

**Compliance  
und  
Unternehmensverantwortlichkeit  
im Kartellrecht**

von

**Prof. Dr. Dr. Hauke Brettel, Mainz**

und

**Prof. Dr. Stefan Thomas, Tübingen**

***Zusammenfassung der Ergebnisse***

Mit Blick auf aktuelle Reformüberlegungen zum Kartellbußgeldrecht wurden im Auftrag des Bundesverbandes der Deutschen Industrie e.V. zwei miteinander zusammenhängende Fragen untersucht: Es ging zum einen darum, inwieweit die Durchführung von Compliance-Programmen in Einzelunternehmen sowie Konzernverbänden bei der Bußgeldverhängung und -bemessung berücksichtigt werden muss und ob insoweit ein gesetzgeberisches Tätigwerden veranlasst ist. Zum anderen war die damit zusammenhängende Frage zu behandeln, ob und unter welchen Voraussetzungen im deutschen Kartellbußgeldrecht eine Verantwortlichkeit von Ober- bzw. Muttergesellschaften in Betracht kommt, wenn ein Verstoß durch Geschäftsleiter oder Mitarbeiter einer Tochtergesellschaft begangen wurde.

Diese Fragen stellen sich unter anderem mit Blick auf die Ausführungen der Monopolkommission in ihrem Sondergutachten 72 („Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen“). Die Monopolkommission spricht sich dort für die Einführung einer akzessorischen Bußgeldhaftung der Muttergesellschaft für Zuwiderhandlungen von Töchtern aus. Eine Bußgeldsanktion soll insbesondere unabhängig davon möglich sein, ob die Muttergesellschaft bzw. deren Management selbst am Verstoß beteiligt war oder nicht. Die Monopolkommission fordert außerdem, dass die Durchführung konzernweiter Compliance-Programme die Haftung der Muttergesellschaft in solchen Fällen nicht ausschließen soll (keine Compliance-Defense). Compliance-Programme sind nach Ansicht der Monopolkommission in solchen Fällen auch nicht bußgeldmindernd zu berücksichtigen.

Mit Blick auf die anstehende 9. GWB-Novelle war daher gutachtlich zu klären, ob ein solcher Regelungsansatz im deutschen Kartellbußgeldrecht verfassungsrechtlich möglich, europarechtlich indiziert und sanktionspolitisch geboten ist. Es ging insbesondere um eine Untersuchung der Frage, ob durch einen alternativen Regelungsansatz bessere Präventionsanreize zur Verhinderung von Kartellverstößen gesetzt werden können als durch die von der Monopolkommission gemachten Vorschläge.

Die Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, dass sich abweichend von den Vorschlägen der Monopolkommission ein differenzierender Lösungsansatz empfiehlt, der nicht eine Strukturverantwortung der Muttergesellschaft fingiert, sondern eine Bußgeldverhängung von der Verletzung konkreter Verhaltens- und Aufsichtspflichten der Mutter abhängig macht

