leitlinie Kartellrecht:**
 - Durch entsprechende Schulungen werden die relevanten Mitarbeiter nicht nur bezüglich der einschlägigen Regelungen und ihrer Bedeutung für das jeweilige Geschäftsfeld sensibilisiert. Zugleich erhalten sie Gelegenheit, **Fragen zu stellen**.
 - Dies ist auch der Grund, warum **E-Learnings** prinzipiell nicht als gleichwertige Alternative zu Live-Schulungen, sondern eher als **Ergänzung** – beispielsweise, um Neueinsteiger kurzfristig außerhalb des regulären Schulungsturnus zu erreichen – anzusehen sind.
 - Was die **Zielgruppe** kartellrechtlicher Schulungen betrifft, so sollten mindestens die Unternehmensleitung sowie Mitarbeiter mit Wettbewerberkontakten – ggf. ergänzt um Mitarbeiter aus dem HR-Bereich – an den Schulungen teilnehmen.
 - Der **Schulungsturnus** sollte abhängig vom Risikoprofil und von sonstigen Schulungsangeboten – beispielsweise E-Learnings – der jeweiligen Unternehmen festgelegt werden. Im Grundsatz empfiehlt sich aber ein **zwei- bis dreijähriges** Schulungsintervall.

- **Zur Überprüfung der Eckpunkte:** Im Rahmen der bußgeldmindernden Berücksichtigung von Compliance-Programmen ergibt sich die Besonderheit, dass die Kartellbehörden eine Überprü-

fung der jeweiligen Programme vornehmen (müssen). Diesbezüglich erscheint eine **Gesamt-schau** des betreffenden Programms – ggf. basiert auf einem Punktwert, bei dem nach einem vorab definierten Schema Punkte für die einzelnen Bestandteile vergeben und aufaddiert werden – möglich bzw. sachgerecht. Ohne an dieser Stelle auf Details und die Bedeutung des **Amtsermittlungsgrundsatzes** einzugehen, dürfte die **Darlegungslast** dabei – jedenfalls **faktisch** – in weiten Teilen bei den betreffenden **Unternehmen** liegen. Diese könnten den Kartellbehörden eine – ggf. mithilfe externer Rechtsanwälte oder Unternehmensberater – erstellte – **Dokumentation ihres Compliance-Programms** übermitteln und dabei ergänzende Unterlagen zur Führungskultur (z.B. das entsprechende Bekenntnis der Unternehmensleitung), zum Regelwerk (z.B. das zugehörige Regelwerk) und zu den Schulungen (z.B. eine beispielhafte Schulungsunterlage sowie eine anonymisierte Übersicht der durchgeführten Schulungen samt Anzahl und ggf. Tätigkeitsbereich der Teilnehmer) übermitteln. Die **Übermittlung der Risikoanalyse** sowie von Unterlagen zur internen Überwachung, Reporting und Verbesserung erscheint hingegen aufgrund der besonderen Sensibilität der entsprechenden Dokumente – die beispielsweise Anlass zu kartellbehördlichen Ermittlungen in anderen Bereichen geben könnten – **nicht sachgerecht bzw. unverhältnismäßig**.

- **Zur Vertiefung:** Zu Details der einzelnen Eckpunkte - sowie zur Bedeutung der im vorliegenden Kontext aufgrund der bedingten Überprüfbarkeit nur eingeschränkt relevanten Bereiche Überwachung, Reporting und Verbesserung - siehe die **DICO-Leitlinie Kartellrecht** (Abschnitt 3 (S. 6 ff.)).