und hierdurch die Durchführung von Compliance-Programmen stärker berücksichtigt. Die Ergebnisse des Gutachtens lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Eine Bußgeldverantwortlichkeit der Muttergesellschaft kann nicht allein auf Kartellrechtswidrigkeiten von Organen bzw. Mitarbeitern einer Tochtergesellschaft zurückgeführt werden. Denn mit Blick auf verfassungsrechtliche Sanktionsprinzipien dürfen juristische Personen – namentlich unter dem Gesichtspunkt des Schuldgrundsatzes bzw. der Vermeidbarkeit<sup>1</sup> – nur für das Fehlverhalten ihrer eigenen Geschäftsleiter und Mitarbeiter zur Verantwortung gezogen werden. Fehlleistungen von Organen und Mitarbeitern einer Tochtergesellschaft sind somit dieser Tochtergesellschaft, nicht aber der Muttergesellschaft zuzurechnen. Dies gilt unabhängig davon, ob man die Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft de lege ferenda auf eine akzessorische Haftung für die Tochtergesellschaft stützen will oder ob man versucht, der Muttergesellschaft unmittelbar das Verhalten von Organen und Mitarbeitern einer Tochtergesellschaft zuzurechnen. Beides stellt nach der Rechtsprechung des BVerfG keinen gangbaren Weg dar. Das BVerfG hat vielmehr ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine straf- bzw. bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen durch das Verhalten ihrer eigenen Geschäftsleiter bestimmt wird, d.h. eine Verhaltenszurechnung nicht über den Rechtskreis der einzelnen juristischen Person hinausreichen darf. Eine Bestrafung bzw. Bebußung wegen des Fehlverhaltens von Mitarbeitern anderer juristischer Personen liefe hingegen auf eine Sanktionierung juristischer Personen unabhängig von deliktischer Verantwortlichkeit hinaus, was mit dem Grundgesetz unvereinbar ist.
2. Die Einführung einer verschuldensunabhängigen Haftung der Muttergesellschaft für Zuwiderhandlungen von Organen und Mitarbeitern einer Tochter ist auch europarechtlich nicht geboten. Zwar wendet die EU-Kommission in ihrer aktuellen Entscheidungspraxis ein solches Haftungsmodell im Rahmen des europäischen Bußgeldtatbestands des Art. 23 VO 1/2003 an. Hieraus folgt jedoch kein Zwang des

---

<sup>1</sup> Dazu etwa s. BVerfG, Beschluss v. 04.02.1959 – 1 BvR 197/53; BVerfG v. 25.10.1966, BVerfG 20, 323 st. Rspr.; BVerfG v. 30.6.2009, BVerfGE 123, 267, Rz. 364; BVerfG v. 19.03.2013 = NJW 2013, 1058, 1059 (Rn. 54).

nationalen Gesetzgebers, diese Behördenpraxis in Deutschland qua gesetzlicher Regelung zu übernehmen. Vielmehr ist die Kommissionspraxis auch EU-rechtlich erheblichen Bedenken sowie vielfach geäußelter Kritik ausgesetzt und gilt vor allem nicht als zwingendes Erfordernis dogmatisch fundierter Rechtsvorgaben. So hat die EU unlängst in der Marktmissbrauchsrichtlinie für die Finanzmärkte geregelt, dass eine solche akzessorische Haftung von Muttergesellschaften für Zuwiderhandlungen von Organen und Mitarbeitern einer Tochter gerade nicht gelten soll. Vielmehr geht der EU-Gesetzgeber dort bereits davon aus, dass nur die jeweilige juristische Person haftet und dieser zudem eine Compliance-Defense zukommen muss.<sup>2</sup> Vor diesem Hintergrund steht allenfalls die hiervon abweichende derzeitige EU-Praxis im Kartellbußgeldrecht vor einem Rechtfertigungsproblem, aber nicht der nationale Gesetzgeber vor einem Änderungsauftrag im nationalen Kartellbußgeldrecht.

3. Auch aus dem Effektivitätsgebot folgt nichts anderes. Es ist nicht ersichtlich, dass das deutsche Kartellbußgeldrecht die praktische Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln nicht gewährleistet. Vielmehr verfügt das BKartA in § 81 Abs. 4 GWB mit der 10%-Regel über ein Sanktionsvolumen, das dem des Art. 23 VO 1/2003 entspricht. Zudem besteht im deutschen Recht mit § 9 OWiG die Möglichkeit der Sanktionierung von Managern, was im EU-Recht nicht der Fall ist. Insoweit ist das deutsche Recht also bereits jetzt deutlich schärfer als Art. 23 VO 1/2003.
4. Ferner und vor allem ist eine Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft für Zuwiderhandlungen durch Organe und Mitarbeiter einer Tochtergesellschaft auch aus sanktionspolitischer Warte nicht sinnvoll. Es würde sich insoweit um eine reine Erfolgshaftung handeln, die jegliche Vermeidungsbemühungen durch das Management der Muttergesellschaft ignorieren müsste. Organisationsrechtlich kann das Management der Muttergesellschaft seine Verantwortung zur Einhaltung des Kartellrechts in seinen Tochtergesellschaften nur über die konzernrechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten wahrnehmen, die das geltende Wirtschafts- und Konzernrecht zur Verfügung stellt. Insoweit unterscheidet sich der Konzern