3. **Ausschluss der Bußgeldreduzierung bei Beteiligung von Leitungspersonen bzw. Organen**

Nach dem Gesetzeswortlaut kommt eine Bußgeldreduzierung in Betracht, wenn vor der Zuwiderhandlung „*angemessene und wirksame Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen*“ getroffen wurden (§ 81d Abs. 1 S. 2 Ziff. 4). In diesem Zusammenhang kann sich die Frage stellen, ob die relevanten Vorkehrungen überhaupt wirksam waren, wenn an der Zuwiderhandlung Leitungspersonen bzw. Organe des betreffenden Unternehmens beteiligt waren. Die **BT-Beschlussempfehlung** führt diesbezüglich aus, dass dann, wenn „*die Geschäftsleitung (etwa der Vorstand einer Aktiengesellschaft) oder eine sonstige für die Leitung des Unternehmens einer juristischen Person oder einer Personenvereinigung verantwortliche Person selbst an der Zuwiderhandlung beteiligt [war] und damit deutlich wird, dass sie selbst nicht hinter den von ihr vorgegebenen Compliance-Regelungen steht, deren mildernde Berücksichtigung nicht in Betracht [kommt]*.“⁵ Denn „*in diesem Falle [seien] die ergriffenen Maßnahmen nicht wirksam*“.

Nach Ansicht von DICO sollte die **Beteiligung von Leitungspersonen bzw. Organen nicht pauschal zu einem Ausschluss der Bußgeldreduzierung** führen. Ein entsprechender Ausschluss käme – wenn überhaupt – allenfalls dann in Betracht, wenn an der Zuwiderhandlung **Organe, Vereinsvorstände oder vertretungsberechtigte Gesellschafter gemäß § 30 Abs. 1 Ziff. 1-3 OWiG** beteiligt waren. Jedenfalls für alle **Leitungspersonen unterhalb dieser Führungsebene** sollte **kein pauschaler Ausschluss der Bußgeldreduzierung** erfolgen (allenfalls eine Begrenzung der Höhe nach, vgl. sogleich unter 4.).

⁵ BT Drucksache 19/25868 v. 13.11.2020, S. 123.

Dies hat folgende Gründe:

- Der **Gesetzestext** nimmt keinen Ausschluss der Bußgeldreduzierung bei Beteiligung von Organen bzw. Leitungspersonen vor.
- In einem entsprechenden Ausschluss könnte zudem (im Regelfall) ein **Zirkelschluss** liegen. Denn die Verhängung eines Unternehmensbußgeldes setzt nach §§ 81a Abs. 1 GWB, 30 Abs. 1 OWiG die Beteiligung eines Organs bzw. einer Leitungsperson voraus. Würde man für diesen Fall einen Ausschluss der Bußgeldreduzierung vornehmen, verbliebe für die Berücksichtigung der Vortat-Compliance kein substantieller eigenständiger Anwendungsbereich mehr.
- Selbst bei größtmöglicher Sorgfalt lassen sich „**Ausreißer**“ – auch auf der Ebene des Verhaltens (einzelner) Leitungspersonen – nicht mit letzter Sicherheit ausschließen. Diesbezüglich führt auch die BT-Beschlussempfehlung aus, dass es nicht „*von vornherein gegen die Ernsthaftigkeit des Bemühens, kartellrechtliche Zuwiderhandlungen zu vermeiden, spricht, wenn es trotzdem zu einer Zuwiderhandlung [kommt]*“.⁶ Eine bestimmte – ggf. der Höhe nach begrenzte – Honorierung der Compliance-Bemühungen eines Unternehmens sollte daher auch für diesen Fall möglich bleiben.
- Selbst wenn bei der Beteiligung von Organen bzw. Leitungspersonen ein Ausschluss der Bußgeldreduzierung für die Vortat-Compliance vorgenommen würde, bliebe eine Bußgeldreduzierung für hinreichende **Maßnahmen der Nachtat-Compliance** (§ 81 d Abs. 1 S. 2 Ziff. 5) weiterhin möglich. Eine Sperrwirkung sieht das Gesetz nicht vor; beide Alternativen stehen gleichwertig nebeneinander. Somit könnte es im Fall des Ausschlusses der Bußgeldreduzierung bei der Beteiligung von Organen bzw. Leitungspersonen auch zu Wertungswidersprüchen zwischen Vortat- und Nachtat-Compliance kommen.

4. Höhe der Bußgeldreduzierung

Das Gesetz nimmt keine Festlegung der möglichen Höhe einer Bußgeldreduzierung für hinreichende Compliance-Maßnahmen vor.

Als Compliance-Verband setzt **DICO** sich für den **größtmöglichen Umfang** der Bußgeldreduzierung ein. Zugleich muss die relevante Reduzierung aber auch im Verhältnis zum Unwertgehalt der relevanten Zuwiderhandlung stehen. Die Festlegung der grundsätzlich möglichen maximalen Reduzierung ist dabei letztlich eine politisch-administrative Entscheidung, die auch im Hinblick auf die Wertungen anderer Gesetze bzw. Gesetzgebungsvorhaben sowie unter Berücksichtigung der beabsichtigten Signalwirkung von Compliance-Anstrengungen zu treffen ist. Unabhängig von der grundsätzlich möglichen Höhe der Bußgeldreduzierung könnten bei der konkreten Berechnung dann aber folgende Grundsätze Anwendung finden.

- Je nach **Qualität** des entsprechenden Compliance-Programms (bzw. der hierzu beigebrachten Unterlagen) könnten von den Kartellbehörden innerhalb der möglichen Reduzierungsspanne weitere Differenzierungen vorgenommen werden. Diesbezüglich kann es sich anbieten, wenn die Kartellbehörden eine **Gesamtbetrachtung** vornehmen und perspektivisch ein **Bewertungs- bzw. Punkteschema** entwickeln (vgl. unter 2.).

⁶ BT Drucksache 19/25868 v. 13.11.2020, S. 123.

- In bestimmten Konstellationen kämen – unabhängig von der Qualität des entsprechenden Compliance-Programms – zudem **zusätzliche Abschlüsse** in Betracht. Dies kann beispielsweise den Fall der **Nichtaufdeckung einer Zuwiderhandlung** durch ein Compliance-Programm (vgl. oben unter 1. Konstellation 4) sowie die **Beteiligung von Leitungspersonen** (vgl. oben unter 3.) betreffen.
- Fraglich ist zudem, ob für die **Nachtat-Compliance** prinzipiell die gleiche Höhe der Bußgeldreduzierung Anwendung finden sollte wie für die Vortat-Compliance. Nach Auffassung von **DICO** wäre diesbezüglich zu erwägen, einen **reduzierten Maximalwert** anzusetzen. Denn anderenfalls ergäbe sich für die Unternehmen – jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Bußgeldreduzierung – nur ein eingeschränkter Mehrwert, frühzeitig in leistungsfähige Compliance-Programme zu investieren. Schließlich würde es im Fall eines Verstoßes für die Bußgeldreduzierung ausreichen, wenn sie *ex post* mit der Implementierung eines Compliance-Programms begannen. Dies würde der mit der Einführung der Compliance Defence verfolgten Zielsetzung – insbesondere der übergreifenden Signalwirkung für die Praxis – indes nur eingeschränkt gerecht.

5. Weitere Fragestellungen

Unabhängig von den im Rahmen dieser Stellungnahme behandelten Themen können im vorliegenden Kontext – vor allem bei den über die bloße Nachtat-Compliance des § 81d Abs. 1 S. 2 Ziff. 5 hinausgehenden Tatbestandsvarianten – weitere Einzelfragen auftreten. Dies betrifft etwa die Frage, welche Bedeutung dem „*Bemühen des Unternehmens, die Zuwiderhandlung aufzudecken*“ sowie dem „*Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen*“ bei der Bemessung kartellrechtlicher Bußgelder zukommt (§ 81d Abs. 1 S. 2 Ziff. 5 Alt. 1 und 2). Diese Fragen sind **nicht Gegenstand der vorliegenden Stellungnahme**.