---

<sup>2</sup> Richtlinie 2014/57/EU vom 16.4.2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie), ABl. 2014 Nr. L 173/179, Art. 8.

organisationsrechtlich und rechtstatsächlich von einem einzelkaufmännisch geleiteten Betrieb. Diesen Realitäten muss das Recht Rechnung tragen, um nicht zu unrealen Verhaltenserwartungen zu führen. Das bedeutet: Wenn ein Management durch ernsthafte Compliance-Programme konzernweit alle zur Verfügung stehenden Handlungsinstrumente ausgeschöpft hat, um Verstöße durch Organe und Mitarbeiter von Tochtergesellschaften zu verhindern, gibt es keine Verhaltenspflichten der Muttergesellschaft, die insoweit verletzt wurden. Bei jeder Sanktionierung, sei es gegen natürliche Personen oder gegen juristische Personen, muss der strafende Hoheitsträger die Frage beantworten können, durch welche Verhaltensweisen der Adressat die Sanktionierung hätte verhindern können.<sup>3</sup> An einer solchen Verhinderungsmöglichkeit fehlt es jedoch aus Sicht einer Muttergesellschaft, wenn ihr Management bzw. ihre Mitarbeiter an einer Zuwiderhandlung nicht selbst beteiligt waren und überdies durch die Praktizierung ernsthafter konzernweiter Compliance-Programme jegliche Aufsichts- bzw. Verhinderungsmöglichkeit ausgeschöpft wurde. In solchen Fällen läuft eine Bebußung der Muttergesellschaft im Ergebnis auf eine Zahlungspflicht ohne sanktionsrechtliche Legitimation hinaus, weil es kein rechtmäßiges Alternativverhalten der adressierten Muttergesellschaft gibt, das zur Bußgeldvermeidung hätte ergriffen werden können.

5. Die Untersuchung kommt daher zu dem Ergebnis, dass ein differenzierter Regelungsansatz vorzugswürdig ist, wenn man eine Regelung zur bußgeldrechtlichen Inanspruchnahme von Muttergesellschaften für geboten hält. Insoweit sollte de lege ferenda eine originäre Aufsichtspflicht der Muttergesellschaft über ihre Tochtergesellschaften gesetzlich geregelt werden. Ob die Aufsichtspflicht des § 130 OWiG nach geltendem Recht bereits eine solche konzernweite Dimension aufweist, ist umstritten. Das BKartA vertritt dies,<sup>4</sup> der BGH hat solches in einem obiter dictum bislang angezweifelt.<sup>5</sup> Eine diesbezügliche Regelung würde somit eine belastbare Grundlage zur Inanspruchnahme von Muttergesellschaften schaffen, soweit diese ihre Aufsichtspflichten durch Nachlässigkeit im Rahmen der Compliance verletzen.

---

<sup>3</sup> S. dazu etwa § 1 Abs. 1 OWiG; Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003; *Schünemann*, ZIS 2014, 1, 2 ff. m. w. N.

<sup>4</sup> BKartA, Tätigkeitsbericht 2011/2012, BT-Drucks. 17/13675, S. 32.

<sup>5</sup> BGH 01.12.1981, WuW/E BGH 1871, 1876 – „Transportbeton-Vertrieb“.