Neben diesen Einzelfragen können sich zudem komplexe Fragen zum *Verhältnis der Compliance Defence zu den „Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren“ des Bundeskartellamts bzw. zum Kronzeugenprogramm (vgl. §§ 81h - 81n GWB)* ergeben. Auch diese können im Rahmen der vorliegenden Stellungnahme nicht umfassend behandelt werden (vgl. zu Einzelfragen aber oben unter II. 1. Konstellation 1). Nach Auffassung von **DICO** sollte die **Compliance Defense** dabei im Kern einen **zusätzlichen Anreiz** für Unternehmen bilden, der die **bestehenden Instrumente** lediglich **ergänzt**, nicht aber einschränkt.

III. Verhältnis zu anderen Gesetzen bzw. Gesetzgebungsvorhaben

Aktuell bestehen verschiedene Gesetze bzw. Gesetzesvorhaben, bei denen Compliance-Programme eine Rolle spielen. Dies betrifft neben dem hier relevanten Kontext des Kartellbußgeldrechts vor allem den Entwurf des **Verbandssanktionengesetzes** sowie das **Wettbewerbsregistergesetz** (und die insoweit relevanten Verordnungen bzw. Leitlinien). **DICO** hat sich insoweit von Beginn an für möglichst einheitliche Anforderungen an Compliance-Programme eingesetzt und entsprechende **Stellungnahmen** – insbesondere auch für das Verbandssanktionengesetz – veröffentlicht (vgl. die **DICO-Stellungnahme VerSanG**). Perspektivisch macht es nach Auffassung von **DICO** zudem Sinn, wenn der Gesetzgeber **gesetzliche Leitplanken** für wirksame Compliance-Programme aufstellen würde (s. hierzu die *DICO-Stellungnahme „DICO fordert Unternehmensethik aus einem Guss statt Flickenteppich und Salamitaktik“* v. 31.03.2021).



Deutsches Institut für Compliance

IV. Internationale Harmonisierung

In einer zunehmend digitalisierten Welt müssen sich nationale Gesetze zunehmend auch in den **internationalen Kontext** einfügen, um keinen hohen bzw. unverhältnismäßigen Aufwand für Unternehmen zu schaffen. Neben Deutschland verfügen mittlerweile zahlreiche Staaten über Regelungen zur bußgeldmindernden Bedeutung von Compliance-Programmen (u.a. die USA, Italien und Spanien). **DICO** begrüßt, dass mittlerweile auch auf internationaler Ebene – beispielsweise innerhalb des *International Competition Networks* – über Fragen der Kartellrechts-Compliance diskutiert wird und bringt sich gerne in den entsprechenden Diskussionsprozess ein. Zu diesem Zweck wurde auch eine **englischsprachige Übersetzung dieser Stellungnahme** erstellt. Englischsprachige Fassungen der zitierten **DICO-Leitlinie Kartellrecht** und des **DICO-Regelwerks Kartellrechts-Compliance** liegen ebenfalls vor und sind über die DICO Geschäftsstelle erhältlich.

Über DICO:

DICO – Deutsches Institut für Compliance e.V. wurde auf Betreiben führender Compliance-Praktiker und -Experten gegründet und hat als gemeinnütziger Verein Vertreter aus allen Branchen in Deutschland, darunter namhafte DAX-Unternehmen, Beratungsgesellschaften und Vertreter der Wissenschaft. DICO versteht sich als unabhängiges interdisziplinäres Netzwerk für den Austausch zwischen Wirtschaft, Wissenschaft, Politik und Verwaltung und sieht sich als zentrales Forum für die konsequente und praxisbezogene Förderung und Weiterentwicklung von Compliance in Deutschland.

DICO definiert in diesem Bereich Mindeststandards, begleitet Gesetzgebungsvorhaben und unterstützt zugleich die praktische Compliance-Arbeit in privaten und öffentlichen Unternehmen durch Leitlinien und Arbeitspapiere, fördert Aus- und Weiterbildung und entwickelt Qualitäts- sowie Verfahrensstandards.

Für weitere Informationen:

DICO – Deutsches Institut für Compliance e.V.

Kai Fain (Geschäftsführer)

Tel: 030/27582020

Fax: 030/27874706

Mobil: 0151/59450075

Mail: kai.fain@dico-ev.de