Unberührt bliebe im Übrigen die ohnehin bereits bestehende Möglichkeit, auf eine Muttergesellschaft zuzugreifen, wenn deren Organe und Repräsentanten i.S.v. § 9 OWiG selbst an der Zuwiderhandlung beteiligt waren. Ein solches System der Konzernaufsicht wäre mit dem Schuldgrundsatz vereinbar und würde effektive Präventionsanreize setzen. Während nach den Forderungen der Monopolkommission selbst ernsthafte Compliance-Bemühungen der Muttergesellschaft bußgeldrechtlich irrelevant sind, würde die Anordnung einer Konzernaufsichtspflicht zusätzliche Anreize zur Vermeidung von Verstößen im Konzern setzen. Außerdem würde eine solche Regelung unternehmensintern die Bedeutung von Compliance-Abteilungen stärken, weil die Sicherstellung effektiver Compliance zu einer zentralen Frage für die Bußgeldhaftung der Muttergesellschaft erhoben würde.

6. Die Untersuchung hat sich zudem mit der Frage befasst, ob die Durchführung von Compliance-Programmen bußgeldmindernd zu berücksichtigen ist, in deren Geltungsbereich es zu Kartellrechtswidrigkeiten gekommen ist. Das BKartA lehnt dies bislang kategorisch ab und beruft sich insoweit auf eine entsprechende Verwaltungspraxis der EU-Kommission.<sup>6</sup> Diese Praxis ist jedoch aus mehreren Gründen rechtlichen und sanktionspolitischen Einwänden ausgesetzt. So ist nach geltendem Recht bei der Bußgeldbemessung das Vor- und Nachtatverhalten des Bußgeldadressaten zu berücksichtigen<sup>7</sup>, und diesem Verhalten sind Compliance-Programme zuzuordnen. Bemessungsrelevanz haben sie beispielsweise, wenn (z. B. Nachtat-)Compliance als Bekenntnis zur Rechtstreue Normakzeptanz erkennen lässt. Auch ist Compliance nicht selten mit sozial-konstruktiven Leistungen verbunden und vermag dadurch den Erfolgs- und Handlungsunwert begangener Kartellrechtswidrigkeiten zu reduzieren. Die davon abweichende Sicht von BKartA und EU-Kommission isoliert sich zunehmend von internationalen Rechtsstandards, denn in vielen EU-Mitgliedstaaten und auch außerhalb von Europa werden Compliance-Programme bei der Bußgeldbemessung berücksichtigt.

---

<sup>6</sup> S. etwa BKartA, Tätigkeitsbericht 2011/2012, BT-Drucks. 17/13675, S. 31 f.; *Joaquín Almunia*, Speech 10/586 v. 25.10.2010 – Compliance and Competition policy, *BusinessEurope & US Chamber of Commerce – Competition conference* (verfügbar auf der Homepage der Kommission), S. 5.

<sup>7</sup> Vgl. *Streng*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, StGB, 4. Aufl., 2013, § 46 Rn. 75; *Bruns*, NStZ 1981, 81 f.

7. Eine Nichtberücksichtigung von Compliance ist auch unter Präventionsgesichtspunkten problematisch. Denn sie setzt verfehlte Verhaltensanreize, indem unternehmensinterne Anstrengungen in die Vermeidung von Zuwiderhandlungen nicht gewürdigt werden. Dadurch werden wichtige Anreize für die Praktizierung von Compliance-Programmen beseitigt, denen auch der Gesetzgeber präventiven Nutzen zuschreibt. So haben Compliance-Programme ein gewichtiges Abschreckungspotential, insbesondere weil effektive Compliance die Entdeckungswahrscheinlichkeit bei Zuwiderhandlungen im Unternehmen erhöht. Präventivwirkungen können Compliance-Programmen dabei auch dann zugeschrieben werden, wenn es im Einzelfall trotz aller Bemühungen zu einer Zuwiderhandlung gekommen ist, zumal eine Kartellrechtswidrigkeit nicht belegt, dass darauf bezogene Verhinderungsbemühungen gänzlich wirkungslos waren. Entsprechende Anstrengungen eines Unternehmens sind daher nicht zuletzt im Dienste effektiver Prävention als bußgeldmindernder Faktor zu berücksichtigen.

Die Untersuchung im Volltext erscheint beim Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, als Monographie (im Druck).

Prof. Dr. Dr. Hauke Brettel/Prof. Dr. Stefan Thomas

Mainz und Tübingen am 8. Februar 2016